



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 1

Avda Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942346969
Fax.: 942322491
Modelo: C1920

Proc.: **PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Nº: **000035/2017**

NIG: 3907520005237201000

Resolución: Sentencia 000042/2018

Procedimiento Abreviado 0005003/2013 - 00
JUZGADO DE INSTRUCCION Nº 4 de Santander

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Acusador particular		MARIA DOLORES ECHEVARRÍA OBREGÓN
Acusado		JAVIER CUEVAS INIGO

SENTENCIA Nº 000042/2018

Ilmos. Sres. Magistrados
Doña Paz Aldecoa Álvarez-Santullano
Doña María Rivas Díaz de Antoñana
Don Ernesto Sagüillo Tejerina

En la Ciudad de Santander, a 6 de Febrero de 2018.

Este Tribunal ha visto en Juicio Oral y Público la presente causa seguida por el PA 5003/13 del Juzgado de Instrucción núm. Cuatro de Santander, Rollo de Sala núm. 35/17, por un presunto delito de estafa, apropiación indebida e insolvencia punible, contra [redacted], con DNI. [redacted], en libertad por esta causa, representado por el Sr. Cuevas Íñigo, defendido por el Sr. Gurruchaga Orallo. Interviene como acusación particular, PANINI ESPAÑA, S.A., representada por la Sra. Echevarría Obregón, defendida por el Sr. Márquez Martín.

Ha sido parte acusadora el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. Horacio Martín Álvarez.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado Don Ernesto Sagüillo Tejerina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La presente causa se inició por denuncia de [redacted], en representación de "PANINI ESPAÑA,

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional.juscant.>

Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6a

Fecha y hora.

Firmado por: Varios



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantat	Jex. h: r fecha y hora:
Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6d...	Firmado por: Varios

conforme a los artículos 248 y 250.1.6º y 7º en concurso ideal con otro de apropiación indebida así como de otro delito de insolvencia punible del artículo 257.1 del Código Penal, siendo autor el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y debiendo ser impuestas al acusado las penas de cuatro años de prisión por los delitos en concurso, así como nueve meses de multa a razón de 15 euros al día con aplicación del artículo 53 del Código Penal en caso de impago más accesorias, y por el otro delito, tres años de prisión y veinte meses de multa a razón de 15 euros día (con aplicación del artículo 53 del Código Penal en caso de impago), accesorias, así como las costas, incluidas las de la acusación particular con indemnización a favor de "Panini España, S.A." en 285.486,17 euros más intereses de demora desde el 4 de diciembre de 2009 así como la declaración de nulidad de la transmisión del vehículo marca BMW y de la amortización anticipada del préstamo hipotecario sobre la vivienda familiar y la cancelación de dicho préstamo, debiendo reintegrarse ambos bienes al activo de la mercantil concursada.

CUARTO: La defensa solicitó la libre absolución. En fecha 22 de enero, pendiente el asunto para sentencia, la defensa ha presentado escrito de alegaciones, cuya admisión no procede por ser extemporáneo.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- , mayor de edad y sin antecedentes penales, actuaba como administrador único de la entidad "Peña Sagra, S.A" desde mayo de 2009 (habiendo sido anteriormente Consejero Delegado y presidente del Consejo de administración y gerente de hecho desde la constitución de la empresa). La citada empresa contrajo una serie de deudas con la distribuidora "Panini España, S.A.", producidas tras la distribución de productos



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

comercializados por dicha mercantil. El importe total adeudado asciende a 285.486,17 euros (sin incluir el IVA, recuperado por la deudora), que se desglosan en los siguientes conceptos:

Por las colecciones de cromos y álbumes de cromos (entre ellos, el de la liga de futbol) y los productos editoriales llamados points, 156.622,68 euros.

Por el impago de cantidades devengadas por terminales de venta a partir del año 2003 para recargas telefónicas en diferente puntos venta (TPV), adeudaba 94.925,63 euros.

Igualmente, de idéntica forma y siendo también "Peña Sagra, S.A." la recaudadora de las tarifas de bonobuses del Ayuntamiento de Santander a través de máquinas de recarga propiedad de "Panini España, S.A." se generó una deuda de 33.937,86 euros.

Por otra parte, el acusado transmitió en agosto de 2009 el vehículo propiedad de la empresa, un turismo BMW matrícula y que usaba el mismo, a su cuñado y en el día 21 de julio de 2009 transmitió otros dos vehículos que estaban a su nombre particular -matrículas y a sus hijos y , sin contraprestación económica alguna. Asimismo, con el objetivo de evitar el pago de deudas por parte de la sociedad -que carecía de otros bienes a su nombre-, durante ese mismo periodo percibió cantidades de dinero de las cuentas de la mercantil "Peña Sagra, S.A."; en concreto, el 3 de febrero de 2010, 12.000 euros con cargo a la cuenta de la entidad en Caja Cantabria, y con cargo a la cuenta en el BBVA, el 11 de diciembre de 2009, un talón de 60.000 euros, el uno de marzo de 2010, otro de 20.000 euros y el 26 de marzo de

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional.jusc>

Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6d51

Fecha y hora

Firmado por: Varios



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora	Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jus.
Firmado por: Varios	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22da

2010, otro de 4.000 euros, importes que hizo propios y que no fueron destinados a fines de la sociedad. Parte de ese dinero, en concreto del retirado el 11 de diciembre de 2009, fue empleado en amortizar de forma anticipada 51.067'93 euros que quedaban pendientes del crédito hipotecario que gravaba la vivienda donde residía el acusado y su esposa, un chalet en Soto de la Marina, vivienda que había sido adquirida en gananciales, si bien estaba desde 2001 a nombre únicamente de , tras pactar separación de bienes. También, en fecha 14 de agosto de 2009 cobró otro talón por importe de 50.000 euros, cuyo destino no consta.

La entidad "Peña Sagra, S.A." entró en liquidación el 29 de septiembre de 2009, siendo nombrado liquidador el acusado. Tras octubre de ese año, cesó completamente en su actividad comercial y, finalizado noviembre, prácticamente dejó de abonar las deudas pendientes. Fue declarada en situación de concurso necesario a instancia de la mercantil "Panini España, S.A.", concurso presentado en marzo de 2010, y por medio de auto de 23 de junio de 2010 del Juzgado de lo Mercantil de Santander, fijándose el crédito de esta en el concurso en 285.486'17 euros.

El procedimiento penal se incoó en 2010 y su tramitación ha estado parada durante los siguientes periodos: entre el 6 de septiembre de 2012 y el 1 de marzo de 2013; entre el 17 de diciembre de 2013 y el 1 de abril de 2014; entre el 14 de agosto de 2014 y el 8 de septiembre de 2015 y entre septiembre de 2015 y el 2 de diciembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIÓN PREVIA.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Fecha y hora: 1...	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscx	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6d5f1

La defensa solicitó la suspensión del juicio al efecto de citar a la vista a la entidad BBVA al pretenderse la nulidad de un negocio jurídico en que había tomado parte la misma. Tal como ya se adelantó en la vista oral, la respuesta negativa a tal cuestión atiende a que son las acusaciones -y no la defensa- quienes determinan las personas que quieren traer a la causa, sin perjuicio de las consecuencias que ello pueda tener. De esta forma, una vez que las acusaciones no han solicitado la citación como parte de la entidad bancaria -y se opusieron expresamente a la petición de la defensa-, no constituye causa de nulidad o que deba provocar la suspensión del juicio el que dicha entidad no haya intervenido en el mismo.

SEGUNDO.- ACREDITACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

Los hechos probados que se acaban de relatar resultan de la prueba practicada en el acto de la vista.

La realidad de las relaciones comerciales entre la acusadora y la empresa del acusado no ofrece duda, sin que se haya discutido su contenido y duración. Se trataba de una relación mercantil prolongada en el tiempo, mantenida durante varias décadas -aproximadamente, se había iniciado en 1986 y se prolongó ininterrumpidamente hasta 2009-, y que no consta que tuviese incidencias hasta esta última fecha. La forma de funcionamiento en cuanto al suministro de material por parte de la acusadora y la liquidación de las deudas con la distribuidora dirigida por el acusado así como la recaudación por esta de recargas de teléfonos móviles a través de las TPVs y del dinero generado por la venta de bonobuses del servicio de autobuses de Santander ha sido narrada por los intervinientes en el juicio y resulta de la documental aportada.

En cuanto al importe de las distintas deudas generadas por la sociedad del acusado con la acusadora, tampoco se ha



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscaia...	Fecha y hora
Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6d5f	Firmado por: Varios

venido a discutir ni a negar ni hay prueba que desvirtúe la realidad de la reclamada por la acusadora. Obran en las actuaciones las cuentas de saldos pendientes que venía manteniendo la empresa del acusado con la acusadora; en particular, las referidas a los cromos en f. 128 y 129; al f. 168, las recargas; al f. 206, los bonobuses.

Está aportado (f. 659 y siguientes) extracto de la cuenta en Caja Cantabria del acusado en que figura el ingreso de 51.067,93 euros destinados a la cancelación de la hipoteca de su vivienda familiar. Al f. 682 a 685, copia de los cheques de 50.000 y 12.000 euros cobrados por el acusado en nombre de "Peña Sagra, S.A.". Al f. 689, comunicación de BBVA sobre el cobro de los cheques de 60.000, 20.000 y 4.000 euros. La factura por la venta del vehículo BMW está aportada al f. 802 y 821. También obra la documentación (Anexo documental) sobre el concurso necesario instado por la aquí acusadora.

TERCERO.- A) 1. Los hechos son constitutivos de un delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1º del Código Penal en cuanto el acusado, actuando en su beneficio particular y en perjuicio del patrimonio de la mercantil "Peña Sagra, S.A." de la que era administrador único, hizo propias una serie de cantidades de dinero que correspondían a la mercantil y con ello evitó que dichos importes fueran a parar a los acreedores de la empresa. En fecha 11 de diciembre de 2009, el acusado cobró un cheque de "Peña Sagra, S.A." por importe de 60.000 euros, el 1 de marzo de 2010, otro de 20.000 euros, el 26 de marzo de 2010, otro por importe de 4.000 euros y el 3 de febrero de 2010, uno más de 12.000 euros.

El delito de insolvencia punible o alzamiento de bienes exige la existencia de una obligación previa a cargo del sujeto activo; la ocultación o disposición fraudulenta



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jus	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a2b22dt...

de los bienes por el mismo, debiendo el activo ser inferior al pasivo, resultando por ello insuficiente el patrimonio para atender las obligaciones pendientes; debe concurrir además como elemento subjetivo del injusto el ánimo de perjudicar a los acreedores, siendo indiferente que éstos resulten o no perjudicados, pues se trata de un delito de peligro para el patrimonio (SSTS 974/2002, 1235/2203 de 1.10). El delito de alzamiento de bienes se consuma cuando el deudor se coloca en una situación de despatrimonialización, cuando fraudulentamente se deshace de su patrimonio. Lo que se exige es que como resultado del delito se produzca una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito (STS 425/2002 de 11.3, 1471/2004 de 15.12); se trata de una infracción criminal de tendencia -de mera actividad o de riesgo- (STS 1564/2005 de 4.1) pues la conducta debe tender finalísticamente a burlar los derechos de los acreedores sin que se exija para la consumación delictiva la causación del daño o perjuicio concreto, bastando la situación de peligro dolosamente creada que impida o dificulte la eficacia de las acciones normales civiles o mercantiles (STS 875/2000 de 19.5) o que cree un riesgo con la ocultación de bienes, realizada con intención de perjudicar (resultado cortado) sin necesidad de que se cause el perjuicio que pertenece a la fase de agotamiento (STS 562/2000 de 31.3, 440/2002 de 13.3).

En cuanto a las cantidades distraídas, existe una primera, los 60.000 euros cobrados en diciembre de 2009, sobre la cual el acusado ha reconocido que hizo propia



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ex:trflecha y hora:	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jur	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22df

dicha cantidad; la consecuencia de ello fue que ese importe quedó excluido de la posibilidad de servir al pago de deudas. Así, ha sido admitido que los 60.000 euros percibidos lo fueron para su beneficio personal de manera que una gran parte -51.067,93 euros- se destinaron a la cancelación de la hipoteca que gravaba la vivienda en la que residía habitualmente - junto con su esposa - y que figuraba desde 2001, en que se produjo la separación de bienes del matrimonio, a nombre exclusivamente de la esposa-. La justificación ofrecida por el mismo al cobro del importe de 60.000 euros -que se trató de una indemnización a la que tenía derecho por los años de trabajo en la empresa- es inconsistente y ni siquiera fue avalada por el asesor fiscal de la empresa, quien negó haber sido consultado sobre tal extremo. Los posibles derechos de crédito frente a la sociedad insolvente deberían haberse pretendido en el correspondiente procedimiento concursal donde se habrían discutido y, en su caso, reconocido los créditos que tuviera el acusado pues es claro que, cuando se produjeron las disposiciones, la sociedad estaba en una situación de impago generalizado de deudas que la abocaba al concurso de acreedores. Ahora bien, proceder de manera unilateral a retirar los fondos de la sociedad -cuando ya no consta que dispusiese de otro activo- y a utilizarlos para interés propio cuando él era el responsable -en tanto administrador y luego liquidador de la sociedad- de la situación económica de la empresa, resulta una conducta englobable en el delito objeto de imputación.

En cuanto al resto de cantidades que se han tenido por indebidamente distraídas en beneficio propio y perjuicio de los acreedores de la sociedad "Peña Sagra, S.A.", se llega a idéntica conclusión atendiendo a una serie de indicios.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional.jus>

Fecha y hora:

Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b2f

Firmado por: Varios

En primer lugar, la similar dinámica comisiva con la extracción de 60.000 euros que se acaba de detallar.

Segundo, la ausencia del más mínimo elemento del que se deduzca que tales cantidades se emplearon en importe alguno para la satisfacción de deudas de la empresa; es cierto que no es la defensa quien debía acreditarlo pero no cabe ignorar que sería la parte que tendría más facilidad para haber aportado prueba a tal fin por ser el acusado quien ha dispuesto de tales cantidades -y, por tanto, quien puede conocer el destino de las mismas-.

Tercero, el momento en que se produjeron tales disposiciones de dinero; por ejemplo, a la vista del f. 621.vta, movimientos de la cuenta bancaria de la sociedad en Caja Cantabria, se aprecia que la sociedad apenas tenía actividad después de octubre de 2009; efectúa una serie de pagos de veinte euros -podría pensarse que se trata de devolución de fianzas o actividad similar- y cobra algunas cantidades -se deduce de lo expuesto en juicio que se trataría de deudas pendientes de cobro- hasta que el 3 febrero de 2010 retira prácticamente la totalidad del saldo que restaba en la cuenta mediante el cobro de un talón de 12.000 euros. Algo parecido sucede en la cuenta de BBVA (f. 662 y ss.); durante octubre y noviembre de 2009 se van efectuando pagos de numerosas deudas de la sociedad; sin embargo, llegado diciembre, apenas si se cargan algunos recibos de domiciliaciones (Vodafone, E.On, Telefónica) o impuestos; frente a ello, la sociedad recibe dos pagos de 30.000 euros y, poco después, el acusado extrae 60.000 euros que hace propios y en la misma forma actúa posteriormente, cuando recibe otros dos pagos de 10.000 euros al comienzo de febrero de 2010 y cobra un talón de 20.000 euros y, poco después, cobra otro más de 4.000 euros, que era el saldo que en aquel momento restaba en cuenta.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jus	A== Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6df

Cuarto, mientras que las deudas de la sociedad se pagaban habitualmente por medio de las entidades bancarias -como se puede apreciar en los movimientos de las mismas-, se trató de un dinero cobrado en mano por el acusado, lo que impedía que los posibles acreedores de la sociedad pudiesen efectuar traba o pedir retención del mismo.

Quinto, la sociedad en aquel momento carecía de cualquier actividad y, muy pocas fechas después, se instó el concurso necesario de la misma.

Sexto, el acusado llevó a cabo en fechas en que era conecedor de la inviabilidad de la sociedad otras conductas referidas a venta de vehículos que se tratarán a continuación y que, si bien no fundan la condena, sí son demostrativas del comportamiento del acusado tendente a desviar de su ámbito de titularidad cualquier bien que pudiera ser trabado por los acreedores.

Séptimo, dice el informe de la Administración Concursal (f. 957) que ha observado movimientos en las cuentas bancarias de la sociedad, que algunos de ellos corresponden a obligaciones fiscales pendientes de liquidar por la empresa correspondientes al último trimestre de 2009; "sin embargo, existen otra serie de movimientos acerca de los cuales no podemos dar opinión al respecto, en cuanto no poseemos contabilidad en la que basar el análisis y el extracto de la entidad bancaria no es lo suficientemente claro para explicar ni la procedencia ni el destino de los fondos".

Octavo, la sentencia 95/2016 de 9 de marzo del Juzgado Mercantil número Uno de Santander estimó que las cantidades ahora referidas (junto a la de 50.000 euros dispuesta el 14 de agosto de 2009 y respecto del pago de 60.000 euros,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

referido únicamente a una parte reclamada por haber sido el resto objeto de otra reclamación) fueron disposiciones efectuadas a título gratuito por lo que condena al aquí acusado a devolver a la masa del concurso tales cantidades (documental unida como Anexo, Incidente nº 308/2010.03).

Así pues, de lo expuesto se desprende que los importes cobrados por [redacted] a que se ha hecho referencia deben ser considerados fraudulentos puesto que lo que pretendían era salvar fondos de la sociedad de la acción de los acreedores y que tales cantidades quedasen en beneficio e interés del disponente, el aquí acusado. Es verdad que los cheques estaban expedidos a favor de "Peña Sagra, S.A."; ahora bien, consta que su importe fue cobrado en efectivo por el acusado y ningún elemento existe para pensar que, atendiendo a la fecha y devenir de su conducta, tales cantidades fueran destinadas al interés de tal sociedad, en concreto, al pago de las deudas pendientes de la misma de manera que en ese momento el acusado se valió del paraguas aparente de la sociedad para hacer propias unas cantidades que carecía de derecho a percibir.

Lógicamente las actuaciones objeto de condena incrementaron, cuando menos, la insolvencia de "Peña Sagra, S.A.", que no consta que tuviera otros bienes con los que hacer pago a la acusadora y a otros deudores y que, de esta manera, vieron defraudadas las expectativas que tuvieran de percibir alguna cantidad de los importes que les eran adeudados.

Concurre el elemento subjetivo propio del delito por cuanto el acusado era plenamente consciente de la situación económica de la empresa y de las consecuencias de su actuar. La conciencia por parte del acusado de la inactividad de la empresa y de las deudas mantenidas por la misma era evidente. A mayor afirmación de las mismas, obra

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional.reb/index.htm> fecha y hora: 1

Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22c

Firmado por: Varios



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional...	Fecha y hora.
Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22	Firmado por: Varios

en la causa el burofax que le fue remitido en fecha 4 de diciembre de 2009 en reclamación de la deuda que mantenía con "Panini España, S.A." (f. 223 a 225).

Dentro del tipo objeto de acusación, el Ministerio Fiscal ha pedido la aplicación el tipo agravado del artículo 250.1.5º del Código Penal al ascender la cantidad objeto de alzamiento a más de 50.000 euros y ello por la remisión que efectúa el actual artículo 257.4. Sin embargo, este último apartado fue introducido en el Código Penal por la reforma operada por LO 5/2010 de 22 de junio, que entró en vigor en diciembre de 2010, por lo que no regía cuando se produjeron los hechos y, por tanto, no resulta posible su aplicación atendiendo al principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables.

2. Por el contrario, no cabe incluir entre esas acciones defraudatorias la venta del vehículo BMW puesto que por el mismo se giró una factura de 10.000 euros, que figuran abonados por el comprador, por lo que formalmente se cumplieron los requisitos para considerar que la venta tuvo lugar, tal y como recordó el asesor fiscal

que declaró como testigo; si el dinero llegó o no a ser abonado, sería una cuestión de prueba cuyo ámbito es más propio de un procedimiento civil, debiendo significarse que, según relató en juicio la administradora concursal, no prosperó la acción civil para la recuperación de tal vehículo a favor de la sociedad. Por lo demás, deben darse por reproducidos los argumentos que utilizó la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Santander de fecha 4 de abril de 2016 (f. 1312 y ss.), cuando negó la acción de reintegración de dicho bien a la masa concursal de la empresa y señaló que, por un lado, la legislación no prevé una presunción de perjuicio en el caso de una relación de afinidad con la familia del cónyuge del



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora:	Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscar
Firmado por: Varios	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6d5fb

concurado y, por otro, la venta aparecía reflejada en los libros de cuentas.

Tampoco se incluyen los vehículos que fueron vendidos a favor de los hijos del acusado; y ello por cuanto, además de tratarse de vehículos que ya tenían una antigüedad que explicaría que su posible valor fuera escaso, se trataba de bienes que, desde su adquisición muchos años antes de surgir los problemas de la empresa, se encontraban a nombre del acusado y no de la empresa por lo que no habrían estado sujetos a la acción de los acreedores de esta sino en el supuesto de la declaración de una posible responsabilidad patrimonial del acusado en tanto que administrador y luego liquidador de la sociedad, eventualidad que no se había producido cuando tuvieron lugar las transmisiones ni existían entonces elementos para considerar que tal declaración de responsabilidad fuese previsible. A mayor abundamiento, cabe citar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Santander 72/2015 de fecha 27 de marzo de 2015 que desestimó la acción instada por la administración concursal de "Peña Sagra, S.A." para la reintegración a la masa del concurso del vehículo que había sido traspasado al hijo del acusado

y la 73/2015 de 30 de marzo de 2015 que desestimó la demanda interpuesta contra el acusado y el otro hijo por el otro vehículo (documentación anexa a la causa).

Tampoco se incluye el talón de 50.000 euros que cobró el 14 de agosto de 2009; en dicha época, aún tenía actividad la sociedad del acusado pese a sus evidentes problemas económicos por lo que no puede descartarse que el mismo se dirigiese al pago de gastos o deudas propias de la empresa.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Fecha y hora:	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jus.es	
Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ea9a92b22dc	

B) Los hechos no son constitutivos de un delito de apropiación indebida o estafa.

1. En cuanto a la apropiación indebida, castigaba el legislador en el artículo 252 del CPenal en su redacción vigente en el momento del hecho (artículo 253 del mismo texto legal en su redacción actual) a quien en perjuicio de otro se apropiare dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubiera recibido en depósito, administración, comisión o por otro título que produzca obligación de devolverlos o negare haberlos recibido. Son elementos que integran el tipo penal en primer lugar la existencia de una acción consistente en la recepción de dinero o bienes muebles, en virtud de un título que produzca obligación de devolverlos, en segundo lugar que no se haya devuelto tal dinero o bienes muebles así recibidos y en tercer lugar que tal hecho de quedarse con el bien se produzca de forma consciente, intencionada y con ánimo de obtener un beneficio económico en perjuicio de tercero (SSTS 21.3.2002, de 26.11.2001, de 10.7.2000).

La primera cuestión que se plantea es la de la naturaleza de la relación existente entre las partes, entre "Panini España, S.A." y "Distribuidora Peña Sagra, S.A.", y si la misma podría servir de base para una apropiación indebida por suponer que los efectos recibidos por esta lo eran en virtud de título que produjera obligación de devolverlos o dar un destino determinado a un dinero o bien mueble. La apropiación indebida requiere que la relación existente entre las partes suponga que quien se apropia lo haga sobre bienes o efectos que haya recibido en virtud de un título que implica la obligación de devolver o dar un determinado destino a esos bienes o efectos. Señala la STS 1210/2005 de 28.10 que inicialmente los títulos fueron muy amplios, de modo que la jurisprudencia fue concretando aquellos títulos que permiten la comisión de este delito, aparte de los tres que recoge el artículo 252 (depósito,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora:	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jusc.	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b

comisión o administración), en otros, como el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con pacto de reserva de dominio, la sociedad, el arrendamiento de cosas, obras o servicios, debiendo precisarse al respecto que, dado el carácter abierto de la fórmula utilizada, caben también aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico, que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver, lo que no existe en los casos de compraventa, préstamo, mutuo, permuta o donación. La STS 4/9/2001 incluye también, por ejemplo, el contrato de exposición y venta a comisión.

Las acusaciones, a partir de las interesadas declaraciones de los responsables de la acusadora, hablan de que se trataría de un contrato de depósito; sin embargo, nada tenía que guardar o custodiar el supuesto depositario pues era un intermediario cuya función era distribuir lo que recibía, como se aprecia fácilmente en la venta de cromos, álbumes y productos similares. Ni la empresa suministradora entregaba el producto para su custodia ni "Peña Sagra, S.A." lo recibía para mantenerlo en su poder. Se trataba de unos productos o servicios con cuyo suministro se pretendía obtener un lucro, tanto para el fabricante o suministrador, como -en el porcentaje que aquella les fijaba- para el distribuidor y para el comerciante minorista. Y ese lucro se obtenía por el pago del precio por parte del cliente final. Dicho contrato se ha venido a calificar doctrinalmente como un contrato de distribución en cuanto contrato atípico mediante el cual dos empresarios colaboran para distribuir productos o servicios de uno de ellos, utilizando los elementos empresariales del otro. Dicho modelo contractual se ubica dentro del tráfico mercantil y responde a una finalidad



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Fecha y hora.	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jusce Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d...	

económica que da lugar a cadenas de comerciantes, dentro de las cuales la aquí examinada efectuaba labores de comercialización e intermediación. Se ha venido a señalar que dicho contrato se registró por lo que las partes libremente hayan pactado; supletoriamente, por lo establecido en el Código de Comercio y Código Civil y, en último lugar, serían de aplicación las normas del contrato de agencia, en cuanto analógicamente sean aplicables; ahora bien, en relación con este último, existe una primera diferencia muy relevante: en el contrato de agencia, el agente actúa por cuenta y en nombre del empresario mientras que, en el presente caso, el empresario actuaba en nombre propio. De esta manera, en ausencia de pactos contractuales expresos, que no existían, la dinámica de la relación mantiene elementos propios de la compraventa mercantil, definida en el Código de Comercio como aquella destinada en la adquisición de bienes para revenderlos, bien en la misma forma en que se adquirieron bien en otra diferente (artículo 325) y en ningún caso los del depósito (definido en el artículo 303 y que en el artículo 306 establece que el depositario está obligado a conservar la cosa según la reciba y a devolverla con sus aumentos, si los hubiere), pues el depósito que pudiera existir no era sino el imprescindible para el posterior reparto de los efectos entre los minoristas. Y sin perjuicio de las peculiaridades existentes en dicho contrato -tales como la posibilidad de devolución a la suministradora de los efectos no vendidos- que en ningún caso alteraban la esencia del mismo.

Sobre la forma de liquidación de las cantidades pendientes entre suministradora y distribuidora, cabe hablar de la existencia en la práctica de un contrato que reúne notas del de cuenta corriente. La mejor doctrina define el contrato de cuenta corriente mercantil como el pacto por el que dos partes estipulan que los créditos que puedan nacer de sus relaciones de negocios perderán al



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jusca.es	x.htm fecha y hora: 14/
Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22c	Firmado por: Varios

entrar en la cuenta su individualidad propia, para convertirse en simples partidas del Debe o el Haber, de tal modo que el saldo en que se fundan sea el único exigible en la época convenida, habiendo de distinguirse de la mera situación de cuanta corriente por Debe y Haber, pues para que haya contrato de cuenta corriente en sentido técnico se precisa un pacto específico que excluya la accionabilidad aislada de los créditos, sea por vía de pago, sea por vía de compensación, y aplaze su liquidación hasta el momento del cierre de la cuenta, es decir que es de esencia y constituye el efecto fundamental del contrato la obligación impuesta a ambas partes de no reclamar aisladamente, y mientras dure el contrato, los créditos que vayan surgiendo, que, consecuentemente, pierden su individualidad primitiva y su disponibilidad aislada. Es, por tanto, un pacto bilateral y atípico, aunque normativo, de compensación y liquidación periódica de créditos anotados, que supone económicamente y tiene como causa una concesión recíproca de crédito, por lo general entre comerciantes, y hoy básica para el tráfico bancario. La apertura de la cuenta conlleva el aplazamiento de la inmediata exigibilidad de los créditos anotados o "remesas" (dinerarias, de crédito, valores, etc, ...) objeto de la relación e integradas voluntariamente en el saldo compensable. Estas, con todo, no se extinguen, mantienen la individualidad jurídica que tenían según los negocios de que nacieron, pero dejan de ser exigibles autónomamente y serán compensables al liquidar o saldar la cuenta siempre que se den las condiciones civiles de compensabilidad (artículos 1195 y 1198 Código Civil). Puede entenderse que lo que se da, más que compensación, es novación extintiva y sustitución de los créditos anteriores por la obligación de liquidar el saldo en las condiciones pactadas (artículos 1203 a 1206 Código Civil). En todo caso debe precisarse que los créditos no se extinguen por la sola anotación, y de ahí la posibilidad de recomponer el saldo de accionar o



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

excepcionar respecto a las contrapartes de los negocios
anteriores a las remesas (STS 890/2013 de 4 de
diciembre).

Así pues, en el presente caso, regía un contrato de
distribución que incorporaba notas de la compraventa
mercantil, sucesiva y continuada en el tiempo, en que la
suministradora remitía efectos a la distribuidora por
importes que luego le giraba a noventa días y cuyo pago o
impago no suponía sino la disminución o el aumento del
saldo pendiente entre ambas, saldo que no fue exigido a la
distribuidora sino en el momento en que esta cesó en su
actividad. La acusadora suministraba una serie de productos
y servicios; "Peña Sagra, S.A." distribuía los productos y
facturaba por los servicios a los minoristas. Es decir, su
papel era el de una intermediaria que contrataba con la
titular de los bienes y servicios y, a su vez, lo hacía en
su nombre propio con los minoristas que mantenían el
contacto directo con los clientes. En esa relación, "Peña
Sagra, S.A." respondía directamente ante "Panini España,
S.A." del pago de los productos y servicios y, a su vez,
los minoristas respondían ante "Peña Sagra, S.A.".

No actuaba, por tanto, como simple comisionista por
cuenta de la suministradora. Por ejemplo, en la STS
453/2014 de 23.7, se parte de un contrato de comisión en el
cual la parte acusada quedaba obligada a la devolución del
dinero de las ventas, descontando el importe de la
comisión, y a facilitar regularmente el inventario de
efectos almacenados para la venta, situación no equiparable
a la sucedida en el presente caso. "Peña Sagra, S.A." no se
limitaba a efectuar una venta de productos de tercero con
remisión a este del dinero facturado menos la comisión sino
que efectuaba una tarea propia que la relacionaba tanto con
la distribuidora como con los minoristas corriendo ella con
los riesgos de su actividad intermediadora y si bien había

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional.jusc.>

Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6

Fecha y hora:

Firmado por: Varios



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Índice, nº flecha y hora:	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jl...	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b2... ==

un pacto según el cual el distribuidor podía retirar del minorista los efectos no vendidos y que, a su vez, aquel remitía al suministrador, obteniendo tanto el minorista -en su relación con el distribuidor- como este -en su relación con el suministrador- los abonos correspondientes por los efectos recibidos; ahora bien, ello no pasaba de ser un pacto accesorio y adicional puesto que, si el minorista no devolvía efectos -por ejemplo, cuando un producto o colección se vendía en su totalidad-, no había lugar a la reposición, que sólo se producía respecto del sobrante que, pasados los plazos en que se comercializaba el producto, no tenía salida al mercado minorista. Este pacto accesorio estaba destinado no tanto a establecer la propiedad de los efectos sino a evitar pérdidas a los minoristas -y al distribuidor- en el caso de que no vendiesen toda la mercancía que les había sido remitida -como ha sucedido tradicionalmente en el mundo de la prensa impresa-, una contraprestación adicional a favor del minorista dentro de un contrato bilateral con el distribuidor que, a su vez, tenía reflejo en otra contraprestación similar a favor del distribuidor en su relación con el suministrador.

Tampoco encaja en el contrato de agencia; como ya se ha expuesto, el agente actúa por cuenta del comitente y no llega a ser propietario de los productos, mientras que en el contrato de distribución sí que existe la compra de los productos por parte del distribuidor; bajo esa premisa difícilmente el contrato de distribución meramente incumplido podría dar lugar a un ilícito penal en los términos del artículo 252 del Código Penal en su redacción en el momento del hecho, como no da lugar al delito el mero incumplimiento de un contrato de préstamo, de un contrato de compraventa o de un contrato de permuta (SSTS 21.7.01, 11.12.02, 4.6.02).



Es verdad que resulta más difícil de calificar la relación comercial en el caso de las recargas de los teléfonos móviles y de los billetes de autobús urbano de Santander. En ambos casos, parece que la labor fundamental de la empresa del acusado era la de servir de recaudadora de las cantidades devengadas por tales servicios, servicios prestados por "Panini España, S.A." y sin perjuicio de que aquella pudiera efectuar alguna tarea supletoria, como la referida, por ejemplo, a la colocación y retirada de los aparatos de recarga o a encargarse de su mantenimiento técnico. Ahora bien, dichos aparatos estaban colocados en establecimientos de "detallistas o clientes de Peña Sagra tales como quioscos o estancos" (declaración de ... al f. 377); "Panini España, S.A." facturaba por semanas dichas cantidades conjuntamente por todos los conceptos a "Peña Sagra, S.A.", que respondía ante la misma de las cantidades facturadas; "Peña Sagra, S.A.", por su parte, facturaba a los detallistas -cada uno deduciendo el porcentaje que constituía su ganancia- y se encargaba de cobrar a los mismos y, como declaró el testigo ... a los minoristas les facturaba conjuntamente por los distintos conceptos. Asimismo, "Peña Sagra, S.A." actuaba por cuenta propia, con responsabilidad directa ante "Panini España, S.A.", de las cantidades facturadas, independientemente de que las llegase a percibir o no, de manera que aquella era quien se responsabilizaba ante "Panini España, S.A." de cualquier error, discrepancia o fallido en tales operaciones. "Peña Sagra, S.A." se relacionaba de manera directa y con riesgo propio con los distribuidores minoristas que, con carácter general, venían a ser los mismos que recibían las colecciones de cromos. Y concurre el otro elemento que caracterizaba las operaciones entre ambas empresas y que venía determinada por la forma de liquidación de las cantidades, que se efectuaba a través de la apertura de cuenta corriente. De esta manera, ya fuese porque la primera de las relaciones históricas entre

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional.jus>

Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed49a92b2z

Fecha y hora:

Firmado por: Varios



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora: ----	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscar	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b2

ambas empresas se había desarrollado como un contrato de distribución -la relativa a las colecciones de cromos y similares- ya porque se tratase de aquella actividad que suponía un montante económico más relevante, lo cierto es que esta tarea recaudadora aparece insertada como una actividad secundaria de la distribución de productos o servicios y sujeta, en general, a las mismas reglas de esta.

La apropiación se ha venido a fundar en que el acusado operaba en virtud de un título que obligaba a la misma a entregar o devolver los activos patrimoniales recibidos en depósito, comisión o administración. Sin embargo, la Sala entiende que el acusado recibía el dinero que suponía la contraprestación objeto de su función comercial para sí mismo, en virtud de la tarea que el mismo desarrollaba, en su relación comercial con los minoristas y que era debida a la prestación que él ejercía, la de distribución de efectos en uno de los casos, la recaudación y otras labores secundarias en los otros. Ello lógicamente le generaba una deuda con la suministradora pero ni tenía por qué responder con los mismos bienes recibidos ni se le exigía en modo alguno que, una vez recibido el dinero, no pudiese disponer del mismo sino que debiese ser entregado al suministrador. Como se aprecia claramente en los f. 128 y 129, "Panini España, S.A." emitía facturas por los distintos suministros de cromos y se iban girando efectos con vencimiento aplazado; "Peña Sagra, S.A." efectuaba pagos que podían corresponderse o no con el importe de los efectos y, asimismo, se emitían a su favor notas de crédito por los productos devueltos al haber resultado no vendidos. En el movimiento de la cuenta se aprecia que se van cargando deudas y se van efectuando pagos que no responden ni en el tiempo ni en el importe a los sucesivos cargos que se efectúan a la empresa de forma que ya al inicio de 2008 la



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

deuda de "Peña Sagra, S.A." con "Panini España, S.A." ascendía a más de 100.000 euros.

El Fiscal intentó en su informe unir el delito de apropiación indebida al cobro de determinadas cantidades por parte del acusado, en particular la cantidad de 60.000 euros que el acusado reconoció haber cobrado a finales de 2009. Sin embargo, aunque se pudiese plantear si dicha conducta puede ser incluida no sólo en el tipo del alzamiento de bienes sino también en el de apropiación indebida, una vez se ha entendido que el dinero fue retirado con la intención de no pagar las deudas de la empresa, se estima que el tipo objeto de aplicación es el del artículo 257.1 del Código Penal.

2. Los hechos tampoco son constitutivos de un delito de estafa de los artículos 248 y 249 del Código Penal. Son elementos de la estafa: 1º) Engaño precedente o concurrente, fruto del ingenio falaz y maquinador de quien trata de aprovecharse del patrimonio ajeno. 2º) Engaño bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad, habiendo de tener adecuada entidad para que actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial. 3º) Producción de error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia o artificio del agente, lo que le lleva a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial. 4º) Acto de disposición patrimonial, con consiguiente perjuicio para el disponente; el daño patrimonial será consecuencia del error experimentado y del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo. 5º) Ánimo de lucro, entendido como propósito del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional.ju...>

Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6c

Fecha y hora:

Firmado por: Varios



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora:	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.j	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b2

equivalente, al perjuicio típico ocasionado. 6º) Nexos causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente en el tipo de la estafa el "dolo subsequens", es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio.

La acusación particular se refiere a que toda la deuda se produce en el mes de agosto de 2009 y ello, según su versión, supondría que el acusado había ocultado la situación de crisis de la empresa para conseguir que siguiesen con normalidad los suministros hasta aquella fecha y entonces, generada la deuda con la suministradora, quedarse con lo recaudado y cesar en su actividad. Sin embargo, tal hipótesis no se corresponde con lo actuado en la causa. Según los propios datos facilitados por la acusadora, en la cuenta de cromos (f. 127 a 129), se aprecia claramente que, cuando termina 2008, la deuda era ya de 131.400,72. Cuando se hace referencia a las deudas generadas a partir de agosto de 2009, por entregas entre el 7 de agosto y 9 de septiembre, se dice que ascenderían a 182.329,38 euros (f. 127); ahora bien, si ello se completa con lo expuesto en f. 128 y 129, antes de agosto, a fecha 9 de julio de 2009, la deuda de "Peña Sagra, S.A." ascendía a 167.382,40 euros. A partir de ahí, la deuda se incrementa con los nuevos suministros del verano de 2009 pero, a su vez, se disminuye con una serie de notas de crédito que hacen que la cifra final de la deuda sea de 180.949,06 euros, es decir, una cantidad muy parecida a la que ya debía antes de agosto de 2009.

Lo mismo sucede con la cuenta de "recargas telefónicas" (f. 168). Si a fecha 12 de enero de 2009, el saldo de la cuenta aparece a 0 (si bien, y según se

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.j	web/index.htm#fecha y hora:
Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9	Firmado por: Varios

desprende de la propia documentación de la cuenta, ya existía una deuda pendiente a 31 de diciembre de 2008 de 45.422,38 euros), a partir de ese momento, la cuenta presenta saldos contrarios al acusado por cuanto las cantidades que este va ingresando son inferiores al importe de las facturas que le van girando. El delito se residencia temporalmente en agosto de 2009; sin embargo, a finales de julio, la deuda ya ascendía a 35.023,88 euros. A partir de ahí, se van girando nuevas facturas pero también constan pagos efectuados por "Peña Sagra, S.A.", en concreto, el 5 de agosto de 2009 (31.223,87 euros), 12 de agosto (29.906,46 euros), 20 de agosto (30.962,85) o 26 de agosto (3.800 euros) de manera que sólo a partir del 31 de agosto se emiten tres facturas que resultan totalmente impagadas y que incrementan una deuda que ya existía con anterioridad.

Es verdad que en la cuenta del bonobus no sucede lo mismo -no consta el abono de cantidades por parte de la entidad deudora- pero ello se explica porque es un servicio que se empezó a facturar el 10 de agosto de 2009 si bien la consecuencia tiene que ser la misma pues ningún elemento existe para considerar que el funcionamiento no fuera similar al expuesto respecto de las otras líneas de negocio.

De esta forma, al fin de 2008, la deuda de la sociedad con la acusadora era de 176.823,10 euros; si la deuda final, con IVA, ascendía a unos 326.000 euros, ello se inscribe en una dinámica de dificultades económicas dentro de una relación comercial; en la cuenta de cromos, hasta el 6 de julio de 2009 el acusado efectúa pagos de los suministros de cromos y hasta el 20 de octubre de 2009 recibe abonos en su cuenta por devoluciones -demostrativo de que alguna actividad seguía teniendo-; y lo mismo sucede con la cuenta de recargas donde el último ingreso, de 3.800 euros, se efectúa el 26 de agosto de 2009; en el análisis



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Fecha y hora:	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jus	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22

de esta segunda cuenta se puede apreciar que, por ejemplo, a fecha 20 de agosto de 2009, el saldo deudor (34.962,64 euros) era inferior al que presentaba a 31 de diciembre de 2008 (45.422,38 euros), lo que casa mal con una actividad fraudulenta destinada al impago; incluso en la cuenta de cromos, llega a figurar un saldo deudor de 292.044,14 euros a 7 de agosto de 2009 mientras que el final es de 180.949,06 euros.

La acusación particular sostiene que hay estafa porque ha habido engaño. Ello por la creación de una apariencia de normalidad económica, de ocultación de dificultad contable y con la voluntad de hacer propio un dinero. En su versión, el acusado habría tomado la decisión de cerrar la empresa y hacer propios los bienes y ello le habría sido ocultado a la acusadora, siguiendo esta con su suministro de efectos durante agosto y septiembre cuando aquel ya sabía que no iba a pagar sino que haría propias las cantidades obtenidas con ello.

Sin embargo, ello no pasa de ser una conjetura no suficientemente confirmada por lo actuado. Es verdad que, a partir de un determinado momento, la empresa cesa en el pago de sus deudas. Ahora bien, hasta finales de octubre de 2009, se continúan efectuando devoluciones de efectos (que dan lugar a notas de cobro) de lo que cabe deducir que, incluso después de agosto de 2009, la empresa continuó efectuando devoluciones de material, siguió de esta manera con la actividad y sólo en octubre de 2009 despide a sus empleados y liquida (efectuando pagos entre septiembre y octubre de 2009 por 81.084,41 euros, f. 451 a 454, documentos en f. 408 y ss.) las fianzas que había recibido de los minoristas. Así pues, el impago -cuando consta que existía una situación de crisis en la empresa desde 2007 y ya se habían generado previas deudas desde 2008 que se incrementan en 2009- admite una explicación paralela y no



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscx	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6d5f

menos creíble que la expuesta por la acusación, la presencia de dificultades económicas que llevan a no poder afrontar determinados pagos, algo que no puede descartarse no sólo por la evidente situación de crisis económica generalizada que en aquellos momentos atravesaba el país sino específicamente por las circunstancias propias del sector en que operaba y que pasaban por nuevas condiciones con algunos suministradores (por ejemplo, en el cambio de DISPESA por GDEr, reducción de márgenes comerciales -como sucedió con la propia empresa "Panini España, S.A."- o entrada en concurso de acreedores de otras, como "Comercial Atheneum, S.L.", todo ello documentado en f. 390 a 397 y recogido en el informe de la Administración Concursal, f. 957). A ello se añade que la contabilidad de la empresa "Peña Sagra, S.A.", depositada hasta 2008 siguiendo los trámites legales, reflejaba tanto en 2007 como en 2008 que la empresa arrojaba pérdidas; ahora bien, como señaló el perito economista ..., hasta el año 2009 no estaba incurso en causa de disolución por tal motivo.

Obviamente, tampoco se aprecia la presencia del necesario dolo inicial que distingue entre el incumplimiento meramente civil y el dolo propio del derecho penal, debiendo, por tanto, afirmar un dolo inicial, previo a la concertación del contrato, para determinar la presencia del delito. En el presente caso, tratándose de una relación comercial prolongada durante más de dos décadas, habría que fijar en qué momento se residencia el dolo del acusado. No pudiendo lógicamente retrotraerla al momento del inicio de las relaciones, habría que determinar cuándo el acusado decide engañar a la acusadora y cometer el delito. En la alegación de la acusadora, ello habría sucedido hacia mayo de 2009 al quedar el acusado como único administrador y responsable tras la dimisión del consejo de administración. Sin embargo, esta sola acción resulta insuficiente para ser constitutiva de un engaño. A ello se



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora.	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscant	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d...

uniría haber omitido la puesta en conocimiento de la empresa suministradora de la difícil situación económica que atravesaba la empresa; sin embargo, ello no constituye un engaño puesto que ni hay una obligación contractual de tal comunicación ni ello supuso que la empresa no continuase desarrollando la misma operativa que hasta ese momento. El dato apuntado, que cesó el consejo de administración en mayo de 2009 (BORME de 22 de mayo de 2009, f. 553) y él quedó como único responsable, es insuficiente pues no es demostrativo de voluntad defraudadora; también consta que el 29 de septiembre de 2009 se elevó a público el acuerdo social de 25 de septiembre por el que se acordaba proceder a la disolución de la sociedad y comenzar su liquidación y en la que se señalaba como motivo principal de tal situación "la inopinada resolución contractual de nuestra principal editorial-cliente" (f. 403), acuerdo de disolución publicado en el BORME de 19 de noviembre de 2009 (f. 554).

CUARTO.- Al delito objeto de condena resulta de aplicación la atenuante de dilaciones indebidas con el carácter de muy cualificada atenuante recogida en el artículo 21.6º del Código Penal. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. En la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado; para que se aprecie la circunstancia atenuante ordinaria ya es preciso que la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora:	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jusca	Código Seguro de Verificación: 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22

dilación sea extraordinaria. Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sean extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad", para la cualificada será necesario que las dilaciones sean desmesuradas. Más todavía será preciso para que tal circunstancia pueda tener la virtualidad de bajar en dos grados la pena prevista por la Ley penal (STS 877/2011 de 21 de julio). La apreciación como "muy cualificada" de esta atenuante procederá siempre que la dilación supere objetivamente el concepto de "extraordinaria", es decir, manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. También, cuando no siendo así, la dilación materialmente extraordinaria pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera (STS 318/2016 de 15.4).

Existe una primera paralización entre el 6 de septiembre de 2012 (f. 885) y el 1 de marzo de 2013 (f. 887); otro segundo entre el 17 de diciembre de 2013 en que se interpone recurso de reforma contra el auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado (f. 1060) y el 1 de abril de 2014 en que pide diligencias el Ministerio Fiscal (f. 1059); también entre el 14 de agosto de 2014 (f. 1155) y el 8 de septiembre de 2015 (f. 1170) así como entre septiembre de 2015 (f. 1157) y el 2 de diciembre de 2016 en que se resolvió el recurso de apelación contra el auto de continuación de las Diligencias Previas por los trámites del Procedimiento Abreviado (f. 1276 y ss.).

La suma de tales periodos de paralización supera los tres años de dilación, lo que merece una calificación como extraordinaria e injustificada, por más que la causa estuviera dotada de cierta complejidad en su instrucción mas no hasta el punto de justificar la tardanza por los



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Fecha y hora:	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jusec	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d

periodos antedichos que ha dado lugar a una duración total, desde el inicio de la causa hasta su enjuiciamiento, que supera los siete años y diez meses, periodo notoriamente excesivo y desmesurado para resolver una cuestión penal como resulta de la simple comparación entre los plazos máximos que exigiría una instrucción penal según el artículo 324 de la LECriminal y los padecidos en esta causa, bien es cierto que una gran parte de la tardanza en la tramitación se ha producido en la fase intermedia, mas ello no atenúa la realidad de la dilatada duración.

QUINTO.- La pena debe partir de la prevista en el delito objeto de condena, el del artículo 257.1 del Código Penal. Disminuida en un grado por el juego de la atenuante muy cualificada -en un grado, no en dos pues ya resulta suficiente la rebaja con un grado, atendida la gravedad del hecho y que la tardanza, aun siendo elevada, no llega a ser escandalosa-, se fija la pena de prisión en diez meses; la multa, en el mismo periodo de diez meses con cuota diaria de cuatro euros, cantidad que se fija a partir de la constancia de la ausencia de bienes o derechos a su nombre más allá de la pensión por jubilación.

SEXTO.- En materia de responsabilidad civil, la condena por el delito objeto de aplicación únicamente conlleva la obligación de poner a disposición de los acreedores el importe de lo indebidamente sustraído a los mismos.

En el delito de alzamiento de bienes, la responsabilidad civil presenta características peculiares porque el desplazamiento patrimonial no permite, sin más, como reparación del daño, la cuantía exacta de los créditos burlados ya que, en línea de principio, la restauración del orden jurídico perturbado debe restablecerse, cuando sea posible, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora: ...	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jusc	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22c

indebidamente sacados del mismo incluso con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor, salvo que se encuentren en poder de terceros de buena fe (STS 14-5-1985, 12-7-1996); sólo ante la imposibilidad de su recuperación cabe la indemnización de una cantidad pecuniaria cuando el crédito preexistente al delito se ha perjudicado irreparablemente y es líquido y exigible hasta el punto de haberse declarado en vía civil sin que la ejecución pudiera llevarse adelante precisamente por el alzamiento del deudor (STS 14-7-1986, 29-12-2000). Cuando la restitución deviene jurídicamente imposible nada impide que puedan entrar en juego los medios subsidiarios y sustitutorios previstos en el artículo 110 CPenal, la reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales. El artículo 111 precisa que la restitución del mismo bien procederá, siempre que sea posible, con la excepción de que un tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable. El importe de la deuda no es consecuencia del delito sino que preexiste al mismo; sin embargo, la reparación e indemnización es también un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulenta cuando la reintegración es imposible, con la salvedad de que la obligación de indemnizar (importe de la deuda pendiente) debe estar comprendida en el valor del bien existente en el patrimonio cuyo desplazamiento de la acción de los acreedores constituye su verdadero perjuicio, luego en la medida que la indemnización no exceda del valor del bien sustraído a la ejecución debe aplicarse como remedio subsidiario la indemnización correspondiente de daños y perjuicios (SSTS 2055/2000 de 29.12, 234/2005 de 24.2).

En cuanto a la nulidad del contrato, dice la STS 167/2008 que, en principio, no existe obstáculo jurídico



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jusc...	ex. n.º fecha y hora:
Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1ct18c96ed9a92.	Firmado por: Varios

alguno para la declaración de nulidad, en el mismo proceso penal, de los negocios jurídicos que sirven de falsa cobertura para la obtención de un lucro económico a costa de un tercero. Cuando se ha realizado un negocio jurídico en la comisión del delito, la reparación civil se realiza a través de la declaración de nulidad de dicho negocio. Ahora bien, para que tal declaración pueda hacerse en la sentencia penal -razona la STS 745/2006, 7.7-, es necesario que se ejercite la acción correspondiente en debida forma, esto es, de acuerdo con los principios procesales que regulan el ejercicio de estas acciones de carácter civil. Uno de tales principios es el respeto al derecho de defensa, de modo que no cabe hacer en sentencia ningún pronunciamiento que pueda perjudicar a quien no fue llamado como parte en el correspondiente proceso, elevado a la categoría de derecho fundamental por el artículo 24.1 de la Constitución. Aplicación concreta de esta norma fundamental es lo que en el proceso civil se conoce con el nombre de litisconsorcio pasivo necesario, que existe cuando varias personas se encuentran ligadas a una relación jurídica de forma tan próxima e indisoluble que cualquier resolución judicial dictada contra una forzosamente ha de afectar a la otra u otras o, como dice el actual art. 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados». Por ello, para que en tales supuestos quede correctamente constituida la relación jurídica procesal, es obligado llamar al litigio a todas esas personas conjuntamente, de modo que todas y cada una de ellas puedan actuar como partes en el procedimiento. Si no se cumple esta norma, hay que apreciar, incluso de oficio, la existencia de este defecto procesal. Este planteamiento es aplicable a los supuestos de proceso penal por delito de alzamiento de bienes cuando éste se ha producido por medio de un contrato y se pretende la nulidad



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Fecha y hora:	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscair...	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6

del mismo. Si en tal contrato intervinieron varias personas, todas ellas han de ser traídas al proceso, porque contra todas ha de ejercitarse la correspondiente acción civil de nulidad, bien exclusivamente tal acción civil figurando sólo como demandados civiles en el seno del proceso penal, bien acumulada a la acción penal porque el procedimiento se dirija contra todos los intervinientes en el contrato al haber sido todos ellos acusados como partícipes en el delito y consiguientemente como responsables civiles (SSTS 238/2001, 19.2, 1013/1999, 22.6 y 1263/1998, 21.10).

A partir de lo expuesto, lo procedente en el presente caso es ordenar restituir al patrimonio de la sociedad el importe de las cantidades indebidamente alzadas por el condenado, algo que se estima que no se opone al principio acusatorio puesto que tales importes pasarán, en su caso, a formar parte de la masa concursal y se repartirán en la manera establecida legalmente. Acceder a lo solicitado por la parte acusadora en el sentido de ordenar la indemnización exclusivamente a su favor no resultaría ajustado al ordenamiento puesto que no se ha dado por probado que, con su conducta, el condenado pretendiera no pagar la deuda mantenida con la misma sino que actuaba en perjuicio de todos los acreedores que mantenían con la empresa deudas cuyo importe ronda el millón de euros (conforme se desprende del informe de la administradora concursal, que enumera deudas y acreedores en f. 979 y ss.). Las cantidades alzadas devengan el interés legal desde el momento en que el condenado percibió las distintas cantidades objeto del delito pues desde ese momento se ha podido aprovechar de sus rendimientos.

En cuanto a la posibilidad de declarar la nulidad del negocio jurídico consistente en la cancelación del crédito hipotecario, ello no resulta posible cuando no ha sido



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora:	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jusca	Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6.

traída a la causa la entidad que fue contraparte en dicho negocio, BBVA, y que obviamente resultaría afectada por la nulidad que se decretase puesto que podría suponer para la misma la "reviviscencia" del crédito en su día cancelado, con el posible establecimiento de una nueva carga, gastos derivados de la nueva hipoteca, de inscripciones registrales, ...

SÉPTIMO.- Se imponen al condenado una tercera parte de las costas devengadas al haber sido condenado por uno de los delitos objeto de acusación, el de alzamiento de bienes, y absuelto de los otros dos, apropiación indebida y estafa.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a ...
; como autor responsable de un delito de alzamiento de bienes ya definido con la concurrencia de atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas de DIEZ MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, multa de DIEZ MESES con cuota diaria de CUATRO EUROS -con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago en los términos del artículo 53 del Código Penal-, a restituir al patrimonio de "Peña Sagra, S.A." la cantidad de NOVENTA Y SEIS MIL EUROS (96.000 euros), incrementada con el interés legal devengado por las cantidades distraídas desde que fueron percibidas por el condenado y con aplicación desde el presente momento del artículo 576 LECivil y al pago de una tercera parte de las costas causadas. Se le absuelve del resto de delitos objeto de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscar	Fecha y hora: Firmado por: Varios
Código Seguro de Verificación 3907537001-3c1c18c96ed9a92b22d6d5	=

acusación y se declaran de oficio dos terceras partes de las costas.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación cuya resolución corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo y que deberá ser interpuesto en el tiempo y forma a que se refiere la LECriminal.

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

PUBLICACION: La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha, de lo que doy fe.