

Insolvencia punible y su incidencia en el Registro de la Propiedad

por

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO

Fiscal

Doctor en Derecho

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES.
3. LA PECULIAR «RESPONSABILIDAD CIVIL» EN EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES.
4. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL Y LA INTERVENCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
5. SOLUCIONES PARA EVITAR LA CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA AL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN.

1. PLANTEAMIENTO

Dado que en el proceso penal se ejercitan usualmente dos acciones, la penal y la civil derivada del delito, suele provocar lógicamente que en el fallo condenatorio haya también un doble pronunciamiento, el necesariamente penal y el civil derivado del hecho delictivo (conducta típica, antijurídica, culpable y punible).

A nadie se le escapa que en determinados delitos a la víctima lo que realmente le interesa y preocupa es verse resarcido económicamente del hecho delictivo. El delito de alzamiento de bienes es el prototipo de delito en donde la víctima, esto es, el acreedor, lo que realmente quiere es que el Derecho Penal pueda hacer realidad su crédito y por tanto desmontar los negocios fraudulentos de los que se ha valido el delincuente, esto es, el deudor, para burlar los legítimos derechos crediticios de su acreedor.

La experiencia demuestra a veces la *torpeza* del Derecho Penal en lograr este objetivo. Contrasta frente a la efectividad de la responsabilidad penal que se traduce en la imposición y cumplimiento de una pena, la ineficacia de la respuesta civil máxime si, como veremos, lo que tenemos que lograr es volver a la realidad jurídica civil y mercantil anterior al hecho punible.

La ejecución de la sentencia penal en su aspecto civil del delito de alzamiento de bienes viene a patentizar el fracaso y el esfuerzo inútil en muchos casos del fallo condenatorio. En ocasiones los oficios que se *intercambian* jueces, fiscales, notarios y registradores ponen de relieve las dificultades para reintegrar al patrimonio del delincuente (deudor) los bienes que nunca debieron salir, siendo el esfuerzo invertido por todos estéril.

El Registro de la Propiedad, valuarde de los derechos reales, nos recuerda a jueces y fiscales la necesidad de conocer la realidad notarial y registral por cuanto el registrador o notario deben, como autoridad, cohonestar la necesidad de respetar intereses que tutelan por ministerio de la ley con la necesidad de cumplir lo ordenado por la autoridad judicial o fiscal.

Probablemente un mayor conocimiento recíproco de registradores y notarios por un lado de determinados delitos patrimoniales y, por otra parte, fiscales y jueces que conozcan el adecuado funcionamiento de la fe pública notarial y registral converjan en un mejor funcionamiento del sistema represivo penal que no desea a pícaros que en nada favorecen el adecuado funcionamiento del tráfico civil y mercantil.

Modestamente este es el objetivo de estas líneas.

2. EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES

Obviamente una parte sustancial de las cuestiones que se suscitan con la responsabilidad civil del delito de alzamiento está motivado por las singulares características de esta figura delictiva.

Tanto el antiguo (1) como el actual CP recogen el tipo básico en similares términos, si bien el actual CP ha querido recoger otras modalidades delictivas de insolvencias punibles. Dice el precepto:

Artículo 257:

«1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

1.º) El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

(1) Artículo 519: *«El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores será castigado con las penas de prisión menor, si fuere comerciante, matriculado o no, y con la de arresto mayor, si no lo fuere».*

2.º) *Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.*

2. *Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.*

3. *Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal».*

Este delito es una modalidad de insolvencia punible (2) que trata de proteger el principio de responsabilidad universal del deudor recogida en el artículo 1911 del Código Civil (3).

Estamos ante una conducta que atenta fundamentalmente contra los intereses económicos del acreedor, luego el bien jurídico protegido es el patrimonio del acreedor. Sin embargo, coincidiendo con MUÑOZ CONDE (4) hay otros intereses que pueden verse afectados. Así, qué duda cabe que la proliferación de estas conductas afectan a la fe pública y la necesaria confianza del tráfico jurídico-económico. Igualmente se quiebra el orden público y económico. Por último, en ocasiones cuando la conducta se realiza en el marco de un proceso de ejecución civil, laboral o contencioso administrativo, la conducta del autor del delito afecta al normal funcionamiento de la Administración de Justicia. Consecuentemente no solo se tutelan intereses de índole estrictamente privado.

Los elementos para la existencia del delito son, según indica la *sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 2005, número 1143/2005, recurso 456/2004. Ponente: Soriano Soriano, José Ramón*, son:

- a) Ha de haber uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produzca, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y por tanto, aun no exigibles, porque nada impide que ante la perspectiva de una deuda

(2) Según el anexo estadístico de la última Memoria publicada de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2008, el número de diligencias previas incoadas por este delito ascendió a 965 en todo el territorio nacional (vid. www.fiscal.es).

(3) «*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*».

(4) MUÑOZ CONDE, F., «El bien jurídicamente protegido en el delito de alzamiento de bienes», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 195 y sigs.

ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

- b) Dolo de perjudicar específico como elemento subjetivo del tipo.
- c) Conducta consistente en la ocultación real o ficticia del bien o mediante un negocio fraudulento conseguimos real o aparentemente que un bien o conjunto de bienes salgan del patrimonio del deudor sin que se exija que se produzca un perjuicio real para la existencia del delito. Si se produce pertenecería a la fase de agotamiento del delito.

Paradójicamente el adelantamiento de la barrera penal, al no exigir como resultado del delito una insolvencia real y efectiva, sino que basta con acreditar que existe ocultación de bienes que limitan el éxito de la vía de apremio, va a tener el efecto pernicioso en el ámbito de la responsabilidad civil del delito. Es por tanto un delito considerado como infracción de mero riesgo o de mera actividad.

Es más, ante conductas descaradamente groseras de imputados en un delito en el que se hacían desaparecer bienes mientras se instruía una causa, el legislador se vio obligado a regularlo específicamente. Así, el CP actual de 1995 arranca de la singularización de este supuesto de hecho que encontraba dificultades de encaje en la legislación penal precedente relativa a las insolvencias punibles. El supuesto de hecho aparece recogido en el artículo 258 CP (5), que castiga precisamente al que quiere eludir el cumplimiento de eventuales responsabilidades civiles dimanantes de un delito. Como bien indica QUINTERO OLIVARES (6), estamos ante una modalidad de alzamiento post-delictual que ha recibido el aplauso de la doctrina.

No se comete este delito en ninguna de sus modalidades cuando no existe sustracción u ocultación respecto del patrimonio del deudor con esa finalidad de impedir al acreedor el ejercicio de su derecho. De tal modo que no existe maniobra fraudulenta cuando la conducta del sujeto activo consiste en pagar otros créditos diferentes de aquel por el que se sigue el procedimiento penal, incluso aunque el acreedor, que se ve imposibilitado de cobrar, tenga preferencia respecto de aquel que sí ha cobrado, preferencia derivada de la aplicación de la normativa civil o mercantil sobre prelación de créditos (7). Por tanto lo que se castiga es que el deudor ponga en peligro su patrimonio.

(5) «El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno o cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

(6) QUINTERO OLIVARES, G., y otros, *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, vol. 14, Madrid, 2001, pág. 493 y sigs.

(7) Véanse los artículos 1921 y sigs. del Código Civil y artículos 89 y sigs. de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Luego no existirá delito cuando el deudor disminuye su activo y simultáneamente su pasivo para abonar alguna deuda pendiente (8).

Por el contrario sí estaríamos ante un delito de alzamiento en la modificación por los esposos del régimen de gananciales con la finalidad de perjudicar a los acreedores. Es el caso de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales y escritura de separación de bienes por parte de los esposos, en la que se adjudican a uno de los cónyuges los bienes existentes en el matrimonio, ante la inminencia o proximidad del advenimiento de un crédito futuro intentando evitarlo y así se adelantan o anticipan a la materialización del crédito o a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, deshaciéndose de todos o parte de sus bienes, con la intención de eludir sus responsabilidades patrimoniales y burlar las lógicas expectativas de sus acreedores.

En ocasiones el delito de alzamiento va unido a otras figuras delictivas generando la posibilidad de un concurso delictivo. Así el caso más habitual se produce en sede de Derecho de Familia cuando el obligado a pagar una pensión alimenticia pudiendo hacerlo, no lo hace y además se garantiza que los mecanismos civiles como el embargo resulten estériles al colocarse deliberadamente en insolvencia. A título de ejemplo podemos citar la STS de la Sala 2.^a, de 8 de julio de 2002, que manifiesta que debe considerarse como modalidad comisiva del delito de alzamiento la petición de baja voluntaria del deudor en la empresa en que trabajaba, ya que esto acarreó la imposibilidad de que en el procedimiento judicial de ejecución de la sentencia de divorcio se le embargaran tanto la parte del sueldo que hubiere de ser destinada al pago de las pensiones, como la parte del subsidio de desempleo con que tenía que responder de las mismas obligaciones, ya que tácitamente renunció al percibo de dicho subsidio. En estos casos el acusado no se librará de la cárcel al amparo de la excusa absolutoria del artículo 268 CP (9), ya que no es aplicable a quienes estén en trámites de separación, divorcio o ya hayan alcanzado este estado civil.

(8) STS de 19 de enero de 2006, donde se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de apropiación indebida y alzamiento de bienes. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de alzamiento de bienes ya que, como recoge reiterada jurisprudencia, no hay tal delito cuando lo que el deudor sustrae a la posible vía de apremio del acreedor se emplea en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados.

(9) Artículo 268:

«1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.

2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito».

3. LA PECULIAR «RESPONSABILIDAD CIVIL» EN EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES

La responsabilidad civil *ex delicto* como fuente de obligaciones (art. 1089 CC) se rige por lo dispuesto en el CP como obliga el propio artículo 1092 del Código Civil. En efecto, es el Título V del l.I del CP el que regula esta materia bajo la rúbrica *De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales*. Por tanto, tendremos que acudir a los artículos 109 y siguientes del texto punitivo.

Es este último precepto citado el que fija los parámetros de la responsabilidad civil *ex delicto*, caracterizándola como una responsabilidad civil por el resultado dañoso. Por tanto, solo cabe hablar de responsabilidad civil si el hecho delictivo genera un perjuicio real. Pero es más, generado este perjuicio, el apartado 2.º del artículo 109 del Código Civil recuerda el carácter dispositivo de la responsabilidad civil y de la acción civil. Por tanto, como recuerda también el artículo 108 de la vetusta LECr, el perjudicado puede reservarse la acción e incluso puede renunciar a la misma.

De las tres modalidades de responsabilidad civil que se contemplan en el artículo 110 CP (restitución, reparación del daño e indemnización de daños materiales y morales), la responsabilidad civil en el delito de alzamiento estaría más próxima a una restitución del bien que, como veremos a continuación, no es siempre posible.

En efecto, la forma de conceptuar la responsabilidad civil del delito difiere sustancialmente en función de que el que adquiera el bien alzado obre de buena o de mala fe. Los efectos son tan dispares a efectos de responsabilidad civil que en el primer caso, el del adquirente de buena fe, no será posible la restitución del bien alzado, planteándonos si es posible que haya responsabilidad civil derivada del delito. Y en el caso de que el tercero sea conocedor de la conducta fraudulenta y por tanto participe de mala fe, el efecto será una peculiar reparación del daño causado en forma de declaración de ineficacia del negocio fraudulento, lo que permitirá el retorno del bien alzado. Objetivo que en la práctica se vuelve difícil de alcanzar y ello al haberse seguido el juicio penal, ignorando los principios registrales, pues no olvidemos que al final la decisión última de cancelación del asiento pasará por las manos del Registrador.

Veamos detenidamente cada uno de los supuestos y la repercusión para la víctima. Una de las modalidades de conducta de alzamiento más típica es lograr la salida de un bien del activo del deudor a través de un negocio jurídico en el que indefectiblemente se ha de contar con la participación de un tercero, adquirente del bien, ya sea por donación, compraventa o cualquier otro negocio jurídico que implique la transmisión de la propiedad. Este tercero puede conocer o desconocer la auténtica finalidad que persigue el deudor

del bien alzado. Si participa, a sabiendas que el negocio busca perjudicar a los acreedores, es obvio que incurre en responsabilidad penal al ser un autor por cooperación necesaria [art. 28.b) CP], ya que sin la actuación de este tercero, el negocio jurídico transmitente de la propiedad no hubiera podido realizarse.

La segunda posibilidad es que este tercero desconozca esta realidad y por tanto ignore que a través de este negocio lícito en realidad se están burlando los legítimos intereses de los acreedores. En este caso es obvio que este tercero no incurre en responsabilidad penal alguna al no existir el dolo penal que exige el tipo por lo que el Fiscal no lo acusará de ninguna forma de participación criminal, luego no será traído a juicio salvo bajo la condición de testigo.

Pero los efectos no solo son distintos en vía penal sino que difieren sustancialmente en sede de responsabilidad civil, que es lo que le interesa al acreedor, pues no olvidemos que la víctima penal, acreedor desde la óptica civil, lo que quiere es cobrar su crédito.

En el primer caso (connivencia del adquirente con el transmitente), la jurisprudencia considera que el efecto debe ser la declaración de nulidad o ineficacia del negocio fraudulento, aunque ello suponga forzar los límites del artículo 110 del CP. Como sabemos, este precepto contempla la responsabilidad civil bajo tres modalidades que debemos entender tasadas: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Por tanto se concibe como una forma de restitución, siendo legítimo que un juez penal declare la ineficacia de un contrato con independencia de si se ha protocolizado o no, pues lo contrario implicaría que estaríamos ante un delito sin responsabilidad civil, obligando a la víctima a un peregrinaje de jurisdicciones, costoso y de dudosa utilidad.

No hay que olvidar que el párrafo 2.º del artículo 742 LECr es claro al obligar al juez a resolver «*en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio*». Y a la víctima lo que le interesa es cobrar, por lo que el juez ha de procurar que los bienes que salieron del patrimonio de una forma maliciosa, vuelvan a estar disponibles para el acreedor y la única forma es que el juez penal declare la ineficacia del contrato y si éste ha tenido acceso a un Registro Público —véase Registro de la Propiedad— ordene la cancelación de los asientos en los que se recogían el negocio fraudulento.

Como bien afirma YZQUIERDO TOLSADA (10) en el delito de alzamiento de bienes, lo que el ordenamiento penal ha de procurar es la imposición de una pena como castigo del fraude y, como cuestión civil, que vuelva al patrimonio

(10) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «La querella por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza», en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo de 2006, pág. 265 y sigs.

del deudor, la víctima, los bienes que no debían haber salido de él, a fin de que los acreedores encuentren salvaguardada su garantía universal. Y eso solo se puede conseguir declarando la ineficacia de los actos y contratos fraudulentos, careciendo de sentido que obliguemos a la víctima a iniciar un segundo pleito civil para poder cobrar su deuda.

No es empresa fácil que en vía penal logremos la declaración de nulidad del negocio jurídico. Para ello tendremos que conseguir la condena penal de todos los que intervinieron en ese negocio jurídico. Por consiguiente habremos de acusar a todos. Lo que es evidente es que nadie podrá verse privado del bien que adquirió si no es citado a juicio y escuchado, y ello por una mínima exigencia de Derecho Constitucional (art. 24 CE). No bastará con acusarlos, sino que tendremos que probar ya sea con prueba directa o con prueba indiciaria, que el adquirente era perfecto conocedor de la conducta dolosa del deudor y también acusado. No valen las meras sospechas o conjeturas (11). La prueba directa implicaría que el adquirente confiese y reconozca los hechos, es decir, que sabía que al comprar ese bien se impedía a los acreedores cobrar la deuda. Pero como nos podemos imaginar es raro que el acusado se ponga la soga al cuello, ya que aparte de la segura condena penal implicaría perder el bien alzado. Consecuentemente tenemos que basarnos en la prueba indiciaria o de indicios. Estos pueden ser la constatación de relaciones de parentesco entre adquirente y transmitente (la típica venta de padres a hijos), la inexistencia de un precio habiéndose formalizado como compraventa (el adquirente no puede probar que percibió el precio que consta en la escritura), la no entrega real del bien (en el caso de bienes inmuebles el vendedor sigue con la posesión de la finca) o en casos más sofisticados como donaciones con condición resolutoria o ventas con posterior contrato de arrendamiento en donde el transmitente se convierte en arrendatario sin que se produzca real transmisión de la posesión ni se acredite pago de renta alguna, etc.

En estos delitos patrimoniales y singularmente en los delitos de insolvencias punibles, como el alzamiento de bienes, es crucial la prueba documental consistente en las certificaciones registrales (12) en donde bajo la fe del Registrador se documenta y constata la existencia del negocio respecto del cual tendremos que probar su carácter fraudulento.

(11) La sentencia del TC, de 11 de febrero de 1997, núm. 24/1997 (fecha BOE 14-3-97), ponente: JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, afirma: «Este Tribunal tiene establecido que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:

a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.

b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras)».

(12) En la praxis suelen admitirse las notas simples sin necesidad por tanto de que se trate de certificaciones.

A veces la lentitud (13) de este tipo de procedimientos y la no adopción de medidas cautelares durante el proceso penal —véase anotación preventiva de querrela— van a propiciar que el bien termine en manos de un tercero de buena fe.

Evidentemente el juez no puede plantearse conceder lo que no se pida, especialmente si estamos en el ámbito de la responsabilidad civil en donde rige el principio dispositivo y de congruencia propio del proceso civil. Luego tiene el Fiscal, la acusación particular o el actor civil que pedir expresamente la nulidad de los contratos fraudulentos. Así nos lo recuerda el TS en el *Recurso: Casación número 2692/2003. Ponente: Señor Berdugo Gómez de la Torre, sentencia número 801/2005, de fecha 15-6-2005*:

«...En efecto, en materia de responsabilidad civil dimanante del delito de alzamiento de bienes, lo que tiene que hacer la sentencia penal condenatoria es restituir el orden jurídico perturbado por la infracción, que en tales casos no es otro que el de reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo, para que respondan del crédito, decretando la nulidad de los contratos fraudulentos, siempre que lo hayan solicitado el Ministerio Fiscal o parte acusadora».

No solo hay que pedirlo sino que no se da más de lo que se pida. En este sentido cabe mencionar la *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2.ª, de 30-11-2004, número 521/2004, recurso 46/2004. Ponente: Sánchez Trujillano, José Luis*.

«En rigor, el principio de congruencia —por el que se rige el régimen jurídico de la pretensión de resarcimiento que ahora se examina— supone que no puede darse más ni cosa distinta de la efectivamente solicitada por las partes».

Es más, la jurisprudencia ha revocado pronunciamientos civiles en este tipo de delitos cuando se han concedido de oficio y nadie las ha pedido, *ad exemplum (SAP de Madrid, Sección 6.ª, de 10-7-2003, número 343/2003, recurso 71/2003. Ponente: Fernández-Prieto González, José Manuel) (14)*.

(13) No es de extrañar que durante la instrucción de la causa se produzcan varias transmisiones del bien o que éste desaparezca finalmente.

(14) *«En esta concreta cuestión ha de darse la razón a los apelantes, en tanto la juez a quo, sin motivación alguna, condena a los acusados al pago de tal suma dineraria, sin que por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, se haya pedido tal condena. Es por ello por lo que la sentencia recurrida infringe, amén del deber de motivar este extremo de su resolución, los principios dispositivo y de rogación que rigen la acción civil, que no se ve desnaturalizada por ejercitarse de forma conjunta con la penal en el procedimiento penal; o como enseña el TS, Sala 2.ª, sentencia de 20-1-1989, la acción civil*

El segundo supuesto consiste en la imposibilidad de declarar la nulidad del negocio jurídico que permitió la descapitalización del patrimonio del deudor. Si el tercero adquiere de buena fe o no se le trae al proceso penal, la jurisprudencia tradicional y la doctrina han partido de la premisa de que en este supuesto no existe responsabilidad civil derivada del delito. Así lo afirma MORENO BERDEJO (15), para quien al tratarse de una deuda anterior a la conducta del alzamiento, la responsabilidad civil no existe, ya que la obligación de abonar no nace del delito y subsiste pese a la comisión del hecho punible.

Por tanto, el problema está en la no admisión por un sector doctrinal y jurisprudencial de la existencia de responsabilidad civil, en el caso de que el bien quede en manos de un tercero de buena fe. En efecto, basta analizar la jurisprudencia sobre el particular que asienta el principio de que no existe responsabilidad civil en estos casos de que el bien sea irreivindicable por pertenecer ya a un adquirente de buena fe y por tanto en la imposibilidad de declarar la ineficacia del negocio o negocios jurídicos que permiten la salida del bien del patrimonio del deudor, condenado en la causa penal.

Así la *STS de 23 de julio de 2004, 944/04. Ponente: Bacigalupo Zapater*, estima el recurso de casación interpuesto por el condenado anulando el fallo condenatorio relativo a la indemnización civil que se había interpuesto por el Tribunal *a quo*. La Audiencia consideraba que los perjuicios ocasionados por el delito eran equivalentes al valor de las obligaciones impagadas más los intereses de la misma. Este consistía básicamente en la deuda que el deudor mantenía con su víctima. Dice el TS: «*por el contrario, lleva razón el recurrente respecto del cálculo del daño producido por el delito, de acuerdo con el artículo 109 CP, los daños que son objeto de reparación civil son los causados por el delito y un delito como el alzamiento de bienes, cuya estructura no prevé ni la sustracción de objetos, ni la producción de daños materiales, solo cabe la posibilidad de la indemnización de perjuicios materiales y morales que sean consecuencia del delito. Es claro que el impago de los créditos anteriores al delito son daños causados por el delito, razón por la cual no son constitutivos de perjuicios imputables al comportamiento delictivo*».

Sin embargo, tal línea jurisprudencial incurre en contradicciones, pues este argumento de que el crédito es anterior al delito y por tanto no nace de él, no lo aplica a otros delitos de estructura similar. Si aplicásemos esta regla al delito de impago de pensiones del artículo 227 CP deberíamos llegar al

correspondiente, que se rige por las normas propias del Derecho Privado, sin que deba producir confusión el hecho de que la acción civil, aparte de poder ser ejercitada independientemente en el proceso civil correspondiente, lo pueda ser en el proceso penal por la acumulación que de ambas acciones en esta clase de procesos permite la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

(15) MORENO BERDEJO, J. y otros, *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, vol. 2, Editorial Recoletos, Madrid, 1996.

mismo resultado (16). En este delito, el deudor deja de pagar una deuda y por tanto el crédito es anterior, al menos en parte, al nacimiento del delito (17). Y sin embargo nadie discute que la responsabilidad civil abarque a la totalidad de la deuda alimenticia. Igualmente en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social regulados en los artículos 305 y siguientes del CP, nos encontramos ante ilícitos penales en donde la deuda contra el Fisco es también anterior a la conducta delictiva o al menos parte de la deuda se genera con anterioridad ya que, como sabemos, el legislador distingue entre delito e ilícito administrativo en función del total defraudado (18). Y, obviamente, la responsabilidad civil derivada del delito comprende la totalidad de la cantidad que no se ha ingresado a las arcas públicas. Por tanto, ¿por qué seguir un criterio distinto con el delito de alzamiento de bienes?

Esta situación es notablemente injusta para la víctima, máxime cuando el bien alzado era el único realizable en el patrimonio del condenado, de suerte que es ineficaz cualquier acción civil que emprenda al estar ya el bien en manos de un tercero de buena fe.

SOBRÓN FERNÁNDEZ (19) indica con acierto que hay que arbitrar alguna fórmula para no dejar desamparada a la víctima y que permita satisfacer los intereses de la misma. La vía está en partir de la premisa contraria a la jurisprudencia tradicional: este delito genera una responsabilidad civil. La dificultad se genera en determinar en qué consiste y cómo puede hacerse efectiva la misma.

Haciéndose eco de esta filosofía, nos podemos encontrar una línea que trata de evitar este real desamparo a la víctima.

En el ámbito del Tribunal Supremo destacamos:

(16) Artículo 227:

«1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas».

(17) Decimos, en parte, porque el impago deliberado de una sola mensualidad no es constitutiva de delito y sí constitutiva de falta del artículo 618.2 CP es, por tanto, la segunda mensualidad consecutiva la que determina el nacimiento del delito o bien la constatación de que hubiera un mínimo de cuatro mensualidades no consecutivas.

(18) Tras la LO 15/2003, el límite delictual se fija en 120.000 euros.

(19) SOBRÓN FERNÁNDEZ, V., *De las insolvencias punibles. De la alteración de precios en concursos y subastas. De los daños. Disposiciones comunes*, Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, Universidad Complutense, Madrid, 1997, pág. 341 y sigs.

La *sentencia del TS 2055/2000, de 29 de diciembre*, establece que la restitución de los mismos bienes es la primera vía de reparación con carácter general en los delitos contra el patrimonio, pero no la única. Su fracaso por imposibilidad puede dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria, cuando el crédito preexistente al delito se ha perjudicado irreparablemente y es líquido y exigible hasta el punto de haberse declarado en vía civil sin que la ejecución pudiera llevarse adelante precisamente por el alzamiento del deudor. Esta sentencia se basa en las consideraciones que ya apuntó la *STS de 14 de julio de 1986*. Esta matización a la negativa a indemnizar en este delito se ha sostenido en otras resoluciones posteriores como la *STS 1662/2002, de 15 de octubre*. Esta última sentencia citada advierte, no obstante, que no estamos ante una nueva doctrina jurisprudencial: *«Esta doctrina no contradice lo manifestado por la Jurisprudencia a propósito de las consecuencias civiles del delito de alzamiento de bienes, que en todo caso es la regla general, sino que se aplica al supuesto especial de que los bienes sustraídos hayan sido adquiridos por un tercero»*.

En el ámbito de la pequeña jurisprudencia podemos destacar, haciéndose eco de esta doctrina la *SAP de Jaén, de 31 de julio de 2003, Sección 3.ª*. Ponente: Molina Romero.

«Ahora bien, cuando la restitución deviene jurídicamente imposible, nada impide que puedan entrar en juego las medidas subsidiarias y sustitutorias previstas en el artículo 110 del Código Penal, es decir, la reparación o indemnización de perjuicios materiales o morales.

El artículo siguiente, el 111, precisa que la restitución del mismo bien procederá siempre que sea posible, con la excepción de que un tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerse irreivindicable. Además la reparación e indemnización es también un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulento cuando la reintegración es imposible, con la salvedad de que la obligación de indemnizar debe estar comprendida en el valor del bien existente en el patrimonio cuyo desplazamiento de la acción de los acreedores constituye su verdadero perjuicio, luego en la medida que la indemnización no exceda del valor del bien sustraído a la ejecución debe aplicarse como remedio subsidiario la indemnización correspondiente de daños y perjuicios».

Como vemos se imponen dos condiciones; la primera que el bien alzado sea irreivindicable por estar poseyéndolo un adquirente amparado en la buena fe. Y por otra parte se exige que el alzamiento haya hecho ineficaz una ejecución civil ya comenzada. Es decir, si el único bien es el bien alzado es

evidente que la vía civil no puede prosperar. Distinto sería que el patrimonio del deudor tuviera otros bienes realizables en cuyo caso sigue vigente la línea jurisprudencial mayoritaria según la cual, como hemos visto, el acreedor deberá ejercitar las acciones civiles oportunas para lograr cobrar su crédito. Luego en la vía penal no acudirá en ayuda del acreedor.

En consecuencia debemos destacar la novedosa matización jurisprudencial en materia de responsabilidad civil en el delito de alzamiento de bienes que, como indica MAGRO SERVET (20) viene a cerrar el círculo de un delito que no quedaría totalmente cubierto en la respuesta a la víctima con la corolaria sanción penal, si no llevara aparejada una serie de efectos en sede de responsabilidad civil que evite tener que ir a otras jurisdicciones. Debiendo recordar que este tipo penal dimana en su conducta de una deuda económica y en la que se intentó evitar su satisfacción al acreedor por su ilícito proceder.

Para que entre en juego esta responsabilidad civil consistente en abonar los daños y perjuicios que como hemos visto es subsidiaria a la nulidad de las transmisiones fraudulentas, deberá ser pedida a instancia de parte y ello conforme al ya citado principio de rogación. Por tanto lo correcto es que el Fiscal o acusador particular pida en primer lugar la nulidad y subsidiariamente la indemnización, salvo que tengan claro que el bien está en poder de un tercero de buena fe en cuyo caso deben de pedir directamente la indemnización de daños y perjuicios.

En conclusión y compartiendo las consideraciones de JORGE BARREIRO (21), las reglas sobre responsabilidad civil en este delito las podemos sistematizar del siguiente modo:

- 1.º La regla general que prevalece es que la responsabilidad civil debe consistir en la restitución de los bienes al patrimonio del autor del delito, lo que implica la declaración de ineficacia de los actos y negocios por medio de los cuales el deudor consiguió reducir el activo de su patrimonio.
- 2.º De no ser posible la declaración de nulidad del negocio que permitió la transferencia de bienes de un patrimonio a otro, ya que el adquirente obró de buena fe, cabe acudir a la indemnización de daños y perjuicios sin que la cantidad que se exija al autor del delito pueda rebasar el valor de los bienes evadidos.
- 3.º Si los bienes alzados fueran reivindicables, pero no se hubieran ejercitado las acciones civiles correspondientes debido a que la parte

(20) MAGRO SERVET, V. y otros, «Aspectos penales de la nueva Ley Concursal», en *Estudios de Derecho Judicial*, 54, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 201 y ss.

(21) JORGE BARREIRO, A., «El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 191 y sigs.

acusadora no trajo al proceso a los adquirentes del bien, no podrá exigirse responsabilidad civil alguna, pues tal situación es imputable a la conducta negligente de la parte (STS de 18 de abril de 1999).

- 4.º Cuando los bienes han pasado a la titularidad de personas jurídicas que operan como elementos formales cuyos administradores figuran como acusados de este delito, no es necesario citar a estas entidades como responsables civiles para exigirles la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de transmisión y posterior restitución de los bienes (STS de 25 de septiembre de 2001).

Por último, indicar que el plazo de prescripción para la exigencia de esta peculiar responsabilidad civil es de quince años, y ello por aplicación del artículo 1.964 *in fine* del Código Civil (22).

4. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL Y LA INTERVENCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Una vez dictada sentencia y ésta quede firme, comienza la segunda fase de la función jurisdiccional: *ejecutar lo juzgado*, no por ello menos importante aunque sí mas desconocida. Es más, en mi opinión es lo más importante, pues no hay situación más lacerante para la víctima que existir una sentencia a su favor y no llevarse a efecto.

El Registro únicamente intervendrá si en el fallo de la sentencia se declara la nulidad de los negocios fraudulentos instrumentalizados notarialmente. En consecuencia, se decreta la nulidad de la escritura publica en donde se reflejó el negocio jurídico, y por tanto se ordena la cancelación de las inscripciones practicadas como consecuencia de ese documento público.

Conforme al principio registral de rogación, el Juzgado debe dirigirse al Registro y pedir lo que considere oportuno, adjuntando los documentos que sirvan para esa finalidad (23). Así, el Registrador, una vez recibido el mandamiento del señor secretario (24) del Juzgado del Tribunal Penal Sentenciador junto al testimonio de la sentencia condenatoria y auto de firmeza de la misma podrá iniciar el procedimiento registral. Lo primero será practicar el

(22) «Y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince».

(23) Se remiten por duplicado y uno es devuelto por el Registro indicando si ha procedido o, en caso negativo, indicando las razones que impiden su cumplimiento.

(24) La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, introduce cambios en la LH (modifica los arts. 20, 57, 133, 134, 135, 201, 210, 229, 231, 257, 325 y 328), trasladando expresamente al Secretario Judicial funciones que hasta ese momento eran del juez o estaban imprecisas en la Ley.

correspondiente asiento de presentación. Una vez realizado procederá a su calificación y si todo es correcto inscribirá.

En ocasiones es en el propio mandamiento donde se inserta la sentencia en donde se desprende qué asientos registrales deben cancelarse. El Registrador, como funcionario público, está obligado a colaborar con el Juzgado y a cumplir sus órdenes, pero sin que ello suponga quebrantar la legislación civil e hipotecaria. Es decir, no es un autómatasino que se debe a *sus principios*, es decir, a los principios que rige el Registro y singularmente a la fe pública registral. No olvidemos que el Registro de la Propiedad es una institución destinada a dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario para proteger decisivamente a aquéllos que hayan adquirido confiados en lo que consta en el Registro. Así, el contenido del Registro se considera exacto y completo respecto de terceros adquirentes de buena fe. En otras palabras: cuando una persona adquiere un derecho cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley, será mantenido en su adquisición si se basó en lo que publicaba el Registro, ya que esa información se presume exacta sin que se admita prueba en contrario. Ello no quiere decir que el título anterior no pueda ser declarado nulo, pues la inscripción no convalida la nulidad de los actos o contratos inscritos, sino que la nulidad declarada no perjudicará al tercero que adquirió cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley por lo que, mantenido éste en su derecho, las partes interesadas en el acto o contrato nulo tendrán que sufrir las consecuencias de la nulidad mediante las indemnizaciones oportunas.

Un primer filtro, aunque muy somero, lo constituye el asiento de presentación. El asiento de presentación se extiende en el Libro Diario de operaciones del Registro en el momento de presentarse cada título y consiste en un breve resumen de su contenido. Supone la constatación del hecho de la presentación y de la petición de inscripción, poniendo en marcha el procedimiento registral, provoca el cierre del Registro a los títulos contradictorios y da prioridad respecto a los que fueran incompatibles. Evidentemente las resoluciones judiciales se consideran documentos presentables, es decir, son documentos susceptibles de causar un asiento de presentación porque son documentos públicos que pueden producir en el Registro alguna inscripción, anotación, cancelación o nota marginal.

Cabe, no obstante, que de plano se rechace si resulta que el mandamiento se refiere a fincas radicantes en otros distritos hipotecarios, salvo que la presentación se haga por fax para su remisión al Registro competente (art. 420 RH). En este caso se hará constar la falta de competencia territorial para que el Juzgado lo remita al competente. En la práctica es difícil que el Juzgado se equivoque, ya que de la propia causa se desprende el Registro competente al constar anteriores certificaciones registrales de la finca formando parte de la prueba documental.

Pasado este primer filtro pasamos al momento clave que es la fase de calificación.

Es sin duda con la calificación cuando el Registrador se percata de si es posible acceder o no a lo solicitado. La calificación (25) debe conducir, bien al despacho del documento, bien al señalamiento de los defectos que por razón del contenido del acto documentado, de la legalidad de las formas extrínsecas del documento o de la situación registral, impiden su inscripción. No debe olvidarse que la calificación registral tiene su justificación en la necesidad de evitar el acceso al Registro de actos o negocios que no reúnan los requisitos necesarios para su validez y eficacia, dada la fuerza protectora de los pronunciamientos registrales (art. 18 LH), y que incumbe al Registrador, a quien le está confiado tal cometido, procurar un adecuado desenvolvimiento de esa función, respondiendo de ello no solo en el orden penal y civil, sino también en el disciplinario (art. 566.3 RH). La calificación es, por tanto, una actividad independiente e imparcial del Registrador de la Propiedad, que realiza bajo su responsabilidad, artículo 18 LH.

El juez o el fiscal no califican como el registrador no enjuicia ni acusa (26). La función de calificar corresponde en exclusiva al Registrador, y ello es así porque, dados los efectos que se asignan a la inscripción, como son la presunción de existencia del derecho y de validez del título registrado, unido a la inatacabilidad de la adquisición del tercero que reúne los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria, es necesario que exista un órgano independiente que controle la legalidad del acto en todos sus requisitos a efectos de su inscripción en el Registro. Es una actividad de jurisdicción voluntaria que realiza un órgano no judicial, como es el Registrador.

Consecuentemente, examinado el documento se procede a examinar el estado registral de las fincas afectadas por la resolución judicial. Es del cotejo de la sentencia y del estado de las fincas registrales a fecha de ese cotejo cuando se podrá cumplir o no lo ordenado por la Autoridad Judicial.

Vaya por delante que desde mi experiencia personal se observa en la praxis una gran flexibilidad por el Registro precisamente en el deseo de colaborar con la Administración de Justicia supliendo defectos no imputables, obviamente, al Registrador, sino dimanantes del propio procedimiento judicial penal. No obstante, todo tiene un límite y para una mejor comprensión nos podemos encontrar con defectos subsanables o con defectos insubsanables.

Dice el artículo 65 LH, que las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables. Es importante, por tanto, diferenciar

(25) Vid. Resolución de la DGRN, de 17 de marzo de 1999, y de la DGRN, de 10 de abril de 1999.

(26) Como ha dicho reiteradamente la DGRN, vid. Resolución de 18 de enero de 2003, entre otras muchas, la sospecha de un hecho delictivo, aparte de los deberes del Registrador de colaborar con la Administración de Justicia, no puede excusar al Registrador de su deber de formular la calificación procedente.

entre uno y otro tipo de falta, pues mientras que en la subsanable se produce un cierre provisional y condicionado de la inscripción del título, permitiendo de momento su anotación preventiva y conservando, por tanto, su rango, en los defectos insubsanables tiene lugar la inadmisión definitiva del título, no siendo posible su anotación.

La distinción entre falta subsanable e insubsanable no viene definida en nuestra legislación hipotecaria, sino que es ésta, en el artículo 65 LH, la que se limita a señalar al Registrador los criterios que debe seguir para calificar una u otra, y la trascendencia que tiene tal diferenciación.

Son faltas subsanables aquellos defectos de los que adolece un título, que, sin constituir meras faltas reglamentarias y siendo comprobables por el Registrador, provengan de la forma del mismo título o del acto que contiene, o las origine el Registro, siempre que sin provocar la nulidad del referido acto, ni su intrascendencia real inmobiliaria puedan subsanarse por medio de una nueva redacción instrumental, reforma u otra medida o formalidad, suspendiendo tan solo la práctica de la inscripción solicitada.

A título de ejemplo sería subsanable no acompañar los documentos complementarios (sentencia condenatoria y auto declarando la firmeza), no hacer constar el DNI del condenado o condenados (transmitente o adquirente de la finca).

Hechas estas consideraciones vamos a detenernos en los supuestos más frecuentes con los que el Registrador puede encontrarse. No mencionamos supuestos de defectos subsanables al haber sido ya citados y carecer de importancia práctica. De los tres que citamos nos centraremos especialmente en el segundo y tercero, por cuanto van a suponer supuestos de denegación de la inscripción, por lo que va a suponer irrealización del fallo condenatorio y lo que es más grave, desamparo a la víctima. Pero como veremos no obedece a un decisión discrecional del Registrador sino al cumplimiento de la propia legislación hipotecaria, debiendo buscar la causa en el propio proceso penal y por tanto a extramuros del Registro.

Distinguimos los siguientes supuestos:

- 1.º Que tras los negocios fraudulentos inscritos en virtud del título (escritura pública), que se declara nula, no aparezcan inscripciones posteriores (transmisiones) a favor de terceros y el titular registral haya sido conocedor del proceso penal y por tanto de las posibles consecuencias del mismo.
- 2.º Que tras los negocios fraudulentos inscritos en virtud del título (escritura pública), que se declara nula, no aparezcan inscripciones posteriores (transmisiones) a favor de terceros pero haya titulares registrales que no han sido conocedores del proceso penal y por tanto de las posibles consecuencias del mismo.

- 3.º Que aparezcan negocios posteriores a la transmisión fraudulenta, existiendo titulares ajenos al proceso penal cuyos derechos se hayan inscrito bajo el principio de la buena fe registral.

En el primer caso no suele haber problema y el procedimiento registral sigue su curso ordinario en donde el Registrador realiza las tres fases que le corresponden: asiento de presentación, calificación e inscripción.

Respecto al segundo supuesto es habitual que las fincas hayan sido adquiridas para la sociedad de gananciales, pero que en el proceso penal solo haya intervenido uno de los cónyuges. En este contexto no es posible practicar las cancelaciones ordenadas por la Autoridad Judicial, ya que se estaría afectando a un titular registral que no ha tenido intervención alguna en el proceso penal. Consecuentemente todos los titulares registrales deben haber sido condenados civilmente si queremos modificar el asiento registral. Dado que el asiento solo puede modificarse por el consentimiento de todos los titulares respectivos o la oportuna resolución judicial en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento conceda algún derecho (art. 40.2 LH).

En efecto, también el artículo 38 de la LH exige que cualquier contradicción de lo inscrito en el registro ha de ejercitarse entablado de modo simultáneo la nulidad de la inscripción, acción de nulidad que es indudable que ha de ejercitarse precisamente contra el titular del dominio o del derecho real inscrito.

En igual sentido, el artículo 82 LH establece que para cancelar inscripciones hechas en virtud de escritura pública, la necesidad de que presten su consentimiento para la cancelación los titulares de la finca o en su defecto en sentencia firme, dictada en procedimiento en el que hayan tenido la intervención requerida por las leyes todos los titulares registrales.

Si acudimos a la LEC de aplicación supletoria a la legislación procesal penal, observamos que el artículo 541 de la citada Ley adjetiva (27) trata de

(27) Artículo 541. Ejecución en bienes gananciales:

«1. No se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales.

2. Cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente.

3. Si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo

evitar la indefensión del cónyuge del deudor cuando en la ejecución se pueda afectar a los bienes gananciales por deudas ya contraídas por uno de los cónyuges, pero que responda la sociedad de gananciales, ya por deuda de un cónyuge que carezca o sean insuficientes sus bienes privativos. En ambos casos, el esposo no deudor tiene que tener conocimiento del embargo pero como medio para poder defenderse y proteger sus intereses. Aunque es la válida la demanda contra solo el cónyuge deudor —lo que no excluye que se pueda demandar a ambos—, habrá que notificar, en todo caso, el embargo de bienes al cónyuge no deudor. Consecuentemente la Ley le permite oponerse a la ejecución, por lo que se le tiene que dar traslado de la demanda ejecutiva y del auto en que se despache ejecución. El cónyuge no deudor contará con los mismos medios de defensa que el ejecutado, por lo que la ley procesal le permite fundamentar su oposición en las mismas causas que corresponden al ejecutado. Por si quedaba alguna duda, el último apartado del artículo 541 LEC reitera que el cónyuge que no ha contraído la deuda podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales. Aparte el cónyuge podrá pedir la disolución de la sociedad de gananciales.

De similar filosofía participa el artículo 144 RH (28), que rechaza toda anotación de embargo si no consta que la demanda se dirigió contra los dos o dirigida contra uno se le notificó la existencia del procedimiento al otro.

de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor. En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.

4. *En los casos previstos en los apartados anteriores, el cónyuge, al que se haya notificado el embargo, podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales».*

(28) Artículo 144:

«1. Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad, el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los apartados 1 ó 4, artículo 93, o en el apartado 1, artículo 94, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo.

2. Cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4, artículo 95, el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor.

3. Llegado el caso de enajenación de los bienes embargados, se cumplirá lo pertinente de los artículos 93 y sigs. de este reglamento.

4. Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos.

Quando constare en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del man-

En conclusión, a fin de evitar la indefensión, el cónyuge no deudor tiene que ser necesariamente notificado, como así lo ha venido confirmando la propia práctica judicial (29). Igualmente lo ha recordado la DGRN en Resoluciones como la de 5 de abril de 2006 (*BOE* núm. 126 de 27 de mayo de 2006).

Trasladando estas consideraciones al proceso penal implica que ya por haber sido condenado penalmente, ya por aparecer como tercero responsable del delito, ha tenido que tener pleno conocimiento de las acciones penales y civiles o solo civiles que el Fiscal en su caso y las partes acusadoras hayan entablado. Consecuentemente se han podido defender de las posibles consecuencias que tales acciones civiles y penales pueden implicar y entre ellas la nulidad de la escritura notarial y la cancelación registral que tal documento público implicó por lo que no puede alegarse indefensión. Si por el contrario no ha tenido conocimiento del asunto, sí puede haber indefensión en la nulidad de la transmisión y posterior cancelación registral.

Así lo ha venido recordando hasta la propia jurisprudencia penal. Podemos indicar tanto resoluciones que rechazan la indefensión cuando se constata que el que la alega fue llevado al proceso como apreciar indefensión en el caso opuesto.

En primer supuesto podemos indicar la *sentencia número 2059/2002 de la Sala II del TS, de fecha 4-12-2002 (Recurso núm. 1106/2001)*. Ponente: Señor Martínez Arrieta:

«Los recurrentes apoyan su pretensión de nulidad del enjuiciamiento en una sentencia del Tribunal Constitucional, la 68/88, de 28 de septiembre, que anula un enjuiciamiento al que no fue citado el responsable civil subsidiario, supuesto que no es trasladable al que es objeto de la presente impugnación. En el enjuiciamiento de estos hechos se declara que los dos acusados, conocedores del embargo

damiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular antes del otorgamiento de aquélla.

5. Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado».

(29) En este sentido, el AAP de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 12-12-2003, recurso 381/2002. Ponente: Vigo Morancho, Agustín. Es recurrida ante la AP el auto que declaraba la nulidad de la notificación del embargo de los bienes gananciales respecto del cónyuge no deudor. Aduce el recurrente-acreedor del cónyuge deudor la innecesariedad de audiencia del cónyuge no deudor-apelado, defendiendo en este sentido, la validez de la tramitación efectuada. La AP mantiene el pronunciamiento de la instancia y señala que produciéndose un supuesto de disolución especial de la sociedad, debe ventilarse dicha disolución por el trámite previsto en el artículo 541 LEC —es decir, asegurando siempre la audiencia del cónyuge no deudor—.

trabado sobre un bien de su propiedad, y nombrados depositarios del mismo, constituyen una sociedad, como únicos socios y de la que el acusado era administrador único. Se afirma en la sentencia que la sociedad únicamente tenía por objeto la gestión del inmueble adquirido de los socios y consta en el procedimiento que de la acusación se dio traslado al acusado quien, desde ese momento, conoció la acusación que contra él se formulaba y la consecuencia que se solicitaba, la nulidad de la compraventa. Recibió el traslado de la acusación, como persona y como administrador único de la sociedad que había intervenido en el alzamiento de bienes del que era acusado.

Ciertamente, la Constitución Española en su artículo 24 consagra el derecho que tienen todas las personas de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Lo que comporta y significa que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. La indefensión en sentido constitucional se produce, por consiguiente, cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos.

En el proceso cuya nulidad se pretende no se ha producido ninguna indefensión, pues el acusado, en su condición de persona contra la que se dirige la acusación y como administrador único de la empresa afectada por la pretensión de nulidad instada por las acusaciones, conoció, y se defendió, de las pretensiones de naturaleza penal y civil que las acusaciones ejercitaron» (FJ 1.º).

En el caso contrario de apreciación de indefensión podemos indicar la STS, Sección 1.ª de 17 de octubre de 2007 (núm. 7439/2007). Ponente: Excmo. Señor Maza Martín, que dice: «...No puede pretenderse la aplicación de los artículos 109.1.º, 110 y 112 del Código Penal, que regulan la responsabilidad civil derivada de la infracción delictiva (...) ni cabe anular unos contratos en los que no solo la contraparte actuó en todo momento con desconocimiento del fraude que sufría la prestataria sino que, además, supuso un efectivo desplazamiento patrimonial, amparado por la buena fe, del que debe ser resarcido quien lo sufrió, máxime cuando, al no ser parte en el procedimiento penal, no pudo defender la validez de tales contratos, con lo que vulneraría su derecho a la defensa, caso de acogerse la pretensión del Recurso».

En el mismo sentido, la *SAP de Sevilla, Sección 1.ª, de 30-6-2001, número 364/2001, recurso 2715/2000*, en donde se rechaza que la nulidad decidida en un delito de alzamiento de bienes pueda tener efectos registrales y ello por cuanto el titular registral, persona jurídica, distinta a la condenada no ha sido formalmente acusada. Cuestión distinta hubiera sido que el Juez de instrucción, por su propia iniciativa o a instancia del Fiscal o las partes acusadoras, hubieran dado entrada en el proceso como responsable civil a esta sociedad mercantil.

El tercer supuesto, esto es, que aparezcan negocios posteriores a la transmisión fraudulenta existiendo titulares ajenos al proceso penal cuyos derechos se hayan inscrito bajo el principio de la buena fe registral. Implica similar resultado, es decir, imposibilidad de declarar la nulidad de las transmisiones fraudulentas y subsiguiente cancelación de los asientos registrales y ello por aplicación de los principios hipotecarios y singularmente la protección del tercero hipotecario. Artículo 34 LH. Todo ello sin perjuicio de que pueda reflejarse registralmente la nulidad de los títulos que motivan las inscripciones de dominio que se ordenan cancelar, a fin de evitar que el Registro siga abierto a nuevos actos dispositivos que fraudulentamente, y amparados en una apariencia tabular, pudieran celebrar posteriormente los titulares registrales de dichas inscripciones (Resolución de la DGRN de 2002, entre otras).

Así lo ha confirmado la reiterada doctrina en la *SAP de Vizcaya, Sección 6.ª, de 11-5-2009, número 468/2009, recurso 898/2008. Ponente: Arévalo Lassa, José Ignacio* (30). La Audiencia Provincial desestima el recurso

(30) Para una mejor comprensión reproducimos los hechos probados: «*Son hechos probados y así se declara que Fausto, mayor de edad y sin antecedentes penales, celebró en fecha 30 de julio de 2001, contrato privado de compraventa con Leandro y Rafaela, que tenía por objeto una finca en Muxika (Bizkaia), inscrita en el Registro de la Propiedad de Gernika, al tomo NÚM000, libro NÚM001 de Múgica, folio NÚM002, finca NÚM003, entregando los compradores en concepto de arras la cantidad de 30.050,61 euros.*

En el susodicho contrato se contemplaba una cláusula por la que se permitía la posibilidad a los compradores de resolver el contrato, caso que las "condiciones fijadas por los Organismos Administrativos para la utilización de la finca resultaran excesivas".

Resultando estas exigencias excesivas, los compradores procedieron a resolver el contrato, solicitando al acusado la cantidad adelantada. Haciendo aquél caso omiso a la solicitud, se interpuso por los compradores demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado de 1.ª Instancia, número 4 de Bilbao, número 437/02, siendo emplazado Fausto el 21 de junio de 2002, celebrándose juicio oral el 21 de enero de 2003, con todas las pruebas solicitadas por las partes practicadas, en fecha de 18 de marzo de 2003, recayó sentencia estimándose íntegramente la demanda interpuesta por los compradores contra el acusado, confirmándose esta por sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 5.ª, en fecha de 20 de octubre de 2004.

El acusado, en fecha de 24 de febrero de 2003, con la intención de no hacer efectivo a los compradores la devolución de las cantidades de dinero reconocidas en sentencia, suscribió un contrato de crédito a pagar en un año, con el Banco Guipuzcoano, por importe de 150.000 euros, constituyéndose como garantía, hipoteca del único bien del

interpuesto por la acusación particular y señala que: «no es posible anular la hipoteca porque la misma fue constituida regularmente con base en la información publicada en el registro y porque no existe dato alguno que permita afirmar en las partes que suscribieron el negocio jurídico garantizado como prestamista y avalista el conocimiento de la intención del prestatario de perjudicar a sus acreedores y su voluntad de participar en la consecución de su propósito. Tampoco pueden ser anuladas las consecuencias jurídicas derivadas por el incumplimiento deliberado y preconcebido del pago del préstamo por parte del acusado, pues la entidad bancaria tiene la consideración de tercero hipotecario protegido y esa protección alcanza a quienes posteriormente ejecutan la garantía».

Si llegamos, por tanto, a la imposibilidad de anulación de los asientos registrales, mucho me temo que habremos fracasado cara a nuestra víctima penal, acreedor desde la esfera civil. Salvo que se haya pedido subsidiariamente una indemnización por el perjuicio ocasionado poco se puede ya hacer.

La realidad práctica es que si el Registro informa negativamente sobre el mandamiento en el que se ordena la cancelación es porque, efectivamente, no se puede perjudicar a terceros a los que se le causaría indefensión. En el extraño supuesto que el Registrador se niegue a cancelar careciendo del suficiente apoyo jurídico, el Fiscal o el acusador particular podrá atacar la calificación negativa del Registrador mediante recurso potestativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos 324 y siguientes de la LH, o ser impugnada directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 LH.

Dicho recurso podrá interponerse en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la calificación mediante escrito dirigido al mismo Registro que ha denegado la cancelación o a cualquiera de las oficinas a que se refiere

cual el acusado era propietario, la finca de Muxika (Bizkaia), objeto de compraventa privada entre los compradores y el señor Fausto.

El crédito fue avalado por COMERCIAL IBARSA, S. A., entidad representada por don Héctor.

El acusado, no haciendo frente a ninguno de los pagos, llegado el vencimiento del crédito, Banco Guipuzcoano reclamó a Comercial Ibarsa, S. A., como avalista que era del préstamo.

Comercial Ibarsa, S. A., abonó a Banco Guipuzcoano la deuda, subrogándose Ibarsa en la posición del Banco Guipuzcoano. Comercial Ibarsa interpuso demanda judicial en reclamación de lo abonado frente el acusado, solicitando la venta en pública subasta del terreno de Muxica, por impago voluntario.

Declarándose desierta la subasta, Comercial Ibarsa se adjudicó la finca de Muxica, cediéndola a la mercantil PROVANOR, S. L., empresa donde también era, don Héctor, administrador solidario».

el párrafo 3.º del artículo 327 LH, sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar la calificación del Registrador sustituto con arreglo al cuadro de sustituciones del que pueda informarse en el Registro, en el plazo de quince días siguientes a la notificación, conforme a las reglas del artículo 19 bis LH.

En el caso que la impugnación de la calificación negativa se realice directamente ante los juzgados de la capital, la demanda deberá interponerse dentro del plazo de dos meses contados desde la notificación de la calificación.

5. SOLUCIONES PARA EVITAR LA CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA AL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN

Llegado este momento resulta evidente que hay que evitar situaciones de indefensión que a la postre justifiquen una calificación negativa. Hay por tanto que avisar a todos a quienes la subsiguiente cancelación registral pueda producirles algún perjuicio.

Una vía poco usada por jueces y fiscales es la anotación preventiva de la querella. Conforme al artículo 42.1 LH podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real, así avisamos a terceros de la existencia de un procedimiento, en este caso penal, que puede afectar a las fincas o derechos reales registrados, y nos aseguramos que el fallo que se dicte podrá ejecutarse en su integridad. Desde el punto de vista procesal, la habilitación la encontramos en el artículo 764 LECr (31), referido al procedimiento abreviado, que es en la práctica el proceso tipo penal.

No es obstáculo alguno que sea una querella y no una demanda lo que remitamos al Registro, ya que es indiferente el vehículo formal que se use. La propia DGRN (32) ha señalado que la querella puede tener acceso al Registro de la Propiedad cuando, ejercitándose conjuntamente con la penal la acción civil, se ejerciera una acción con trascendencia real inmobiliaria (art. 42.1 LH), siempre que se den los siguientes requisitos:

- a) Que del ejercicio de la acción pudiera resultar la nulidad del título en virtud del cual se hubiera practicado la inscripción.

(31) «1. Asimismo, el Juez o Tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas.

Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada.

2. A estos efectos se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La prestación de las cauciones que se acuerden se hará en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil y podrá ser realizada por la entidad en que tenga asegurada la responsabilidad civil la persona contra quien se dirija la medida».

(32) Vid. Resolución de 27 de diciembre de 2004.

- b) Que del mandamiento resulte el contenido de la acción civil ejercitada o se adjunte al mismo el texto de la querella, y del suplico de la misma resulte la solicitud que, de estimarse, produciría eficacia real. Luego la querella debe solicitar implícita o explícitamente la declaración de nulidad del negocio en fraude de acreedores.

Para practicar la anotación preventiva de demanda se requiere mandamiento, por duplicado, expedido por Secretario Judicial, ordenando al Registrador la extensión del asiento. El Registrador, una vez cumplido lo ordenado, devolverá uno de los ejemplares con la nota que proceda, al Juez, Tribunal o interesado, archivando el otro ejemplar en el Registro.

En todo caso, el afectado tiene que tener conocimiento del asunto, ya porque lo acusemos o, en todo caso, lo consideremos responsable civil en base al artículo 615 LECr (33).

El responsable civil es el sujeto al que es posible demandar en el proceso penal única y exclusivamente la responsabilidad civil derivada del hecho punible. Desde este punto de vista, el responsable civil siempre es una persona distinta de la que aparece como imputada en el proceso penal. Pero la complejidad en el delito de alzamiento radica en que si no lo considero responsable criminal por no ser partícipe del delito ya como autor, ya como cómplice tengo que acreditar al menos que ha participado por título lucrativo de los efectos del delito. El artículo 122 CP (34) va a permitir traer a juicio a quien no siendo ni autor ni cómplice se beneficia del delito.

Así y poniendo un ejemplo si en la donación de un bien considero que el hijo no sabía nada de la deuda del padre y por ende desconocía el fin fraudulento de la transmisión, no podré acusarle de autor o cómplice de la insolvencia punible al no haber dolo, pero es evidente que se ha beneficiado de la operación. Por tanto tendré que traerlo a juicio como responsable civil.

Teniendo, pues, conocimiento del asunto, no cabe esgrimir indefensión alguna. Luego la parte será libre de acudir a juicio, o no, pues, como recuerda el artículo 786.1 LECr segundo inciso: «*La ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión del juicio*». La parte podrá defenderse y si es condenada poco podrá hacer para evitar la cancelación del asiento registral. Ahora si habrá alcanza-

(33) «*Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal, o por haber participado alguno por título lucrativo de los efectos del delito, el Juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza a la persona contra quien resulte la responsabilidad o, en su defecto, embargará con arreglo a lo dispuesto en el Título IX de este libro los bienes que sean necesarios*».

(34) Artículo 122:

El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

do el acreedor su legítima expectativa al lograr la reintegración del bien que no debió salir del patrimonio del deudor. Ahora sí será devuelto cumplimentado positivamente el mandamiento y el secretario deberá incluir en su tasación de costas los aranceles que se hubieran devengado como consecuencia de la cancelación (35).

En conclusión, la necesaria coordinación de la legislación hipotecaria y procesal nos llevará a resultados satisfactorios si quienes intervenimos en estos procedimientos sabemos usar adecuadamente los instrumentos que la ley nos ofrece.

RESUMEN

TRACTO SUCESIVO ALZAMIENTO DE BIENES

La peculiaridad de la responsabilidad civil de los delitos de insolvencia punible, como es el delito de alzamiento de bienes, reside en la declaración de nulidad que efectúa el juez penal del negocio jurídico que ha provocado la insolvencia real o ficticia, frustrando la realización de los créditos del acreedor o de los acreedores y, consecuentemente, da orden de cancelación de los asientos registrales que reflejaban ese negocio traslativo de la propiedad. Para que el Juez llegue a este pronunciamiento es necesario que lo pida el Fiscal o una parte. Sin embargo, una vez obtenida sentencia condenatoria, en ocasiones no puede llevarse a cabo la modificación de la situación registral de la finca, colocando al Registrador en una difícil tesitura. Por un lado, debe dar cumplimiento a lo que se le ordena por parte de la Autoridad Judicial pero, por otra parte, debe respetar bajo su responsabilidad los principios hipotecarios y proteger a aquellos que han adquirido al amparo de lo refle-

ABSTRACT

CHAIN OF TITLE CONCEALMENT OF ASSETS BY A BANKRUPT

The uniqueness of civil liability for offences of punishable insolvency (such as the offence of concealment of assets) resides in the criminal court's declaration annulling the legal act that caused the real or fictitious insolvency and thus frustrated the enforcement of the debts owed to the creditor or creditors. In consequence of the annulment, the court orders the cancellation of any registration entries reflecting acts transferring ownership of the assets in question. In order for the court to reach such a pronouncement, it must be asked to do so by the public prosecutor or by a party to the proceedings. However, sometimes the registered situation of the property cannot be modified after a ruling has been given finding the bankrupt guilty. This places the registrar in a difficult position. On the one side, the registrar must do as ordered by the judicial authorities; but, on the other side, the registrar must, on his or her responsibility, respect the

(35) Si el condenado no goza del beneficio de justicia gratuita deberá abonarlos él en su integridad. En caso de gozar del citado beneficio el artículo 6, apartado 9 y 10 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita contempla reducciones del 80 por 100 de los derechos arancelarios e incluso el 100 por 100 si el beneficiario del derecho acredita ingresos por debajo del SMI.

jado en el Registro. La solución viene de la mano de una correcta coordinación de jueces, fiscales y registradores, y de un adecuado conocimiento del rol que a cada uno le corresponde. Es evidente que no es función del Registrador revisar una acusación o una decisión judicial. El Registrador no juzga ni acusa pero tampoco el Juez o el Fiscal realizan la función de calificación registral de exclusiva soberanía del Registrador.

rules governing mortgages and protect anyone who has relied on registry information to purchase property. The solution involves the smooth coordination of judges, public prosecutors and registrars and a good knowledge of the role that each must play. Obviously, it is not the registrar's function to check charges or judicial decisions. The registrar neither judges nor accuses, but then, neither does the judge or public prosecutor perform the function of scrutiny for proper document form, a task that belongs to the exclusive sovereignty of the registrar.

(Trabajo recibido el 4-2-2010 y aceptado para su publicación el 15-3-2011)