



Roj: SAP O 306/2016 - ECLI:ES:APO:2016:306
Id Cendoj: 33044370022016100046
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Oviedo
Sección: 2
Nº de Recurso: 979/2015
Nº de Resolución: 85/2016
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: AGUSTIN PEDRO LOBEJON MARTINEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

OVIEDO

SENTENCIA: 00085/2016

PALACIO DE JUSTICIA DE OVIEDO, C/ COMTE. CABALLERO S/N- 5ª PLANTA

Teléfono: 985.96.87.63-64-65

213100

N.I.G.: 33012 41 2 2012 0103135

APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000979 /2015

Delito/falta: FRUSTACION EJECUCION(TODOS LOS SUPUESTOS)

Denunciante/querellante: Claudia

Procurador/a: D/Dª ENRIQUE ANTONIO TORRE LORCA

Abogado/a: D/Dª MIGUEL RUIZ VAZQUEZ

Contra: FISCALIA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, Penélope , Cecilio , Benita

Procurador/a: D/Dª EVA CORTADI PEREZ, MARIA DICTORIA AZCONA DE ARRIBA

Abogado/a: D/Dª JAVIER MARIO DE LA RIERA DIAZ, FERNANDO GARRIDO POLONIO

SENTENCIA Nº 85/2016

PRESIDENTE

ILMA. SRA. DOÑA ANA MARÍA ALVAREZ RODRÍGUEZ

MAGISTRADOS

ILMO. SR. DON AGUSTÍN PEDRO LOBEJÓN MARTÍNEZ

ILMO. SR. DON FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ LUENGOS

En Oviedo, a veintidós de febrero de dos mil dieciséis.

VISTOS en grado de apelación por la Sección 2ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo los presentes autos de Juicio Oral seguidos con el nº 128/15 en el Juzgado de lo Penal nº 2 de Oviedo (Rollo de Sala 979/15), en los que aparecen como **apelante** : **Claudia** , representada por el Procurador de los Tribunales don Enrique Torre Lorca, bajo la dirección letrada de don Miguel Ruiz Vázquez; y como apelados: Penélope y Benita , representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Eva Cortadi Pérez, bajo la dirección letrada de don Javier Mario de la Riera Díaz; y **Cecilio** , representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Victoria Azcona de Arriba, bajo la dirección letrada de don Fernando Garrido Polonio; y **EL MINISTERIO**

FISCAL, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don AGUSTÍN PEDRO LOBEJÓN MARTÍNEZ, procede dictar sentencia fundada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Procedimiento Abreviado expresado de dicho Juzgado de lo Penal se dictó sentencia en fecha 18-09-15 cuya parte dispositiva literalmente dice: "FALLO: Que debo absolver y absuelvo a Benita del delito por el que se le acusaba. Que debo absolver y absuelvo a Penélope del delito por el que se le acusaba. Que debo absolver y absuelvo a Cecilio del delito por el que se la acusaba. Se declaran de oficio las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación fundado en los motivos que en los correspondientes escritos se insertan y, tramitados con arreglo a derecho se remitieron los autos a esta Audiencia donde, que turnados a su Sección 2ª se ordenó traerlos a la vista para su deliberación y votación para el día 17 de febrero del año en curso, con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada y entre ellos, la Declaración de Hechos Probados, que se da aquí por reproducida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la acusación particular para solicitar la modificación del fallo impugnado y la condena de una de los tres acusados, mostrando conformidad con la absolución de los otros dos.

SEGUNDO.- En el escrito de recurso se propone introducir tres párrafos en el relato de hechos probados, pretensión que no merece favorable acogida, por cuanto en lo relativo a la tasación del inmueble en cuestión ya figura su valor hipotecario en la propia narración histórica, y en el texto a añadir no se tiene en cuenta lo que se dirá más adelante en cuanto a la valoración del bien, y los otros dos párrafos, referidos a una liquidación tributaria y a haberse personado la acusada en determinado procedimiento civil, constituyen detalles innecesarios en un apartado fáctico caracterizado por su exhaustividad que resulta perfectamente inteligible y que permite operar la subsunción normativa, sin que resulte exigible una descripción de cuantos matices tengan las partes interés en añadir.

TERCERO.- No habiéndose pedido la práctica de prueba en segunda instancia ni la celebración de vista, considera el representante del Ministerio Público que nos encontramos ante un tema de evaluación de la prueba practicada a los efectos de determinar si concurre o no el requisito intencional de la figura punible. De tratarse de valoración probatoria y cuando los elementos a analizar tienen carácter esencialmente personal, entraría en juego la doctrina que hace inviable la revocación de un fallo del signo citado, es decir, que exonere de la acusación.

Así se refleja en la STS 1463/2015, de 20 de octubre , y las también recientes sentencias TC 184/2013 de 4 de noviembre y 191/2014, de 17 de noviembre , hacen notar que la STC 167/2002, de 18 de septiembre , como recordara el Pleno del Tribunal en la STC 88/2013, de 11 de abril , se ocupó del alcance de las garantías constitucionales para quien resulta condenado en la segunda instancia, tras revisar una previa absolución, inspirándose en el doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia , o de 27 de julio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania). Según esa doctrina, el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción. "A partir de ello, se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas SSTC 126/2012 de 18 de junio , FJ2, 22/2013 de 31 de enero, FJ4 ; o 43/2013 de 25 de febrero , FJ5), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora - como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2012 de 28 de octubre, FJ4 , o 1/2010 de 11 de enero , FL3)-, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria".

En la misma línea argumental, el tercer fundamento de la STC 184/2009 de 7 de septiembre , señala que, "según expone la STC 120/2009, de 18 de mayo FJ3, invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso

depende de las características del proceso en su conjunto. Más, concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania , se destaca que, cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa, resaltando además que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él".

En el mismo sentido, los actuales arts. 790.2 y 792.2 LECrim , redactados por Ley 4172015, de 5 de octubre, vienen a exigir que se justifique una total ausencia de racionalidad.

Lo que sucede en el caso examinado es que adquiere un cierto relieve la documental y, sobre todo, que el núcleo del recurso consiste en una cuestión técnico-jurídica, que es la que pasamos a examinar, por lo que no cabe repeler el recurso "a limine".

CUARTO.- La recurrente aduce infracción del art. 257.1^o y 2^o del C. Penal y de la jurisprudencia que lo interpreta y cita la STS de 23 de julio de 2001 , lo que le lleva a considerar que una vez constreñida judicialmente la acusada (04/04/09) "antepuso el pago de una deuda con fecha de vencimiento muy posterior (30/09/09) a la que estaba siendo reclamada por mi representada judicialmente", lo que simplifica en exceso las circunstancias concurrentes, y, como hace notar el Ministerio Fiscal, es precisamente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en lo que se basa la sentencia para dictar el pronunciamiento de absolución. En efecto, la resolución combatida, siguiendo un criterio anterior reiterado (SSTS de 17 de abril y 22 de octubre de 1990), pone de relieve en su primer fundamento: "sin embargo, la actuación resulta atípica cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que castiga el art. 257 CP es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados (SSTS de 18 de septiembre de 2001 , de 21 de noviembre de 2002 , y de 15 de diciembre de 2004 , entre otras). Sólo de esta forma aparece nítidamente reflejado el elemento subjetivo del tipo que no es otro que el propósito de defraudar a la totalidad de los acreedores. El pago en parte de las deudas, otorgando preferencia a unos sobre otros, impide apreciar el ánimo defraudatorio general, que es el que da vida al tipo penal estudiado (STS de 26 de marzo de 2003)".

La doctrina posterior a la sentencia citada por la apelante nos hace concluir lo correcto de la resolución objeto de crítica. El Fundamento de Derecho correlativo de la STS 984/2009, de 8 de octubre , explica lo siguiente:

"1 . La estimación del motivo anterior aboca en este caso a apreciar también el motivo primero del recurso, formalizado por infracción de ley, y ha de entenderse -aunque no lo cita el recurrente-que al amparo del art. 849.1^o de la LECr ., pues alega que la Sala de instancia aplicó indebidamente el art. 257.2 del C. Penal .

Los argumentos expuestos en el fundamento precedente acerca del material probatorio de cargo constatan que no se dan en el presente caso los elementos propios del delito de alzamiento de bienes.

En primer lugar, porque, tal como se razonó al examinar el contenido de la cuenta corriente que el acusado tenía abierta en la sucursal del Banco de Santander, lo que hizo el día 17 de marzo y en las fechas posteriores al ingreso de 30.000 euros, fue realizar distintos pagos relacionados con la empresa de reforma de viviendas que dirige. Por ello, no cabe inferir que estuviera impidiendo u obstaculizando que su patrimonio fuera destinado al pago de sus acreedores, sino que realmente lo que hacía era pagar a unos acreedores y no hacer lo mismo con otros debido a que la cuenta se quedó en números rojos a causa de la situación de insolvencia por la que atravesaba la empresa.

Sobre este particular, la jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado que no concurre el delito de alzamiento de bienes cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado 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

en determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado cuya inobservancia no constituye el objeto de delito ahora examinado (SSTS 1170/2001, de 18-6 ; 1962/2002, de 21-11 ; 1471/2004, de 15-12 ; 1052/2005, de 20-9 ; 1604/2005, de 21-11 ; y 19/2006, de 19-1).

Por consiguiente, en el presente caso el hecho de que el acusado destinara el dinero a efectuar pagos que todo indica que estaban directamente relacionados con deudas de la empresa excluiría la aplicación del tipo penal, máxime cuando las dos cantidades que se refieren en el relato fáctico como indicios objetivos de la conducta defraudatoria (30.000 y 44.000 euros) eran dos anticipos destinados a iniciar dos obras concretas de dos clientes, tal como se reseña en la propia narración de hechos.

No obstante, el hecho de que la condena haya sido dictada en aplicación del art. 257.1.2º del C. Penal (impedir la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio mediante cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones) nos obliga a realizar algunas consideraciones sobre esta modalidad de alzamiento de bienes y el pago efectuado como favorecimiento de algunos acreedores.

En efecto, tal como ya se ha reseñado, la jurisprudencia ha seguido una línea uniforme en orden a la inaplicación del delito de alzamiento de bienes cuando el dinero se destina al pago de otras deudas existentes. Sin embargo, se suscita el interrogante de si esa doctrina sigue vigente cuando se trata de aplicar la modalidad de alzamiento del art. 257.1.2º del C. Penal .

La sentencia 1536/2001, de 23 de julio , supuso en cierta medida una modificación de la doctrina tradicional sobre la atipicidad de la conducta cuando el deudor se limita a favorecer a unos acreedores frente a otros, si bien referida a la modalidad específica de alzamiento del art. 257.1.2º del C. Penal . En la sentencia se argumenta en el sentido siguiente:

"Se estará ante una conducta de favorecimiento de acreedores, situada extramuros del Código Penal, cuando el futuro insolvente solventa sus deudas con alguno de los acreedores, perjudicando al resto siempre que aquél no esté constreñido a satisfacer el crédito pospuesto en el pago, por el contrario, cuando exista este constreñimiento jurídico debe estimarse que no existe causa de justificación que ampare tal anticipación de pago, y que en consecuencia en la medida que con el pago efectuado se ha constituido en una situación de insolvencia, es decir sin bienes, ante el resto de los acreedores, singularmente ante aquel acreedor que ostentaba un crédito ya realizable, ha de estimarse tal acción como incurso en el nuevo supuesto contemplado en el art. 257-1º párrafo segundo que solo exige que el crédito pretendido sea ejecutivo, habiéndose ya iniciado la ejecución o siendo previsible su iniciación, debiéndose deducirse el elemento subjetivo tendencial consistente en la intención de causar perjuicio a los acreedores, como objetivo intentado, sin que se exija su efectividad, de la propia prueba indiciaría que exista al respecto en el supuesto contemplado, ya que, la acreditación de este elemento interno, como juicio de intenciones que anima la acción del culpable, se acreditará más bien por prueba indirecta o indiciaría, que por prueba directa - STS de 20 de enero de 1997 - .

Sin embargo, en la sentencia 1052/2005, de 20 de septiembre , se dictó un fallo absolutorio al no aplicarse el art. 257.1.2º del C. Penal a una conducta consistente en destinar el dinero procedente de la venta de dos fincas al pago de otras deudas, una de las cuales incluso no estaba vencida. Aquí se operó con la doctrina tradicional sobre el tipo genérico de alzamiento de bienes, pues se argumentó que "no hay alzamiento de bienes cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado 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, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos".

Pues bien, a la hora de dirimir el dilema interpretativo tan gráficamente expresado en el contenido de las dos sentencias citadas, se considera que concurren argumentos de mayor peso para sostener una aplicación restrictiva del tipo penal del art. 257.1.2º.

En primer lugar, porque al proteger el tipo penal el bien jurídico patrimonial consistente en el derecho subjetivo de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal del deudor prevista en el art. 1911 del C. Civil , ha de entenderse que la norma punitiva debe aplicarse cuando se incurra realmente en una conducta que genere una situación de insolvencia que dificulte o impida el ejercicio del derecho de los acreedores. Y desde luego en los casos en que el deudor se limita a pagar a unos acreedores con prioridad a otros no se estaría generando o incrementando la situación de insolvencia, sino que su comportamiento se reduciría a la mera liquidación de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad. Ello significa que, en principio, no parece que se menoscabe con esa clase de conductas el

bien jurídico tutelado por la norma penal, aunque sí se podrían vulnerar otras normas y otros intereses del ordenamiento jurídico privado.

La aplicación del art. 257.1.2º del C. Penal en esos casos resulta de difícil justificación debido a la irrelevancia del menoscabo del bien jurídico que protege el delito de alzamiento de bienes. La aplicación del tipo penal sólo cabría justificarla mediante el encubramiento de otro bien jurídico complementario que legitimara la aplicación del precepto nutriéndolo de una nueva antijuridicidad. Podría hablarse entonces de una posible protección de la administración de justicia, al promoverse la eficacia de los juicios de ejecución y de apremio. Ello implicaría, sin embargo, una interpretación de la norma excesivamente amplia, pues se volatizaría (sic) de modo sustancial la tutela del bien jurídico protegido en el capítulo de las insolvencias punibles para extender la aplicación del precepto a supuestos que deberían incardinarse en otros títulos del texto penal.

De otra parte, el hecho de que se haya tipificado en el C. Penal actual de forma específica el favorecimiento de acreedores como delito en el art. 259, sólo para el supuesto de que la posposición de acreedores se lleve a cabo cuando haya sido admitida a trámite una solicitud de concurso de acreedores, puede ser indicativo de que, a contrario sensu, el objetivo del legislador sea realmente desplazar fuera del sistema penal los favorecimientos de acreedores previos a las situaciones concursales formalizadas.

A la misma conclusión excluyente de la tipicidad nos conduce la propia redacción del art. 257.1.2º cuando se refiere a un procedimiento "iniciado o de previsible iniciación". El hecho de que la norma no sólo proteja los créditos ya reclamados en procedimientos judiciales y extrajudiciales o administrativos, sino también aquéllos de previsible reclamación en uno de esos procedimientos, entrañaría, en el caso de que se subsuman en la norma penal los supuestos de favorecimiento de acreedores, la expansión del Derecho Penal a numerosas situaciones conflictivas de posposición de acreedores en las que el deudor no se haya realmente insolventado con su conducta, introduciendo en el ámbito punitivo todas las cuestiones relativas a la prelación de créditos, con lo que se hipertrofiaría su contenido y se desnaturalizarían sus funciones.

Desde la perspectiva, pues, del elemento objetivo del tipo penal, al no constatarse en este caso que el acusado estuviera ocultando o evadiendo el patrimonio para generar insolvencia en perjuicio de los acreedores, no cabe apreciar el delito de alzamiento de bienes. Los indicios claros de insolvencia previa del acusado, el origen de las dos cantidades reseñadas en la sentencia de instancia y los movimientos bancarios posteriores al ingreso de los 30.000 euros impiden hablar de una maniobra de ocultación o de evasión por parte del ahora recurrente. Y es que no consta que su conducta incrementara realmente la situación previa de insolvencia patrimonial del acusado. Sólo debe, por tanto, hablarse del mero pago preferente de unas deudas con respecto a otras.

2. En otro orden de cosas, y en lo que atañe a los elementos subjetivos del delito de alzamiento de bienes, la jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo de forma mayoritaria que la expresión "en perjuicio de sus acreedores" que contiene el texto del art. 257 del C. Penal ha de interpretarse como la exigencia de un ánimo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores (SSTS 2068/2001, de 8-11 ; 440/2002, de 13-3 ; 1716/2003, de 17-12 ; 7/2005, de 17-1 ; 1522/2005, de 20-12 ; 1117/2007, de 28-11 ; 538/2008, de 1-9 ; 372/2009, de 8-4 ; y 557/2009, de 8-4), ánimo específico que en algunas resoluciones es conceptualizado jurisprudencialmente como un elemento subjetivo del injusto (SSTS 667/2002, de 15-4 ; 974/2002, de 27-5 ; 590/2006, de 29-5 ; y 557/2009, de 8-4). Si bien en otras sentencias se argumenta que el tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir el dolo, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa (SSTS 2170/2002, de 30-12; 161/2003, de 6-2 ; 944/2004, de 23-7 ; 1564/2005, de 4-1 ; y 234/2005, de 24-2).

La exigencia de un dolo específico o de un elemento subjetivo del injusto, al margen de su posible cuestionamiento dogmático, viene a complicar probatoriamente el elemento subjetivo del tipo, pues si difícil es verificar en muchos casos el dolo básico, más lo es todavía discernir en términos empíricos entre dos niveles de dolo en el delito de alzamiento de bienes atendiendo a la intensidad anímica del acusado.

Sin embargo, sea cual fuere la modalidad de dolo que se requiera para la aplicación del tipo penal, lo cierto es que aquí concurren datos objetivos que convierten en plausible la versión del acusado de que su conducta pretendía únicamente abonar unas deudas que tenía con otros acreedores y atender al destino de unos anticipos dinerarios aportados por dos clientes que tenían como objetivo el inicio de unas obras concretas en sus viviendas. No debe olvidarse, además, que la exclusión del elemento objetivo del tipo penal impide, tal como ya se anticipó, apreciar el delito y construir una inferencia evidenciadora del elemento subjetivo del tipo, independientemente de cuál fuera el móvil o fin último con que actuara el acusado.

La doctrina mayoritaria viene considerando, ciertamente, que el ánimo de perjudicar a los acreedores integra un elemento subjetivo del injusto típico, elemento que, a tenor de lo que se ha argumentado con respecto a las connotaciones de la conducta externa del acusado, no parece de fácil apreciación en el supuesto que se enjuicia. Pues, aunque el acusado pudiera perjudicar a algunos acreedores al posponerlos a otros a la hora de abonar las deudas y actuara con conocimiento de ello, ésta no es la clase de perjuicio que tutela el tipo penal aplicable en el presente caso, ya que el delito pretende castigar las conductas consistentes en insolventarse en perjuicio de los acreedores, y no la mera distribución del orden de pago de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad".

En la misma línea argumental, el apartado 3º.2 de la extensa STS 723/2012, de 2 de octubre destaca:

"Sobre el pago de la deuda a un acreedor con preferencia o prioridad a otros y su relevancia para la tipificación de la conducta de alzamiento de bienes, tiene establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala que no concurre ese delito cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la sustracción de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado cuya inobservancia no constituye el objeto de delito ahora examinado (SSTS 1170/2001, de 18-6 ; 1962/2002, de 21-11 ; 1471/2004, de 5-12 ; 1553/2004, de 30-12 ; 1052/2005, de 20-9 ; 1604/2005, de 21-11 ; 19/2006, de 19-1 ; y 984/2009, de 8-10 , entre otras).

Y en lo que respecta a la aplicación de esa doctrina a los dos primeros apartados del art. 257 del C. Penal , se argumenta en la sentencia de esta Sala 984/2009, de 8 de octubre , que "al proteger el tipo penal el bien jurídico patrimonial consistente en el derecho subjetivo de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal del deudor prevista en el art. 1911 del C. Civil , ha de entenderse que la norma punitiva debe aplicarse cuando se incurra realmente en una conducta que genere una situación de insolvencia que dificulte o impida el ejercicio del derecho de los acreedores. Y desde luego en los casos en que el deudor se limita a pagar a unos acreedores con prioridad a otros no se estaría generando o incrementado la situación de insolvencia, sino que su comportamiento se reduciría a la mera liquidación de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad. Ello significa que, en principio, no parece que se menoscabe con esa clase de conductas el bien jurídico tutelado por la norma penal, aunque sí se podrían vulnerar otras normas y otros intereses del ordenamiento jurídico privado".

De otra parte, se argumenta también en la referida sentencia que "el hecho de que se haya tipificado en el C. Penal actual de forma específica el favorecimiento de acreedores como delito en el art. 259 , solo para el supuesto de que la posposición de acreedores se lleve a cabo cuando haya sido admitida a trámite una solicitud de concurso de acreedores, puede ser indicativo de que, a contrario sensu, el objetivo del legislador sea realmente desplazar fuera del sistema penal los favorecimientos de acreedores previos a las situaciones concursales formalizadas".

A la misma conclusión excluyente de la tipicidad -remarca la misma sentencia- nos conduce la propia redacción del art. 257.1.2º cuando se refiere a un procedimiento "iniciado o de previsible iniciación". El hecho de que la norma no sólo proteja los créditos ya reclamados en procedimientos judiciales y extrajudiciales o administrativos, sino también aquéllos de previsible reclamación en uno de estos procedimientos, entrañaría, en el caso de que se subsuman en la norma penal los supuestos de favorecimiento de acreedores, la expansión del Derecho Penal a numerosas situaciones conflictivas de posposición de acreedores en las que el deudor no se haya realmente "insolventado" con su conducta, introduciendo en el ámbito punitivo todas las cuestiones relativas a la prelación de créditos, con lo que se hipertrofiaría su contenido y se desnaturalizarían sus funciones.

Y en el campo doctrinal también se considera impune el pago a uno de los acreedores con prioridad a otros cuando el acreedor favorecido sea titular de un crédito legítimo y no de un crédito derivado de un contrato simulado. La doctrina discrepa a la hora de encuadrar dogmáticamente el fundamento de la absolución, estimando algunos autores que se está ante un supuesto de atipicidad y otros ante un caso de conflicto de deberes que genera la exclusión de la antijuridicidad (art. 20.5º o 20.7º del C. Penal). Todo ello sin perjuicio de su inclusión en un ilícito civil en el caso de que no se hayan respetado las reglas de la prelación de créditos. Y sin olvidar tampoco que la incoación previa de un proceso concursal sí abriría la posibilidad de subsumir el favorecimiento de un acreedor en una conducta penalmente típica a tenor de lo dispuesto en el art. 259 del C. Penal ".

Como alega la acusada al impugnar el recurso, la concurrencia del hecho objetivo de pago a otros acreedores con las resultas deL acto dispositivo sospechoso impide que se cometa el delito, y por ello, impide -como pretende la parte apelante- que se obtenga una evidencia del ánimo mediante la inferencia deductiva de los hechos probados.

Hemos de tener presente que cuando la actual acusada y los que también lo fueron optaron por suscribir el contrato con NCG Banco S.A. denominado de cuenta de crédito con garantía hipotecaria (Tomo II, folios 312 y siguientes de la causa), para su concesión se requería que la solicitante fuera mayor de 65 años y ostentara al 100%la titularidad dominical de la finca garantía de crédito, y razona acertadamente la Juzgadora de instancia que fue ése y no otro el motivo por el que con fecha 14 de mayo de 2009 los acusados otorgaron escritura pública de adjudicación de herencia del causante Don Celestino (folios 246 y sucesivos). Finalmente, otros indicios vehementes en el mismo sentido de excluir el ánimo defraudatorio están representados, en primer término, por la indudable sobrevaloración plasmada en el certificado de Tasa Galicia (folio 348), y es que los errores de ubicación, superficies y demás factores en que hace hincapié el perito Sr. Ismael , como la evolución del propio mercado inmobiliario, indican una tasación real sensiblemente más baja (Tomo VI, folio 2064, y grabación del juicio -1h 26 min y 1h 31 min-), y en segundo lugar que, cuando los inculpados convinieron la realización de actos dispositivos tendentes a la satisfacción de deudas, se decantaron por aquella de importe casi cinco veces superior al resto y cuyo pago era más acuciante por los riesgos de una reclamación tras su próximo vencimiento (en septiembre de 2009), y la concesión del crédito hipotecario permitiría a la acusada Penélope conseguir indirectamente una liquidez que de otra manera es dudoso que hubiera obtenido, mientras que la deuda no saldada con Claudia (pagada en un 53,5% a 23 de febrero de 2015) ya había vencido y se estaba sustanciando la ejecución en vía civil.

En consecuencia, procede mantener el pronunciamiento recaído, previo rechazo del recurso, sin hacer imposición de costas, dado el carácter dinámico de la jurisprudencia y que el debate versa sobre su aplicación, sin que se aprecie temeridad ni mala fe en quien ejercita su derecho a recurrir (arts. 239 y siguientes de la LECrim).

VISTOS los preceptos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Claudia contra la sentencia dictada en fecha 18 de septiembre de 2015, por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Oviedo , en la causa Juicio Oral 128/15, de que dimana el presente Rollo, y confirmamos dicha resolución, declarándose de oficio las costas de esta alzada.

A la firmeza de esta resolución, frente a la que no cabe recurso ordinario alguno, llévese certificación al Rollo de Sala, anótese en los Registros correspondientes, remítase testimonio, junto con las actuaciones originales, al Juzgado de procedencia y archívese el Rollo.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al Rollo lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La anterior sentencia fue leída y publicada en audiencia pública por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente el día hábil siguiente al de su fecha, de lo que doy fe.