



Roj: **SAP GR 1842/2016 - ECLI:ES:APGR:2016:1842**

Id Cendoj: **18087370022016100541**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **2**

Fecha: **25/10/2016**

Nº de Recurso: **122/2015**

Nº de Resolución: **625/2016**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **MARIA AURORA GONZALEZ NIÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 1842/2016,**
STS 4467/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA.

Sección Segunda.

Rollo de Sala núm. 122/2015.

Causa: Procedimiento Abreviado núm. 31/2015 del

Juzgado de Instrucción núm. 3 de Granada.

Ponente: Sra. María Aurora González Niño.

SENTENCIA NÚM. 625/16

dictada por la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Granada, en nombre de S. M. el Rey.

Ilmos Sres:

Presidente:

D. María Aurora González Niño

Magistrados:

D. Juan Carlos Cuenca Sánchez

D^a Aurora María Fernández García

En la ciudad de Granada, a veinticinco de octubre dos mil dieciséis, la Sección Segunda de esta Ilma. Audiencia Provincial, formada por los Sres. Magistrados al margen relacionados, ha visto en juicio oral y público la **Causa núm. 122/2015 dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 31/2015 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Granada**, seguido por supuestos delitos de alzamiento de bienes y estafa/falsedad documental contra los acusados:

Lazaro Lucas , nacido en Madrid el NUM000 de 1979, hijo de Leoncio Braulio y Ariadna Elena , con DNI núm. NUM001 y domicilio en Atarfe (Granada), c/ DIRECCION000 , NUM002 , quien no ha estado privado de libertad por esta Causa, representado por la Procuradora D^a María del Pilar Molina Sollmann y defendido por el Letrado D. Jorge Pfeifer López-Jurado.

Simon Benjamin , nacido en Huéscar (Granada) el NUM003 de 1982, hijo de Leoncio Braulio y Rebeca Yolanda , con DNI núm. NUM004 y domicilio en Huéscar, c/ DIRECCION001 , NUM005 , quien no ha estado privado de libertad por esta Causa, representado por la Procuradora D^a María del Pilar Molina Sollmann y defendido por el Letrado D. Jorge Pfeifer López-Jurado.



Damaso Benito , nacido en Atarfe (Granada) el día NUM006 de 1940, hijo de Leoncio Braulio y Isabel Tamara , con DNI núm. NUM007 y domicilio en Atarfe, c/ DIRECCION000 , NUM002 , quien no ha estado privado de libertad por esta Causa, representado por la Procuradora D^a María del Pilar Molina Sollmann y defendido por el Letrado D. Jorge Pfeifer López-Jurado.

Baltasar Adolfo , nacido en Huéscar (Granada) el NUM008 de 1955, hijo de Leoncio Braulio y Clara Tomasa , con DNI núm. NUM009 y domicilio en Huéscar, c/ DIRECCION001 , NUM005 , quien no ha estado privado de libertad por esta Causa, representado por la Procuradora D^a María del Pilar Molina Sollmann y defendido por el Letrado D. Jorge Pfeifer López-Jurado.

Ovidio Herminio , nacido en Granada el NUM010 de 1980, hijo de Celestino Lucas y Elisa Fidela , con DNI núm. NUM011 y domicilio en Granada, c/ DIRECCION002 , NUM012 , esc. NUM013 , NUM014 , quien no ha estado privado de libertad por esta Causa, representado por la Procuradora D^a María del Pilar Molina Sollmann y defendido por el Letrado D. Jorge Pfeifer López-Jurado, y

Benito Julian , nacido en Atarfe (Granada) el NUM015 de 1979, hijo de Leoncio Braulio y Paloma Guadalupe , con DNI núm. NUM016 y domicilio en Granada, c/ Rosendo Rogelio , NUM017 , NUM018 , quien no ha estado privado de libertad por esta Causa, representado por la Procuradora D^a Inmaculada Rodríguez Simón y defendido por el Letrado D. Manuel Fernández Roldán.

Y en calidad de responsable civil subsidiario, contra la mercantil **OUTSOURCING CAPTACIÓN Y REPRESENTACIÓN GRANADA SL**, representada por la Procuradora D^a María del Pilar Molina Sollmann y defendida por el Letrado D. Jorge Pfeifer López-Jurado.

Ejerce la acusación particular la **CAJA RURAL DE GRANADA**, representada por la Procuradora D^a María Rosario Jiménez Martos y dirigida por el Letrado D. Ernesto Julio Osuna Martínez, y la acusación pública el **MINISTERIO FISCAL**, representado por la Ilma Sra. D^a Concepción Rodríguez Cabezas.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- En sesiones celebradas los días 12 y 13 de julio de 2016 ha tenido lugar en la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial la vista, en juicio oral y público, de la Causa seguida por supuestos delitos de alzamiento de bienes y estafa contra los acusados arriba reseñados.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en trámite de conclusiones definitivas manteniendo las de su escrito de acusación, calificó los hechos como constitutivos de un delito de alzamiento de bienes del art. 257-1-1^o y 2^o y 4 en relación con el art. 250-1-5^a del Código Penal , reputando autores a los acusados Lazaro Lucas y Simon Benjamin , sin concurrir circunstancias modificativas, interesando se les impusiera las penas de tres años de prisión, accesoria legal y veinte meses de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros, pago de costas, e indemnizaran a Caja Rural de Granada en el importe total percibido más intereses legales, y se declarara la responsabilidad civil subsidiaria de Outsourcing Captación y Representación Granada SL.

TERCERO.- La Acusación Particular, en igual trámite con modificación parcial de su escrito de acusación, calificó los hechos como constitutivos de un delito de alzamiento de bienes del art. 257-1-1^o y 2^o y 4 en relación con el 250-5^o del Código Penal , y de un delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 en relación con el 390-1-1^o , 2^o y 3^o, o subsidiaria y alternativamente, de falsedad en documento privado del art. 395 en relación con el 390-1-1^o , 2^o y 3^o, todos del mismo texto legal , reputando autores materiales del delito de alzamiento de bienes a los acusados Lazaro Lucas y Simon Benjamin , y autores por cooperación necesaria a los acusados Damaso Benito , Baltasar Adolfo , Ovidio Herminio y Benito Julian , y del delito de falsedad documental a los dos primeros acusados, interesando se les impusiera las siguientes penas:

A los seis acusados, por el delito de alzamiento de bienes, las penas de tres años de prisión y veinte meses de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros, y a Lazaro Lucas y Simon Benjamin , por el delito de falsedad, las penas de un año de prisión y nueve meses de multa con cuota diaria de 6 euros si se apreciara el delito del art. 392, o la pena de ocho meses de prisión si se apreciara el delito del art. 395, accesorias legales y costas incluidas las de la Acusación Particular.

Y en concepto de responsabilidad civil, se declarara la solidaria de todos los acusados por el importe total de lo percibido con los intereses legales, más una indemnización de 24.134 euros equivalente al 10% de la cantidad defraudada, y se declarara la responsabilidad civil subsidiaria de Outsourcing Captación y Representación Granada SL.

CUARTO.- Las Defensas de los acusados, en igual trámite procesal, interesaron la libre absolución de sus patrocinados, interesando además la del acusado Benito Julian se impusieran a la Acusación Particular las costas de su representación y defensa.



CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia por el trabajo que pesa sobre el tribunal; siendo ponente la Magistrada D^a María Aurora González Niño.

HECHOS PROBADOS.

De las pruebas practicadas, apreciadas en conciencia, resulta probado y así se declara que la mercantil Outsourcing Captación y Representación Granada SL, de la que a la fecha que seguidamente se dirá eran únicos socios al tiempo que administradores solidarios los acusados Lazaro Lucas y Simon Benjamin , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, interpuso en 2010 demanda civil contra la Caja Rural de Granada por incumplimiento unilateral de contrato y en reclamación de cantidad por trabajos realizados e impagados, que dio lugar al Procedimiento Ordinario núm. 559/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Granada, en el que con fecha 26 de septiembre de 2011 recayó sentencia parcialmente estimatoria de la demanda por la que condenaba a la Caja Rural a pagar a la mercantil demandante la suma de 226.725,34 euros más intereses legales.

Recurrida en apelación la sentencia por la demandada condenada y admitido a trámite el recurso, la demandante, por conducto de su representación procesal Procuradora D^a Beatriz Tatiana , instó la ejecución provisional de la sentencia que el Juzgado acordó por auto de fecha 7 de noviembre de 2011 mandando despachar ejecución contra Caja Rural de Granada por el importe de 241.347,58 euros de principal más intereses legales, más otra suma adicional por gastos presupuestados, auto en que se ordenaba advertir a la ejecutante de las obligaciones derivadas en caso de revocación total o parcial de la sentencia conforme al art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . La indicada suma, pese a las protestas de la demandada por falta de garantías de devolución en la demandante y tras varias diligencias de ejecución, fue finalmente transferida a la cuenta de consignaciones del Juzgado, que la Secretaria judicial ordenó entregar a la Procuradora de la parte actora Sra. Beatriz Tatiana mediante mandamiento de devolución, que recibió el 5 de marzo de 2012.

Cobrado el dinero, la Procuradora, siguiendo las instrucciones del Letrado director de Outsourcing en aquel proceso, D. Elias Benito , quien había informado a sus clientes D. Lazaro Lucas y D. Simon Benjamin de su petición de ejecución provisional y el significado de semejante institución con las consecuencias legales inherentes al mismo, esto es, la obligación de devolver lo percibido para la eventualidad de que la sentencia de segunda instancia revocara el fallo provisionalmente ejecutado, se quedó con 10.000 euros en concepto de provisión de fondos por sus derechos en ése y otros cuatro procesos más de Outsourcing aún pendientes, entregó otros 50.000 euros al Letrado Sr. Elias Benito en concepto de provisión de fondos a cuenta de sus honorarios profesionales devengados durante el pleito, y el resto, 181.347,58 euros, lo dividió en dos cheques nominativos en favor de D. Lazaro Lucas y D. Simon Benjamin por importe de 90.673,79 euros cada uno, que al día siguiente, 6 de marzo de 2012, el Letrado Sr. Elias Benito les entregó en su despacho, todo ello con el consentimiento de sus clientes para las detracciones previamente efectuadas en favor de la procuradora y el abogado y la forma de repartir el resto del dinero entre los dos socios de Outsourcing. Una vez con el dinero en su poder, cada socio hizo suya su parte según creyó conveniente sin ponerlo a disposición de Outsourcing a quien pertenecía.

Así las cosas, con fecha 13 de julio siguiente la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada a quien correspondió la segunda instancia del proceso, dictó sentencia por la que estimando el recurso de apelación de Caja Rural y desestimando el que a su vez había interpuesto Outsourcing, revocó la sentencia de la primera instancia, absolviendo a Caja Rural de Granada de la demanda inicial. Conocido el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial y a instancia de Caja Rural, el Juzgado, por auto de fecha 5 de octubre siguiente, ordenó suspender la ejecución provisional iniciada y a su vez ordenó la ejecución provisional del fallo de la Audiencia, despachándola contra Outsourcing por el total del dinero percibido.

Como ésta no devolvió el dinero tras ser requerida de pago, conscientes los administradores de que nada se podría embargar a Outsourcing por carecer de bienes de cualquier clase, y dispuestos a ocultar el paradero del dinero, su representación procesal, en respuesta a un nuevo requerimiento que ordenó la Secretaria judicial a propuesta de Caja Rural, presentó escrito en el Juzgado el 16 de noviembre de 2012 tratando de justificar haber invertido en el pago a acreedores de todo el dinero, los 241.347,58 euros percibidos de la ejecución provisional, para lo cual acompañaba una serie de facturas y justificantes de gastos que, salvo un pago a la Administración Tributaria por importe de 1.579,35 euros verificado el 11 de octubre de 2012 por retenciones a cuenta del IRPF, y otro verificado el 31 de julio de 2012 al despacho del Letrado Sr. Elias Benito por 10.016,75 euros como honorarios por el recurso extraordinario y de casación ante el Tribunal Supremo que interpuso en el mismo pleito y no le fue finalmente admitido a trámite, no respondían a deudas reales generadas por la



actividad de la empresa o no se pagaron con aquel dinero. Entre esos justificantes, confeccionados ex profeso por los acusados, se presentaron los siguientes:

Un recibo fechado el 19 de marzo de 2012 y firmado por el padre de Simon Benjamin , el también acusado Baltasar Adolfo , mayor de edad y sin antecedentes penales, por el que declaraba falsamente haber percibido de Outsourcing 9.529 euros como reembolso de un préstamo hecho a la sociedad para pagar los gastos de los informes periciales devengados durante el pleito.

Otro recibo de la misma fecha firmado por el padre de Ovidio Herminio , el también acusado D. Damaso Benito , mayor de edad y sin antecedentes penales, por el que declaraba falsamente haber percibido de la sociedad 12.743 euros como reembolso de un préstamo hecho a la sociedad para abonar los gastos de informes periciales, notariales y otros en el mismo pleito.

Otro recibo de fecha 3 de abril de 2012 firmado por el ex socio de Outsourcing y amigo de su administradores, el también acusado D. Ovidio Herminio , mayor de edad y sin antecedentes penales, por el que declaraba falsamente haber percibido de la sociedad 48.750 euros como provisión de fondos e inicio de trabajos para la realización de una página web y tienda on-line para la venta de aceite de oliva y productos hortofrutícolas de un proyecto que decía estaba desarrollando la sociedad, en realidad inexistente.

Y otro recibo fechado el 10 de mayo de 2012 y firmado por el arquitecto también acusado Benito Julian , mayor de edad y sin antecedentes penales, por el que afirmaba en falso haber recibido de Outsourcing 71.250 euros como provisión de fondos para el desarrollo de un proyecto inexistente para la creación de una cooperativa de viviendas.

Comoquiera que la investigación patrimonial de Outsourcing reclamada de oficio por el Juzgado dio resultado negativo y así lo confirmaron los propios acusados en los autos de la ejecución, certificando como administradores que la mercantil no poseía propiedades, bienes ni derechos de cobro de ninguna clase, Caja Rural de Granada, una vez firme la sentencia de segunda instancia, no se ha podido reintegrar del dinero de la ejecución provisional que aquéllos percibieron.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Los hechos declarados probados en lo que se refiere a la conducta de los acusados Lazaro Lucas y Simon Benjamin , extraídos como no podría ser de otra forma de la valoración conjunta y en conciencia de la prueba practicada en el juicio oral conforme a las previsiones del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , son legalmente constitutivos de un delito de insolvencia punible por alzamiento de bienes, previsto y penado por el art. 257, apartado 1-1º del Código Penal , en su modalidad agravada contemplada en el número 4 del precepto en relación con el art. 250-1-5º por ser la cuantía de la defraudación superior a 50.000 euros, conforme a la redacción que tenían estas normas a la fecha de autos previa a su reciente reforma por LO 1/2015 (que en realidad viene a mantener la anterior en lo que aquí os ocupa), pero no del delito de falsedad documental que de forma acumulativa y en concurso real imputa la Caja Rural de Granada, acusadora particular, a los dos principales acusados, socios y administradores de su actual deudora, la mercantil Outsourcing Captación y Representación Granada SL, en cuyo nombre actuaron para cometer en calidad de autores materiales el delito de fraude a acreedores así calificado, como más adelante se razonará.

Y de la misma forma, se rechaza la coautoría material por cooperación necesaria en el delito de alzamiento de bienes de los otros cuatro acusados traídos al proceso por la Acusación Particular contra el criterio del Ministerio Fiscal, D. Damaso Benito y D. Baltasar Adolfo , padres de Lazaro Lucas y Simon Benjamin respectivamente, el ex socio y amigo de éstos D. Ovidio Herminio , y el arquitecto D. Benito Julian vinculado profesionalmente con aquéllos en proyectos anteriores de la empresa, como también se va a explicar.

SEGUNDO.- Como señala el Tribunal Supremo desde antiguo, vg. en su sentencia de fecha 13 de febrero de 1992 , el delito de alzamiento de bienes constituye la infracción del deber de mantener íntegro el propio patrimonio como garantía universal en beneficio de cualquier acreedor, y por ello equivale a la ocultación o sustracción que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentra dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse, y el requisito del perjuicio de acreedores al cual los actos de ocultación o disposición del patrimonio debe dirigirse ha de ser entendido como fruto de la correlativa intención del deudor de salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna persona allegada, obstaculizando la vía de la ejecución que podrían seguir sus acreedores.

Pero esa garantía del acreedor que representa el patrimonio presente y futuro del deudor de acuerdo con el art. 1911 del Código Civil no puede interpretarse como la obligación del deudor de inmovilizar su patrimonio a la espera de la acción ejecutiva del acreedor, sino que lo esencial es que lo mantenga, pues lo que se castiga



con el delito es sacar sus bienes de la acción directa del acreedor bastando con que el acto de disposición dificulte a éste el cobro de su crédito.

En este sentido, merece destacar por su claridad la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2000 que declara: "se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la obstaculización de la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.....Y por eso las sentencias de esta Sala que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia, porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta.... El concepto de insolvencia ...debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento u obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio".

Y son elementos de este delito (vg. STS 3 de marzo de 2011 que glosa otras muchas), los siguientes:

1º- Existencia previa de un crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencido, líquido y exigible, aunque también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, porque nada impide que, ante la perspectiva de un crédito, ya nacido pero todavía no ejercitable, el deudor realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2º- Un elemento dinámico consistente en una destrucción u ocultación, real o ficticia, de sus activos por el deudor, acción delictiva de estructura abierta ya que la norma tipifica realizar cualquier acto por el que se excluya algún elemento patrimonial de las posibilidades de ejecución de los acreedores, tanto los de pura ocultación o sustracción -el genuino "alzamiento"- como cualesquiera otros de disposición patrimonial o generador de obligaciones.

3º.- El resultado de la insolvencia, bien total, bien parcial con disminución del patrimonio del deudor, que imposibilite o dificulte a los acreedores el cobro de lo que les es debido.

4º.- Un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos, que se traduce en el propósito del deudor de salvar, para sí o en beneficio de alguna otra persona allegada, algún bien o todo su patrimonio de una posible ejecución, previsible o ya en marcha.

Trasladada esta doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado, no puede haber duda de que los principales acusados D. Lazaro Lucas y D. Simon Benjamin observaron una clara conducta de ocultación de una buena parte del dinero que en nombre de su sociedad, la mercantil Outsourcing, habían percibido anticipadamente en ejecución provisional de un fallo judicial que les resultó favorable en aquel proceso civil que promovieron contra su antigua cliente, la Caja Rural de Granada, a expensas de la obligación de devolverlo si, como finalmente sucedió, la sentencia era total o parcialmente revocada en segunda instancia, tal como establece el art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y así se indicó en el auto del Juzgado que ordenó la ejecución provisional. Se trataba, pues, de una obligación legal de dar -la de devolver el dinero percibido provisionalmente- que ya había nacido desde el momento mismo en que se recibió ese dinero, aunque condicionada su exigibilidad a la revocación del fallo por la instancia judicial superior, de suerte que cumplida la condición tan pronto como recayó la sentencia dictada en apelación que revocando el fallo de la primera instancia desestimaba la demanda que Outsourcing dedujo contra la Caja, la obligación de devolver el dinero devino inmediatamente exigible: de ahí que a partir de este momento, la Caja Rural, convertida ahora en acreedora, tratara de recuperar el dinero dentro del proceso de ejecución judicial, pero resultarían vanos todos sus esfuerzos porque, tal como intuía, Outsourcing carecía de bienes y derechos de cualquier clase y no ofrecía garantías de que la elevada suma de dinero líquido que percibiría provisionalmente a su costa y conformaría su único patrimonio, permanecería intacta y expuesta a la acción ejecutiva de retorno para el hipotético caso de que perdiera el pleito en apelación.

Y esto es precisamente lo que sucedió: los acusados, conscientes de la obligación de devolver el dinero que se les entregó provisionalmente por el Juzgado en ejecución del fallo apelado para el caso de que éste fuera revocado por la Audiencia Provincial, y no dispuestos a asumir el riesgo de perderlo, aceptaron la propuesta del abogado que dirigía su sociedad en aquel pleito y después de pagar las deudas que había contraído Outsourcing con la procuradora (por ése y otros procesos en trámite) y con el letrado en ese mismo pleito por devengo de sus derechos y honorarios profesionales (sea en concepto de provisión de fondos, o en el de pago de minutas, lo mismo da), en lugar de poner el dinero sobrante, la importante suma de



algo más de 181.000 euros, a disposición de la sociedad a quien pertenecía, bien ingresándola en alguna cuenta bancaria de titularidad social, bien depositándola en caja, decidieron hacerlo suyo cobrando cada uno de ellos separadamente la mitad para engrosarlo en su propio patrimonio personal, aceptando los cheques nominativos que a tal efecto libró para ellos la procuradora que había cobrado el mandamiento de devolución judicial siguiendo las instrucciones del letrado.... y a partir de este momento, se perdió como es natural la pista de aquel dinero que Caja Rural no ha podido recuperar por no hallarse en el patrimonio de la mercantil, su verdadera acreedora, sólo contra la cual puede ejercer la acción judicial ejecutiva, por la incuestionable insolvencia total de que adolece.

Y en refuerzo de la calificación jurídica que se propugna, sale la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 8 de abril de 2009 , que en un caso muy similar al que aquí nos ocupa de ejecución provisional de un fallo judicial, confirmó la existencia del delito de alzamiento de bienes pese a la contingencia del crédito ya que el retorno dependía del fallo de la sentencia de apelación, precisamente porque "el art. 257 comprende el supuesto en que la actuación maliciosa del sujeto activo sea apta para burlar la expectativa del sujeto pasivo. Expectativa que existía al haberse producido una ejecución provisional pendiente de retorno eventualmente inminente, como hemos visto, y que quedaba frustrada".

Ahora bien, debemos matizar en cuanto al caso que nos ocupa que la conducta ilícita penalmente reprochable como fraude de acreedores se debe circunscribir tan sólo a los actos de ocultación de dinero no justificados por no obedecer al pago real de deudas de la sociedad con terceros, pues no es posible desconocer tampoco la reiterada jurisprudencia que declara que no existe alzamiento de bienes, por eliminación del propósito defraudatorio, cuando el dinero o los bienes obtenidos se destinan al pago de otras deudas que también pesan sobre el mismo patrimonio, habida cuenta que esta figura delictiva ampara globalmente al conjunto de los acreedores y no a unos con preferencia de otros, de suerte que si los bienes se destinaron al pago de otras deudas del mismo sujeto sin existir un procedimiento universal de acreedores, no cabe hablar de alzamiento de bienes ya que esta figura delictiva no constituye la tipificación penal de la violación de las normas civiles o mercantiles relativas a la prelación de créditos, materia de derecho privado cuya inoperancia no constituye el objeto del delito.

Y por esta razón, consideramos que se debe excluir la tipicidad penal de las disposiciones de aquel dinero por los administradores Outsourcing que se aplicaron al pago de otras deudas sociales, como las provisiones de fondos y/o pago de honorarios a procuradora y letrado de la mercantil por su intervención en ése y otros procesos, o el pago que consta hizo a la Administración Tributaria.

Y en fin, resulta igualmente de aplicación al delito la modalidad agravada contemplada en el apartado 4 del art. 257 del CP , introducida con la reforma operada por LO 5/2010 en vigor a la fecha de autos, en relación con la circunstancia 5ª del apartado 1 del art. 250 al que remitía, por exceder sobradamente de 50.000 euros no sólo la cuantía del crédito defraudado sino también del elemento patrimonial ocultado en fraude de acreedores.

TERCERO.- Del indicado delito son responsables en concepto de autores los acusados Lazaro Lucas y Simon Benjamin por su participación directa, material y voluntaria en su ejecución conforme a los art. 27 , 28 y 31 del Código Penal en cuanto personas físicas que cometieron el hecho delictivo actuando como administradores de derecho de una persona jurídica, la mercantil Outsourcing SL, en quien concurría la cualidad de deudora y la obligación de mantener el dinero de la ejecución provisional en su patrimonio, que obrando en su representación incumplieron aquéllos cobrando personalmente el dinero sin ingresarlo en la sociedad, y dándole en su mayor parte un destino ignorado o en el mejor de los casos ajeno a deudas o gastos propios de la sociedad, provocando con ello la más absoluta insolvencia de la mercantil con la subsiguiente frustración del crédito de retorno de Caja Rural.

A la relación de hechos probados precedente se ha llegado partiendo de la presunción de inocencia que asiste a estos acusados tras el contundente resultado de la prueba de cargo contra ellos presentada en el juicio oral, apta y bastante para destruir dicha presunción con las garantías y exigencias de certeza que demanda la protección constitucional de ese derecho fundamental. Los propios acusados D. Lazaro Lucas y D. Simon Benjamin , corroborados en este extremo por la testifical de la procuradora Dª Beatriz Tatiana y del abogado D. Elias Benito , han admitido que recibieron el dinero de la ejecución provisional en la forma que se ha descrito más arriba: una parte se la quedó la procuradora para cobrarse una provisión de fondos" por varios pleitos o procesos de la sociedad pendientes o en trámite, la otra se la quedó el letrado en el mismo concepto a cuenta de sus honorarios por el propio pleito, y el resto, 181.347,58 euros, se dividió entre los socios en dos cheques nominativos, uno para cada uno, no a nombre de de la sociedad, que luego cobraron por el respectivo importe de algo más de 90.000 euros cada uno. Por otro lado, nos remitimos al testimonio de particulares del Procedimiento Ordinario núm. 559/2010 y de la pieza completa de ejecución provisional del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Granada que obra en legajo aparte como prueba anticipada de la Acusación Particular para el juicio oral, donde constan las resoluciones sucesivas -sentencias de primera y



segunda instancia-, y todos los avatares del incidente de ejecución provisional hasta el momento, de donde se han extraído los datos procesales antes relacionados, por lo demás tampoco cuestionados por las partes. Y la completa insolvencia de la sociedad, además de haber sido más que reconocida por los propios acusados, viene probada por el resultado negativo de la información patrimonial que recabó el Juzgado de Primera Instancia en aquella pieza e incluso por la testifical del contable de la empresa D. Humberto Segismundo y el informe del perito judicial D. Ezequias Teofilo a la vista del Libro Diario de la sociedad que se aportó, sin más apuntes contables como ingresos que el dinero percibido de la ejecución provisional.

Pero lejos de lo que los acusados alegan en su descargo, resulta inadmisibles, primero, que desconociesen que el dinero lo recibían provisionalmente con la condición de devolverlo si perdían el pleito en apelación, y segundo, que invirtieran la totalidad del dinero en gastos o deudas derivados de la actividad de Outsourcing, pues la toda prueba les desmiente. Ya hemos advertido más arriba lo significativo del propósito defraudatorio y de ocultación de este único activo patrimonial de la empresa en el hecho de que los acusados cobraran el dinero, tras detraer lo que acordaron para la procuradora y el abogado, en sendos cheques a su nombre repartiéndoselo por mitad, lo que cuestiona seriamente su afirmación de que lo depositaron en metálico en la caja social en un momento en el que ni siquiera tenían local donde establecer su sede tras ser lanzados o desahuciados dos años antes por la Caja Rural, como ellos mismos informaron, ni actividad reconocible en la empresa, como el perito informó. Desmiente también a los acusados la testifical de su antiguo letrado Sr. Elias Benito, asegurando con toda vehemencia que informó puntualmente a sus clientes de lo que significaba la ejecución provisional y las consecuencias de una eventual pérdida de la demanda en la segunda instancia con la subsiguiente obligación de devolver el dinero, así como el consentimiento de los acusados a esta iniciativa; de hecho, aunque los dos acusados aseguraron que el abogado no les informó de la eventualidad de verse obligados a devolver el dinero sino que incluso les prometía que obtendrían más -a cuenta del recurso de apelación que también ellos interpusieron contra la sentencia de primera instancia-, también coincidieron que el abogado les recomendó que "controlaran el gasto", expresión que no admite otra interpretación, si es que el abogado así se lo dijo sin dar más explicaciones (lo que en sí ya un tanto dudoso), de que no tenían libertad para disponer del dinero a su antojo como habría ocurrido si la entrega se hubiera dado incondicionalmente y con carácter definitivo por haber ganado en firme el pleito. Por lo demás, la preparación académica y profesional de los acusados, economistas ambos y con experiencia en el mundo de la empresa, viene a negar toda verosimilitud a esta parte de sus manifestaciones exculpatorias.

Y como colofón de cuanto se acaba de valorar nos encontramos con ese burdo intento de justificar ante el Juzgado de Primera Instancia el consumo total del dinero en apenas unos pocos meses en el pago de deudas o gastos de Outsourcing, anticipándose con toda probabilidad a una previsible querrela o denuncia de Caja Rural, presentando para ello, con el apoyo de un libro diario confeccionado ad hoc, una serie de documentos que o bien han resultado directamente falaces, como los recibos firmados por los otros cuatro acusados de los que seguidamente nos ocuparemos, o inconsistentes como facturas y tickets de restaurantes, hoteles o gastos personales, o sencillamente ineficaces como facturas de gastos de la empresa fechadas años atrás.

CUARTO.- Los recibos en cuestión cuya firma ha valido al resto de los acusados su implicación en este proceso hasta el punto de verse acusados por Caja Rural como cooperadores necesarios del delito de alzamiento, vienen documentados en la querrela y en el testimonio de particulares del Juzgado de Primera Instancia, y después de oír la opinión del perito Sr. Ezequias Teofilo y las manifestaciones de quienes los firmaron a ruego de los principales acusados, no cabe duda de que son completamente mendaces porque ni los firmantes recibieron el dinero que en ellos se indica, ni existió entre ellos y Outsourcing el negocio jurídico de fondo que les serviría de causa.

Nada mejor que las declaraciones en juicio de los acusados Ovidio Herminio y Benito Julian para demostrar cumplidamente que no cobraron el dinero que declaraban haber percibido de Outsourcing -nada menos que 48.750 y 71.250 euros, respectivamente- en el recibo que firmaron uno y otro a instancia de los administradores, aunque trataran de justificar la firma del recibo, que admiten, en la existencia de ciertos proyectos futuros de trabajos para la empresa todavía no materializados, y además en el caso del Sr. Benito Julian confundido, según dice, por el acusado Sr. Lazaro Lucas al presentarle ése y otros documentos a la firma con el pretexto de obtener financiación para otro proyecto -el acondicionamiento de una ludoteca- y así poder cobrar sus eventuales honorarios. La confección de esos recibos y su presentación a la firma a esos dos acusados por los administradores de Outsourcing, que efectivamente, rendidos ante la evidencia, admitieron éstos en su declaración en juicio haber realizado, hacen inaceptables las vagas excusas balbuceadas por ambos sobre las razones que les llevaron a obtener primero y entregar a su letrado después estos documentos en sí inveraces para presentarlos en el Juzgado de Primera Instancia en justificación de unos pagos no hechos por deudas sociales inexistentes.



Y con mayor razón todavía predicamos la absoluta falta de credibilidad merecen los principales acusados tratando de justificar la realidad de los pagos que reflejan los recibos que presentaron a la firma a sus respectivos padres, por importe de 12.743 euros en el caso de D. Damaso Benito , y por importe de 9.529 euros en el caso de D. Baltasar Adolfo : la plasmación de esas cifras tan concretas en los recibos sólo puede obedecer al intento de acomodarlas al importe de otras facturas varias de fechas anteriores (por honorarios periciales, gastos notariales... al parecer devengados por o con ocasión del proceso civil) también presentadas en el Juzgado de Primera Instancia junto con esos recibos para cuadrarlos. Y la prueba de cargo permite una vez más llegar a la conclusión de que ni los padres recibieron ese dinero de Outsourcing ni tampoco existió un anticipo o préstamo real a la sociedad para atender a los gastos que en cada documento se reflejan.

Así, la justificación ofrecida por el acusado Lazaro Lucas al recibo firmado por su padre se muestra inadmisibles por su falta de seriedad en un confusión intolerable de préstamos personales a él y a la sociedad impropios del administrador de una sociedad y dirigente de una empresa, diciendo que se trataba de la devolución de préstamos hechos en un periodo en que la empresa no tenía actividad, y en concreto que el de su padre obedece al reembolso de un dinero que le había prestado a la sociedad para atender a gastos del proceso, que él y su socio habían venido recibiendo dinero de sus padres para los gastos de la empresa desde 2008 hasta hoy, pero no hay reflejo de esos préstamos de los padres en los libros sociales de contabilidad porque eran personales de padre a hijo..., en fin, una suma de vaguedades y una contradicción tras otra que no esclarece, sino todo lo contrario, la declaración en juicio de su padre, el acusado Damaso Benito , cuando reconociendo haber firmado aquel recibo y sosteniendo que se corresponde con un dinero que le devolvió su hijo a la fecha que consta en el documento, indicó a continuación que en realidad era una parte de lo que le había ido dando a su hijo para ayudarlo desde 2005 hasta hoy aunque nunca le hizo firmar recibos ni recuerda cuánto le dio, que todavía le debe mucho dinero, que era dinero en efectivo, que no hay contrato ni documentos, y que con ese dinero se pagaban facturas de teléfono, gastos de personal, seguridad social y otros gastos de la empresa....

Y en ello abunda más todavía la declaración del acusado Simon Benjamin cuando indicó que sus padres le ayudaban económicamente "supone" que en metálico, que el recibo firmado por su padre se corresponde con el reintegro del dinero que sus padres le habían dejado en efectivo, y "supone" que el recibo firmado por el padre de Lazaro Lucas sería por un dinero que éste le habría dejado a él, que su padre le prestó dinero para constituir la sociedad y que el recibo no refleja todo el dinero que recibió de sus padres, que todavía les debe otras cantidades.... ; y en consonancia con ello, el padre de Simon Benjamin , el acusado D. Baltasar Adolfo , reconociendo su firma en el recibo en cuestión, afirmó que se trata de un dinero que le devolvió su hijo de cantidades prestadas con anterioridad en metálico y sin recibos, que le ha ido prestando a su hijo según le ha hecho falta (para pagar el alquiler de su casa, la seguridad social, etc.), que aún le debe bastante y que su hijo le devolvió en 2012 unos 30.000 euros.

Y para colmo de la incredibilidad de los acusados, basta con leer el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de la Audiencia Provincial dictada en apelación donde se cifra en algo más de 589.000 euros lo facturado por Outsourcing a Caja Rural hasta 2008, más otros 130.000 euros por gastos de lanzamiento de su proyecto, todo pagado en su momento, para comprender que Outsourcing, o los socios, tuvieron dinero y oportunidades de sobra para devolver a los padres de éstos lo que les pudieron prestar para poner en marcha la empresa o para atender a gastos personales de los hijos, o de la sociedad, sin necesidad de esperar al cobro del dinero de la ejecución provisional para liquidar unas cuentas imprecisas e indeterminadas, no delimitadas entre lo personal de cada socio y la sociedad, y mucho menos anotadas en los libros de la sociedad ni justificadas en documentos objetivos demostrativos de aquellos ingresos en las cuentas sociales.

Y como colofón a la prueba de cargo en refuerzo de la tesis de las acusaciones, se alza la prueba pericial contable emitida en el juicio oral por el Sr. Ezequias Teofilo , nombrado por el Juzgado de Instrucción de entre los peritos judiciales y de incuestionable imparcialidad por tanto, quien ratificando sus informes en la Causa a los folios 191 y ss. y 196 y ss. (éste último tras recibir la documentación presentada por los administradores de Outsourcing al legajo o pieza separada con ella formada), viene a abundar en nuestras consideraciones para concluir -tras examinar la documentación contable aportada por los acusados, contrastada con Hacienda y lo que consta en el Registro Mercantil- que las últimas cuentas sociales depositadas fueron las correspondientes al ejercicio económico de 2008 coincidente con la resolución del contrato con Caja Rural, que la contabilidad referente a 2011 y 2012 no refleja la vida real de la empresa, que ésta no tuvo actividad en ninguno de esos dos ejercicios pues no generó ni una sola factura, que el destino del dinero percibido de la ejecución judicial como único ingreso anotado no se destinó ni al pago de deudas anteriores a 2012 ni a gastos de la sociedad, que los documentos aportados carecen de eficacia para justificar los apuntes contables, que todos los ingresos se imputaron a caja y eso no es normal, como no lo es que se paguen en metálico las facturas si hay que hacerlo por transferencia como en ellas rezaba, que no se contabilizaron los supuestos préstamos de los padres de los socios... amén de lo desorbitado de algunos gastos como la creación de la página web, o lo injustificable de los gastos de hoteles, restaurantes y otros, porque la empresa no tenía actividad.



QUINTO.- Lejos de lo que sucede con la conducta de los administradores de Outsourcing, y alineados en este punto con el Ministerio Fiscal, estimamos atípica la de los otros cuatro acusados que lo han sido por la Acusación Particular como pretendidos cooperadores necesarios al delito de alzamiento de bienes, por manifiestamente intrascendente para la dinámica delictiva misma y por el carácter esencialmente fungible del dinero como único elemento patrimonial puesto fuera del alcance de la acreedora, pues para hacer desaparecer el dinero y frustrar las posibilidades de ejecución de la acción de retorno de Caja Rural contra Outsourcing dentro de aquel proceso judicial civil, les bastó a los administradores con cobrar para sí los dos cheques nominativos sin poner el dinero a disposición de la sociedad, vg., ingresando los cheques o transfiriendo su importe a alguna de las cuentas bancarias de Outsourcing susceptibles de traba. Los socios puede que se hayan gastado el dinero (el no invertido en deudas o gastos sociales reales) en cosas personales de cada uno, o que lo mantengan en alguna cuenta bancaria personal o de terceros, o que lo tengan simplemente escondido...., lo importante es que no se encuentra en el patrimonio de Outsourcing porque ellos mismos decidieron por ésta que no lo pondrían nunca a su disposición para no verse obligados a devolverlo si finalmente perdían el pleito como ocurrió.

Mantener la Acusación Particular que los otros cuatro acusados cooperaron eficazmente a la desaparición u ocultación del dinero porque simulaban haberlo cobrado de Outsourcing firmando los falsos recibos, constituye una afirmación contradictoria en sí misma e incompatible con el verdadero acto fraudulento cometido por los administradores, algo tan elemental como llevarse el dinero apartándolo físicamente de la persona jurídica en cuya representación decidieron hacerlo desaparecer para ponerlo a buen recaudo de Caja Rural, y no mediante actos jurídicos complejos o más sofisticados en los que posiblemente esté pensando la Acusación Particular para trasladar automáticamente al caso aquellos supuestos en que por la naturaleza del bien patrimonial que se trata de disipar y la imposibilidad de hacerlos desaparecer bien física, bien jurídicamente (vg, un inmueble, un derecho de crédito, la imposición de un gravámen....), es preciso el concurso de terceros que los adquieran de forma real o ficticia, lo que aquí no ocurre porque, como las dos partes acusadoras sostienen y así ha sido cumplidamente probado según lo dicho, ninguno de los otros cuatro acusados llegó a percibir un solo euro del dinero. La firma por éstos de los recibos falsos que los administradores sociales les presentaron a posteriori no obedeció a otro propósito reconocible que el de ayudarles, bien deliberadamente o bien de forma no consciente, a justificar ante su ya acreedora y el Juzgado ejecutor el gasto de todo el dinero y la imposibilidad de la deudora ya requerida de devolverlo, pero nada más, porque el dinero, sencillamente, se lo quedaron para sí los administradores desde el primer momento que lo cobraron, y decidieron seguir manteniéndolo oculto una vez devino exigible, con la revocación de la sentencia de primera instancia, la obligación de restitución en que se sitúa el momento consumativo del delito, respecto del cual la firma y presentación de los falsos recibos (junto con los demás documentos) meses después al proceso de ejecución civil, son actos posteriores de encubrimiento en el sentido vulgar del término, atípicos desde la perspectiva del delito de alzamiento.

Las anteriores consideraciones conducen al pronunciamiento absolutorio que antes se anticipaba para los acusados D. Damaso Benito , D. Baltasar Adolfo , D. Ovidio Herminio y D. Benito Julian .

SEXTO.- Al hilo de lo que se acaba de decir, resulta todavía más chocante que la Acusación Particular, modificando su calificación inicial por el cargo adicional de delito de estafa procesal (manifiestamente inviable por lo demás y determinante de la competencia de esta Audiencia Provincial para el enjuiciamiento del caso), no haya extendido a los otros cuatro acusados el cargo por el delito de falsedad documental por el que en conclusiones definitivas sustituyó el de estafa, a pesar de sostener desde la querrela la falsedad de los recibos que aquéllos firmaron a instancia de los principales acusados, conscientes todos según su tesis de que lo declarado en esos documentos era completamente mendaz por no haber recibido el dinero que en ellos indicaban ni haber existido la relación jurídica de base que justificaba la simulada recepción de esas sumas.

Una vez más, la Acusación Particular, apartándose del criterio del Ministerio Fiscal, suscita con esa nueva imputación delictiva otra cuestión que complica el enjuiciamiento de los principales acusados, D. Lazaro Lucas y D. Simon Benjamin , a pesar de que esa parte acusadora no parece mostrarse muy segura al plantear la calificación de forma alternativa o subsidiaria (tampoco esto lo aclara bien en sus conclusiones por escrito presentadas en el juicio oral) en la disyuntiva entre la falsedad en documento mercantil del art. 392 del CP , y la falsedad en documento privado del art. 395.

La creación ex novo de un documento que contiene una declaración de voluntad absolutamente mendaz hecha con la finalidad de acreditar una relación jurídica inexistente o irreal, aunque sea cierta la firma que lo autoriza en correspondencia con la identidad de la persona que la extiende, puede tener cabida en la modalidad falsaria del art. 390-1-2º al que remiten aquellos preceptos, ésto es, la "simulación de un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad", más allá de la mera falsedad ideológica en el documento del núm. 4º del art. 390 -"faltar a la verdad en la narración de los hechos"-, impune por atípica cuando es un particular el que la comete. Así lo dice ahora la jurisprudencia, superando una primera línea interpretativa



vacilante, en las STS de fecha 21 de julio o de 22 de septiembre de 2006 , o por citar otra más reciente, la de fecha 18 de marzo de 2014 . Desde este punto de vista, podemos comprender la tesis de la Acusación Particular cuando califica de falsos, por simulados, los cuatro recibos de dinero firmados por los padres respectivos, el ex socio y el antiguo colaborador de los administradores de Outsourcing también acusados, en cuanto estas personas reconocieron en esos documentos haber recibido un dinero de Outsourcing que en realidad nunca cobraron, y a cuenta de préstamos o provisiones anticipadas de fondos por trabajos en proyecto que nunca existieron, pues aun tratándose en los cuatro casos de documentos genuinos -en cuanto fueron firmados verdaderamente por las personas que hicieron en ellos esa declaración-, son radicalmente falaces en su contenido. También admitimos la activa intervención de los principales acusados D. Damaso Benito y D. Simon Benjamin en la confección de esos recibos, como autores materiales de su texto e inductores de la firma que en ellos estamparon esas personas de su entorno, admitida por los seis implicados, y absolutos poseedores del dominio funcional del hecho.

Pero lo que se muestra más dudoso es la tipicidad penal de esa conducta desde la perspectiva de los únicos acusados del delito, los administradores de la sociedad, en base a las siguientes reflexiones:

Primero, no estamos seguros de que esos recibos merezcan la consideración de documento mercantil porque quienes los expedieron eran personas privadas ajenas a la actividad empresarial de la sociedad. Recogemos así las dudas que la propia Acusación Particular expresa a la hora de calificar esa conducta falsaria como cometida o en documento mercantil o en documento privado, pues no se trata de un recibo expedido por la sociedad sino por personas privadas.

Segundo, porque para la ilicitud penal de un documento privado, es preciso que se haya otorgado "para perjudicar a otro" según exigencia típica del art. 395, y aunque la jurisprudencia conceptúa como perjuicio a estos efectos la lesión de cualquier bien jurídico, incluidos los económicos y también los morales a los que debe dirigirse la confección del documento falso los haya o no causado, no podemos identificar ese ánimo tendencial en la presentación de estos recibos a la acreedora ejecutante del retorno, aunque fuera por el conducto de un proceso de ejecución judicial abierto pero en un trámite no contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil al que dio sustantividad la secretaria judicial requiriendo a la deudora ejecutada a justificar en qué había gastado el dinero que se resistía a devolver (??), ni otros perjuicios adicionales o distintos de la burla de su crédito que causó la acción defraudatoria de ocultación del dinero en que consistió el delito de alzamiento.

Y tercero, conectando con lo anterior, porque estimamos que la justificación ante la acreedora del destino del dinero a que obedeció la confección y presentación de los falsos recibos en aquel proceso de ejecución civil, entendemos que tratando las dos partes de anticiparse con ello a la querrela por alzamiento de bienes que era previsible interpondría la Caja Rural, puede recibir el tratamiento del autoencubrimiento impune en cuanto el acto falsario estaría dirigido a tratar de ocultar el fraude de acreedores ya perpetrado, siendo que se ha descubierto, precisamente y en gran medida, gracias a estos documentos y la prueba de su falsedad en la presente Causa, hasta el punto de que la propia Acusación Particular ha identificado en la falsedad de los recibos la única conducta penalmente relevante de los otros cuatro acusados para imputarles la cooperación necesaria en el alzamiento de bienes cometida por los otros dos, lo que desde la perspectiva de esta acusación permite acudir a la regla de la consunción del art. 8-3º del CP para absolver a los Sres. Lazaro Lucas y Simon Benjamin del delito de falsedad documental que que también se les acusa, que por las razones expuestas habremos de decretar.

SÉPTIMO.- No concurren en los acusados hallados culpables, Lazaro Lucas y Simon Benjamin , circunstancias modificativas de la responsabilidad penal por el delito de alzamiento de bienes cometido. Ello obliga a acudir a la regla general de aplicación de las penas que contempla este supuesto, art. 66-1-6ª del CP , para determinar el concreto reproche penal que merecen dentro de los límites de las penas asignadas por la Ley al delito, en este caso y por haberse apreciado la modalidad agravada del art. 257 apartado 4 (que prevé la aplicación de las penas del tipo básico del apartado 1, en su mitad superior), una pena de prisión con una duración entre dos años, seis meses y un día a cuatro años, y una pena de multa de entre dieciocho a veinticuatro meses. La exasperación de las penas del tipo básico para esta modalidad cualificada puede dar lugar a soluciones injustas por desproporcionadas, al menos en cuanto a la extensión mínima de la condena, si comparamos la penalidad para el delito de alzamiento agravado con el de la estafa agravada del art. 250 del CP que le sirve de referente, pudiendo ocurrir que de haber cometido estafa por el importe de la deuda defraudada en el caso - algo más de 181.000 euros- en lugar de alzamiento, la pena más aflictiva de las dos, la de prisión, podría haber sido sensiblemente inferior (el mínimo para la estafa agravada es de un año) mientras que, paradójicamente, en el caso del alzamiento la mínima es la que se ha indicado, con el inconveniente adicional de que impedirá a los condenados cualquier posibilidad de beneficiarse de la suspensión de la ejecución de la pena.



Ello nos conduce a imponer las penas a los culpables en su mínimo legal respectivo, y a aceptar como cuantía de la cuota de la multa la de 6 euros que las dos partes acusadoras proponen por ser ésta la que viene acuñada por la jurisprudencia y por esta misma Audiencia Provincial y otras muchas cuando, como aquí sucede, no se dispone de elementos ni datos acreditados para aplicar los parámetros que contempla el art. 50-5 del CP referidos a la capacidad económica del culpable, por estimar que la cuantía indicada se muestra razonable y asequible a cualquier economía por modesta que pueda ser salvo casos de extrema penuria rayanos en la indigencia, y conjugándolo con el carácter aflictivo de toda pena, porque la multa debe suponer un esfuerzo económico para el condenado.

OCTAVO.- De conformidad con los art. 116 y 109 y ss. del Código Penal, toda persona criminalmente responsable de un delito también lo es civilmente si del hecho derivaren daños o perjuicios, comprendiendo dicha responsabilidad civil, entre otros extremos, la obligación de restituir la cosa e indemnizar los perjuicios materiales y morales causados. Pero como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, es anómalo que en el proceso penal por alzamiento de bienes se condene al abono de la deuda eludida y las costas acaso devengadas en el procedimiento civil si se entabló, pues lo que procede es la restauración del orden jurídico alterado *reintegrando al patrimonio del deudor los bienes que ilícitamente salieron de él*.

En el caso, es ocioso acudir a la solución ofrecida por la Jurisprudencia de declarar la nulidad de los negocios jurídicos concertados cuando éstos han sido el medio para cometer el delito, porque aquí no hubo ninguna transmisión fraudulenta de bienes en favor de terceros ajenos a la sociedad deudora, sino un acto de simple ocultación del dinero por sus administradores que, como hemos visto, trataron de disimular y justificar con documentos y alegaciones sin mayor trascendencia en el tráfico jurídico.

Ello nos conduce a concretar la responsabilidad civil en que incurren los acusados en la obligación de devolver al patrimonio de Outsourcing el dinero que ilícitamente sustrajeron y ocultaron a su acreedora, Caja Rural de Granada, pero tan sólo respecto de aquella parte sobre la que recayó la conducta delictiva en coherencia con las razones largamente expuestas más arriba, con exclusión por tanto de la cuantía de la restitución que sólo debe identificarse con el dinero fraudulentamente oculto o dispuesto, de aquellas cantidades que los acusados destinaron al pago de otras deudas reales de la sociedad, como las entregadas a procuradora y abogado y para pago a la Administración Tributaria, ésto es, los 10.000 euros pagados a la procuradora como provisión de fondos, los 50.000 más 10.016,75 pagados al letrado en igual concepto y por honorarios, y los 1.579,35 euros pagados a Hacienda, a detracer del total del dinero percibido (241.347,58 euros), lo que s.e.u.o. supone un total de 169.751,48 euros en que se ha de cifrar la cuantía de la responsabilidad civil, estimando en este sentido la pretensión de la Acusación Particular y el Ministerio Fiscal aunque tan sólo en esa parte desestimándola en cuanto tratan de extender la responsabilidad civil a la totalidad del dinero percibido con cargo a la ejecución provisional judicial.

Y aunque en estricta ortodoxia jurídica esa suma debiera quedar sujeta a la acción ejecutiva de la Caja Rural de Granada en el proceso civil de donde procede el crédito defraudado, razones de simple economía procesal y para evitar la duplicidad de ejecuciones penal y civil con el subsiguiente aumento de gastos y esfuerzo, aconsejan la entrega directa a la Acusación Particular caso de ser devuelta en todo o en parte por los acusados, bien por ingreso voluntario en la cuenta de consignaciones de esta Sala, bien por ejecución forzosa en este proceso.

No podrá tener acogida, sin embargo, la pretensión de la Acusación Particular tratando se añada a la restitución una indemnización por perjuicios "materiales y morales" equivalente al 20% de la deuda defraudada, con soporte en el art. 110-3º del CP y en el precedente judicial de una sentencia de este mismo Tribunal (la de fecha 5 de diciembre de 2014 dictada al rollo de apelación penal núm. 31/2014 por esta Sección Segunda de la AP de Granada) que nada tiene que ver con el caso que aquí nos ocupa, puesto que resolvía fijar en concepto de responsabilidad civil por un delito de alzamiento de bienes una indemnización pecuniaria sustitutoria de la restitución del bien, al resultar ya imposible la declaración de nulidad del acto jurídico fraudulentamente realizado como medio de comisión del delito. Lo que decidió esta Sala en la sentencia invocada fue fijar como cuantía indemnizatoria para el acreedor burlado el dinero que quedó libre al condenado de la venta fraudulenta de un inmueble a un tercero, inferior por cierto al importe de la deuda defraudada, sin más intereses que los procesales del art. 576 de la L.E.Civil, lo que desde luego ni se corresponde con el supuesto aquí enjuiciado (en que se ha optado por la restitución directa del dinero fraudulentamente dispuesto) ni justifica esa extraordinaria penalización que se propone -nada menos que un 20% de la suma que debe restituirse- sobre la base de unos perjuicios materiales sólo enunciados y ni siquiera argumentados que no exonerarían a la parte que los reclama de la carga de probarlos, menos aún por perjuicios morales o espirituales difícilmente explicables tratándose de un delito puramente patrimonial, sufrido además por una entidad financiera, que en cualquier caso tampoco se han justificado.



La total indemnidad del daño causado por el delito podría haber aconsejado, por ejemplo, una actualización de la suma disipada desde la exigibilidad de la obligación de devolver eludida por los autores, pero rigiendo en esta materia de las consecuencias civiles derivadas del delito los principios de rogación y disposición de parte propios del proceso civil, ningún otro pronunciamiento cabe hacer a esta Sala por razones de congruencia con la petición deducida que su simple desestimación.

Y por último, aun conscientes de la poca utilidad práctica del pronunciamiento por su manifiesta insolvencia, se habrá de declarar la responsabilidad civil subsidiaria de Outsourcing Captación y Representación Granada SL en estricta aplicación del art. 120-4º del Código Penal, al no haber sido objeto del proceso la responsabilidad penal en que dicha persona jurídica podría haber incurrido por el delito cometido por sus administradores.

NOVENO.- Las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito (art. 123 del Código Penal), razón bastante para condenar a los acusados hallados penalmente responsables al pago de las causadas en el proceso en la proporción que resulta del cargo por el que van a ser condenados, la absolución del otro por el que han de ser absueltos, y de la absolución que se ha de decretar en favor de los otros cuatro acusados del único cargo que se les imputaba conjuntamente con aquéllos, lo que supondrá la condena de D. Lazaro Lucas y D. Baltasar Adolfo al pago, por cada uno, de una sexta parte de la mitad de las costas (o lo que es lo mismo, una doceava parte), que comprenderá en la misma proporción las causadas a la Acusación Particular.

No podrá prosperar, sin embargo, la pretensión del acusado D. Benito Julian que debe ser absuelto, de que se imponga a la Acusación Particular las costas procesales de su defensa: no desconocemos que es doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del núm. 3º del art. 240 de la L.E.Criminal (por todas, STS de 30 de mayo de 2007), que no existe un principio objetivo que determine la imposición de las costas del proceso a la Acusación Particular, sino que la regla general será la no imposición aún cuando la sentencia haya sido absolutoria y contraria a sus pretensiones, excepto si está acreditada una conducta procesal temeraria o de mala fe a juicio del Tribunal sentenciador que deberá motivar suficientemente. Siendo equivalentes en la práctica los conceptos de "temeridad y mala fe" que utiliza la norma, habrá que estar en cada caso concreto a lo que resulte de la propia consistencia o sustento de la pretensión deducida por la acusación, su incidencia perturbadora a lo largo del proceso y su confrontación con las tesis mantenidas por el Ministerio Fiscal; y estima la jurisprudencia que la pretensión carece de consistencia cuando se pueda deducir a la vista de las circunstancias que quien formuló acusación no podía dejar de conocer lo infundado de su pretensión y, por ende, la injusticia de la misma, siendo sólo en este caso cuando esa parte deberá pechar con todos los gastos ocasionados a los acusados con tan injustificada actuación, sometiéndoles no sólo a la incertidumbre y angustia de verse implicados en un proceso penal sino también a unos gastos que no es justo que corran por su cuenta.

También precisó otra interesante sentencia del Tribunal Supremo (de 13 de febrero de 1997), en su intento por distinguir entre temeridad y mala fe propiamente dichos, que la mala fe corresponde al que a sabiendas de que es injusta su pretensión, la mantiene no obstante en el proceso, y la temeridad a quien, si hubiese obrado con la debida diligencia, pudo haberse enterado de que no le asistía la razón para adoptar tal postura en el proceso, a la vista de lo cual, la temeridad y la mala fe no han de enjuiciarse de forma estática y limitadas al escrito de querrela o de acusación o calificación según sea el procedimiento penal, sino a la actuación seguida por la parte en todo el iter procesal.

Y desde esta perspectiva, nos resistimos a calificar como temeraria, menos aún de maliciosa, la acusación deducida en la Causa y mantenida en juicio por Caja Rural contra el Sr. Benito Julian como cooperador necesario con los acusados condenados del delito de alzamiento de bienes en que éstos incurren, por más que el Ministerio Fiscal, con mejor criterio, no dirigiera la acción penal contra éste ni ninguno de los otros tres acusados ajenos a Outsourcing que igualmente se han de absolver, pues a pesar del desacierto de esa imputación, o mejor dicho, de esa calificación delictiva de su conducta de acuerdo con las consideraciones estrictamente jurídicas que hemos expuesto más arriba, tampoco podemos estimar descabellada la acción penal deducida sobre la base del importante material indiciario acumulado durante la instrucción del proceso que justificó la acusación, y la inequívoca prueba ya vertida en el juicio oral para mantenerla acreditativa de la falsedad que cometió este acusado (también los otros tres que se encuentran en la misma situación) firmando el recibo de una considerable suma de dinero que nunca percibió, y de que ese documento fue presentado después en una instancia judicial, ignorara o no el uso que le iban a dar los administradores de Outsourcing a cuya instancia lo suscribió.

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación,

FALLAMOS



Que debemos **absolver y absolvemos libremente** a Damaso Benito , Baltasar Adolfo , Ovidio Herminio y Benito Julian del delito de alzamiento de bienes de que se les acusa en el proceso, así como a Lazaro Lucas y Simon Benjamin del delito de falsedad documental de que igualmente se les acusa.

Y debemos **condenar y condenamos a los acusados Lazaro Lucas y Simon Benjamin** , como autores responsables de un delito de insolvencia punible por alzamiento de bienes ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas, a las penas de **dos años, seis meses y un día de prisión** con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de **dieciocho meses de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros (3.240 euros en total)**, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no satisfechas, en su caso, previa la exacción de sus bienes, a que por mitad y solidariamente entre sí por esta cuota, restituyan a *Caja Rural de Granada* la suma de **169.751,48 euros** (ciento sesenta y nueve mil setecientos cincuenta y un mil euros con cuarenta y ocho céntimos), suma que devengará el interés prevenido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta fecha hasta su completo abono, y al pago por cada uno de ellos de una doceava parte de la costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular en la misma proporción, declarando de oficio el resto.

Se declara la **responsabilidad civil subsidiaria** de la mercantil OUTSOURCING CAPTACIÓN Y REPRESENTACIÓN GRANADA SL por la totalidad o en la parte en que incumplan los condenados la obligación de restitución a los mismos impuesta.

Así por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe preparar recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el término de cinco días, como previenen los artículos 855 a 857 de la LECr ., lo pronunciamos, mandamos y firmamos.