



Roj: **SAP PO 1963/2019 - ECLI: ES:APPO:2019:1963**

Id Cendoj: **36038370022019100163**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **2**

Fecha: **11/09/2019**

Nº de Recurso: **674/2019**

Nº de Resolución: **174/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JUAN JOSE TRASHORRAS GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00174/2019

ROSALIA DE CASTRO NÚM. 5

Teléfono: 986.80.51.19

Equipo/usuario: MV

N.I.G.: 36039 41 2 2016 0002425

RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000674 /2019J

Juzgado de procedencia: Penal núm. 3 de Pontevedra

Procedimiento de origen: abreviado 3/19

Delito/falta: IMPAGO DE PENSIONES

Recurrente: Camilo

Procurador/a: MARIA LUCIA COSTOYA OTERO

Abogado/a: CARLOS MANUEL MARTINEZ NOGUEIRA

Recurrido: Noelia , MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: FRANCISCO JAVIER VARELA GONZALEZ,

Abogado/a: ANTONIO OCAMPO MARTINEZ,

SENTENCIA Nº 174

ILMOS/AS SR./SRAS MAGISTRADOS/AS

JOSE JUAN BARREIRO PRADO

ROSA DEL CARMEN COLLAZO LUGO

JUAN JOSÉ TRASHORRAS GARCÍA

En PONTEVEDRA, a once de septiembre de dos mil diecinueve.

VISTO, por esta Sección 002 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada en el procedimiento PA 3 /2019 del JDO. DE LO **PENAL** nº3; habiendo sido parte en él, como **apelante** (acusado) **Camilo** , representado por la procuradora MARÍA LUCÍA COSTOYA OTERO, y como **apelados Noelia** (acusación particular) representado por el Procurador FRANCISCO JAVIER VARELA GONZALEZ, y el **Ministerio Fiscal** , en la representación que le es propia, actuando como Ponente el Magistrado D. **JUAN JOSÉ TRASHORRAS GARCÍA**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha diez de abril de dos mil diecinueve, cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente:

"Que debo CONDENAR Y CONDENO como autor penalmente responsable de un delito de ABANDONO DE FAMILIA del artículo 227 del Código Penal, al acusado, Camilo, en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Con imposición de costas.

Y en concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar a Noelia en 31.500 euros, con el incremento que se determine en ejecución de sentencia por la actualización de las pensiones con arreglo al IPC".

Y como **Hechos Probados** expresamente se recogen los de la sentencia apelada:

"Probado y así se declara que el acusado, Camilo, mayor de edad, sin antecedentes penales, en virtud de sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de fecha 19 de julio de 2010, del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de DIRECCION000, venía obligado a abonar a Noelia, en concepto de pensión alimenticia del hijo menor de ambos, la cantidad de 300 euros mensuales, dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizables anualmente con arreglo a las variaciones del IPC.

Y el acusado, pese a ser conocedor de dicha obligación y teniendo capacidad económica para hacer frente al pago, al menos la mayoría de los meses, no abonó cantidad alguna desde la sentencia hasta la fecha del juicio (abril 2019) excepto los meses de septiembre de 2013, septiembre de 2015 y diciembre de 2015 ingresando estos meses cien euros.

Noelia, madre del beneficiario, interpuso denuncia por estos hechos el 23 de septiembre de 2016".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal del hoy recurrente, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.

TERCERO.- Dado traslado del escrito de formalización del recurso a las partes, se presentó escrito de impugnación por el Ministerio Fiscal y la representación de la Acusación particular, en base a considerar la sentencia objeto de recurso plenamente ajustada a derecho solicitando su confirmación.

CUARTO.- Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, se señaló día para deliberación, la que tuvo lugar el día 10 de septiembre de 2019.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los contenidos en la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Enunciación de los motivos del recurso. Frente a la sentencia de instancia que condena a Camilo como autor de un delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones a la pena de siete meses de prisión y a indemnizar a Noelia en 31.500 euros más las actualizaciones del IPC, se alzan aquél, viniendo a invocar error en la valoración de la prueba por no concurrir el elemento subjetivo del tipo al existir imposibilidad material de abonar la pensión, interesa la revocación de la resolución recurrida y su libre absolución. De igual modo, alega que la falta de abono existiría desde el mes de septiembre de 2012 y no desde el mes de agosto de 2010, pues así lo afirma la acusación en su denuncia inicial, y que hasta marzo de 2014, el importe de la nómina se ingresaba en la cuenta terminada en NUM000, titularidad de la denunciante. Sostiene asimismo que en noviembre de 2015 donó a su hijo un piso de su propiedad en pago de las pensiones atrasadas y de las que pudieran devengarse en el futuro.

Como segundo motivo alega que, dadas las circunstancias que concurren en el recurrente, considera más ajustado a derecho la imposición de una pena de multa de seis meses con una cuota diaria de 3 euros en lugar de la pena de siete meses de prisión impuesta en la sentencia de instancia.

Por último, invoca la prescripción parcial de la deuda reclamada, debiendo considerarse prescrita la acción civil para reclamar las mensualidades comprendidas entre agosto de 2010 y abril de 2014.

Se han opuesto al recurso el Ministerio Fiscal y la acusación particular.



SEGUNDO.- Agruparemos para su mejor examen y resolución los alegatos del recurrente, ocupándonos en primer lugar de aquellos que cuestionan la concurrencia del delito por el que ha sido condenado en la instancia, para después abordar los óbices relativos al montante de la responsabilidad civil, concluyendo con la cuestión relativa a la proporcionalidad de la pena impuesta.

Alega en primer lugar el apelante la ausencia del elemento subjetivo del injusto puesto que la falta de pago obedecería a la insuficiencia de medios económicos para hacerle frente.

Como señala la sentencia de instancia, la jurisprudencia ha perfilado el art. 227 como un delito de omisión, que exige para su consumación la concurrencia de dos elementos objetivos y uno subjetivo:

-Resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, o convenio aprobado por la autoridad judicial competente que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de los hijos.

-Conducta omisiva del obligado al pago consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos; conducta ésta de omisión cuya realización consume el delito por ser de mera actividad, sin necesidad de que de ello derive ningún resultado perjudicial distinto del que ya produce la falta de percepción de la prestación establecida.

-Comportamiento doloso del sujeto activo evidenciado en el conocimiento de la obligación de pagar y la voluntariedad de incumplir la misma.

La obtención válida y lícita y la práctica de pruebas de cargo contra el acusado-apelante, que posibilitaron desvirtuar la presunción de inocencia, no admite discusión. El recurrente reconoció su obligación de pago de la pensión de la pensión alimenticia a favor de su hijo menor, hecho también probado por el testimonio de la sentencia de divorcio y el convenio regulador (folios 132 y s.s.). Excepto tres pagos de 100 euros cada uno que reconoce Noelia , el acusado no hizo ningún otro.

La alegación de la defensa consistente en que la falta de abono existiría desde el mes de septiembre de 2012 y no desde el mes de agosto de 2010, pues así lo afirma la acusación en su denuncia inicial, no se ajusta a la realidad. Al margen de que la denunciante dejó bien claro en el acto de la vista que Camilo no había pagado desde la fecha de la sentencia de divorcio salvo tras pagos de 100 euros cada uno, la denuncia relata que "desde hace cuatro años su expareja no le hace ningún ingreso, que anteriormente tampoco lo hacía pero al menos se hacía cargo de alguna deuda al igual que ella, pero la pensión por manutención NUNCA se la ha ingresado", con lo que queda claro que Noelia denuncia el impago de la pensión de alimentos desde la fecha de la sentencia, 19 de julio de 2010.

Y las pretensiones exculpatorias consistentes en que hasta marzo de 2014, el importe de la nómina se ingresaba en la cuenta terminada en NUM000 , titularidad de la denunciante, y que en noviembre de 2015 donó a su hijo un piso de su propiedad en pago de las pensiones atrasadas y de las que pudieran devengarse en el futuro, fueron rebatidas de modo contundente en el plenario por la testigo-denunciante Noelia : desde el divorcio el acusado hizo uso exclusivo de la mencionada cuenta (en la que la acusación particular acredita documentalmente que aparece como autorizado), y niega tajantemente que la donación se hubiera hecho para pago de pensiones atrasadas y futuras. Por lo demás, como señala la sentencia de instancia, esta última posibilidad está vetada por el artículo 1814 del Código Civil .

En lo relativo a la capacidad económica del acusado para poder pagar la pensión alimenticia a favor de su hijo menor, la Magistrada de instancia refleja de modo exhaustivo en su Fundamento de derecho Primero que por el extracto de la cuenta bancaria donde se le ingresaba la nómina al acusado queda acreditado que desde agosto de 2010 hasta enero de 2011 percibió unos 978 euros mensuales más las pagas extras; desde febrero a diciembre de 2011 la suma de 1.051 euros, y desde abril de 2012 hasta enero de 2014 una prestación por desempleo que osciló entre los 934 y los 833 euros. Di igual se refleja en la sentencia, y así consta probado, que dentro del período de impago el acusado percibió casi 12.000 euros de indemnización en un procedimiento por despido, que desde mayo de 2017 se encuentra trabajando y que por sentencia de fecha 19 de marzo de 2017 se desestimó su pretensión de modificar la cuantía de la pensión que está obligado a abonar, datos que resultan bien indicativos de sus posibilidades económicas. En definitiva, en la sentencia recurrida se razona con argumentos que al no haber sido eficazmente combatidos a través del recurso de apelación permanecen incólumes en esta alzada, y que son los expuestos.

TERCERO.- Se cuestiona el montante de la responsabilidad civil en base a la posible prescripción de las pensiones alimenticias, pues a juicio del apelante se encontraría prescrita la acción civil para reclamar el importe de las pensiones de alimentos devengadas tras el transcurso del plazo de 5 años del artículo 1966.1º del CC .



Es criterio de esta sección el seguido en su sentencia de fecha 3-12-14 , que señala que "no relativo á responsabilidade civil, xa noutras ocasións anteriores dixemos, apoiándonos na doutrina maioritaria (SSAAPP de Pontevedra do 26 de setembro de 2014 , de Córdoba 82/2010 , de Huelva do 8 de xullo de 2008 , e do 27 de decembro de 2001 , e de Valencia do 30 de setembro de 2001), que a obrigaón non nace do delito, senón da sentenza de divorcio - neste caso, de mutuo acordo con aprobación da correspondente proposta de convenio regulador- pola que se estableceu a obriga de pagamento da pensión alimentaria. Xa que logo, débense ter por prescritas, conforme o *artigo 1966 do Código civil* , todas as pensións alimentarias non pagadas con anterioridade ao prazo de cinco anos dende a interposición da denuncia nesta vía **penal**", criterio por lo demás maioritario y que estudia de modo exhaustivo la Sentencia de la AP de Madrid de fecha 11 de junio de 2018 que invoca el apelante, y que acogen igualmente las de la Audiencia Provincial de Alicante de 25 de enero de 2018, Audiencia Provincial de Palencia de 25 de febrero de 2016 y de la AP de Salamanca de 22 de septiembre de 2016, entre otras muchas.

Conforme a la corriente doctrinal expuesta, que es la que se acoge, la prescripción de la acción civil se interrumpió desde la presentación de la denuncia con fecha 23 de septiembre de 2016. Habida cuenta de que la responsabilidad se fija en la sentencia recurrida desde el mes de agosto de 2017, debe considerarse prescrita la acción civil para reclamar las mensualidades comprendidas entre el mes de agosto de 2010 y septiembre de 2011.

La defensa aportó dos documentos (folios 203 vuelto y 204 y 204 vuelto en los que aparecen supuestamente abonados por el acusado 400 euros correspondientes a parte de la pensión de los meses de abril, mayo y junio de 2014, indicando que la sentencia de primera instancia no la tuvo en cuenta.

Nada se le preguntó sobre el particular a la testigo-perjudicada sobre dicha documental, aportada por fotocopia, sobre todo en cuanto a la autoría de la firma que aparece en la misma, pero aceptando la versión dada en el plenario por Noelia , que manifestó de modo contundente que el acusado, dese la fecha de la sentencia, solo le había hecho tres abonos de 100 euros cada uno, la documental referida no se puede tener en cuenta para minorar la cuantía de la responsabilidad civil.

Efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas en base a lo anterior, el acusado debe abonar a la perjudicada la suma de 27.000 euros más intereses y actualizaciones, ya descontados los 300 euros que Noelia reconoció haber recibido en los meses de diciembre de 2012 y septiembre y diciembre de 2015.

CUARTO. - En lo que atañe a la individualización de la pena, el artículo 72 del CP dispone que "los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta" Por su parte, el artículo 227 del CP prevé las penas tres meses a un año de prisión o multa de seis a 24 meses.

En la sentencia de instancia se impone la pena de prisión teniendo en cuenta que el acusado ha hecho dejación de sus obligaciones como padre nada menos que durante casi nueve años, desde agosto de 2010 hasta abril de 2019, y su duración, 7 meses, se encuentra dentro de la mitad inferior imponible, que iría de tres meses a siete meses y quince días, por lo la pena impuesta se considera totalmente proporcionada a la gravedad de la culpabilidad del autor.

QUINTO.- Las costas de esta alzada se declaran de oficio.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Costoya Otero, en nombre y representación de Camilo contra la sentencia de fecha 10 de abril de 2019, del Juzgado de lo **Penal** nº 3 de Pontevedra , dictada en el procedimiento abreviado 3/2019 (rollo de apelación RP 674/2019-P). En **consecuencia**, revocamos parcialmente la referida sentencia solo en el extremo relativo a la responsabilidad civil impuesta a cargo del apelante, que se limitará a las pensiones alimenticias impagadas desde el mes de octubre de 2011 hasta el mes de abril de 2019, fijándose la cuantía de la misma en la suma de 27.000 euros más intereses y actualizaciones correspondientes, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** , que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la L.E.Criminal .

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ