



Roj: STS 593/2019 - ECLI:ES:TS:2019:593

Id Cendoj: 28079120012019100148

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 20/02/2019

Nº de Recurso: 248/2018

Nº de Resolución: 750/2018

Procedimiento: Recurso de casación

Ponente: EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO CASACION núm.: 248/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

#### TRIBUNAL SUPREMO

##### Sala de lo Penal

##### *Sentencia núm. 750/2018*

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 20 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 248/2018 interpuesto por Jose Pablo , representado por el procurador D. JAVIER FREIXA IRUELA bajo la dirección letrada de D. MARIANO DEL POZO GALA, así como el recurso de casación interpuesto por Lucía Y Marcelina , representadas por el procurador de los tribunales, D. JAVIER FREIXA IRUELA bajo la dirección letrada de MARIANO DEL POZO GALA , contra la sentencia 359 dictada el 9 de noviembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, en el Rollo de Sala 36/2016 , en el que se condenó a los recurrentes como autores penalmente responsable de un delito de insolvencia punible, del artículo 257. 1. 1 º y 2º, 2 y 5 del Código Penal . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado nº 1 de Castellón instruyó el Procedimiento Abreviado 168/2015, por los delitos de **estafa** y alzamiento de bienes, contra **Jose Pablo , Lucía Y Marcelina** . Acordada la apertura del juicio oral, se remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Castellón donde se formó el Rollo de Sala 39/2016 por la Sección Primera . En fecha 9 de noviembre de 2017 se dictó la sentencia número 359 declarándose probados los siguientes HECHOS PROBADOS:

" I. Jose Pablo , mayor de edad y sin antecedentes penales, como apoderado y administrador de hecho de la empresa Verdice Construcciones, SL, concertó con Dª Olga , de una parte y con D. Alexis , y sus tres hijos, Dª María Purificación , Dª Blanca , y D. Dimas , de otra, en sendas escrituras públicas suscritas el 27 de octubre



de 2006 la *permuta* de la finca registral núm. NUM000 propiedad de la Sra. Olga , y de la finca de núm. registral NUM001 , propiedad del Sr. Alexis e hijos, sitas ambas en la CALLE000 nº NUM002 y NUM003 de Almazora, a cambio de una vivienda de una superficie aproximada de unos 90 m<sup>2</sup> útiles a elegir por la Sra Olga , y tres viviendas identificadas a favor del Sr. Alexis e hijos, todas ellas con plaza de garaje y cuarto trastero, que la referida mercantil se obligaba a construir en los terrenos cedidos y en otros colindantes, estableciéndose una condición resolutoria expresa, inscrita en el Registro de la Propiedad, a favor de los cedentes en virtud de la cual el incumplimiento por parte de Verdice Promociones, SL, de las contraprestaciones asumidas, facultaba a aquellos a la resolución del contrato de cesión de las fincas referenciadas, recuperando el dominio del inmueble cedido. Se autorizó a la cesionaria en los dos casos la constitución de garantías reales e hipotecas sobre las fincas, y se consintió por los cedentes la posposición de la condición resolutoria pactada en su favor a la hipoteca o hipotecas que se constituyan en garantía de las cantidades percibidas para financiar la construcción del edificio en las condiciones acordadas.

**II.** El mismo día 27 de octubre de 2006 se otorgó en Castellón escritura de préstamo hipotecario entre el Banco de Sabadell, SA, y Jose Pablo , en representación de Verdice Promociones, SL, por importe de 2.567.000 euros en la que se posponían las condiciones resolutorias sobre las fincas registrales nums. NUM001 y NUM000 . Dicho préstamo fue objeto de ampliación en 6.408.000 euros para financiar parcialmente la construcción en escritura pública de 25 de junio de 2007 en la que se reseñaron las cláusulas de reserva de dominio y consentimiento a la posposición de hipotecas de las escrituras de permuta de 27 de octubre de 2006.

El 26 de junio de 2007 D<sup>a</sup> Olga ratificó ante Notario y dos testigos en el Hospital General de Castellón la escritura de ampliación del préstamo hipotecario en 6.408.000 euros otorgada por el Banco de Sabadell; SA, y Verdice Promociones Inmobiliarias, SL, el 25 de junio de 2007, consintiendo expresamente la posposición de la condición resolutoria establecida a su favor en la escritura de cesión a cambio de obra de 27 de octubre de 2006, siempre que el capital se destinase a la construcción del edificio.

En escritura pública otorgada el 3 de julio de 2007 el acusado, que actuaba en su propio nombre y derecho, además de en nombre y representación de Verdice Construcciones, SL, constituyó aval solidario a favor de los Sres. Dimas Blanca Alexis María Purificación , durante el plazo máximo de 52 meses desde la concesión de la licencia de obra, a esta última mercantil por la cantidad de 630.000 euros en garantía de los daños y perjuicios derivados de la demora y cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de las unidades de obra a construir sobre la finca registral NUM004 , resultado de la agrupación de varias fincas. Por el contrario, no se concedió aval bancario por tales sumas.

**III.** Ante las dificultades económicas de Verdice Construcciones, SL, en los años 2007 y 2008, Jose Pablo , a fin de poner a salvo la finca urbana de 601 metros con 64 decímetros cuadrados, con vivienda unifamiliar, parcela LVI, situada en la manzana 28, del sector Lledó, 3, del término municipal de Castellón de la Plana, valorada en 621.600 euros, el 25 de abril de 2008, donó en escritura pública, y en su condición de dueño en pleno dominio y con carácter privativo, el 17,00128 % del inmueble descrito a su esposa Lucía , y el 37,41312% a su hija, Marcelina , ambas mayores de edad y carentes de antecedentes penales.

En la misma fecha los acusados otorgaron escritura de constitución de sociedad limitada, denominada "Lovian 2002, S.L.", siendo ellos los únicos socios, cuyo capital social era de 708,400 euros, siendo suscrito y desembolsado por los acusados, en la forma y proporción siguiente:

- Jose Pablo , en la cantidad de 283,360 euros, mediante la aportación, en pleno dominio, de un 45,5856% de la finca descrita "ut supra".

-Su esposa, Lucía , en la cantidad de 141,680 euros, mediante entre otras, la aportación del 17,00128% de la finca referida.

-La hija, Marcelina , en la cantidad de 283.360 euros, mediante entre otras, la aportación del 37,41312 % de la finca referida.

Con ello el acusado distrajo dicho inmueble de las legítimas expectativas de cobro de los querellantes.

**IV.** La construcción efectiva de la promoción se inició llevándose a cabo la compra y agrupación de solares, proyectos, licencias e inicio de la ejecución en la que se levantaron dos plantas de garaje y trasteros, y la planta baja, quedando paralizadas las obras.

Ante el impago del crédito hipotecario por la mercantil Verdice, Banco de Sabadell, SA, el 7 de enero de 2009 instó demanda de ejecución sobre la referida finca hipotecada seguida ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Castellón con el núm. 6/2009 , en reclamación de 5.823.930,56 euros de principal, intereses y gastos.

Verdice Promociones, SL, fue declarada en situación concursal por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón de 7 de abril de 2009 en el Procedimiento 476 de 2008.



D. Alexis falleció el 12 de enero de 2015 siendo sus herederos D<sup>a</sup> María Purificación , D<sup>a</sup> Blanca , y D. Dimas .".

**SEGUNDO.** - La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" I. *Absolvemos* libremente a Jose Pablo del delito de **estafa** del que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables y declaración de oficio de la mitad de las costas del juicio.

II. *Condenamos* a Jose Pablo , Lucía y Marcelina como autores un delito de insolvencia punible, ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena para el primero de ellos de 2 años de prisión , con inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante la condena, multa de dieciocho meses con una cuota diaria de diez euros , con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, y a cada una de las dos últimas a la pena de nueve meses de prisión , y multa de ocho meses con una cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

En concepto de *responsabilidad civil* derivada del delito, se declara la nulidad de la escritura pública de donación de 25 de abril de 2008, de la escritura pública de la misma fecha que constituyó la mercantil Lovian 2002, SL, correspondientes a los números 1.985 y 1.986 del protocolo del Notario de Castellón D. Antonio Arias Giner, así como la de subsanación de ambas otorgada el 18 de agosto del 2008 con n.º de protocolo 3.614, con la consiguiente nulidad y cancelación de las inscripciones registrales causadas por dichas escrituras; y condenamos a Jose Pablo , Lucía y Marcelina a indemnizar a D<sup>a</sup> Elvira , D<sup>a</sup> María Purificación , a D<sup>a</sup> Blanca , y a D. Dimas la suma 128.330 euros, para cada uno de ellos, minorado en las sumas que hubies en percibido, o perciban, en el expediente concursal 476/2008 del Juzgado de lo Mercantil de Castellón, lo que se acreditará en ejecución de sentencia, cantidades que devengarán los intereses del art. 576 LEC .

Imponemos a los condenados de la mitad restante de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, declarándose de oficio las restantes.

Cumplase lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .".

**TERCERO.** - En fecha 22 de enero de 2018, la Audiencia Provincial de Castellón dictó auto aclaratorio de la sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"Que, rectificamos los errores materiales manifiestos detectados en nuestra Sentencia de núm. 359 de 9 de noviembre de 2017 :

1º- En el apartado C "in fine "del fundamento jurídico sexto se sustituye "cada uno de los perjudicados" por "D<sup>o</sup> María Purificación , a Da Blanca , y a D. Dimas ".

2º- En el Fallo en el párrafo tercero se suprime la mención a Elvira .".

**CUARTO.**- Notificada la sentencia y el auto de aclaración a las partes, la representación procesal de Jose Pablo , así como la representación procesal de Lucía y Marcelina , anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Del mismo modo, la representación procesal de Elvira , anunció propósito de interponer recurso casación por infracción de ley quebrantamiento de forma, declarándose desierto por Decreto, de 1 de marzo de 2018, de la Sección Segunda de esta Sala del Tribunal Supremo.

**QUINTO** .- El recurso formalizado por Jose Pablo , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero.- Por infracción de ley, en base al artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error de hecho en la valoración de la prueba.

Segundo.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de los artículos 849.1 º y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , concretamente por vulnerarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, el derecho fundamental al proceso con todas las garantías, así como el derecho a no sufrir indefensión.

Tercero.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de los artículos 849. 1 º y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al entenderse infringido el derecho fundamental a la presunción de inocencia.



Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 257. 1º y 2º del Código penal .

Quinto .- Por infracción de Ley, en base al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicar indebidamente del artículo 111 del Código penal .

**SEXTO.-** El recurso de casación interpuesto por Lucía Y Marcelina , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero. - Por infracción de ley, en base al artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Segundo.- Por vulneración de precepto constitucional en base a los artículos 849.1 y 852 y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al entenderse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental a la práctica de las pruebas pertinentes para la defensa, derecho fundamental al proceso con todas las garantías, así como el derecho fundamental a no sufrir indefensión.

Tercero.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de los artículos 849.1 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. .

Cuarto.- Por infracción de ley, amparándose en el art. 849. 1º Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 257. 1º y 2º del Código Penal .-

Quinto. - Por infracción de ley, en base al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 111 del Código Penal .

**SÉPTIMO .-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 21 de marzo de 2018 impugnó de fondo los motivos del recurso y apoyó parcialmente sendos recursos. Por las defensas de ambas partes se impugnaron los recursos de contrario mediante escritos presentados 15 de marzo de 2018. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo por providencia de fecha 22 de noviembre de 2018, se celebró la votación prevenida el día 11 de diciembre de 2018 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR .** - Para una correcta comprensión del recurso resulta necesario hacer un breve e inicial resumen de los hechos.

- El 27 de octubre de 2006 los querellantes permutaron dos fincas con le mercantil Verdice Construcciones S.L. a cambio de varias viviendas que habrían de construirse en los meses siguientes. La permuta se convino pactando una condición resolutoria para caso de incumplimiento.

- En esa misma fecha la constructora solicitó un préstamo hipotecario y posteriormente una ampliación para llevar a cabo las obras, consiguiendo de los permutantes la posposición de la condición resolutoria, frente a la garantía hipotecaria.

- Por escritura pública de 03 de julio de 2007 el acusado, a título personal y como representante legal de la constructora, constituyó un aval por cuantía de 630.000 € para responder de los daños y perjuicios derivados de la demora y cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de las unidades de obra por tiempo de 52 meses.

- El 28 de abril 2008 el acusado donó a su hija y a su esposa el 17,001% y el 37,4% respectivamente de una finca urbana de 601 metros cuadrados sita en Castellón de la Plana y las donatarias y el donante aportaron su parte del inmueble a una sociedad que constituyeron en esa misma fecha denominada LOVIAN 2000 S.L.

- Ante el impago del préstamo hipotecario el Banco de Sabadell inició procedimiento de ejecución sobre los inmuebles que servían de garantía al préstamo y el 07/04/2009 la constructora fue declarada en situación concursal por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Castellón.

- La consecuencia final fue que las viviendas que habían de entregarse a los permutantes no se concluyeron y que la vivienda aportada a LOVIAN 2000 SL fue vendida a un tercero, al parecer, el 06 de febrero de 2014.

El hoy recurrente, Jose Pablo , fue absuelto del delito de **estafa** por el que venía siendo acusado y, en cambio, fue condenado como autor, junto con su esposa e hija, éstas como cooperadoras necesarias, de un delito de insolvencia punible, tipificado en el artículo 257.1. 1º y 2º del Código Penal vigente al tiempo de los hechos.



*Recurso interpuesto por don Jose Pablo*

**PRIMERO.** - El pronunciamiento de instancia se censura a través de cinco motivos de impugnación, siendo complementarios entre sí los tres primeros, por lo que se les va a dar respuesta conjunta.

1. En el primer motivo del recurso, formulado por el cauce previsto en el artículo 849.2 de la LECrim , se denuncia error de hecho en la sentencia impugnada basada en documentos obrantes en autos, en concreto, los documentos 6 a 11 aportados por la defensa al acto del juicio. Se alega que los documentos en cuestión acreditan que el recurrente disponía de 402.098,08 € en saldos de cuentas y depósitos bancarios y que, siendo la deuda de 384.990 €, disponía de activo patrimonial suficiente para satisfacer las expectativas de crédito de los querellantes.

El motivo basado en *error facti* por el cauce previsto en el artículo 849.2 de la LECrim sólo puede prosperar -como indica la STS de 26-3-2004, nº 382/2004 - cuando, a través de documentos denominados "litosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros medios probatorios " *de al menos análoga consistencia, credibilidad y fiabilidad* ", pues dado que no existen en el proceso penal pruebas reinas o excluyentes, todas son aptas para propiciar la íntima convicción del artículo 741 del código procesal.

Mediante el empleo del motivo tanto puede perseguirse la adición como la modificación o supresión de un pasaje del "factum", pero dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posteridad, sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan.

El error debe tener directa relación con lo que es objeto principal del juicio, aunque también hay que tener en cuenta que si sobre el punto respecto del cual se alega el error se hubieran llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce entonces al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento o en los documentos especialmente traídos a colación, sino la que ofrece ese otro o esos otros medios probatorios. De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del Tribunal de Casación, lo que está vedado.

Anticipamos que los documentos de referencia acreditan la insuficiencia de los hechos probados por omisión de la situación de solvencia del acusado, lo que conducirá a la estimación del motivo.

2. En el segundo motivo del recurso y al amparo del artículo 852 de la LECrim se censura la sentencia de instancia por vulneración de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.1 y 2 de la Constitución Española , considerando que se ha lesionado el derecho a un juicio justo y a la tutela judicial efectiva por ausencia absoluta de valoración de las pruebas documentales a que se ha hecho referencia antes. Se argumenta que no es de recibo que no se valore la prueba documental aportada por la defensa y que acreditaría la solvencia del acusado bajo el pretexto de que no se tramitaron las piezas de responsabilidad civil, toda vez que "[...]no se debe limitar el derecho a la práctica de los medios de prueba pertinentes para la defensa con base en una irregularidad procesal que además no es reprochable a la parte sino antes bien a la Administración de Justicia, esto es al Juzgado de Instrucción e incluso a la propia Audiencia Provincial que no comprobó antes del pleanrio la irregularidad que luego vierte sobre el inocente - también a estos efectos - acusado[...]". Se argumenta también que la apreciación del delito de insolvencia punible debe referirse al momento en que se realizaron las donaciones y se produjeron las aportaciones de los tres propietarios del inmueble a la sociedad LOVIAN 2000 SL y que, si se hubieran abierto las piezas de responsabilidad civil o si se hubiera requerido a los acusados para garantizar las responsabilidades civiles, conforme al artículo 589 de la LECrim , se hubiera podido tener una imagen fiel de su situación patrimonial y valorar si en aquel momento su actuación fue o no delictiva, dado que transcurrido el tiempo esa situación pudo cambiar.

3. Y en el tercer motivo del recurso de forma más amplia y global se censura la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, conforme al artículo 852 de la LECrim y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , denunciándose la vulneración del principio de presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24 de la Constitución Española .

Se combate la sentencia por lo siguiente: a) El recurrente sostiene que no hay prueba de cargo suficiente que acredite perjuicio alguno para el acreedor, ya que no consta que, pese a las donaciones parciales del inmueble y de su aportación a una sociedad, el acusado careciera de otros bienes para hacer frente a la deuda; b) Se aduce que el crédito de los acreedores consistía en un aval personal, otorgado por el Sr. Jose Pablo , con un plazo de vigencia de 52 meses, aval del que nunca se instó su ejecución, habiéndose interpuesto la querrela cuando el aval se había extinguido; c) También se alega que la sentencia justifica la existencia de insolvencia



punible en el hecho de que era previsible la exigencia de responsabilidades civiles individuales derivadas de la posible declaración de concurso, sin considerar que cuanto más temprana fuera la enajenación, menos podía vincularse a la posterior declaración concursal; d) Se cuestiona, por último, la afirmación referente a que el acusado era administrador de hecho de la constructora sin aportar más argumentos que la firma de contratos o la obtención de financiación, actuaciones todas ellas que entran en el campo de un apoderado.

4. Según acabamos de resumir, en estos tres motivos de impugnación se cuestionan varias afirmaciones del relato fáctico entre las que destacamos como de singular relevancia para la resolución del conflicto una de ellas: la determinación de la situación de solvencia o insolvencia del acusado al tiempo de los hechos.

La sentencia guarda silencio sobre esta cuestión en los hechos probados, pero se refiere a ella en la argumentación jurídica (F.J.2º), en la que se afirma lo siguiente:

*" [...] Aportó la defensa del acusado al inicio de la sesión del juicio información bancaria fiscal relativa a los ejercicios 2006, 2007 y 2008 en la que sustenta el argumento de que disponía de patrimonio suficiente para atender sus responsabilidades, de modo que sería ilícita a donación y posterior aportación del inmueble a la sociedad al no ser insolvente. Por razones que desconocemos no se han formado las piezas de responsabilidad civil de los tres acusados, de modo que no dispone el Tribunal de la información sobre sus circunstancias económicas. Ello no obstante es palmaria la insatisfacción de los querellantes que ni han obtenido las viviendas prometidas, ni pueden recuperar los inmuebles cedidos, ni han sido indemnizados en modo alguno. La situación concursal de la mercantil cesionaria tampoco augura su completo resarcimiento. Es sabido que esta modalidad delictiva no precisa acreditar el estado de insolvencia del deudor, sino que basta con la prueba de que a consecuencia de sus actos se frustraron legítimas expectativas de cobro de los acreedores, y dado el valor del inmueble llano resulta el perjuicio para los acreedores [...]".*

La valoración realizada por el tribunal de instancia no es atendible. No puede asumirse que, en contra del acusado, se establezca una presunción de insolvencia con el argumento de que no se han tramitado las piezas de responsabilidad civil y ello por dos motivos: La situación de insolvencia es un elemento del tipo y, por lo tanto, debe ser objeto de cumplida prueba por parte de las acusaciones, y el cauce procesal para acreditar ese hecho no es necesariamente la apertura de piezas de responsabilidad civil, cuya finalidad suele ser la exigencia cautelar de responsabilidades pecuniarias. Este dato fáctico debe acreditarse en la instrucción del proceso o mediante la aportación de pruebas en el acto del juicio.

Los documentos aportados por la defensa en el acto del juicio acreditan que el acusado disponía, además del 45,58% del capital social de la mercantil Lovian 2000 SL, la cantidad de 402.098,08 €, cuestión que necesariamente debe tomarse en consideración para la correcta subsunción de los hechos en el tipo de insolvencia punible.

La conclusión final de lo que acabamos de exponer es que la sentencia de instancia no ha valorado racionalmente la prueba aportada al no incorporar en los hechos probados la situación de solvencia que el recurrente tenía cuando se produjeron las donaciones que han determinado su condena en primera instancia, cuestión que resulta determinante para la subsunción de los hechos en el delito de insolvencia punible y a la que nos vamos a referir a continuación. Procede, en consecuencia, la estimación de estos tres primeros motivos de impugnación.

**SEGUNDO** . - 1. En el cuarto motivo del escrito impugnatorio el recurrente cuestiona la subsunción de los hechos probados en el delito de insolvencia punible, tipificado en los artículos 257.1 y 2 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, que se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada en la ley penal por la Ley Orgánica 1/2015.

A través del cauce procesal abierto en el artículo 849.1 de la LECrim se censura la sentencia de instancia por infracción de ley y se alega que el tipo de alzamiento de bienes no se produce cuando el deudor realiza un negocio jurídico que produzca una variación en su patrimonio, sino que es preciso que esa actuación suponga un perjuicio para las expectativas de satisfacción de del crédito del acreedor y, en este caso, la mera alusión a la donación parcial de la finca NUM005 y su posterior aportación a la sociedad LOVIAN 2002 SL no satisface las exigencias del tipo de insolvencia punible porque no se ha declarado qué el acusado y hoy recurrente careciera de otros bienes para hacer frente a esa deuda. Aun cuando no es preciso establecer en detalle el balance patrimonial del deudor es necesario "[...]descender al detalle de qué y cuánto queda en el patrimonio y si lo que queda, el caudal restante proporciona suficiente garantía in totum para el deudor[...]", según expresión literal del motivo de impugnación.

Se alega también que si el bien jurídico protegido por el delito de alzamiento de bienes es el derecho o interés del acreedor a una razonable expectativa de satisfacción de su crédito, mal puede verse lesionado el interés



del acreedor o puesto en peligro si no ejercita su derecho de crédito y lo deja extinguir sin hacer siquiera una reclamación extrajudicial.

2. En el artículo 257 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos se castiga en su párrafo primero al que *"se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores"* y en el párrafo segundo a *"quien, con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación"*.

Como recuerda la STS 194/2918, de 24 de abril, con cita de otras anteriores, el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo que se consume desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor.

Los elementos de este delito son:

1º) Existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero 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 una deuda, ya nacida, pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes ( STS. 425/2002 de 11 de marzo ).

2º) Un elemento dinámico que consiste en, una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor. Por ello ha de incidirse en la estructura totalmente abierta a la acción delictiva, ya que la norma tipifica el "realizar" cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones.

3º) Resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido; y

4º) Un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos.

3. En el supuesto que centra nuestro examen casacional los hechos reseñados en el juicio histórico de la sentencia impugnada no permiten su subsunción en el delito de insolvencia punible del artículo 252.1 y 2 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos.

Según se ha denunciado con toda razón en el recurso, el *factum* no hace referencia alguna a la situación de insolvencia en la que supuestamente quedó sumido el deudor, ni tampoco hace referencia la imposibilidad o dificultad creada por consecuencia de las enajenaciones para el cobro del crédito.

En efecto y según hemos razonado anteriormente, la sentencia no ha valorado adecuadamente la prueba documental aportada por la defensa que acreditaría que el acusado al tiempo de los hechos disponía de patrimonio en cuantía de 402.098,08 € en efectivo o depósitos bancarios, a lo que habría de sumarse el valor del 45,58% del capital social de la mercantil Lovian 2000 SL que según la propia sentencia ascendería a 322.888 €.

Es cierto que esta Sala ha declarado que para la existencia del delito no es necesario hacer la cuenta al deudor para ver si tiene más activo que pasivo, ni es preciso que se tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos los bienes para que se consume el delito, siendo suficiente que se sustraigan del patrimonio alguno o algunos bienes que obstaculicen razonablemente una posible vía de apremio.

Ahora bien, eso no significa que se pueda eludir toda valoración del patrimonio cuando se dispongan de elementos probatorios que permitan determinar la solvencia, tal y como acontece en este caso. Porque también hemos dicho que no se cometerá el delito si se acredita la existencia de otros bienes con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas ( STS nº 129/2003, de 31 de enero ). La existencia de este tipo delictivo no supone una conminación al deudor orientada a la inmovilización total de su patrimonio en tanto subsista su deuda, por lo que no existirá delito, aunque exista disposición de bienes si permanece en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores ( SSTS 1347/2003 de 15 de octubre , 7/2005 de 17 de enero ). Por ello es incompatible este delito con la existencia de algún bien de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permita solventar una posible vía de apremio para cubrir el importe de la deuda.

La sentencia probablemente ha confundido dos situaciones distintas, sin precisar convenientemente los elementos fácticos de cada una de ellas. Una cosa es vincular las donaciones y la aportación societaria con el eventual incumplimiento de la obligación garantizada con aval (constituido el 3 de julio de 2007) y otra muy distinta vincular esas enajenaciones con la posterior declaración de concurso (declarada 7 de abril de



2009) y con las responsabilidades civiles que pudieran derivarse para el administrador de hecho de la sociedad concursada. Las circunstancias fácticas de cada acción, al objeto de establecer la posible responsabilidad penal, son distintas, tanto en orden a la determinación de los créditos perjudicados, como a la intencionalidad del agente en función del tiempo transcurrido entre las enajenaciones y la situación de insolvencia.

El relato fáctico de la sentencia identifica como crédito perjudicado por las enajenaciones el garantizado por el aval personal, suscrito por el acusado en escritura de 03 de julio de 2007 por cuantía de 630.000 euros. Puede comprobarse con una simple suma aritmética que el acreedor tenía solvencia para hacer frente a esa deuda y que en aquel momento la donación y posterior aportación a una sociedad familiar no suponía una actuación que impidiera el cobro del crédito y lo dificultara. Desde luego no impedía el cobro del crédito porque el activo patrimonial del deudor era superior al pasivo y la afirmación de que la conducta del deudor dificultaba al menos el cobro del crédito es en este caso una abstracción. El crédito nunca llegó a ser determinado y no consta si quiera que se intentara su cobro o ejecución. Únicamente se instó su reconocimiento muchos años después en el procedimiento concursal, en el que ha sido reconocido con importe de cero euros "[...] por estar pendiente de determinación de acuerdo con lo pactado en escritura pública de 03/07/07 y pertenecer conjuntamente a cuatro personas [...]".

Ciertamente el momento consumativo del delito de alzamiento de bienes se produce cuando se llevan a cabo los actos de vaciamiento patrimonial que determinan la imposibilidad o la dificultad para el ejercicio de la defensa del derecho de crédito, de ahí que resulte, en principio, irrelevante que el crédito perjudicado deje de existir posteriormente. Estamos en presencia de un delito de peligro y no de resultado.

Pero esa misma lógica nos obliga a tener en cuenta que la situación de solvencia o insolvencia debe referirse también a ese momento, sin que pueda tomarse en consideración para hacer esa valoración la situación patrimonial posterior.

Es razonable inferir en este caso concreto que no era infundada la posibilidad de incumplimiento de la obligación avalada y ello sin perjuicio de que en aquel momento la deuda no fuera susceptible de determinación, al consistir en una indemnización de daños y perjuicios que había de concretarse una vez incumplida la obligación de entrega de las viviendas, y por más que estuviera sujeta a un plazo de 52 meses, plazo que en esas fechas no había vencido. Sin embargo, lo que no puede soslayarse es la situación de aparente solvencia del deudor al tiempo de los hechos.

En aquel momento el deudor aparecía como solvente, según la prueba documental aportada por la defensa, y lo que no puede es analizarse su solvencia por lo acontecido con posterioridad (la declaración de concurso) y ello porque para establecer esa relación deberían haberse vinculado las donaciones y la posterior aportación societaria con la situación de concurso, cuestión sobre la que la sentencia nada ha declarado probado.

Esta Sala tiene declarado que es posible complementar el *factum* con datos de hecho que indebidamente se hayan deslizado en la motivación, y ha matizado tal doctrina añadiendo que no hay limitación para completar el *factum* en favor del acusado. Sin embargo, en contra del mismo la posibilidad es mucho más restrictiva pues solo cabrá tal complemento, cuando sea de mero detalle, lo que supone que los elementos de hecho básicos de naturaleza incriminatoria deben constar claramente en el hecho probado, de suerte que si no se encuentran en el mismo, la condena resulta inviable ( SSTS 426/2009 ; 621/2012 ; 713/2012 ; 786/2013 ; 108/2014 ; 493/2015 ; 495/2015 y 217/2016 de 15 de marzo ).

En consecuencia, los hechos del relato histórico no pueden subsumirse en el delito de alzamiento de bienes, lo que nos lleva a la estimación del recurso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria, sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles que procedan.

**TERCERO** . - La estimación del recurso hace innecesario todo pronunciamiento sobre el quinto motivo relativo a las responsabilidades civiles y conduce igualmente a la estimación del recurso interpuesto por doña Lucía y doña Marcelina , ya que la absolución del condenado como autor ha de extenderse a quienes fueron condenados por su participación accesoria como cooperadores necesarios. A mayor abundamiento, en la argumentación fáctica de la sentencia no se expresa ni un solo hecho y ni una sola inferencia que permita afirmar que estas recurrentes tuvieran conocimiento de que la finalidad del autor al realizar las donaciones hubiera sido eludir el cumplimiento de sus obligaciones. Una de las acusadas era esposa y otra hija, pero al parecer esta última no convivía con su padre. No se ha individualizado el conocimiento que cada una de ellas podía tener del hecho ilícito. Y la simple realización de la donación es un hecho neutro que no es suficiente para deducir que las donatarias tuvieran conocimiento completo de la situación por la que atravesaba el donante. La ausencia de toda motivación constituye una vulneración del principio de presunción de inocencia proclamado en el artículo 24 CE , que fue oportunamente denunciado en este recurso y que también es motivo para su estimación.





**CUARTO** . - Estimándose los recursos de casación, deben declararse de oficio las costas procesales causadas derivadas del recurso, a tenor de lo previsto en el artículo 901 de la LECrim .

## FALLO

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

**1º.ESTIMAR** los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Jose Pablo y por la representación procesal de Lucía y Marcelina contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, de fecha 9 de noviembre de 2017 , que se anula y deja sin efecto en todos sus pronunciamientos, siendo sustituida por otra más conforme a derecho.

**2 º. DECLARAR** de oficio las costas procesales causadas por este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que se seguidamente se dicta a la mencionada Sala, con devolución de la causa que en su día remitió e interesando acuse recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 248/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 20 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto Rollo de Sala n.º 39/2016, seguida por la Audiencia Provincial de Castellón. Sección Primera, en resolución de la causa instruida por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Castellón, por un delito de **Estafa**, contra Jose Pablo , con D. N. I. número NUM006 , hijo de Mariano y de Pilar , nacido en Malpica de Tajo (Toledo) el día NUM007 de 1955; contra Lucía , con D. N. I. número NUM008 , hija de Ramón y de Tania , nacida en Madrid, el día NUM009 de 1973 y contra Marcelina , con D. N. I. número NUM010 , hija de Santiago y de Marí Juana , nacida en Valencia, el día NUM011 de 1980, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial el 9 de noviembre de 2017 , que ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO** . - Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**ÚNICO.** - De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, procede la libre absolución de los recurrentes por los delitos de **estafa** e insolvencia punible por los que han sido acusado, revocando la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, declarando de oficio las costas causadas

#### **FALLO**

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

Que debemos **absolver** y **absolvemos** a Jose Pablo , a Lucía y a Marcelina de los delitos de **estafa** e insolvencia punible por los que fueron acusados en el procedimiento abreviado 168/2015, enjuiciado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, declarando de oficio las costas procesales causadas en primera instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDO