

Roj: **STS 1175/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1175**Id Cendoj: **28079120012016100209**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/03/2016**Nº de Recurso: **1527/2015**Nº de Resolución: **220/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP CS 757/2015,**
STS 1175/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil dieciséis.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por **Claudio**, contra auto de revisión de sentencia dictado por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, con fecha diez de Julio de dos mil quince, respecto del condenado Claudio, en Ejecutoria número 1/2015, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado Claudio, representado por el Procurador Sr. D. Jacobo García García y defendido por el Letrado Sr. D. Miguel Capuz Soler. En calidad de parte recurrida, la acusación particular **Herminio, Isabel y Millán**, representados por el Procurador Sr. D. Alejandro González Salinas y defendidos por el Letrado Sr. D. Cristóbal Caballero Escribano.

I. ANTECEDENTES

Primero.- La Audiencia Provincial de Castellón (Sección Segunda) dictó sentencia de fecha 5 de Diciembre de 2.013, que contiene la siguiente **parte dispositiva**:

"Que desestimando las cuestiones previas propuestas por las partes en la forma que se establecen en los fundamentos de esta resolución:

A) Que debemos condenar y a Sandra, como autores de un delito societario del artículo 295 del C.P., ya descrito, a las penas, a cada uno, de prisión de seis meses, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Claudio y a Sandra deberán indemnizar de forma conjunta y solidaria a la mercantil Eurocás Electrónicos S.L, en la cantidad de 5.000.000 de ptas.

B) Debemos condenar y condenamos a Claudio como autor responsable de un delito continuado del artículo 293 del cp. ya descrito a la pena de diez meses de multa, con una cuantía de 20 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

Debemos absolver y absolvemos a Claudio del delito del art. 293 del CP. por los hechos sucedidos en la Junta de Eurocas Electrónicos S.L. de fecha 12 de abril de 2000.

C).- Debemos condenar y condenamos a Claudio como autor penalmente responsable de un delito de insolvencia punible del artículo 260,1 del cp. a la pena de prisión de tres años, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de once meses, con una cuota diaria de veinte euros, y con responsabilidad subsidiaria en caso de impago.



y D).- Y debemos condenar y condenamos a Florian , como cómplice por el delito del artículo 260, 1 del cp . la pena de un año de prisión y cuatro meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros y responsabilidad subsidiaria en caso de impago.

Claudio y Florian deberán devolver a la masa de la quiebra de Eurocás Electrónicos S.L. la cantidad de 217.470,03 euros, más la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia correspondiente a los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil devengados desde la fecha de la sentencia civil, junto con la tasación de costas de la primera instancia y de la segunda instancia del procedimiento anterior, con los intereses desde la fecha en que las mismas se acordaron.

De las anteriores cantidades responderá de forma directa Claudio por el total y Florian , responderá en un 20% de la cantidad que finalmente se fije. Es decir en ese 20 % ambos responderá de forma conjunta y solidaria, y en el resto, únicamente Claudio . Y de forma subsidiaria responderá Florian según el artículo 116, 2 del cp . del resto, es decir del 80%.

Las mercantiles VIBA INTERNACIONAL, S.L. y BARSTOM RAWLINS INVESTMENT, S.L. responderán de forma subsidiaria de las cantidades fijadas en concepto de responsabilidad civil.

Se imponen las costas de este procedimiento - incluidas las de la acusación particular- a los condenados en las siguientes proporciones: A Sandra , en una tercera parte. A Claudio en diez treceavas partes; y a Florian , en una treceava parte, y se declara de oficio una treceava parte de las mismas(sic)".

Segundo.- En fecha 11 de Febrero de 2.014, se dictó auto aclaratorio, con la siguiente parte dispositiva:

"Se aclara la Sentencia número 369/2013, de fecha 5 de diciembre de 2013 en el sentido de concretar que la representación procesal de Florian corresponde en el procedimiento al Procurador D. Miguel Tena Riera, quedando el FALLO de la citada resolución, con el siguiente contenido:

"Que desestimando las cuestiones previas propuestas por las partes en la forma que se establecen en los fundamentos de esta resolución:

A) Que debemos condenar y condenamos a Claudio y a Sandra , como autores penalmente responsables de un delito societario del artículo 295 del cp . ya descrito, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas, a cada uno, de prisión de seis meses, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Claudio y a Sandra deberán indemnizar de forma conjunta y solidaria a la mercantil Eurocás Electrónicos S.L., en la cantidad de 5.000.000 de ptas.

B) Debemos condenar y condenamos a Claudio como autor responsable de un delito continuado del artículo 293 del cp . ya descrito, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de diez meses de multa, con una cuantía de 20 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

Debemos absolver y absolvemos a Claudio del delito del art. 293 del CP . por los hechos sucedidos en la Junta de Eurocas Electrónicos S.L. de fecha 12 de abril de 2000.

C).- Debemos condenar y condenamos a Claudio como autor penalmente responsable de un delito de insolvencia punible del artículo 260,1 del cp ., concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de prisión de tres años, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de once meses, con una cuota diaria de veinte euros, y con responsabilidad subsidiaria en caso de impago.

D).- Debemos condenar y condenamos a Florian como cómplice por el delito del art. 260.1 del Cp., concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión y cuatro meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros y responsabilidad subsidiaria en caso de impago.

E) Y debemos absolver y absolvemos a Claudio , a Sandra y a Florian del resto de delitos que les venían siendo imputados.

Claudio y Florian deberán devolver la masa de la quiebra de Eurocas Electrónicos S.L. la cantidad de 217.470,03 euros, más la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia correspondiente a los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil devengados desde la fecha de la sentencia civil, junto con la tasación de costas de la primera instancia y de la segunda instancia del procedimiento anterior, con los intereses desde la fecha en que las mismas se acordaron.

De las anteriores cantidades responderá de forma directa Claudio por el total y Florian , responderá en un 20% de la cantidad que finalmente se fije. Es decir en ese 20 % ambos responderá de forma conjunta y solidaria, y



en el resto, únicamente Claudio . Y de forma subsidiaria responderá Florian según el artículo 116, 2 del cp . del resto, es decir del 80%.

Las mercantiles VIBA INTERNACIONAL, S.L. y BARSTOM RAWLINS INVESTMENT, S.L. responderán de forma subsidiaria de las cantidades fijadas en concepto de responsabilidad civil.

Se imponen las costas de este procedimiento -incluidas las de la acusación particular- a los condenados en las siguientes proporciones: A Sandra , en una treceava parte. A Claudio en diez treceavas partes; y a Florian , en una treceava parte, y se declara de oficio una treceava parte de las mismas(sic)".

Tercero.- En la ejecutoria número 1/2015, la Audiencia Provincial de Castellón (Sección Segunda) dictó auto de fecha 10 de Julio de dos mil quince , que contiene los siguientes **HECHOS**:

"PRIMERO.- En fecha 30 de junio de 2015 se presentó escrito por el Procuradora D. Rafael Brea Sanchís, en nombre de Claudio , en el que, en base a las alegaciones que realizaba, terminó suplicando se dicte resolución por la que se absuelva a su mandante del delito del artículo 260 del cp ., por el que fue condenado, acordándose inmediatamente su puesta en libertad.

En la misma fecha 30 de junio de 2015 se presentó también escrito por el Procuradora D. Rafael Brea Sanchís, en nombre de Claudio , en el que, en base a las alegaciones que realizaba, terminó suplicando se dicte resolución por la que se absuelva a su mandante del delito del artículo 295 del CP , por el que fue condenado, acordándose inmediatamente su puesta en libertad.

Dado traslado de dichos escritos al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, se presentó en fecha 3 de julio de 2015 escrito por la Procuradora Dña. Concepción Campayo Martinez, en nombre de D. Herminio y otros, oponiéndose a la revisión de la sentencia interesada por los penados.

Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito en fecha de salida de Fiscalía de 6 de junio en el que se oponía a la revisión de la Sentencia en base a las extensas alegaciones que se realizaban(sic)".

Cuarto.- La Audiencia de instancia en el citado auto, dictó la siguiente **PARTE DISPOSITIVA**:

"La Sala Acuerda:

En méritos de cuanto antecede se revisa la sentencia dictada en la presente causa en cuanto al condenado Claudio , únicamente por el anterior delito de insolvencia punible del artículo 260, 1 del CP . debiéndole imponer por el mismo, la pena de prisión de un año y nueve meses, con ratificación del resto de pronunciamientos(sic)".

Quinto.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, por la representación de Claudio , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Sexto.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Claudio , se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN**:

1.- PRIMER MOTIVO DE CASACION.-

MOTIVO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY DEL ART. 849 DE LA LECRIM : INFRACCIÓN DE LA DT SEGUNDA LO 1/2015 DE 30 DE MARZO E INFRACCIÓN DE LOS ARTS. 2.2a , Y 295 CP Y DE LOS ARTS. 9.3 , 17.1 , 24.1 Y 2 CE (INCISO DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS) Y 25.1 CE.

2.- SEGUNDO MOTIVO DE CASACION

MOTIVO DE CASACION POR INFRACCIÓN DE LEY DEL ART. 849 DE LA LECRIM : INFRACCIÓN DE LA DT SEGUNDA LO 1/2015 DE 30 DE MARZO E INFRACCIÓN DE LOS ARTS. 2.2 % Y 260 CP Y DE LOS ARTS. 9.3 , 17.1 , 24.1 Y 2 CE (INCISO DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS) Y 25.1 CE.

Sétimo.- Instruidos el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, lo impugnaron; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día nueve de Marzo de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En sentencia de 5 de diciembre de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón , el recurrente fue condenado, entre otros delitos, como autor de un delito societario del artículo 295 a la pena de seis meses de prisión, y como autor de un delito de insolvencia punible del artículo 260.1, a la pena de



tres años de prisión y multa de once meses. En ambos casos con la atenuante de dilaciones indebidas. En fase de ejecución, el penado solicitó la revisión de la sentencia al amparo de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, concretamente en atención a lo dispuesto en su Disposición Adicional Primera. La Audiencia dictó en fecha 10 de julio de 2015 un auto en el que acordaba denegar la revisión en cuanto a la condena impuesta por el delito del artículo 295, por entender que la conducta contemplada en ese precepto está ahora tipificada en el artículo 252, y revisar la sentencia en cuanto a la condena impuesta por el delito del artículo 260.1, únicamente en cuanto a la pena, imponiéndole la de un año y nueve meses de prisión, ratificando el resto de pronunciamientos. Contra este auto interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, sostiene que la supresión del artículo 295 acordada por la mencionada LO 1/2015, supone su desaparición, lo que implica que la conducta es atípica. Razona, asimismo, que las conductas entonces previstas en dicho precepto no pueden subsumirse ahora en el artículo 252 pues, habiendo declarado probado que el recurrente destinó una cantidad de dinero a un fin distinto del de la sociedad, varía el bien jurídico; en el artículo 252 no se menciona el carácter fraudulento de la actuación ni la actuación en beneficio propio o de tercero como elemento subjetivo que debe informar la conducta; los socios no pueden constituirse en sujetos pasivos del delito; solo es aplicable al administrador de una persona jurídica.

1. El artículo 295 del Código Penal, vigente al tiempo de los hechos, castigaba al administrador de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta, causando directamente un perjuicio evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.

El artículo 252 del Código Penal, en su redacción actual, castiga a los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

Las reformas legales de los tipos penales, e incluso la supresión de un tipo penal, solamente determinan la atipicidad de los hechos cuando los declarados probados en la sentencia, calificados con arreglo a la norma vigente al tiempo de los hechos, no resulten subsumibles en la nueva redacción de las normas que sustituyen a las anteriores.

2. Del examen de ambas redacciones resulta sin dificultad que las conductas que antes encontraban acomodo en el artículo 295, pueden subsumirse ahora en el artículo 252. Pues en éste no se estrechan los límites de la conducta típica, sino que, al contrario, se suprime la exigencia de que el autor del hecho sea un administrador, de hecho o de derecho, de una sociedad, por lo que puede serlo todo el que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno con independencia de quien sea su titular; no se exige que actúe en beneficio propio o de tercero, sino que basta con que de la infracción de las facultades resulte un perjuicio para el patrimonio administrado; no se limita la conducta típica a la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o a la contracción de obligaciones a cargo de ésta; e incluso desaparece la mención a que el perjuicio sea evaluable. Con independencia del alcance que finalmente se atribuya, por vía de aplicación interpretativa, a cada una de los requisitos exigidos en el artículo 252, lo cierto es que era subsumible en el artículo 295, tal como se hizo en la sentencia cuya revisión se pretende, la conducta del que ocupando la posición de administrador de una sociedad, es decir, teniendo facultades para administrar el patrimonio de ésta, abuse de sus facultades, es decir, las infrinja, excediéndose en su ejercicio, y de esa forma cause un perjuicio al patrimonio administrado. Y lo es ahora en el artículo 252, aunque en éste se haya ampliado el ámbito de la conducta típica y, consiguientemente, se exijan menos requisitos que en aquel. En cuanto a la pena impuesta, resulta imponible con arreglo a ambos preceptos.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, por la misma vía de impugnación, alega ahora que debió ser absuelto del delito de insolvencia punible del artículo 260.1, pues el actual artículo 259.1 no subsume los hechos por los que fue condenado, pues no existe coincidencia entre ambos. Además, señala que el actual artículo 259 dispone que este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado en concurso, y en los hechos probados de la sentencia no se recoge ninguno de estos dos supuestos.

1. Tal como se señala en el auto recurrido, con razonamientos que pueden darse aquí por reproducidos, el artículo 260.1 castigaba al que fuere declarado en concurso cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. En el artículo 259.1 actual se castigan conductas que, aunque con redacción diferente, tienen el mismo significado y contenido. Se castiga en este precepto al que encontrándose en una situación de insolvencia actual o



inminente realice alguna conducta de la serie contenida en los números siguientes, hasta el 9º, de cuya descripción resulta que indudablemente se trata de actos que supondrán un agravamiento de aquella situación, finalizando con una cláusula de cierre en el último apartado, que se refiere a realizar " *cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o de su actividad empresarial* ". Y en el artículo 259.2 se castiga con la misma pena a quien, mediante alguna de las conductas del apartado anterior, cause su situación de insolvencia.

Tal como se razona en el auto impugnado, la condena se dictó castigando la conducta del recurrente consistente en despatrimonializar la sociedad a través de cesiones de hipotecas, ventas, compras, utilización de testafierros y terceras personas interpuestas, extracciones de dinero, etc., que dejó a la sociedad sin activos, pasando finalmente parte del activo de aquella, a empresas del propio administrador o gestionadas por él.

Se trata, por lo tanto, de una conducta que aunque antes se subsumía en el artículo 260.1, de redacción más genérica que la regulación actual, en la actualidad tiene encaje en el artículo 259.1, en sus apartados 2, 3 y 9, y 259.2 del Código Penal, por lo que no puede considerarse destipificada, lo que hace improcedente la absolución.

2. En cuanto a la declaración de concurso, en los hechos probados se declara que con fecha 11 de noviembre de 2003 el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Castellón dictó auto declarando a la mercantil Eurocas Electrónicos, S.L. en estado de quiebra.

Por todo ello, el motivo se desestima.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, interpuesto por la representación procesal de **Claudio**, contra auto de revisión de sentencia dictado por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, con fecha 10 de Julio de 2.015, en Ejecutoria número 1/2015. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Miguel Colmenero Menendez de Luarda Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia Juan Saavedra Ruiz