



Roj: **STS 738/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:738**

Id Cendoj: **28079120012017100157**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2017**

Nº de Recurso: **284/2016**

Nº de Resolución: **130/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 2654/2015,**
STS 738/2017

RECURSO CASACION núm.: 284/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 130/2016

Excmos. Sres.

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Carlos Granados Pérez

En Madrid, a 1 de marzo de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación 284/2016, interpuesto por D. Alfredo, representado por la procuradora D.ª María Dolores Betancor Quintana y defendido por el letrado D. Francisco Javier Asensio del Pino, contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2015 dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda.

Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida D.ª Raquel representada por la procuradora D.ª Mercedes Caro Bonilla.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Telde, tramitó Procedimiento Abreviado núm. 1611/2013 contra D. Alfredo por delito de estafa y delito de insolvencia punible; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria cuya Sección Segunda (Rollo de P.A. núm. 33/14) dictó sentencia en fecha cuatro de noviembre de 2015 que contiene los siguientes **hechos probados**:



«Son hechos probados, y así se declara expresamente, que el día 14 de septiembre de 2010 el acusado, Alfredo , mayor de edad, sin antecedentes penales, actuando como administrador único de la mercantil Holstein Canaria S.L., formalizó escritura pública de préstamo personal, otorgada ante el Notario D. José Luis Pardo López, en cuya virtud Raquel le entregaba a la citada mercantil, y en concepto de préstamo, la cantidad de setenta y cinco mil seiscientos euros que se comprometía a devolver mediante la transferencia a la prestamista de los ingresos que en concepto de ayuda al suministro de animales de razas puras iba a recibir del Gobierno de Canarias, ayuda que estaba debidamente documentada mediante cuatro facturas que el propio Alfredo aportó y se unieron a la escritura pública. Además, y para garantizar dicho pago, en la escritura pública se incorporó el compromiso de que el dinero procedente de dichas ayudas no sería destinado a otros fines hasta el total pago del préstamo e incluso hacía constar una orden irrevocable al BBVA, entidad de crédito donde la mercantil referida tenía domiciliados sus ingresos y pagos, para que las mismas se llevaran a cabo.

No obstante ello el acusado nunca tuvo intención de destinar el importe de las referidas ayudas al abono de préstamo y de hecho cuando pocos días después, el 21 de septiembre de 2010, recibe el primer ingreso por este concepto, por importe de 39.600 euros, dio órdenes expresas al BBVA para que procediera a transferir, ese mismo día a su cuenta personal, 39.590 euros, dejando la cuenta de la mercantil con un saldo de 33,60 euros. Del mismo modo cuando el 18 de octubre de 2010 recibe por el mismo concepto una nueva transferencia por importe de 39.600 euros ordenó la transferencia a su cuenta particular de un total de veintiséis mil euros destinando el resto a pagos a otras personas o entidades.

Dado que a pesar de los múltiples requerimientos que, personalmente, se habían hecho al acusado para el abono del préstamo éste continuaba sin satisfacer el mismo si quiera en parte, el 8 de febrero de 2011 Raquel remitió a Alfredo un burofax en el que le requería para que efectuase el primer pago en el plazo de cinco días advirtiéndole de que caso contrario acudiría a la vía judicial como así hizo el 27 de junio de 2011 procedimiento en el que se dictó sentencia, por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Telde, el 7 de febrero de 2012, condenando a la mercantil Holstein Canaria S.L. a abonar a Raquel la cantidad de 76.500 euros tras lo cual, el 13 de abril de 2012 se dictó orden de ejecución contra aquella por 75.600 euros de principal más otros 22.680 euros por intereses y costas.

Sin embargo, a pesar de haberse dictado diversos decretos de embargo contra bienes de la sociedad, la prestamista no vio satisfecho su crédito dado que el acusado, con la finalidad de evitar el pago de la deuda referida, procedió no sólo a disponer que las posteriores transferencias por ayudas al suministro de animales se realizasen en su cuenta personal y no en la de Holstein Canaria sino que, además, liquidó, mediante transferencias a su cuenta personal, la mayor parte de las cantidades que había percibido la referida mercantil».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Alfredo , ya circunstanciado, como autor criminalmente responsable de un delito de ESTAFA agravada, y de un delito de INSOLVENCIA PUBLIBLE, ambos en grado de consumación, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de PRISIÓN DE UN AÑO Y SEIS MESES, que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE OCHO MESES, con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, por el delito de estafa, y a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO, que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE DOCE MESES con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, por el delito de insolvencia punible, al abono de las costas, incluidas las de la acusación particular, y a que Alfredo y, subsidiariamente, Holstein Canaria SL, indemnicen a Raquel con la cantidad de setenta y cinco mil seiscientos euros, que devengará los intereses del art. 576.1 de la LEC desde la fecha de esta resolución hasta su completo pago, cantidad a la que habrá que restar los cuatro mil euros que se dicen transferidos a favor de la misma en el mes de mayo de 2015 una vez que se acredite cumplidamente su recepción.

Es de abono al condenado el tiempo que hubiese estado privado de libertad por esta causa a los efectos de la ejecución de la pena».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal del condenado, teniéndose por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:



Motivo Primero.- Por infracción de ley del artículo 849.2º LECr., por error en la apreciación de la prueba documental que fue aportado por la defensa al comienzo del Juicio Oral, así como los datos concretos de los mismos que se encuentran en contradicción con lo declarado probado.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley del art. 849.1º LECr., por aplicación indebida de los arts. 248, 249, 250.1.5 y 257.1 y 2 del Código Penal, por cuanto los hechos no son constitutivos de un delito de estafa ni de un delito de insolvencia punible y por aplicación indebida de los artículos 248, 249, 250.1.5, 257.1 y 2 y 8.3 del Código Penal, por cuanto no pueden coexistir los delitos de insolvencia punible y el de estafa al quedar absorbido el 1º en el 2º, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.3 del Código Penal.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal se opuso a la admisión de los motivos aducidos de conformidad con lo expresado en su escrito de fecha 23 de mayo de 2016; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 21 de febrero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la sentencia de instancia en casación, la representación procesal del condenado en la misma por los delitos de estafa (en su variedad de negocio jurídico criminalizado) e insolvencia punible, con la formulación de dos motivos por infracción de ley, el primero al amparo del art. 849.2º LECr, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos.

1. Designa como tales documentos, el conjunto de los que aportó al comienzo del juicio oral. Afirma que de los mismos resulta que "no existe base alguna para estimar que el acusado celebró el contrato de préstamo con la voluntad premeditada de no devolver las cantidades recibidas de la querellante"; que si bien es cierto que el acusado no cumple con lo inicialmente acordado en la escritura de préstamo, y, en una actuación poco diligente, temeraria e imprudente, destina el dinero de las subvenciones, con el que inicialmente debía abonar el préstamo, a cubrir otros pagos, que prioriza de forma indebida, lo hace en la creencia y confianza de que en breve va a cobrar una importante cantidad de dinero, que se le adeuda por un tercero (Granja Finca La Mareta) con la que cubrirá el importe del préstamo; desprendiéndose de la citada documentación, igualmente, que dicho cobro resultó fallido, lo que frustró definitivamente la posibilidad de que el acusado afrontase el pago del préstamo previamente concedido por Doña Raquel ; de donde concluye que el dolo surge, en los términos anteriormente expresados, "a posteriori", provocando un mero incumplimiento contractual de índole civil.

2. Los propios términos en que se manifiesta la formulación del motivo, conllevan necesariamente su desestimación, pues la finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECr, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario (SSTS núm. 126/2015, de 12 de mayo; 852/2015 de 15 de diciembre, etc.). Dicho de otra forma, este motivo no autoriza una revisión genérica de la valoración de la prueba, como pretende el recurrente, sino que exige la existencia de documento literosuficiente, cuyos particulares deben ser debidamente identificados, del que resulte sin necesidad de explicación o prueba adicional, la modificación interesada del fallo.

Y en autos, el recurrente, ni siquiera llega a invocar un documento de esta naturaleza y características, sino que se remite de manera global y conjunta a los "bloques" que presentó al inicio de la vista; que en cualquier caso ninguno de los documentos que integran los referidos bloques gozan de las mencionadas características; pues es obvio que de ninguno de ellos resulta de manera incontrovertida sin necesidad de explicación o prueba adicional que el recurrente obró sin engaño previo, que la voluntad de incumplimiento fue posterior; luego ninguno de los directa o indirectamente invocados goza de la autarquía y literosuficiencia para acreditar por sí solo el error que se invoca, por lo que el motivo fracasa.

3. Ciertamente, la formulación tendría mejor encaje a través del quebranto de la presunción de inocencia; pero tampoco en esta sede podría prosperar, pues las inferencias suficientemente razonadas y motivadas a partir de los hechos base plenamente acreditados, integran la conclusión, motivada y lógicamente obtenida de la existencia del engaño:

a) Las declaraciones de la perjudicada, Raquel y su marido, Obdulio , que convinieron en el acto del juicio oral que aquella se avino a conceder el préstamo precisamente "en atención a las garantías que le otorgó el recurrente" para su devolución y que fueron incorporadas a la escritura de préstamo.



b) La declaración del testigo Obdulio en el juicio oral, donde afirmó que requirió al recurrente, de forma verbal y en numerosas ocasiones, para que devolviese el préstamo y que aquel le respondió que no podría hacerlo por cuanto no había cobrado las ayudas; cuando ya habían sido ingresadas en la cuenta de Holstein y dispuestas y transferidas a otros intereses personales del recurrente.

c) La prueba documental consistente en la escritura pública de Préstamo Personal de fecha 14 de septiembre de 2010 (folios 14 a 18 de las actuaciones) en la que consta, entre otras circunstancias, que el recurrente, bajo la rúbrica, *Forma de Pago del préstamo*, manifestó que la sociedad Holstein Canaria SL recibía ingresos procedentes de la Comunidad Autónoma de Canarias para la ayuda para el suministro de animales de razas puras o razas comerciales (...), tal y como consta en las cuatro fotocopias incorporadas, y se comprometió "a transferir dichos ingresos a la cuenta número NUM000 a doña Raquel para el pago del préstamo, cursando en este acto instrucciones irrevocables a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA para realizar dichas transferencias, y comprometiéndose a que ese dinero no sea destinado a otros pagos. Las transferencias serán parciales hasta completar la totalidad de la deuda".

d) La documentación bancaria por la que se evidencia que, el día 21 de septiembre de 2010 (7 días después de la elevación a escritura pública del Préstamo Personal), la entidad Holsterin Canaria SL recibió en su cuenta corriente, en concepto de ayudas antes referidas, la cantidad de 39.600 euros, que fue transferida, en su práctica totalidad, a la cuenta particular del recurrente (folio 299 de las actuaciones). De igual modo, destacó el Tribunal de instancia en sentencia que la entidad Holsterin Canaria SL recibió posteriormente (en fecha 18 de octubre de 2016) una nueva transferencia en concepto de ayuda por valor de 39.600 euros de los cuales, 26.000 euros fueron transferidos por el recurrente a su cuenta personal y parte del resto (13.500 euros) fue transferido a distintas personas o entidades (folio 300 de las actuaciones).

e) La propia declaración del acusado, quien reconoció que dio contraorden al banco de no pagar a la querellante (antes de que hubiera transcurrido una semana de incluir entre las garantías ofrecidas a la prestamista que determinaron la concesión del préstamo, las instrucciones cursadas en ese acto como "irrevocables" al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA para realizar las transferencias a la prestamista de los ingresos en la cuenta de la entidad que representaba provenientes de la Comunidad Autónoma canaria, cuya documentación reflejada en cuatro recibos se habían unido a la escritura pública del préstamo).

f) Dinero del préstamo y de las subvenciones recibidas de la Junta, que se aplicaron a intereses personales del recurrente, mientras que descapitalizaba la entidad de la que era administrador y utilizó como prestataria para recibir el importe del préstamo.

g) Inactividad absoluta de la entidad prestataria, Hosltein Canarias, que tras el préstamo no tiene otra actividad económica al margen del cobro de las subvenciones, no sólo porque los fondos que, en concepto de subvención, recibía del Gobierno de Canarias los transfería, en su mayor parte, a su cuenta particular sino porque además ordenó que parte de los ingresos que percibía por éste concepto fuesen transferidos, directamente, a su cuenta y no a la de la citada mercantil, que no dejó de tener saldo negativo hasta el año 2013 a partir del cual no aparecen más movimientos; mientras el propio acusado admitió que continuó operando pero bajo como persona física.

Mientras que el crédito que invocaba a su favor, derivado de la deuda de Granja Finca La Mareta, no vencía sino con posterioridad al momento en que ya había recibido las subvenciones que motivaron el préstamo y por tanto, en un momento posterior a cuando se había comprometido de forma garantizada a su devolución. En nada desdice su intencionalidad inicial de no devolver el importe del préstamo.

Consecuentemente, la inferencia sobre la existencia previa del engaño, obedece a una adecuada coherencia argumental interna, se acomoda a las pautas de lógica y experiencia, sin que en modo alguno pueda tacharse de débil, inconsistente o excesivamente abierta (vd. STC 175/2012 ó STS 49/2017, entre otras); lo que determina necesariamente la desestimación del motivo.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo formula al amparo del art. 849.1º LECr, por aplicación indebida de los arts. 248, 249, 250.1.5 y 257.1 y 2 del Código Penal, por cuanto los hechos no son constitutivos de un delito de estafa ni de un delito de insolvencia punible; y por aplicación indebida de los artículos 248, 249, 250.1.5, 257.1 y 2 y 8.3 del Código Penal, por cuanto no pueden coexistir los delitos de insolvencia punible y el de estafa al quedar absorbido el 1º en el 2º, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.3 del Código Penal.

Aunque se limita el recurrente a la formal invocación trascrita en el precedente párrafo, sin aditamento argumental alguno,

1. La inexistencia de los delitos de estafa agravada y de insolvencia punible, los sustenta lacónicamente "en base a la argumentación anteriormente desarrollada en el primer motivo de casación"; es decir vuelve a incidir en la falta de prueba de la existencia del engaño.



Pero sucede que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr, error iuris (vd. SSTS 579/2014, de 16 de julio y las que allí se citan), "es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr". Es decir, no cabe alterar la narración fáctica, ha de partirse de la intangibilidad de los hechos probados.

Y resulta obvio que en la conducta declarada probada concurrieron todos los elementos propios de aquel delito por cuanto el recurrente, en su condición de administrador único de la mercantil Holstein Canaria SL, se sirvió de un engaño bastante (las garantías ofrecidas para que la prestamista accediese a conceder el préstamo); que causó un error esencial en la perjudicada (creencia de la perjudicada de que el préstamo le sería devuelto en las condiciones fijadas en la escritura pública de fecha 14 de septiembre de 2010); en virtud del cual aquella realizó un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio y en beneficio del recurrente que, sin el ardid, no hubiera realizado (accedió a conceder el préstamo por valor de 75.600 euros, en detrimento de su propio patrimonio). Además, dado que el importe ascendió a 76.500 euros, la estafa resulta agravada, de conformidad con el artículo 250.1.5º del Código Penal vigente al tiempo de comisión de los hechos.

E igualmente, concurre el delito de insolvencia punible como bien analiza la Audiencia; pues en síntesis, a pesar de haberse dictado diversos decretos de embargo contra bienes de la sociedad que administraba el recurrente, la prestamista no vio satisfecho su crédito dado que el acusado, con la finalidad de evitar el pago de la deuda referida, procedió no sólo a disponer que las transferencias pendientes de la Comunidad Autónoma que iba percibiendo, que desvió a su cuenta personal desabasteciendo la de Holstein Canaria sino que, además, liquidó, mediante transferencias también a su cuenta personal, la mayor parte de las cantidades que había percibido la referida mercantil.

2. En cuanto a la concurrencia del delito de estafa y del delito de alzamiento, las hipótesis que pueden acaecer, desde una consideración abstracta, son múltiples y de muy variada consecuencia; y así, en atención al origen de los bienes objeto de alzamiento, esencialmente resultan diferenciables si eran precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa o formaban parte de la titularidad del estafador ajena a la defraudación.

Correlativamente son múltiples los ejemplos jurisprudenciales y aparentemente diversas las soluciones otorgadas, si bien obedecen al deslinde del origen descrito de los bienes alzados:

- Las SSTS 197/2016, de 10 de marzo y 287/2015, de 19 de mayo, donde se sancionan separadamente los delitos de alzamiento de bienes y de estafa, aunque no es cuestión que integrara el objeto de discusión en casación.

- La STS, 146/2015, de 17 de marzo, en supuesto de estafa procesal del art. 250.1.7º, en concurso con insolvencia punible del art. 258, entendió que su naturaleza era normativa:

Bajo el ordinal séptimo, invocando los arts. 852 LECr y 5,4 LOPJ, se ha aducido la existencia de vulneración del principio non bis in idem (art. 25,1 CE). Esto, se dice, por haber condenado doblemente con la aplicación de los dos tipos penales ya citados.

En esto, ciertamente, sí tienen razón los recurrentes. En efecto, pues el art. 250.1.7º CP reclama para que concurra el delito que describe la existencia de un fraude procesal diseñado para provocar error en el juez o tribunal con objeto de hacerle dictar una resolución que comporte como efecto un perjuicio económico para la otra parte o para un tercero.

En este caso, de la estrategia fraudulenta puesta en práctica ya se ha dicho, y figura minuciosamente descrita en los hechos probados; y, en cuanto al perjuicio económico, es también clara su producción. Y, en este punto, se da la circunstancia de que el efecto económicamente perjudicial de aquella, siendo exigencia del artículo que acaba de citarse, es, al mismo tiempo, elemento estructural del delito de alzamiento de bienes: el perjuicio de tercero (art. 250.1.7º CP) se confunde o coincide con la disminución patrimonial (art. 258 CP). Con ello, al penar por los dos delitos, se produce, efectivamente, un solapamiento, esto es, la doble utilización del mismo dato, típico según la previsión de cada uno de esos dos preceptos, y con ello, en el caso, tanto del delito-medio (la estafa procesal) como del delito-fin (el alzamiento de bienes); cuyo supuesto sería una especie de agotamiento del anterior.

Así resulta que el mismo hecho resulta punible a tenor de dos normas, dándose la circunstancia de que la aplicación de una de ellas, la relativa a la estafa, cubre plenamente y da una respuesta penal completa a la antijuridicidad de la acción reprochada. Por eso, la cuestión debe decidirse de la forma que dispone el art. 8.4º



CP, por la falta de pertinencia al caso de los demás criterios de posible aplicación para resolver un conflicto de normas como el planteado.

- La STS 385/2014, de 23 de abril, afronta in extenso esta cuestión, en su fundamento sexto y concluye: a) que cuando los bienes objeto de alzamiento son precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa; se trata de supuestos agotamiento del delito, que ejemplifica con el denominado timo del "nazareno"; b) "si en el momento en que se produce la ocultación de bienes para eludir el pago de esa obligación ha recaído ya sentencia condenatoria por el delito de estafa; o incluso cuando existe una distancia temporal relevante entre el desplazamiento patrimonial que genera el engaño característico de la estafa y el vaciamiento propio de la más emblemática de las insolvencias punibles, cabría el concurso real"; y c) cuando la actividad defraudadora y provocación de la insolvencia se mueven en un marco temporal relativamente próximo, pero con solución de continuidad, donde se produce una nueva decisión del autor que empeora sensiblemente la posición del estafado, aboga también por entender la existencia de concurso real, pues en otro caso se produciría un incoherencia penológica, pues el "alzamiento que tuviese como base una relación obligacional derivada de un contrato lícito y legítimo merecería más pena (prisión de uno a cuatro años y multa mínima de doce meses); que aquél que se produjese como secuela de un delito de estafa no agravada que, según la tesis de la consunción, quedaría absorbido por ésta mereciendo toda la conducta una única pena de prisión comprendida entre seis meses y tres años (art. 249 CP)"; comparación punitiva que en realidad trasluce que "si se aplica solo una de las normas no se está contemplando todo el desvalor del injusto: el reproche de culpabilidad se queda corto. Si se aplica de forma excluyente uno de los dos tipos penales en aparente conflicto escapará parte del injusto al reproche. Sancionar exclusivamente con las penas del alzamiento de bienes a quien ha maquinado un ardid para lograr engañar a otro impulsándole a un acto de disposición en su beneficio y luego extrae fraudulentamente de su patrimonio bienes para dificultar el debido resarcimiento, supone desdeñar una relevante porción de injusto, negar trascendencia penal a toda la actividad inicial defraudatoria equiparando esa conducta a la de quien sencillamente quiere eludir el pago de una deuda contraída a través de un negocio lícito". En definitiva, que se trate de un alzamiento consecuente con un delito de estafa no cierra la posibilidad de la calificación diferente y autónoma.

- La STS 331/2014, de 15 de abril, dados los hechos declarados probados, donde el acusado desde el mismo momento en que se celebra el "negocio jurídico criminalizado", ya inicia actividades de alzamiento, para procurar la efectiva disposición de los bienes fraudulentamente obtenidos, entiende que la estafa absorbe el alzamiento:

En realidad nos encontramos nuevamente ante una modalidad del timo del nazareno, que en la actualidad revive con una riqueza de formas en las que la realidad supera cualquier ficción. En este timo lo esencial es generar confianza para poder adquirir mercancías a precio aplazado y revenderlas obteniendo una ganancia sin pagar el precio. La actuación del acusado fue similar. Adquirió el negocio generando confianza mediante un pago inicial en metálico, y lo transmitió inmediatamente a un testaferro, para poder disponer de la maquinaria e instalaciones transmitidas sin que los perjudicados pudiesen recuperarlas a través de la ejecución de los pagarés.

Por ello es jurídicamente incorrecto el criterio de la Audiencia de instancia que desvincula el engaño inicial de la insolvencia subsiguiente, calificando ésta como un delito separado de alzamiento de bienes, que no puede sancionar porque no ha sido objeto de acusación.

Con este tratamiento fragmentario se prescinde del núcleo esencial del comportamiento delictivo, que consiste en que el escamoteo de los bienes forma parte del conjunto de la maniobra que constituye la estafa, que no se configura solo con el engaño inicial, sino que se completa con la deliberada creación de la insolvencia inmediata transmitiendo los bienes a un testaferro, transmisión que indudablemente formaba parte en todo momento del plan del autor.

- La STS 296/2014, de 31 de marzo, por su parte, aboga por sancionar ambos delitos por separado, en concurso real:

No es cierto que se haya producido una incorrecta inaplicación del artículo 8.3 del Código Penal, en relación con el 248 y 257.1 del Código Penal, que describen los delitos de estafa y alzamiento de bienes objeto de condena, ni por consiguiente la vulneración del principio "non bis in idem", contenido en el artículo 25.1 de nuestra Constitución (motivo Quinto del Recurso), por el hecho de haber condenado por ambos delitos, cuando quienes recurren sostienen que el alzamiento debería haber quedado absorbido por la estafa, ya que forma parte de su fase de agotamiento, habida cuenta de que, como refiere la más reciente doctrina de esta Sala (STS de 25 de Mayo de 2012, por ej.), en ocasiones como la presente, es decir, ante la concurrencia de un delito de estafa y otro de alzamiento de bienes, su castigo ha de ser por separado, de acuerdo con las reglas del concurso real, pues estamos ante acciones diferentes, aunque se sucedan sin solución de continuidad, produciéndose una nueva decisión del autor, una vez consumada la estafa, que además produce el efecto de incrementar



considerablemente la gravedad de la posición del perjudicado al impedir, o dificultar seriamente, al menos su futuro resarcimiento.

(...) La tesis de la absorción sostenida en el Recurso, con apoyo en alguna Jurisprudencia anterior como la de la STS de 20 de Diciembre de 2005, podría tener cabida cuando el alzamiento se produce respecto del propio bien obtenido mediante la estafa previa, pero nunca cuando aquel recae sobre parte del patrimonio del defraudador de origen distinto al delito de estafa, como en el caso que aquí nos ocupa.

- La STS 440/2012, de 25 de mayo, por su parte, aboga por sancionar ambos delitos por separado, en argumentación luego reproducida de forma concordante en la 385/2014, de 23 de abril; entre otras consideraciones, porque el "art. 258 no permite entender que su presencia priva definitivamente de toda razón a quienes defienden una relación de consunción entre los delitos de estafa propia y alzamiento de bienes. El art. 258, desde esa perspectiva, vendría a contemplar otros delitos no patrimoniales de los que nace responsabilidad civil (imprudencias, delitos de lesiones o contra la vida, delitos sexuales...). En los delitos patrimoniales la sustancial semejanza de bien jurídico protegido invitaría a otra solución".

3. En definitiva, las anteriores resoluciones, permiten afirmar en sistemática conclusión, que cuando los bienes objeto de alzamiento son precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa, no estamos ante un concurso de delitos, sino que son supuestos de agotamiento del delito.

Al castigarse la estafa se contempla también la acción posterior por la que se dispone de lo defraudado en beneficio propio. Es lo que sucede en el conocido timo del "nazareno", consistente en la venta rápida a bajo precio de las mercancías defraudadas, lo que genera a su vez, el impago de las obligaciones e insolvencia provocada. Donde, salvo eventuales actos procesales de interrupción (condenas intermedias), solo procede condena por el delito de estafa.

De igual modo, parece doctrina pacífica de la Sala Segunda, desde 2005 que debe ser sancionada la conducta como concurso real, cuando el objeto alzado, no es el ilícitamente obtenido con la defraudación, pues sancionar exclusivamente con las penas del alzamiento de bienes o exclusivamente con las previstas para la estafa, a quien ha maquinado un ardid para lograr engañar a otro impulsándole a un acto de disposición en su beneficio; y luego extrae fraudulentamente de su patrimonio bienes para dificultar el debido resarcimiento, además de la incongruencia punitiva que conllevaría su consideración como concurso de normas, supone ignorar una relevante porción del injusto, negar la trascendencia penal en ese caso a toda actividad inicial defraudatoria en el primer supuesto, o de insolvencia punible posterior, en el segundo; equiparando esa conducta a la de quien sencillamente quiere eludir el pago de una deuda contraída a través de un negocio ilícito (si se condena solo el alzamiento) o a la de quien comete la defraudación sin dificultar posteriormente con la comisión de un nuevo ilícito el recobro del perjuicio (en el caso de condenar solo la estafa).

4. En autos, los bienes objeto de alzamiento, lo son tanto los obtenidos en la concesión del préstamo (75.600 euros) obtenidos con la defraudación, como las cantidades percibidas de la Comunidad Autónoma (otros 75.600 euros más) que en su artificio había ofrecido en garantía, como del resto de cantidades percibidas por la prestataria la entidad Holstein, en atención a otros conceptos, que liquidó mediante transferencias en una parte muy relevante a su cuenta personal.

Consecuentemente, abarca el alzamiento perpetrado por el acusado tanto los bienes obtenidos a través de la estafa, como cantidades por mayor importe que percibió ulteriormente por medios ajenos al préstamo defraudatorio, donde sólo parte de las cuales eran las que había ofrecido en garantía; situación, donde lógicamente el concurso real entre la insolvencia punible y la estafa, al alzar bienes titularidad de la mercantil prestataria, ajenos absolutamente a la defraudación integrante a la estafa, absorbe el injusto derivado del resto de los alzamientos producidos.

El motivo se desestima.

TERCERO.- En materia de costas rige el art. 901 LECr, que para caso de desestimación del recurso, prevé su imposición al recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Alfredo contra sentencia de fecha 4 de noviembre de 2015 dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, en causa seguida contra el mismo por delito de estafa y delito de insolvencia punible.

Condenar a dicho recurrente al abono de las costas ocasionadas por su recurso.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Cándido Conde Pumpido Tourón Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Carlos Granados Pérez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ