



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Facultad de Derecho

MÁSTER ACCESO A LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**LA INCIDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES
EN LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE ESTAFA. ANÁLISIS DE UN CASO
REAL.**

Realizado por: María Souto Cortizo

Tutores: Alejandra Boto Álvarez

Miguel Gómez Gordillo

Convocatoria: Diciembre/Enero 2015-2016

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	Pág. 4
2. CASO PRÁCTICO.....	Págs. 4-11
2.1 ANTECEDENTES.....	Págs. 4-6
2.2 FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA PARTE DENUNCIANTE.....	Págs. 6-7
2.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA PARTE DENUNCIADA.....	Págs. 7-10
2.4 FUNDAMENTOS DEL MINISTERIO FISCAL.....	Págs. 10-11
3. EL CONCURSO.....	Págs. 11-21
3.1. CONCEPTO.....	Págs. 11-13
3.2. DEBER DE SOLICITAR EL CONCURSO, ARTÍCULO 5 BIS DE LA LC.....	Págs. 13-17
3.3. EFECTOS DEL CONCURSO.....	Págs. 17-20
3.4. FINALIDAD.....	Págs. 20-21
4. LA ESTAFA.....	Págs. 21-29
4.1. CONCEPTO.....	Págs. 21-22
4.2. ELEMENTOS TÍPICOS.....	Págs.22-26
4.3. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	Págs. 26-28
5. ANÁLISIS PERSONAL DEL DELITO DE ESTAFA EN EL CASO PRÁCTICO TENIENDO EN CUENTA EL CONCURSO DE ACREEDORES.....	Págs. 29-37

6. DIFERENCIA ENTRE ILÍCITO CIVIL Y PENAL.....	Págs. 37-38
7. CONCLUSIONES.....	Págs. 38-.39
8. BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 40-44

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata de examinar si serían constitutivos del delito de estafa los hechos de un caso concreto, en el que hay una relación mercantil entre dos empresas, teniendo en cuenta que una de ellas está en situación de concurso.

En primer lugar, se expondrá el caso práctico que, aunque está basado en uno real, por protección de datos contiene nombres ficticios. Se trata del punto central del trabajo y se mostrarán tanto los hechos, como las alegaciones de las partes con base en la interpretación que hacen de los mismos.

En segundo lugar, se hablará del concurso de acreedores, concretamente de lo que supone para una empresa esta situación y en qué manera afecta a su comportamiento en el tráfico mercantil.

En tercer lugar, se realizará un análisis del delito de estafa, así como de los elementos que lo componen y se relacionarán con el supuesto para observar si en base a los hechos expuestos se puede entender que se está o no ante el tipo básico del artículo 248.1 del CP (Código Penal).

Finalmente, en cuarto lugar, se harán unas conclusiones en las que se establecerá si hay responsabilidad penal o no en cada uno de los administradores y en la empresa denunciada.

2. CASO PRÁCTICO

2.1 ANTECEDENTES

PRIMERO.- La empresa Strafalarius se dedica al diseño y confección de prendas de ropa y accesorios que posteriormente vende en sus tiendas directamente a consumidores finales.

SEGUNDO.- Aunque siempre había sido una marca de ropa conocida en el Principado de Asturias, no pudo mostrarse indiferente ante el duro golpe de la crisis y su estado de solvencia se vio afectado de tal manera que el 21 de noviembre del 2011 tuvo que comunicar ante el Juzgado de lo Mercantil de Oviedo que iniciaría negociaciones con sus acreedores con el fin de obtener las adhesiones necesarias para la presentación de propuestas anticipadas de convenio según dispone el artículo 5 bis.

TERCERO.- El 16 de marzo del 2012, en representación de Strafalarius se presenta un escrito ante el Juzgado de lo Mercantil de Oviedo para informar al Juzgado sobre la situación en la que se encuentra la empresa después de la presentación de la comunicación del artículo 5 bis, en el que dice: “que la mercantil Strafalarius, debido a la ampliación de capital realizada, al buen fruto de las negociaciones realizadas con sus proveedores, a la mejora de márgenes comerciales conseguidas, etc.... ha superado la situación de la insolvencia inminente, que dio lugar a la comunicación prevista en el artículo 5 bis de la LC”.

CUARTO.- El 17 de julio del 2012, Dº Manuel Ángel Rambla un intermediario dedicado a concertar contratos entre empresas del mundo de la moda, acuerda con la empresa Telados, cuyo oficio es la transacción de telas y tejidos con otras empresas y con años de experiencia en el sector, la venta de 16.000 metros de tela para Strafalarius a cambio del pago de 16.000 euros, para la elaboración de la nueva colección de invierno del 2012. Se pacta también, que las telas las transportará Telados en el plazo de 30 días. Es Dº Manuel Ángel el que establece las condiciones del contrato, aspectos como el vencimiento del pagaré, el traslado de las telas,....Las empresas Telados y Strafalarius no habían tenido relaciones mercantiles anteriormente y no es Strafalarius la que contrata directamente con Telados aunque sí que firma el contrato uno de sus tres administradores solidarios, Dº Mateo, dando así el visto bueno al mismo, mientras que los otros dos, Dº Alberto y Dº Enrique, no tienen ningún conocimiento sobre la existencia de la operación ni sobre sus condiciones.

QUINTO.- El 23 de julio de ese mismo año, Strafalarius debido a la obligación impuesta por el artículo 5 de la LC solicita la declaración de concurso, tras haber transcurrido el plazo establecido por dicha ley.

SEXTO.-El 3 de agosto del 2012, Strafalarius expide el pagaré por valor de 16.000 euros para el pago de las telas a nombre de Telados, tal y como había establecido el intermediario, Dº Manuel Ángel, en las cláusulas del contrato en el que intercedió entre las dos empresas.

SÉPTIMO.- El 6 de agosto, Telados cumple su parte del contrato y saca de sus instalaciones las telas objeto del pedido para entregárselas a Strafalarius. Se trata de una puesta a disposición del producto objeto del negocio mercantil entre las empresas, pasando del patrimonio de Telados al de la nueva propietaria.

OCTAVO.- El 3 de septiembre del 2012 tiene lugar la declaración del concurso de acreedores de Strafalarius. Concurso que tanto el Administrador Concursal, como

el Ministerio Fiscal, califican de fortuito lo que implica que no hubo dolo o culpa grave ni por parte del deudor ni del resto de personas que recoge el artículo 164 LC (entre ellas los administradores), ni en la generación ni en la agravación del estado de insolvencia; ni concurren tampoco los supuestos establecidos en el apartado 2 del mismo artículo; ni las presunciones de culpabilidad del artículo 165 LC.

NOVENO.- El 17 de septiembre del 2012, es la fecha de vencimiento del pagaré que Strafalarius entrega a Telados por la cantidad de 16.000 euros para el pago de las telas adquiridas para su colección, pagaré que no puede ser cobrado por Telados debido a la declaración del concurso.

DÉCIMO.- El 23 de noviembre del mismo año, la Administración Concursal entrega su informe en el que recoge que: “en este instante, la actividad de la sociedad se mantiene de manera correcta, llegándose a acuerdos comerciales positivos para la evolución de la sociedad, y adoptándose decisiones en aras del mantenimiento de la sociedad”.

UNDÉCIMO.- El 18 de febrero de 2013, se abre la fase de liquidación de la mercantil Strafalarius. La compañía continuó desempeñando su actividad con total normalidad hasta la apertura de la liquidación y así lo confirma el administrador concursal: “la sociedad ha mantenido la actividad de manera correcta desde la fecha de declaración del concurso el pasado 3 de septiembre del 2012 hasta la fecha de apertura de la fase de liquidación, el día 18 de febrero del 2013”.

DUODÉCIMO.- El 24 de abril del 2013 es cuando presenta Telados la denuncia en la que entiende que es víctima del delito de estafa del artículo 248.1 del CP que tiene como autores a los tres consejeros de Strafalarius que eran administradores en el momento en el que se realizó la transacción comercial y se expidió el pagaré.

2.2 FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA PARTE DENUNCIANTE

Con base en los hechos expuestos, la empresa Telados entiende que:

PRIMERO.- Strafalarius, al expedir un pagaré con vencimiento posterior a la declaración del concurso, tenía la absoluta certeza de que dicho pagaré no iba a poder ser cobrado.

SEGUNDO.- Strafalarius aparentó absoluta normalidad en el tráfico mercantil ya que en ningún momento puso en conocimiento de Telados la situación económica y concursal que atravesaba.

Por todo ello, la denunciante considera que los hechos son constitutivos del delito de estafa tipificado en el artículo 248.1 del CP, ya que, con ánimo de lucro, se ha utilizado engaño bastante produciendo error en otro y realizando éste un acto de disposición en perjuicio propio, con los agravantes del artículo 250.1 puntos 4º y 5º del CP dedicados a la especial gravedad de la estafa y aprovechando la credibilidad empresarial. En cuanto a autoría y responsabilidad, la denuncia se dirige en calidad de responsables directos a los tres consejeros de Strafalarius, y también contra la empresa, aunque sólo en un principio, debido a que finalmente no denunciará a la compradora, sólo a los citados consejeros.

Para terminar con su denuncia, Telados hace un breve resumen sobre su valoración de los hechos, entendiendo que, el engaño por parte de la denunciada se basa en que aparentó una situación normal en el tráfico (de solvencia) y consiguió que le entregase las telas (el producto), cuando en realidad, Strafalarius ya sabía que no iba a cumplir su parte del contrato por su situación concursal.

2.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA PARTE DENUNCIADA

La defensa de la parte denunciada se divide en dos partes, por un lado está la de los dos consejeros, Dº Enrique y Dº Alberto, que no firmaron el contrato con la empresa Telados y por otro, la del Consejero Dº Mateo, que al contrario que los anteriores sí firmó el contrato. Aunque administran de forma de solidaria, lo que se refiere a que la firma de cualquiera de los tres es válida y vincula al resto, se hace una separación de las defensas, con relación a la responsabilidad penal, dejando claro que esos dos consejeros no tenían conocimiento del contrato ni la operación y el otro que sí lo tenía.

a) DEFENSA DE LOS CONSEJEROS Dº ENRIQUE Y Dº ALBERTO

PRIMERO.- Dº Enrique y Dº Alberto exponen en su defensa que no son responsables del delito que se les imputa porque no tuvieron conocimiento, ni participación, en la operación mercantil que motivó la denuncia, tampoco se reunieron o entrevistaron con ningún representante de la empresa suministradora del producto, ni firmaron documento alguno relacionado con Telados.

Dº Enrique en la época de los hechos denunciados estaba jubilado sin que su cargo de consejero fuera retribuido.

Por su parte, Dº Alberto, era socio y trabajador en la empresa y recibía una retribución únicamente como trabajador.

SEGUNDO.- Ambos alegan que la finalidad que para ellos como consejeros tenía la presentación del procedimiento concursal era permitir la continuidad de la empresa, lo que implica necesariamente contar con nuevos suministros de mercancía, de manera que, aunque en hipótesis hubieran presenciado nuevas operaciones de compra de ese producto u otro necesario para continuar con su actividad empresarial, les habría parecido perfectamente normal.

TERCERO.- Además Strafaliarius contaba con recursos para afrontar los pagos. Por ello, los miembros del consejo de administración ni estaban buscando el ánimo de lucrarse con la operación denunciada ni podían estar engañando o encubriendo un eventual engaño a ningún proveedor, aun en el supuesto de haber tenido participación activa en los actos de compra de las telas denunciados, pues su intención con mayor o menor perspectiva de futuro, era precisamente mantener la actividad comercial, conservando con mayor o menor perspectiva de futuro, era precisamente mantener la actividad comercial, conservando la mayor parte posible de los puestos de trabajo, pagar salarios, proveedores, etc., y para ello era imprescindible la adquisición de nueva mercancía.

El ánimo, no era el engaño, pese a que, al final, no pudiera atenderse el crédito de Telados, como tantos otros.

b) DEFENSA DE Dº MATEO

La defensa del tercer administrador, sigue la misma línea que las anteriores en el sentido de que, entiende que la presentación de la solicitud del concurso de acreedores, se hizo con la finalidad de mantener la actividad empresarial y continuar las negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo que garantizase el pago íntegro a todos ellos. Entre tanto, Strafaliarius continuaba con su actividad habitual, y en el marco de esa actividad ordinaria es en el que se lleva a cabo el contrato que se denuncia, dicha contratación se realizó con absoluta transparencia y ajena completamente a cualquier ánimo defraudatorio por parte ni de Dº Mateo ni del resto de administradores.

Por otra parte, explica que ni él, ni tampoco el resto de los miembros del consejo de administración, contactaron para la compra de las mercancías, sino que la mercancía contratada fue ofrecida y ofertada a Telados por un intermediario ajeno a Strafalarius que se dedica a la comercialización del producto adquirido en este caso, entre otros.

Es decir, que D^o Mateo no negocia, ni gestiona, ni tramita en ningún momento la compra de las telas con la empresa vendedora, sino que lo hace con D^o Manuel Ángel, el intermediario, que trabaja en el sector del producto en cuestión, en el que es conocida la realidad y solvencia de Strafalarius por todas las empresas y profesionales que participan en el mismo, dada su dilatada trayectoria en el sector empresarial, y que por tanto, tampoco resultaba desconocida para este intermediario, por lo que no puede considerarse que hubo ocultación de la situación de Strafalarius.

La defensa añade que no hubo ni engaño ni intención de engañar o defraudar, por un lado, porque el intermediario era conocedor de la situación de la empresa al desempeñar ambos su actividad profesional en el sector de la moda; por otro lado, porque en ningún momento se ocultó información sobre la futura solicitud del concurso, ni sobre la solvencia económica de la empresa, ya que sus cuentas estaban debidamente depositadas en el Registro Mercantil, y cualquier persona interesada en conocer el estado patrimonial de la misma puede acceder a ellas. Dichas cuentas muestran la imagen fiel del patrimonio y la situación financiera de la empresa y así se recoge en un informe fiel de la Administración Concursal de Strafalarius donde se dice expresamente. Además, en el mismo informe se añade que, a fecha de la solicitud del concurso los saldos de tesorería de la empresa mostraban que la entidad disponía de liquidez suficiente con la que hacer frente al pago de las mercancías adquiridas. Todo ello acredita la buena fe del comprador y excluye cualquier actuación o intención engañosa en la contratación por parte del consejo de administración.

La celebración del contrato denunciado se enmarca dentro de la actividad ordinaria de la empresa y la mercancía adquirida se aplica a la actividad empresarial, es decir, el producto adquirido se incorpora en su totalidad al negocio de Strafalarius, lo que significa que, la mercancía adquirida fue incorporada al patrimonio de la empresa, y no al patrimonio de D^o Mateo.

Respondiendo a la acusación realizada en la denuncia referida a que la empresa vendedora era conocedora de que no se iba a realizar el pago porque el vencimiento del pagaré era posterior a la fecha de declaración del concurso y de ahí el engaño, hay que hacer hincapié en que el concurso fue calificado, tanto por la Administración

Concursal como por el Ministerio Fiscal, como fortuito al no haberse constatado dato o indicio alguno que hagan deducir que el concurso fue presentado de forma fraudulenta o para engañar a los acreedores del concurso. La finalidad de la solicitud del concurso fue negociar con el objetivo de firmar un convenio con sus acreedores que sirviera para la satisfacción íntegra de todos ellos, por lo que, la intención era totalmente contraria a defraudar a los acreedores. El concurso no se utilizó como instrumento para eludir el pago de sus obligaciones, sino todo lo contrario, se planteó con la absoluta y única intención de lograr la plena satisfacción de todos ellos a través de la firma de un convenio y la continuación de la actividad empresarial.

En conclusión, con base en lo alegado, tanto una defensa como la otra, consideran que no hay autoría ni responsabilidad puesto que los hechos acontecidos no son constitutivos de delito alguno.

2.4 FUNDAMENTOS DEL MINISTERIO FISCAL

El Ministerio Fiscal por su parte alega que “con fecha 17 de julio del 2012, los acusados (Dº Mateo, Dº Enrique y Dº Alberto) en nombre de la entidad Strafalarius de la que eran consejeros y actuando de consumo, con ánimo de lucro y en el ejercicio de su cargo, contratan con la entidad Telados, el suministro de 16.000 metros de tela.

En cumplimiento de lo acordado Telados, suministró a Strafalarius, el 6 de agosto del 2012, las referidas telas por un importe total de 16.000 euros, expidiendo una factura por dicho importe el 17 de julio del 2012 con fecha de vencimiento 17 de septiembre del 2012.

Para el pago de la referida factura, Strafalarius, expidió con fecha 3 de agosto del 2012 un pagaré contra su cuenta del Banco Herrero, S.A, con vencimiento de 17 de septiembre del 2012 que presentado al cobro fue devuelto dado que el 23 de julio del 2012, seis días después de efectuar la compra, los acusados presentaron solicitud de declaración de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil, circunstancia ocultada a la perjudicada deliberadamente y que determinó, al haber sido admitida la solicitud de concurso, que se haya tenido que personar en el procedimiento seguido en el Juzgado de Oviedo a fin de que le fuera reconocido su crédito.

La devolución del pagaré originó a Telados, unos gastos de 683,79 euros.

La entidad Strafaliarius fue declarada en concurso voluntario por auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de fecha 3 de septiembre del 2012.”

3. EL CONCURSO

3.1 CONCEPTO

El concurso de acreedores se puede definir tal como lo hace la Ley Concursal (LC) en sus artículos 2 y 3 como una situación jurídica en la que se encuentra un deudor, ya sea persona física o jurídica, que presente un estado de insolvencia.

Para poder hablar de situación concursal es necesario que se cumplan dos presupuestos, uno subjetivo y otro objetivo.

El subjetivo¹, recogido en el artículo 1 LC, se refiere a quién puede ser declarado en situación de concurso, estableciendo como requisito a cumplir la personalidad, pudiendo tratarse tanto de personas naturales como jurídicas. Se establecen dos excepciones una negativa y otra positiva. En primer lugar, no podrán ser declaradas en concurso a pesar de tener personalidad, las entidades integrantes de la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público. Por otro lado, aun cuando carezcan de personalidad, la herencia no aceptada pura y simplemente podrá ser declarada en concurso.

Concretamente, en cuanto al concurso de las personas jurídicas, del análisis coordinado de los artículos 1 y 24 LC se extrae que podrán ser declaradas en concurso todas las personas jurídicas, sean inscribibles en el Registro Mercantil, en un registro diferente o no inscribibles en ninguno, bastando para ello que hayan adquirido personalidad jurídica. Por ello podrán ser declaradas en concurso las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, colectivas, comanditarias, sociedades de inversión, entidades de inversión colectiva, las asociaciones, fundaciones, agrupaciones de interés económico, sociedades de garantía recíproca, sociedades cooperativas y mutuas. Todas ellas tienen reconocido personalidad jurídica por lo que podrán ser declaradas en concurso.

¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, DEL MAR M. y ORELLANA CANO Cap. I “De los presupuestos del concurso”, director Pedro Prendes Carril, *Tratado Práctico Concursal*, ed. Aranzadi, SA, publicado en Navarra en 2009.

El presupuesto objetivo se encuentra recogido en el artículo 2 LC:

“1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.

2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1. ° El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

2. ° La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3. ° El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

4. ° El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.”

Conviene destacar que la insolvencia² es algo más que un mero hecho, como pueda ser el impago de uno o varios créditos, es un auténtico estado, una situación o requisito de fondo en que se encuentra el deudor más allá del mero hecho del impago; es decir, si el hecho es la falta de pago de la obligación, el estado viene dado por la situación en que se encuentra el deudor y que le impide o imposibilita ese pago.

² PRENDES CARRIL, P., Cap. I “De los presupuestos del concurso”, director Pedro Prendes Carril, *Tratado Práctico Concursal*, ed. Aranzadi, SA, publicado en Navarra en 2009.

Nuestra LC parece tener presente esa diferenciación decantándose por la necesidad de la justificación del estado de insolvencia, como presupuesto objetivo para que el procedimiento pueda tener lugar, pero, dando cierta relevancia a determinados hechos, como presuntivos de un estado de insolvencia. La justificación del estado o situación económica de fondo, resulta más acusada cuando la solicitud del concurso la insta el propio deudor (concurso voluntario), en cuyo caso *deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia*, sea ésta actual o inminente. En cambio si de un concurso necesario se trata, al acreedor le basta con acreditar alguno de los hechos presuntivos del estado de insolvencia a que refiere el art. 2.4 LC, y sólo cuando medie oposición por parte del deudor, el presupuesto objetivo precisará de una más intensa justificación de fondo, en otro caso, si no media oposición o supuesto allanamiento, el sistema parece más próximo al denominado modelo francés de hechos externos, pues, bastaría la acreditación del hecho para la declaración del concurso.

3.2. DEBER DE SOLICITAR EL CONCURSO, ARTÍCULO 5 BIS DE LA LC

Frente a las dudas doctrinales³ sobre el carácter forzoso o voluntario de la solicitud de quiebra, la LC opta claramente por la imposición al deudor de la obligación de solicitar el concurso ante la concurrencia de su presupuesto objetivo, la insolvencia. Tal obligación se colige no solamente del artículo 5 LC sino que también se infiere del artículo 165 LC que establece la presunción de culpabilidad ante el incumplimiento de la obligación de solicitar el concurso de acreedores.

El primero de los números del precepto analizado fija la obligación del deudor de solicitar el concurso cuando se encuentre en situación de insolvencia. La dificultad, sin duda, estriba en concretar a partir de qué momento se considera que concurre el presupuesto único del concurso, la insolvencia. La clave para su determinación se sitúa en el artículo 2 que describe la insolvencia e introduce una serie de supuestos de hecho en los que se presume esta situación. Por ello, el número 2 del artículo 5 fija bajo el sistema de presunción *iuris tantum* el momento a partir del cual considera que el deudor ha conocido su estado de insolvencia.

³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, DEL MAR M. y ORELLANA CANO, N., Cap. I “De los presupuestos del concurso”, director Pedro Prendes Carril, *Tratado Práctico Concursal*, ed. Aranzadi, SA, publicado en Navarra en 2009.

A diferencia de lo que acontece con el resto de los legitimados para los que la presentación de solicitud de concurso resulta facultativa, el artículo 5 LC impone al deudor común la obligación de solicitar el concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que conoció o debió conocer su situación de insolvencia.

Esta obligación surge, como se ha adelantado, desde el momento en que el deudor conoció o debió conocer que se encontraba en situación de insolvencia y en virtud de ella deberá presentar la solicitud de concurso dentro de los dos meses siguientes a dicha fecha. La dificultad estriba en concretar en qué momento se produce efectivamente dicha situación de insolvencia y cuándo se conoció o debió conocer. El apartado 2 establece la presunción *iuris tantum* de que el deudor conocerá su situación de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que puedan servir de fundamento a la solicitud de concurso necesario, esto es de los previstos en el artículo 2.4 LC. No obstante se trata de una mera presunción, de manera que el simple acontecimiento de dichos hechos no conlleva necesariamente que la obligación del deudor de solicitar el concurso cuando no equivalgan a una situación de insolvencia. De esta manera, el artículo 5 sigue la misma línea que los artículos 2.1 y 18 LC que parten de que dichos hechos permiten presumir la insolvencia pero no impiden al deudor acreditar que a pesar de su realidad no se encuentra en dicha situación. Igualmente, aun cuando no concorra ninguno de esos hechos si el deudor se encuentra imposibilitado para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, tendrá igualmente obligación de solicitar el concurso.

Si incumpliese esa obligación, las consecuencias previstas en LC ante el incumplimiento por el deudor del deber de solicitar la declaración de concurso se proyectan fundamentalmente en sede de calificación. El artículo 165.1 LC incluye la presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave a los efectos de la calificación del concurso como culpable cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso en el plazo de dos meses previsto en el artículo 5. Junto a estas consecuencias, si algún acreedor interesa la declaración de concurso ante el incumplimiento del deudor, éste calificará como necesario según dispone el artículo 22 LC. En estos casos, como regla general el juez acordará el régimen de suspensión de las facultades de administración y disposición sobre los bienes del deudor que pasarán a ser ejercidas por la administración concursal según prevé el artículo 40.2 LC. Todo ello sin perjuicio, tal y como hemos visto, de la responsabilidad de los administradores de personas jurídicas prevista en el ámbito societario derivada directamente del incumplimiento de la obligación de solicitar el concurso.

Las ventajas que para el deudor representa que la solicitud de concurso haya sido presentada por él resultan indudables, puesto que no sólo evita la aplicación de la presunción anterior y cumple con la obligación prevista en el artículo 5 sino que el concurso será considerado como voluntario, lo que implica que, con carácter general, no será suspendido en sus facultades de administración y disposición sino que se acordará la mera intervención en el ejercicio de éstas por la administración concursal y podrá presentar una propuesta anticipada de convenio.

Con la reforma de la LC aprobada mediante Ley 38/2011, de 10 de octubre, se aprobó un nuevo artículo, el artículo 5 bis, que permite la posibilidad de prorrogar el plazo para solicitar el concurso voluntario de aquellos deudores que se encuentren tanto en insolvencia actual como en insolvencia inminente en un plazo de tres meses, mientras que con anterioridad a esta última reforma, el artículo 5.3 LC permitía, sólo para aquellos deudores que se encontrasen en insolvencia actual, prorrogar el plazo para solicitar el concurso voluntario en cuatro meses.

El artículo 5 bis permite al deudor comunicar al Juzgado el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

Los objetivos de este artículo son⁴: la disminución del número de concursos que en la actualidad llegan a los Juzgados e intentar alcanzar acuerdos (fuera de la sede concursal) con los acreedores que salven el estado de insolvencia de la empresa.

Si las negociaciones con los acreedores son fructíferas, el deudor podría obtener: 1) un acuerdo anticipado de convenio debiendo con ello seguir el curso de la solicitud de concurso para su declaración; o 2) acuerdos de refinanciación que permiten al deudor no tener que solicitar el Concurso. Si los acuerdos cumplen los requisitos establecidos en el art. 71.6 de la Ley concursal 22/2003 serán susceptibles de homologación judicial, quedando blindados contra futuras y eventuales acciones de rescisión.

La Disposición Adicional cuarta de la LC, establece la homologación de los acuerdos de refinanciación así como los requisitos necesarios para su adopción, se trata de una posibilidad, pues la Ley Concursal no obliga a que los acuerdos de refinanciación sean homologados.

⁴ BUFETE B. BUIGAS, "El mal llamado "preconcurso", el artículo 5 bis de la Ley Concursal", publicado en <http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Mercantil/Concursal/El-mal-llamado--preconcurso---el-articulo-5-bis-de-la-Ley-Concursal.html>, consultado el día 2 de enero del 2016.

Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación cuando haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el 55% del pasivo titularidad de entidades financieras (contra el 75% que se exigía con anterioridad a la modificación de la Ley Concursal) y reúna en el momento de adopción del acuerdo, las condiciones del artículo 71.6 de la Ley Concursal relativas a designación de experto independiente y elevación a instrumento público.

Por la homologación judicial, los efectos de la espera (esto es, moratoria en el pago de los créditos) pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real. Esto significa que en el caso de la homologación de una refinanciación, la espera se extiende a las demás entidades financieras no participantes en el acuerdo, pero no a otros acreedores, ni a las entidades financieras titulares de garantías reales.

En la homologación judicial, el juez queda facultado para paralizar las ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación, que no podrá superar los tres años.

En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma.

Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso o iniciar las ejecuciones singulares.

La Ley no exige ninguna obligación de forma y contenido sobre la comunicación, lo que sí impone es que se presente dentro del plazo de los dos meses que establece el artículo 5. El deudor dispone de un plazo de tres meses para negociar posibles convenios quedando suspendida la facultad de los acreedores para instar el concurso necesario que sólo podrán presentar en el caso que el deudor incumpliera los plazos de presentación de solicitud de concurso voluntario. En definitiva, el periodo para alcanzar una solución extrajudicial a la situación de insolvencia de la compañía se amplía hasta los seis meses (dos meses para comunicar al Juzgado el inicio de las negociaciones, tres meses para alcanzar un acuerdo y un mes más para solicitar la declaración del concurso).

Asimismo, la reforma de la ley introdujo el concepto anglosajón del “fresh money” (dinero fresco) para los supuestos en que la compañía haya acudido a la refinanciación de su deuda. Este mecanismo permite dotar de liquidez a la sociedad y permite a los acreedores que aporten nuevos ingresos a la tesorería de la sociedad, considerar el 50% de los mismos como crédito contra la masa en un eventual concurso y el restante 50% se considera como crédito con privilegio general. Esto debería suponer un gran estímulo para las entidades financieras a la concesión de nuevos créditos que permitan asegurar la viabilidad de la sociedad.

En muchas ocasiones, lo que supone la comunicación del 5 bis es la constatación pública de las dificultades económicas por las que está atravesando la compañía, y ello puede conllevar la paralización de los cobros de facturas, interrupción de suministros, embargos, ejecuciones y procedimientos judiciales que empeoren la situación de insolvencia de la empresa.

En conclusión, lo que el deudor busca con la presentación del artículo 5 bis es un acuerdo global con todos los acreedores que salve la situación de insolvencia de la sociedad. En general, el deudor procura ampliar sus créditos, carencias y adjudicaciones de activos con las entidades financieras, negociar con las administraciones públicas la ampliación del plazo para pagar las deudas y se buscan acuerdos con proveedores para el pago de deudas, que puedan incluir quitas y/o esperas.

En caso de que dentro de los tres meses siguientes desde la comunicación del artículo 5 bis el deudor no haya podido refinanciar su deuda u obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio, y siempre y cuando no haya podido salvar su estado de insolvencia, éste estará obligado a solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente.

3.3 EFECTOS DEL CONCURSO

La Ley Concursal, distingue, dentro de los efectos que atribuye a la declaración del concurso entre los que recaen sobre el deudor, o sea, la empresa en concurso, los acreedores, los contratos, y los actos perjudiciales para la masa activa, sólo serán objeto de análisis los dos primeros, ya que son los que interesan para el tema que se trata en el trabajo.

a) EFECTOS SOBRE EL DEUDOR

El deudor, en caso de concurso voluntario, es decir, aquél en el que la primera de las solicitudes presentadas haya sido la del propio deudor (artículo 22.1), tal y como ocurre en este caso, conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, la diferencia es que en la realización de éstas está sometido a la autorización o conformidad de los administradores concursales.

Es importante destacar que tal y como recoge el artículo 44 de la LC en su apartado primero, “la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor” de esta forma establece el precepto que “en caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general.

No obstante lo establecido en el apartado anterior, y sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado”, se deduce del texto legal que la intención del legislador es que se continúe el ejercicio de la actividad que lleva a cabo la empresa declarada en concurso ya que, además de lo ya visto, incluso en el caso más intervencionista, recogido en el apartado 3, se establece que en caso de que el deudor no pueda ejercer la actividad porque se suspendan sus facultades de administración y disposición, es a la administración concursal a quién corresponde llevar a cabo las medidas necesarias para continuar con la actividad profesional o empresarial y que sólo excepcionalmente el juez podrá acordar mediante auto, el cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones que fueran propiedad del deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta.

b) EFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES

El artículo 49.1 de la LC, donde se recogen los efectos del concurso, es una de las manifestaciones del principio de universalidad⁵ del concurso, que se evidencia en que todos los acreedores del deudor, una vez que se declare el concurso, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes.

Ahora bien, aunque el artículo 49 de la LC no lo diga expresamente, no todos los créditos contra el concursado integran la masa, quedando fuera por su propia naturaleza, los créditos contra la masa, distintos por tanto a los créditos concursales, es decir, los créditos que integran la masa pasiva. Así lo establece claramente el artículo 84.1 de la LC al señalar que “constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta ley no tengan la consideración de créditos contra la masa”. Por lo tanto, los créditos contra la masa no integran la masa pasiva del concurso.

Hay que distinguir entonces, los créditos contra la masa de los créditos concursales porque la calificación de los créditos como de uno u otro tipo tiene relación, aparte de con su integración o no en la masa pasiva del concurso, con la prelación en el cobro.

El artículo 84.2 LC establece cuáles son los créditos contra la masa, y concretamente en el punto 5º recoge: “los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso.” Con lo cual, si un crédito proveniente del ejercicio de la actividad profesional, como es en este caso la compra de las telas, se genera después de la declaración del concurso será un crédito contra la masa y si es antes es un crédito concursal. La consecuencia de una denominación⁶ u otra influye como ya se adelantaba, con el lugar en que se va a posicionar el acreedor para que le

⁵ GARCÍA SANZ, M. “Efectos del concurso sobre los acreedores”, publicado en http://www.icava.org/formacion/curso131023/Manuel_Garcia.pdf, consultado el día 7 de septiembre de 2015, pp. 1-3.

⁶ TATO PLAZA, A., “Reconocimiento y graduación de créditos en la nueva ley concursal”, Revista Xurídica *Galega*, Nº 40, 2003, pp. 39-40.

satisfagan su crédito. De esta forma, los créditos contra la masa tienen la consideración de prededucibles, en el sentido de que han de ser satisfechos con carácter previo al pago de los restantes créditos (los concursales).

Pero tampoco todos los créditos concursales, integran la masa pasiva del concurso, hay excepciones establecidas en las leyes, como señala el propio artículo 49 LC. La propia Ley Concursal se refiere, por ejemplo, a los créditos privilegiados sobre buques y aeronaves, pudiendo los acreedores separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, en el plazo de un año, de las acciones correspondientes previstas en su legislación específica. Asimismo, habrá que estar a otras excepciones que puedan prever leyes especiales como ocurre con la regulación de entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, o entidades aseguradoras, tal y como establece la Disposición Adicional 2ª de la LC.

3.4. FINALIDAD

Las diferentes finalidades del concurso vienen recogidas en la Exposición de Motivos de la LC que entiende que “el convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, **orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores** a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud”; también se refiere a “la **finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial** del concurso puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideran total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. El informe preceptivo de la administración concursal es una garantía más de esta solución”.

Y de ello se hacen eco las sentencias menores, así pueden citarse:

a) SJM Murcia de 9 de septiembre del 2015: “no se puede olvidar que el interés principal y la finalidad esencial en el concurso de acreedores son los propios acreedores. Cualquier actuación que perjudique dicho interés sería contraria al espíritu de la propia LC y a la finalidad del procedimiento universal. O podría incardinarse en un supuesto de fraude de ley, pues la finalidad del concurso de acreedores no es la extinción de personas jurídicas”.

b) SAP Zaragoza de 4 de abril y de 6 de octubre del 2014: “El concurso tiene la finalidad eminentemente práctica de satisfacción ordenada, en la medida de lo posible, de los derechos de los acreedores. Por lo tanto, es un principio general de nuestro sistema concursal el que el concurso ha de poder alimentarse a sí mismo, si no estaríamos abocados al “concurso del concurso”, al tener que evitar el propio concurso en concurso (SAP Coruña, Sección 4ª de 9 de abril del 2010)”.

c) SJM Almería de 19 de diciembre del 2014: “la finalidad es satisfacer a los acreedores”.

d) SAP Las Palmas de 13 de noviembre del 2013: “La finalidad del concurso de acreedores es la de mantener la actividad empresarial mediante la negociación con los acreedores evitando la liquidación de la empresa. Dicho de otro modo, salvar el negocio mediante el pago negociado de las deudas o, en caso de que ello no sea posible, pagar las deudas mediante la liquidación de la empresa, procurando que ello no afecte al patrimonio del deudor (administrador de la sociedad o persona física)”.

e) SJM Sevilla de 5 de marzo del 2010: “La finalidad del concurso de acreedores enunciado en la Exposición de Motivos de la LC, cual es, entre otros, la satisfacción de los créditos de los acreedores, siendo así, que la inexistencia de bienes del deudor determina ya a priori la frustración del concurso”.

4. LA ESTAFA

4.1 CONCEPTO

El CP actual regula la estafa en la Sección 1ª del Capítulo VI (De las defraudaciones) del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) del Libro II.

El vigente artículo 248 dispone: “1. **cometen 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.”

4.2 ELEMENTOS TÍPICOS

Los elementos que estructuran el delito de la estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia⁷ (se lee en la STS 465/2012, de 1 de junio, de igual modo las SSTS 993/2012, de 4 de diciembre y 186/2013 de 6 de marzo) son los siguientes:

1. La **utilización de engaño previo bastante**, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se tenga en cuenta tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las características individuales de la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las SSTS 465/2012 de 1 de junio, 512/2012 de 10 de junio y 929/2012 de 19 de noviembre, tiene establecido de forma reiterada que el engaño en el delito de estafa tiene que ser un engaño precedente, bastante y causante. En cuanto al requisito del engaño precedente, comporta la exigencia de un engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial por parte del sujeto pasivo de la acción en perjuicio del mismo o de un tercero, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la operación (SSTS 580/2000 de 19 de mayo, 1012/2000 de 5 de junio, 628/2005 de 13 de mayo, 977/2009 de 22 de octubre).

Dice el Alto Tribunal que en el delito de estafa, se requiere la utilización de un engaño previo bastante, y que esa adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en cada caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y

⁷ RIVES SEVA, A.P. “El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, publicado en http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=407, consultado el día 15 de septiembre de 2015.

a las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero (STS 288/2010 de 16 de marzo).

2. El engaño ha de **desencadenar el error del sujeto pasivo** de la acción. Como indica el ATS 492/2013 de 28 de febrero, con cita de la STS 251/2009 de 5 de marzo, “el delito de estafa en su forma clásica, se vertebra en un error de información que sufre la víctima, respecto de algún extremo relevante porque, precisamente por ese error, el mismo efectúa un acto de disposición del que resulta perjudicado. Obviamente la característica de ese error es que ha sido creado y escenificado por aquella otra persona que es la que resulta beneficiada, por ello, si bien se ha dicho que es un negocio jurídico criminalizado, es lo cierto que técnicamente no es tal porque no tiene causa lícita, precisamente por el consciente error que el autor ha desarrollado ante el perjudicado y que es el causante de su propio empobrecimiento. Por eso de forma esquemática, se ha dicho que el núcleo de la estafa es un engaño antecedente, causante y bastante”.

Efectivamente el error ha de ser consecuencia del engaño, debiendo existir relación de causalidad entre éste y aquél; es decir, “el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero” (STS 288/2010 de 16 de marzo)”.

3. Debe darse también un **acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo**, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.

El elemento esencial de la estafa está constituido por un acto de disposición que realiza el engañado (sujeto pasivo de la acción) bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad. Así las SSTs 577/2002 de 8 de marzo, 267/2003 de 24 de febrero y 1485/2003 de 15 de diciembre. El perjuicio que tal acto de disposición provoca puede recaer en el propio disponente (sujeto pasivo de la acción y del delito) o en un tercero (sujeto pasivo del delito). Así la STS 137/2007 de 16 de febrero.

El acto de disposición puede consistir tanto en una acción positiva: entregar una cosa, gravar un bien, prestar un servicio por el que no se obtiene contraprestación (STS 137/2007 de 16 de febrero), como en una omisión que produzca el perjuicio señalado por la Ley (por ejemplo dejar prescribir la acción para reclamación).

4. La conducta engañosa ha de ser ejecutada con **dolo y ánimo de lucro**.

“El dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente el <dolo subsequens>, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa” (STS 1649/2001 de 24 de septiembre).

En cuanto al ánimo de lucro, en la STS 1232/2002 de 2 de julio se lee: “como elemento subjetivo del injusto o dolo en el sujeto activo de la acción, según la jurisprudencia y la doctrina aparece integrado por el elemento <intelectivo> de <conocer que se está engañando y perjudicando a otro> y el <volitivo> de obtener una ventaja o provecho, es decir, la propia norma al definir el tipo delictivo exige expresamente el <ánimo de lucro> u obtención de un provecho económico como contrapartida al perjuicio. Este elemento subjetivo del dolo, como en cualquier otro supuesto, ha de inferirse de los hechos realizados y los beneficios obtenidos como resultado de la acción... una vez detectada la existencia de un engaño antecedente y de un perjuicio consiguiente para las víctimas o sujetos pasivos de la acción, resulta clara la concurrencia de este elemento típico del ánimo de lucro, porque, en definitiva, este ánimo se centra “en el propio acto dispositivo provocado por el engaño” y va ínsito en el carácter patrimonial de la ventaja que se pretende obtener, aunque no es imprescindible que se concrete exclusivamente en el valor económico de la cosa, ya que, como ha expuesto la doctrina y recoge la jurisprudencia “el lucro se utiliza en estos delitos con un sentido jurídico de cualquier clase de utilidad o ventaja”.

5. De la acción **tiene que derivarse un perjuicio para la víctima**, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (**nexo causal o naturalístico**) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva).

En la doctrina Moreno Verdejo⁸ distingue tres conceptos: valor de lo defraudado, perjuicio causado y lucro obtenido.

⁸ Citado en RIVES SEVA, A.P., ob. cit. nota 7.

El valor de lo defraudado coincide con el valor del acto de disposición o atribución patrimonial que realiza el engañado. Es la cifra que debe tenerse en consideración para calibrar la cuantía de la estafa a efectos de la diferenciación entre delito y falta (actualmente ya no) o a efectos de la aplicación de la agravación del artículo 250.1.5º cuando se refiere al “valor de la defraudación”.

El perjuicio causado, entendido como la disminución patrimonial del engañado o de un tercero, corresponde a la esfera de la responsabilidad civil derivada del delito y puede coincidir con el valor de lo defraudado o ser mayor o, inclusive, menor.

El lucro obtenido se corresponde con los incrementos patrimoniales habidos en el patrimonio del sujeto activo a consecuencia del valor de lo defraudado y su transformación ulterior. Corresponde pues, a la fase de agotamiento del delito y es ajena a la determinación de la gravedad del delito o al alcance de su responsabilidad civil.

No necesariamente coinciden el valor de lo defraudado y el perjuicio causado.

Por último, tiene que haber un **nexo causal** para que se entienda cometido el delito de estafa, es decir, es necesario que el acto de disposición patrimonial sea causado por el error consecuencia del engaño, así lo recoge la STS 704/2012 de 21 de septiembre, “el engaño ha de ser antecedente no sobrevenido y ha de estar ligado casualmente con el perjuicio patrimonial, de manera que éste haya sido generado por aquél (SSTS 837/2007 de 23 de octubre, 414/2004 de 25 de marzo y 415/2002 de 8 de marzo). Es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el desplazamiento patrimonial que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente al momento en que tal desplazamiento se origina. Por lo tanto, el engaño debe ser el origen del error, el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial (SSTS 956/2003 de 26 de junio y 270/2006 de 10 de marzo). El engaño ha de ser la causa del perjuicio, con lo que el dolo tiene que ser antecedente o concurrente en la dinámica defraudatoria, no admitiéndose el dolo sobrevenido (SSTS 1727/1999, de 6 de marzo, 1316/1997 de 30 de octubre y 109/1999 de 27 de enero). Que el engaño sea causal supone la existencia de un nexo de causalidad entre éste y la disposición patrimonial, de forma que ésta sea generada por el engaño que actúa como antecedente necesario sin el cual no se hubiese producido el acto de disposición (STS161/2002 de 4 de febrero)”.

A esa relación de causalidad se refieren también las SSTS 234/2012 de 30 de marzo, 185/2005 de 15 de febrero, 368/2007 de 9 de mayo y 452/2011 de 31 de mayo: “en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que casualmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el artículo 248 CP que ello tenga lugar mediante un engaño “bastante”. Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es la imputación objetiva del resultado.”

La estafa se consuma en el momento en que el sujeto por error realiza el acto de disposición patrimonial y el autor obtiene de ese modo la disponibilidad de la cosa ajena (SSTS de 7 de julio de 1981, 21 de mayo de 1983, 242/1995 de 17 de marzo, 766/2003 de 27 de mayo y 512/2008 de 17 de julio). La STS 61/2012 de 8 de febrero, matiza: “por regla general, el delito de estafa se perfecciona en el momento en que tiene lugar el acto por el cual el titular de un bien o un valor se desprende de él, sin que se requiera que el autor del delito pueda disfrutar de lo ilícitamente obtenido. La estafa se consuma cuando el engañado realiza la disposición patrimonial que provoca el daño en el patrimonio”.

4.3 RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La primera vez que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue en la Ley Orgánica 5/2010 que reforma el Código Penal (CP). Los delitos por los que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables son *numerus clausus*, pues sólo responderán de los delitos que expresamente hayan establecido una remisión al artículo 31 bis.

El artículo 31 bis ha sido recientemente modificado, por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que fundamenta la culpabilidad de la persona jurídica, según sostiene un sector de la doctrina⁹, en la constatación de un *defecto de organización* en su seno del que debe responder. De esta manera, cuando el delito lo comete un administrador

⁹ ROIG ALTOZANO, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: “societas delinquiré et puniri potest” “, publicado en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4746-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas:-societas-delinquere-et-puniri-potest/>, consultado el día 2 de enero del 2015.

o representante legal la persona jurídica será responsable en una suerte de culpa *in eligendo* de haber puesto al frente de la misma a una persona física que actúa incumpliendo la legalidad penal. Cuando el delito lo comete un empleado o colaborador, la persona jurídica respondería por culpa *in vigilando* por no haber establecido los mecanismos de control necesarios para evitar que en su seno se cometan delitos. Ello no obstante, se da la paradoja de que en la construcción de la culpabilidad de la empresa se están utilizando nociones propias de la imprudencia, cuando la totalidad de los delitos para los que está prevista tal responsabilidad son delitos eminentemente dolosos.

De acuerdo con lo establecido en el nuevo art. 31 bis CP, y siempre bajo el prisma del principio de culpabilidad, la persona jurídica responderá penalmente en dos supuestos:

1. Por los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho, por sus legales representantes y administradores de hecho o de derecho.

2. Por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus legales representantes o administradores de hecho o de derecho, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Sin embargo, el caso práctico real en el que se basa este trabajo ocurrió con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma, por lo que el artículo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas que le es aplicable y por ello, es el que se va a analizar más a fondo, es la redacción anterior, actualmente derogada.

Según este artículo, las personas jurídicas son penalmente responsables en los siguientes casos:

-Por los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas.

-Por los delitos cometidos en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

-Por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas del artículo 31.1 bis primer párrafo, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las circunstancias concretas del caso.

Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad de las personas jurídicas, se recogen en el apartado 4, y se trata de actividades que las mismas deberán haber realizado con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales:

-Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la actuación ante las autoridades.

-Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

-Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

-Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En el caso concreto del delito de estafa, el artículo 251 bis del CP establece que: “cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos cometidos en esta Sección se le impondrán las siguientes penas: a) Multa del triple al quíntuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años. b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de casos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Por lo que habría que acudir al artículo 31 bis para ver si se cumplen las condiciones en el supuesto analizado para entender que se pudiese considerar que hay responsabilidad penal de la empresa (en caso de que los hechos descritos fuesen delito), sería la situación recogida en el apartado 1, “de los delitos cometidos nombre o por cuenta de la mismas, y en su provecho, por sus administradores de derecho”, ya que Mateo, administrador de derecho de Strafaliarius, contrata en su provecho la compra de telas con Telados.

No hay muchas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en relación con este precepto.

5. ANÁLISIS DEL DELITO DE ESTAFA EN EL CASO PRÁCTICO TENIENDO EN CUENTA EL CONCURSO DE ACREEDORES

Con base a la teoría y jurisprudencia aplicable a la estafa que se ha observado, a lo que implica el concurso de acreedores y al caso práctico que se ha presentado con sus especialidades, a continuación estudiaremos si realmente los hechos encajan en el tipo básico de la estafa o no.

El primero de los elementos de la estafa es el **engaño** que en este supuesto se trataría de la omisión de la información sobre la situación patrimonial de Strafalarius, habrá que examinar si concurren en él las características necesarias para adecuarse al tipificado por el CP. La jurisprudencia al hablar del engaño entiende que tiene que tener suficiente entidad atendiendo al examen de las circunstancias concretas de cada caso. En este supuesto al tratarse de dos empresas que contratan en el ámbito de su dedicación profesional se plantea la siguiente cuestión, ¿se puede entender entonces que el engaño debería exigir una idoneidad superior a la del ciudadano medio, que sería la que se exigiría si hubiese sido un particular el que hubiese contratado con la empresa, porque se entiende que están en igualdad de condiciones en cuanto a conocimientos por tratarse de un negocio realizado en su campo profesional como empresa no como cliente y por ello debe haber un deber de autoprotección mayor que el que se podría requerir en el otro caso? cuando se trata de profesionales que actúan en su ámbito empresarial, se exige la diligencia del ordenado empresario, que se encuentra recogida en el artículo 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital. De esta forma, el deber de diligencia de un buen padre de familia exigido en el Código Civil, no se aplica cuando se trata de la responsabilidad exigida a un administrador dentro del sector concreto en que realiza su actividad¹⁰, porque el profesional no es un hombre medio que actúa en el ámbito de su familia o en el de sus asuntos normales. Desarrolla una actividad o servicio que se aleja de los parámetros generales. El empresario tiene especiales características que no permiten la aplicación del genérico estándar subsidiario del buen padre de familia, ¿se debería exigir entonces la diligencia de un ordenado empresario también en el ámbito penal, es decir, en este caso, en vez de la de un buen padre de familia?

¹⁰ RAMOS HERRANZ, I., “*El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario*”, consultado en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-10019500225 ANUARIO DE DERECHO CIVIL El est%E1ndar mercantil de diligencia: el ordenado empresario, el día 14 de diciembre del 2015.

Para poder considerar si hay engaño, hay que responder a la siguiente cuestión, ¿es obligación de una empresa que se encuentra en concurso informar a la empresa con la que contrata de sus circunstancias, o bien es la otra empresa la que como exigencia del deber de diligencia debe acudir al Registro Mercantil y enterarse de cuál es la situación económica de la persona con quién contrata?

Tratando de responder a esta cuestión, se hace un estudio de la posición que toma el Tribunal Supremo, y así se observa que, en un principio la línea que seguía era poco proteccionista con la víctima como recogen las SSTS 1013/1999 de 22 de junio, 980/2001 de 30 de mayo, 686/2002 de 19 de abril, 2168/2002 de 23 de diciembre, 621/2003 de 6 de mayo y 113/2004 de 5 de febrero: “Cuando el sujeto de la disposición patrimonial tiene la posibilidad de despejar su error de manera simple y normal en los usos mercantiles, no será de apreciar un engaño bastante en el sentido del tipo del artículo 248 CP, pues en esos casos, al no haber adoptado las medidas de diligencia y autoprotección a las que venía obligado por su situación previa al negocio jurídico, no puede establecerse con claridad si el desplazamiento patrimonial se debió exclusivamente al error generado por el engaño o la negligencia de quien, en función de las circunstancias del caso, debió efectuar determinadas comprobaciones, de acuerdo con las reglas normales de actuación para casos similares, y omitió hacerlo”.

Igualmente la STS 1024/2007 de 30 de noviembre afirma que es comprensible que la jurisprudencia, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa.

La STS de 28 de junio del 2008 entiende que debe haber diferentes niveles de protección como tutela de la víctima, en base al principio de confianza o buena fe negocial de nuestro ordenamiento jurídico.

Sentencias posteriores presentan una mayor protección de la víctima, como se ve en las SSTS 162/2012 de 15 de marzo, 324/2012 de 10 de mayo, 590/2012 de 5 de julio, 814/2012 de 30 de octubre y 53/2013 de 14 de enero estableciendo que: “la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluída mediante la culpabilización de la víctima con específicas exigencias de autoprotección, cuando la intencionalidad del autor para aprovecharse patrimonialmente de un error deliberadamente inducido mediante engaño pueda estimarse suficientemente acreditada, y el acto de disposición se haya efectivamente producido, consumándose el perjuicio legalmente previsto”.

Como se ha observado, en un principio, la negligencia o culpa de la víctima jugaba un papel demasiado importante ya que excluía la idoneidad del engaño, sin embargo ahora, la interpretación es otra, más proteccionista con el sujeto pasivo del delito, no puede descartarse la estafa por la culpabilización de éste, solamente en aquellos casos en los que se entienda que no adoptó unas medidas básicas de autotutela.

Actualmente, las exclusiones de engaño son inusuales, “la jurisprudencia, ha aceptado en algunos casos excepcionalmente, la atipicidad de la conducta cuando el engaño es tan burdo, tan difícilmente perceptible que, hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una actitud mínimamente diligente” (...) “como señalan las SSTs 162/2012 de 15 de marzo, 234/2012 de 30 de marzo y 344/2013 de 30 de abril, cuya doctrina estamos reiterando, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de “engaño burdo”, o de “absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia”, y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales” (...) “en el mismo sentido la STS nº 839/2012 de 23 de octubre razonaba que... “... cuando la representación errónea de la realidad por el sujeto pasivo deriva exclusivamente de un comportamiento suyo imprudente no inducida a su vez por artimañas o ardiles del sujeto activo, pues en tal supuesto el error de aquél no es objetivamente imprudente al engaño de éste” (STS nº 478/2011), resultando decisivo para la determinación de tal situación las obligaciones de cada parte en el negocio; las exigencias de autoprotección habituales e inevitables en el sector de actividad de que se trate, especialmente cuando sean actividades profesionales o desarrolladas por empresas o entidades dotadas de mecanismos o servicios profesionales orientados a asegurar sus operaciones; las relaciones personales existentes entre las partes; y las facilidades o posibilidades reales de la parte perjudicada para acudir a medidas de autoprotección, dadas las circunstancias del caso”.

Parece que se ha dejado claro que para excluir el engaño como bastante en el delito de estafa tiene que tratarse de una situación muy clara de falsedad y que cause un error fácilmente evitable por el sujeto pasivo. Aún así puede seguir habiendo dudas sobre este caso, puesto que averiguar cuál era la realidad de Strafalarius, era tan simple cómo observar sus cuentas en el Registro Mercantil que, mostraban que efectivamente, su solvencia no era la normal; además también estaba publicada la

comunicación a la que se refiere el artículo 5 bis de la LC en el Registro Público Concursal.

Para precisar aún más si hay engaño o no, en relación con la falta de información sobre el estado de insolvencia, la STS 243/2012 de 30 de marzo, con cita de las STS 631/2008 de 15 de octubre y 319/2010 de 31 de marzo, señala que “no sólo engaña a un tercero quién le comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que estaba obligado a comunicarle, actuando como si no existieran, pues con tal forma de proceder, puede provocar un error de evaluación de la situación que le induce a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, de conocer aquellos datos, no habría realizado”, por tanto, la cuestión ahora es ¿de haberle avisado, Telados habría contratado?

De forma más concreta aún, la STS 591/2007 de 2 de junio entiende que: “la infracción del deber de informar de la situación patrimonial a la contraparte del negocio jurídico sobre una situación patrimonial que difícilmente permitirá cumplir las obligaciones contraídas, configura el engaño omisivo que fundamenta la tipicidad”.

Sin embargo esto es discutible en el caso de que sea la primera vez que contratan las dos empresas, como ocurre con Strafaliarius y Telados, ya que la STS 448/2007 de 4 de junio recoge que “nuestra jurisprudencia ha admitido que en el delito de estafa la conducta del que engaña puede ser omisiva y ha entendido también que la omisión es relevante en aquellos casos en los que solicita una prestación de otro con el que ha tenido vínculos contractuales anteriores de una cierta duración, omite comunicar que su situación patrimonial ha disminuido de manera relevante para el cumplimiento de la obligación que contrae. (...) De acuerdo con estos criterios, la acción del que, consciente de su insolvencia y la imposibilidad del pago, omite informar al otro, con el que ha tenido relaciones mercantiles anteriores, circunstancias que son relevantes para decidir la celebración del contrato que se le ofrece, comete el engaño típico del artículo 248.1º del CP”.

Por lo expuesto, se entiende que en el engaño del supuesto no concurren las características entendidas por el Tribunal Supremo como necesarias para considerarlo bastante a efectos del artículo 248.1 CP. Ahora bien, si hubiese engaño, habría que advertir quién engaña, porque el que contrató con ambas partes y estableció las condiciones del contrato, es el intermediario, Manuel Ángel, que es ajeno a las dos empresas, no es Strafaliarius la que, a través de sus administradores le pide las telas a Telados y no le informa de su situación, ¿recaería entonces en el tercero la obligación de conocer la situación de las empresas por las que intercede e informar de los

riesgos de la operación?, ¿sería entonces responsable del engaño o lo sería conjuntamente con Strafaliarius? Y si no fuera así y Strafaliarius y sus administradores fueran los que tenían esa obligación, ¿qué responsabilidad penal se les exigiría a los dos administradores que ni siquiera tenían conocimiento del negocio?

El segundo elemento del delito de estafa se refiere al **error de información que sufre la víctima**, en este caso Telados, creyendo que la situación de Strafaliarius en cuanto a solvencia le permitiría cumplir el pago de lo establecido en el momento de su vencimiento y es precisamente por ese pensamiento por el que efectúa el acto de disposición que le perjudica.

El error que sufre la empresa de telas ha tenido su desencadenante en la omisión de información sobre la situación patrimonial de Strafaliarius que hace que Telados contrate con ella y como parte de ese acuerdo le entregue en la fecha estipulada las telas correspondientes y sufra así el perjuicio, pero ese error de información no es consecuencia de un engaño como defiende la parte demandante, porque como se vio anteriormente, la omisión es relevante cuando hay un cambio en la situación patrimonial de la empresa con la que ya ha contratado otras veces, lo que no ocurre en este negocio.

En relación con el tercer elemento de la estafa, el **acto de disposición patrimonial** que es el componente esencial de este delito y está constituido por la entrega de las telas que realiza Telados bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad. El perjuicio que el acto de disposición provoca, recae en el propio disponente.

En este caso, el acto de disposición que realiza el engañado consiste en una acción positiva: entregar una cosa por la que no obtiene contraprestación.

Aunque aquí no ocurre, la doctrina ha resaltado que no sería preciso que el disponente tuviera facultad jurídica para realizar el acto. La consecuencia de esta situación sería que al tener el hecho base de la estafa una causa ilícita, el defraudado carecería de acción civil de reparación, aunque, a efectos penales, existiese estafa.

Otro componente de la estafa es el dolo, este elemento del delito es difícil de detallar porque se trata de demostrar la voluntad de una persona ¿los administradores de Strafaliarius querían evitar el pago de las telas y causar un perjuicio a Telados?, se deberá deducir de manera indirecta en base a sus actuaciones y las circunstancias del caso. Para dar respuesta a esta cuestión es muy importante tomar en consideración

qué implica el concurso para una empresa a la hora de que continúe con su actividad habitual y cuál es su finalidad.

La STS 274/2012 de 4 de abril, señala que “no cabe equiparar necesariamente la falta de verdad con lo mendaz. Si engañar es decir mentira con “apariencia de verdad” y la mentira exige disociación entre lo dicho y lo que “se sabe, cree o piensa”; es claro que el engaño exige más que la falta de verdad, la conciencia de la misma y la voluntad de que no sea percibida por el interlocutor. Por ello no bastará constatar la falta de verdad, exigiéndose la conciencia de la misma y la voluntad de disimularla”, entendiéndose por tanto que no simplemente hay que engañar u ocultar información, se necesita también que el sujeto activo sepa que hay una falta de información del sujeto pasivo y que quiera que no lo sepa.

La STS 140/2013 de 19 de febrero, añade que “el dolo se conforma con la conciencia del autor del peligro concreto creado con una conducta engañosa con entidad para provocar error y una disposición patrimonial perjudicial del patrimonio”.

Es decir, para que exista dolo se exigen dos requisitos que deben cumplirse en el momento en que se contrata: por un lado, que Strafaliarius conociese que Telados no sabía que se encontraba en concurso, y por otro lado, que Strafaliarius supiese que su situación concursal creaba un peligro para el patrimonio de Telados.

Con respecto al primer requisito cabe decir que aunque la jurisprudencia entendiéndose que era obligación de Strafaliarius informar de su situación y que el no haberlo hecho eso constituyese el engaño típico de la estafa, eso no implicaría que Strafaliarius supiese que Telados no conocía su realidad económica porque era una información pública y al alcance de todo el mundo, ya que las cuentas estaban presentadas en tiempo y forma en el Registro Mercantil y mostraban la imagen fiel de la empresa; también estaba publicada la comunicación del artículo 5 bis LC en el Registro Público Concursal; además, ambas entidades formaban parte del mismo mundo profesional donde Strafaliarius era conocida con lo que podrían haber oído algún comentario sobre los problemas económicos que atravesaba; más aún, no hubo una negociación directa entre Strafaliarius y Telados como consta en los hechos, sino que fue Manuel Ángel el que contrató con ellas por separado, y éste entre sus funciones tenía la de conocer con qué empresas hacía intercambios, por lo que Strafaliarius bien podía pensar que Don Manuel Ángel informó a la vendedora de la dificultad de su situación.

En cuanto al segundo requisito, es necesario hacer una contextualización del concurso y recordar algunos puntos relevantes de la parte teórica. La declaración de concurso produce efectos que recaen sobre el deudor, en este caso Strafalarius, al estar en concurso voluntario conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, la diferencia es que la realización de éstas está sometida a autorización o conformidad de los administradores concursales.

Las empresas en concurso pueden continuar con su actividad profesional o empresarial, tal como recoge el artículo 44 LC, el texto legal muestra esa intención incluso en el caso más intervencionista, ya que la actividad habitual de la empresa debe continuar sí o sí, bien sea de mano del deudor o de la administración concursal.

Esto implica que de cualquier forma es lícito que una empresa en concurso prosiga con el mismo comportamiento que tenía hasta antes del concurso realizando las actuaciones imprescindibles para la continuación de su dedicación profesional. Strafalarius, como relatan los hechos, se dedicaba a la confección y venta de ropa y Telados vendía telas, con lo cual el negocio que une a ambas, entra dentro del campo en el que se le permite maniobrar a la empresa en concurso. Siendo el negocio viable, el crédito de Telados se reintegra en la masa pasiva del concurso.

Por todo lo expuesto, que una empresa se declare en concurso (o antes de la declaración), no supone la evitación del pago de las deudas a sus acreedores, puede firmar contratos, por lo que, ¿Telados podría basarse únicamente en este hecho para decir que la intención de Strafalarius era estafar? La presentación de la declaración del concurso supone una obligación para las empresas en el sentido de que su incumplimiento conlleva importantes consecuencias negativas como la de la calificación del concurso como culpable por la presunción de dolo o culpa grave, la prohibición de presentación de una propuesta anticipada de convenio e incluso la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre sus bienes. Por ello, la intención de D^o Enrique, D^o Alberto y D^o Mateo al plantear el concurso es la de finalizar con la firma de un convenio que permita pagar todas sus deudas y poder continuar con la actividad.

Como ya se ha analizado en la primera parte, cuando se habló de las calificaciones de los créditos de los acreedores en el concurso, las diferentes denominaciones afectan al momento del cobro, el hecho de que el contrato con Telados se firmase ocho días antes de que declarasen el concurso, hace que el crédito no sea contra la masa sino ordinario y que por ello disminuyan las probabilidades de satisfacción del mismo pero, ¿puede inferirse de este hecho que

haya dolo?, o por el contrario, ¿puede decirse que no porque el fin de la compra de las telas era poder vender ropa para hacer frente al mayor número de deudas posible, (que al fin y al cabo es la finalidad del concurso)?, ¿hay establecido o se deduce que hay un momento a partir del cual no se pueden adquirir materiales para llevar a cabo la actividad habitual porque se presume que no se va a pagar?

Para que haya dolo en los administradores de Strafalarius es necesario que conozcan que su situación patrimonial supone un riesgo para Telados en el momento que contratan, es decir el 17 de julio del 2012, en este instante Strafalarius ya tendría que saber que la denunciante no iba a cobrar. En los hechos, se expuso que el informe de la Administración Concursal recogía a 23 de noviembre del 2013, cuatro meses después de la venta, que la empresa está llegando a acuerdos comerciales positivos para su evolución y que adopta decisiones “en aras del mantenimiento de la sociedad”, con lo que se entiende que la idea que se tiene es que era muy viable que Strafalarius finalizase el concurso con el pago total de las deudas y pudiendo seguir con su actividad. Aunque en febrero del año siguiente, que es cuando se liquida la entidad, al hacer el pago de los créditos que se adeudaban, el patrimonio de Strafalarius no permite cubrir el crédito de Telados, entre otros, ese requisito del dolo se da posteriormente a la contratación, por lo que no se incluiría en el del tipo, sería subsequens.

En cuanto al **ánimo de lucro**, es un requisito expresamente exigido por la norma y se entiende como la obtención de un provecho económico como contrapartida al perjuicio, se estaría hablando del beneficio que Strafalarius acrecienta tanto por no pagar las telas, como por vender la ropa confeccionada con ellas.

Se trata de un elemento subjetivo del dolo, así que ha de inferirse de los hechos realizados y de los beneficios obtenidos como resultado de la acción, aunque como recoge la jurisprudencia, una vez que se hubiese visto la existencia de un engaño antecedente y la del perjuicio consiguiente para Telados, resultaría clara la concurrencia de este elemento típico de la estafa, porque se centra en el acto dispositivo provocado por el engaño, y va ínsito en el carácter patrimonial de la ventaja que se pretende obtener.

En el supuesto expuesto no serían los administradores los beneficiados por la acción, o el administrador que firma el contrato sino que sería la empresa porque las telas se incorporaron al patrimonio de la misma, así como los beneficios obtenidos por la venta de la ropa elaborada con su transformación, entonces, ¿sería posible que existiese ánimo de lucro aunque no actuaran en beneficio propio? La STS 94/1995

dice que sí: “por ánimo de lucro a los efectos de apreciar la existencia del delito de estafa, ha de entenderse cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el agente, inclusión hecha de los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia, lo que no ha dejado de ser criterio discutido y discutible, mas en cualquier caso no hace falta que se pretenda la obtención de lucro propio, pues basta con que el sujeto activo de la infracción trate con su conducta injusta de beneficiar a un tercero, quizás en la forma de cooperación necesaria al lucro ajeno” y así mismo se hacen eco de lo aquí establecido sentencias posteriores como la STS 416/2007 de 23 de mayo que recoge a su vez las SSTS 629/2002 de 13 de marzo, 287/2000 de 20 de febrero, 577/2002 de 8 de marzo, 283/2003 de 12 de febrero, 384/2003 de 12 de marzo y la de 28 de noviembre del 2000.

El **perjuicio** al que se refiere el artículo 248.1 del CP, incluye tres puntos: el valor de lo defraudado, el perjuicio causado y el lucro obtenido.

El valor de lo defraudado se correspondería con el valor el acto de disposición, los 16.000 euros de telas, sería la cifra que se tendría en consideración para calibrar la cuantía de la estafa a efectos de la aplicación de la agravación del artículo 250.1.5º cuando se refiere al valor de la defraudación que estaría en 50.000 euros.

El perjuicio causado, son las telas que disminuyeron el patrimonio del perjudicado y entraría en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito.

El lucro obtenido se trata tanto de los 16.000 euros en telas, así como de la transformación ulterior, o sea, la conversión de esas telas en ropa y su venta posterior, se trataría de la ganancia obtenida de ello. Se corresponde con la fase de agotamiento del delito.

No necesariamente coinciden el valor de lo defraudado y el perjuicio causado, de esta forma, el valor de lo defraudado es el precio de las telas y el perjuicio causado es su verdadero valor dentro del patrimonio de Telados que puede ser igual, pero también superior o inferior.

6. DIFERENCIA ENTRE ILÍCITO CIVIL Y PENAL

Existiendo la posibilidad de que no se trate de un ilícito penal, ¿podría tratarse de un ilícito civil?, ¿qué diferencia hay entre ambos? El ATS 109/2013 de 17 de enero, con cita de la STS de 14 de junio del 2005, señala que: “(...) cuando con ocasión de la

contratación de los negocios jurídicos de carácter privado, ya sean mercantiles o civiles, uno de los contratantes –el sujeto activo- simule desde el principio el propósito de contratar con otra persona, cuando lo verdaderamente apetecido es aprovecharse del cumplimiento de la otra parte contratante, pero sin intención de cumplir la suya. En tal sentido, hemos afirmado que existe estafa 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. Esta distinción descansa en la existencia de un engaño inicial y causante en uno de los contratantes que da lugar al incumplimiento contractual, pero tal incumplimiento queda criminalizado, dando vida a la existencia del dolo penal propio del delito de estafa porque desde el principio existe una discordancia entre la voluntad interna de uno de los contratantes de no cumplir y enriquecerse, y la exteriorizada y engañosa que manifiesta un propósito de cumplimiento inexistente, radicando aquí el engaño. En los negocios jurídicos criminalizados se sabe ex ante que no habrá incumplimiento por uno de los contratantes, y si tan sólo aprovechamiento del incumplimiento del otro contratante (STS 14 de junio del 2005)”. Quiere decir que si existe desde un principio, es decir antes de contratar, el conocimiento de que no se iban a poder pagar a Telados las telas adquiridas se estaría ante un delito de estafa, pero si por el contrario, a medida que pasaban las diferentes fases del concurso es cuando se ve que la masa activa no es suficiente para cubrir los créditos contra la masa, los privilegiados y los ordinarios, y por tanto, es después de contratar cuando Strafaliarius sabe que hay pocas probabilidades de que pague, se trataría de un ilícito civil. Está relacionado con el elemento del dolo al que ya se hizo referencia anteriormente, con lo cual si se entiende que desde el momento en que se firma el contrato ya se conocía que no se iba a satisfacer el crédito se trataría de un ilícito penal y sino de un ilícito civil.

7. CONCLUSIONES

A D^o Mateo como consejero de Strafaliarius se le imputa la autoría de un delito de estafa tipificado en el artículo 248.1 del CP.

Teniendo en cuenta los hechos y la jurisprudencia analizada, se entiende que no concurre el requisito del dolo porque en el momento de contratar, D^o Mateo sabía que iba a presentarse el concurso, pero no sabía que el pago del crédito de Telados no iba a poder satisfacerse, si no que es posteriormente, en la liquidación, cuando se pagan las deudas y se observa que la entidad mercantil no tiene patrimonio suficiente para satisfacer la deuda con Telados. Tampoco habría engaño debido a que era la primera

vez que las empresas en cuestión mantenían relaciones mercantiles, por lo que se rompe el nexo causal que debe darse entre el error de Telados sobre la situación económica de Strafalarius, ya que su creencia de que la empresa presentaba una solvencia normal no fue desencadenada por un engaño previo bastante creado por la compradora. Sin embargo sí que se dan tanto el acto de disposición patrimonial como el perjuicio de la víctima.

A D^o Enrique y D^o Alberto que junto a D^o Mateo completan el consejo de administración de Strafalarius, se les imputa también la autoría del mismo delito. A diferencia de en el anterior, en este caso, no se da ninguno de los requisitos del tipo.

Mientras que D^o Mateo sí lo tenía, D^o Enrique y D^o Alberto no tenían conocimiento de la operación mercantil llevada a cabo, por lo que no pueden cometer delito sin participar ni saber de la existencia ni del contrato, ni de las informaciones dadas a Telados.

Para ser considerado autor de cualquier delito se exige: realizar el hecho, inducir directamente a otro a ejecutarlo o cooperar en la ejecución con un acto sin el cual no se habría ejecutado, dado que D^o Enrique y D^o Alberto no realizaron ninguna de estas tres acciones no se puede decir tampoco que sean autores de la supuesta estafa.

Por último, está la empresa, Strafalarius, aunque no se ha dirigido el procedimiento contra ella, según la legislación penal vigente en el momento de los hechos, podría ser igualmente considerada como autora si se hubiese constatado la comisión de un delito por sus administradores de derecho (entre otros), como en el caso analizado éstos no son finalmente responsables del delito de estafa, ella tampoco lo es.

Al no existir delito por no cumplirse las exigencias del tipo, el incumplimiento de contrato sería únicamente un ilícito civil, pero su análisis no compete a este trabajo.

8. BIBLIOGRAFÍA

-HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, DEL MAR M. y ORELLANA CANO Cap. I “*De los presupuestos del concurso*”, director Pedro Prendes Carril, “*Tratado Práctico Concursal*”, ed. Aranzadi, SA, publicado en Navarra en 2009.

-PRENDES CARRIL, P., Cap. I “*De los presupuestos del concurso*”, director Pedro Prendes Carril, “*Tratado Práctico Concursal*”, ed. Aranzadi, SA, publicado en Navarra en 2009.

-RODRÍGUEZ, DEL MAR M. y ORELLANA CANO, N., Cap. I “*De los presupuestos del concurso*”, director Pedro Prendes Carril, “*Tratado Práctico Concursal*”, ed. Aranzadi, SA, publicado en Navarra en 2009.

-TATO PLAZA, A., “*Reconocimiento y graduación de créditos en la nueva ley concursal*”, Revista Xurídica Galega, Nº 40, 2003, pp. 39-40.

Páginas web:

-BUFETE B. BUIGAS, “El mal llamado “preconcurso”, el artículo 5 bis de la Ley Concursal”, publicado en <http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Mercantil/Concursal/El-mal-llamado--preconcurso---el-articulo-5-bis-de-la-Ley-Concursal.html>, consultado el día 2 de enero del 2016.

-GARCÍA SANZ, M. “Efectos del concurso sobre los acreedores”, publicado en http://www.icava.org/formacion/curso131023/Manuel_Garcia.pdf, consultado el día 7 de septiembre de 2015, pp. 1-3.

-RAMOS HERRANZ, I., “El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario”, consultado en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-10019500225 ANUARIO DE DERECHO CIVIL El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario

-RIVES SEVA, A.P. “El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, publicado en http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=407, consultado el día 15 de septiembre de 2015.

-ROIG ALTOZANO, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: “societas delinquiré et puniri potest””, publicado en

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4746-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas:-societas-delinquere-et-puniri-potest/>, consultado el día 2 de enero del 2015.

Normativa:

- Ley Concursal.
- Código Penal.

Jurisprudencia:

a) JUZGADO

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 5 de marzo del 2010.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Almería de 19 de diciembre del 2014.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia de 9 de septiembre del 2015.

b) AUDIENCIA PROVINCIAL

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 13 de noviembre del 2013.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de abril del 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de octubre del 2014.

c) TRIBUNAL SUPREMO

Auto del Tribunal Supremo de 17 de enero del 2013.

Auto del Tribunal Supremo de 28 de febrero del 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1981.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1983.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero del 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo del 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio del 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre del 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo del 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre del 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero del 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo del 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo del 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril del 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio del 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre del 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero del 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero del 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo del 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo del 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo del 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio del 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre del 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo del 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero del 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero del 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo del 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio del 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo del 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero del 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo del 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo del 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio del 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio del 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre del 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre del 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio del 2008.

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio del 2008.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre del 2008.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo del 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo del 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo del 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo del 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre del 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero del 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero del 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo del 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2013.