



Roj: **STS 2004/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2004**

Id Cendoj: **28079120012022100483**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2022**

Nº de Recurso: **2529/2020**

Nº de Resolución: **479/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Castilla y León, Sección 2ª, 15-04-2020 (rec. 14/2020),
STS 2004/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 479/2022

Fecha de sentencia: 18/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2529/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: TSJ Castilla León

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2529/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 479/2022

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 18 de mayo de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2529/2020 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Urbano y **Avicola de Iscar S.L., Carnicas San Mateo S.A., Dimas Otero S.A., Juan Lorente Fábrica de Embutidos S.L., Nutrave S.A. y Recar-Olid S.L.**, contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla y León, de fecha 15 de abril de 2020 en el Rollo de apelación nº 14/2020, que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado D. Urbano y estimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la acusada D.^a Flora, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, de fecha 24 de octubre de 2019, en el rollo de Sala número 1/2019, seguido contra D. Urbano, D. Victorino, D.^a Flora, y contra las responsables civiles subsidiarias Discar, S.L. y Pascay, S.L., por delito de estafa, insolvencia concursal punibles y otros; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte el primer recurrente, representado por la procuradora D.^a Tatiana González Riocerezo, bajo la dirección letrada de D. Yago Muñoz Blanco; y el segundo recurrente, representado por el procurador D. Ismael Sanz Manjarres, bajo la dirección letrada de D. Estanislao Mambrilla Rubio. En calidad de partes recurridas, la responsable civil subsidiaria **DISCAR S.L.**, representada por el procurador D. Gonzalo Santos de Dios, bajo la dirección letrada de D.^a Ana María Arroyo Sánchez-Redondo y la acusada D.^a Flora, representada por la procuradora D.^a Tatiana González Riocerezo, bajo la dirección letrada de D.^a María Genoveva de Paz Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2^a, el rollo de sala número 1/2019, procedente de diligencias previas 5577/2014, del Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid, contra D. Urbano, D. Victorino, D.^a Flora, y contra las responsables civiles subsidiarias Discar, S.L. y Pascay, S.L., por delito de estafa, insolvencia concursal punibles y otros; se dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El 30 de julio de 1999, don Urbano (en adelante, Arsenio) constituyó junto con su hermano don Benedicto la sociedad de responsabilidad limitada "Eurochichi 2000 S.L.", sociedad que el 28 de agosto del mismo año paso a denominarse "Distribuciones Cárnicas Ribera del Duero 2000 S.L.U" (DISCAR S.L.), empresa ésta que tenía por objeto principal el comercio al por mayor y menor de carnes, la elaboración y transformación de productos cárnicos, así como su venta y comercialización, siendo desde el inicio de la actividad el citado Arsenio el administrador único de la empresa, que tenía su domicilio social en la calle Los Rosales, 6 del polígono industrial "El Esparragal" de la localidad Santovenia.

Con fecha 7 de diciembre de 2010, el expresado Benedicto vendió en escritura pública a su hermano Arsenio sus participaciones sociales en la referida sociedad, pasando la misma a convertirse en unipersonal (folios 70 a 74), regentando Arsenio la mercantil hasta el año 2011.

[A] A pesar de que ya desde el cierre del ejercicio 2009 era patente y conocida por Arsenio la situación de insolvencia real e infracapitalización de la empresa, en lugar de proceder a disolver la misma como obligaba legalmente la normativa (art 3631.e LSC) o a solicitar el concurso, en el ejercicio 2010 y en el primer semestre del 2011 siguió aparentando una solvencia de la que en realidad carecía DISCAR S.L. y, mediante la mecánica de pagar a los proveedores los importes de sus facturas a través del libramiento de recibos bancarios, cheques y pagares diferidos, consiguió que aquellos siguieran contratando con dicha mercantil, logrando así obtener de aquellos la venta de mercancía aun siendo ya consciente de su imposibilidad de pago posterior, dato que desconocían los proveedores, quienes, de otra forma, no hubieran accedido a suministrar géneros a la mercantil del acusado.

De esta forma obtuvo mercancías de los siguientes proveedores: Recar-olid SL, Dimas Otero SA, La Despensa Castellana SL, Comercial Avícola Caballo Blanco SL, Avícola de Íscar SL, Juan Llorente Fábrica de embutidos SL Luís Caños Hernández SL, Navarra Embutidos SL, Cárnicas San Mateo SA, Nutrave SA; Avícola y Cooperativa Avícola y Ganadera de Burgos.

Llegadas las fechas de sus respectivos vencimientos, los cheques o pagares emitidos en pago de las mercancías suministradas no fueron atendidos por la entidad domiciliaria al carecer de fondos las cuentas designadas (Banco Popular (C/C NUM000), ofreciendo entonces Arsenio excusas y promesas de pago en breves plazos, hasta que, finalmente, y sin previo aviso a los citados proveedores, el 27 de julio de 2011 (escasamente después del vencimiento de muchos de los pagarés emitidos), la mercantil DISCAR S.L. presentó sorpresivamente



solicitud de concurso voluntario ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid, en el que, admitida a trámite dicha solicitud (en la que la empresa declaró tener un activo de 1.083.686,88 € y un pasivo de 3.234.656, 83 euros), con fecha el 15 de septiembre de 2011 se dictó Auto de Declaración de Concurso reconociéndose provisionalmente créditos a las mercantiles proveedoras antes citadas por los siguientes importes: a Recar-Olid SL, 20.021, 26 euros, a Dimas Otero SA, 54.149,06 euros, a La Despensa Castellana SL, 11.456, 93 euros, a Comercial Avícola Caballo Blanco SL, 36.749,93 euros, a Avícola de Íscar SL, 140.478, 65 euros, a Juan Llorente Fábrica de embutidos SL, 44.728, 6 euros, a Luis Cados Hernández SL, 25.342, 95, euros, a Navarra de Embutidos SL, 12731, 33 euros, a Cárnicas San Mateo SA, 45.904, 69 euros, a Nutrave SA, 94.013, 63 euros y a Cooperativa Avícola y Ganadera de Burgos, 4.625, 38 euros, habiendo abonado Crédito y Caución a Avícola de Íscar SL y a Nutrave una parte no determinada del importe de dichas deudas.

[B] Anteriormente a la solicitud del concurso voluntario (el 27 de julio de 2011), Arsenio, siendo consciente de la situación económica real de DISCAR SL y de la insolvencia efectiva en la que dicha mercantil se encontraba, con la finalidad de eludir la acción futura de sus acreedores y las responsabilidades que se declararían en el concurso, llevo a cabo diversas alteraciones contables y múltiples operaciones de despatrimonialización que mermaron los bienes que posteriormente debían integrarse en la masa, agravando de forma consciente y fraudulenta la situación de insolvencia en que se encontraba, imposibilitando con ello el cobro de los acreedores y defraudando sus expectativas de crédito, y así:

B.1) La sociedad, que en los años 2008 al 2010 no tenía legalizados los libros de contabilidad en el registro Mercantil, llevó a cabo importantes alteraciones en su contabilidad (ya desde los años 2007 y 2008, por las que fue sancionada por la agencia tributaria), en concreto:

[a] en las cuentas del año 2009 aparecen "partidas pendientes de aplicación" por un importe de 1209.989,33 €, activo inexistente en la empresa y que, de haberse contabilizado, supondría ya un patrimonio neto negativo para ese ejercicio 2009 de 927.494, 85 €; [b] omitió la contabilización de importantes partidas, (tanto gastos como ingresos que realmente se producían en la compañía) que variaron artificialmente los resultados contables de la empresa en cada ejercicio, produciendo una alteración de los fondos propios para sostener artificialmente la capitalización de la compañía, y que llevaban a dar una información inveraz de la situación económica de la empresa de forma idónea para causar un perjuicio en la contratación, y [c] en las cuentas anuales de 2010 figuran existencias finales por importe de 481.256,12 euros, pero, sin embargo, a la fecha de solicitud del concurso no había existencias.

B.2) En los meses anteriores a la solicitud del concurso voluntario el 29 de julio de 2011, Arsenio, con la finalidad de eludir la acción futura de sus acreedores y las responsabilidades que se declararían en aquel, llevo a cabo las siguientes operaciones:

[a] El 6 de Mayo de 2010, siendo plenamente consciente de que la no renovación de la línea de descuento por parte de las entidades financieras con las que venía operando iba a suponer, irremediablemente, la falta de atención de los pagarés, cheques y recibos bancarios que fue extendiendo a los proveedores a lo largo de 2010 y 2011 (folios 74 a 265) y, a la postre, el fin de la actividad de DISCAR, SL, otorgó, junto con su primera esposa, Luisa (posteriormente fallecida), escritura de donación a favor del hijo de ambos, el también acusado don Victorino (en adelante Jose Enrique), -a la sazón estudiante de 19 años de edad-, de la nuda propiedad de la finca ubicada en la CALLE000, NUM001 de Santovenia de Pisuerga, así como del edificio de dos plantas construido en la misma y en el que se ubicaba, además del que fuera la vivienda del matrimonio, el local y oficinas donde Pero, como persona física, era dueño, desde muchos años atrás, de otro negocio cárnico (que giraba bajo el nombre SANTOS DE AVILA), reservándose los referidos donantes el usufructo vitalicio de la finca y de la edificación. (folios 1000 a 1008 y 1412 a 1418)

[b] El 17 de enero de 2011, Arsenio, doña Luisa y Jose Enrique otorgaron escritura de constitución de la sociedad PASCAY S.L. (cuyo objeto social y actividad principal era el comercio al por mayor y por menor de todo tipo de carnes), y ello con la finalidad de asumir el fondo de comercio de Discar SL. (folios 762 a 810) acto en el que el primero de dichos otorgantes compareció en su propio nombre y, a la vez, en representación de hijo Jose Enrique, quien entonces estaba estudiando en Estados Unidos y que durante las vacaciones de Navidad de ese año había otorgado, en la misma Notaría donde se verifico la constitución de la sociedad, un poder administración a favor de su padre.

A la sociedad así constituida Arsenio aportó el usufructo vitalicio que se había reservado en la escritura de donación de 6 de mayo de 2010, así como el negocio que giraba bajo el nombre comercial SANTOS DE AVILA., aportando Luisa el usufructo vitalicio que se reservó en la misma escritura y

Jose Enrique la nuda propiedad que le había sido donada, siendo nombrado Arsenio Administrador único de dicha a Sociedad.



[c] El 29 de enero de 2010, Arsenio procedió a la cancelación de varias cuentas bancarias en el Banco Popular, en una de las que tenía un saldo de 94.234,21 euros.

[d] El día 1 de febrero de 2011, Arsenio vendió en escritura pública a su esposa, doña Flora (en adelante Asunción) su participación indivisa de la finca registral nº NUM002, local destinado a garaje nº NUM003, que le pertenecía en la localidad de Medina del Campo por el precio de 3.000 euros, importe que Arsenio destinó a saldar parte de la deuda que tenía con don Domingo.

[e] El día 1 de febrero de 2011, Arsenio vendió a sus hermanos (folios 876 al 887) de 25% que le correspondía de las fincas que integraban los bienes hereditarios, recibiendo a cambio, el día 4 de julio de 2011 (folio 960) en pago de dicha venta uno cheques que fueron entregados al Apoderado del Banco Pastor en la oficina 065 para la cancelación de un crédito concedido previamente al repetido Arsenio por dicha entidad bancaria.

[f] Antes de la fecha de solicitud del concurso, Arsenio realizó disposiciones de cantidades (167.203,80 euros), sin que conste justificado el destino dado a las mismas.

[g] El 4 de febrero 2011, Arsenio y Asunción otorgaron escritura pública de disolución de la comunidad sobre vivienda sita en la localidad de Suances, finca registral nº NUM004, que pertenecía proindiviso a Arsenio y a Asunción, adjudicándose a

ésta en pleno dominio por valor de 162.600 euros, haciéndose constar que Arsenio percibía la cantidad de 3.421 euros en efectivo ese día y abonándosele por cheque 30.000 euros que le entregaba Asunción, (folios 1026 al 1031) y que Arsenio cobró en ventanilla (folio 1438).

La referida vivienda fue posteriormente vendida por Asunción el 13 de julio de 2012 en 162.000 euros a la mercantil Cárnicas Tebi SL, sociedad que había sido constituida en el año 2000 por Arsenio y por su hermano Benedicto y de la que aquel únicamente poseía una acción que transmitió a dicho hermano, que era el verdadero propietario y administrador, en escritura de fecha 23 de noviembre de 2010.

Como consecuencia de todo ello, con fecha de 1 de abril de 2013 el administrador concursal, don Lázaro, presentó Informe de Calificación del Concurso en el que interesaba la calificación del mismo como culpable al haber constado innumerables irregularidades y acciones fraudulentas efectuadas en la empresa, tales como la falta de legalización en el Registro Mercantil de los libros y la contabilidad, la falta de libros de actas y libro de socios, el falseamiento de datos sobre las cuentas y memoria económica, activos inexistentes ya desde el año 2009, la desaparición o falta de contabilización de existencias, importantes deudas del administrador Urbano con la empresa sin que constara el concepto que las origina, así como retiradas de dinero por el mismo, pagos efectuados en B a los trabajadores y la existencia de márgenes comerciales más altos que los declarados en impuestos.

El día 3 de noviembre de 2013, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid dictó Sentencia en la sección sexta del procedimiento concursal (folios 482 a 495) declarando culpable el concurso de DISCAR con fundamento en la omisión y destrucción de la contabilidad, la desaparición de existencias, la disposición de cantidades injustificadas, etc, de modo que en definitiva, fruto de las alteraciones contables expuestas, y de las operaciones de despatrimonialización descritas, se mermaron fraudulentamente los bienes que posteriormente debían integrar la masa, (que se consideró insuficiente), agravando de forma consciente y deliberada la situación de insolvencia en que se encontraba, e imposibilitó el cobro de los acreedores, tanto contra la masa que se consideró insuficiente, contra el propio acusado Arsenio, que aparecía como insolvente(sic)".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente parte dispositiva:

"[I] Que debemos condenar y condenamos a don Urbano, como autor [a] de un delito de estafa previsto y penado en los artículos 248 y 250.1.5ª del Código Penal, y [b] de delito de insolvencia concursal punible en concurso con un delito de alzamiento de bienes previstos y penados en los artículos 257 y 259 -en relación con el artículo 8- del mismo texto legal, a las penas siguientes: (i) por el delito de estafa dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena y multa de 9 meses con una cuota diría de 8 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas, y (ii) por el delito de insolvencia concursal en concurso con el delito de alzamiento de bienes, dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena, y multa de 16 meses con una cuota diría de 8 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas, condenándole así mismo al pago de la mitad de las costas, en las que se incluirán las correspondientes a la acusación particular.

El referido Arsenio deberá indemnizar: a Recar-Olid SL en 29.021,26 euros; a Dimas Otero SA en 54.149, euros; a La Despensa Castellana SC en 11.456, 93 euros; a Comercial Avícola Caballo Blanco SL en 36.749,93 euros; a



Avícola de Íscar SC en 140.478, 65 euros (cantidad que, en su caso, se reduciría en la medida en que en ejecución de sentencia se acreditara hubiera sido abonada por Crédito y Caucción); a Juan Llorente, Fábrica de embutidos SL en 44.728, 46 euros; a Luís Caños Hernández SL en 25.342, 95 euros; a Navarra Embutidos SC en 12.731, 33 euros; a Cárnicas San Mateo SA en 45.904, 69 euros; a Nutrave SA en 94.013,6 euros (cantidad que, en su caso, se reduciría en la medida en que en ejecución de sentencia se acreditara hubiera sido abonada por Crédito y Caucción), y a Cooperativa Avícola y Ganadera de Burgos en 4.625, 38 euros, cantidades de las que responderá subsidiariamente la mercantil DISCAR SL.

[II] Que debemos condenar y condenamos a doña Flora , como autora de un delito de alzamiento de bienes previsto y penado en el artículo 257.1 del Código Penal , a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena, multa de doce meses, con una cuota diaria de 8 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas, debiendo indemnizar a los perjudicados personados en esta causa en la suma de 1.000 euros, condenándola así mismo al pago de una cuarta parte de las costas, en las que se incluirán las correspondientes a la acusación particular.

[III] Que debemos absolver y absolvemos a don Victorino del delito de alzamiento de bienes del que venía siendo acusado, declarando de oficio el resto de las costas(sic)".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por uno de los acusados y por la acusada; dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con fecha 15 de abril de 2020, cuya parte dispositiva es la siguiente:

"Que, estimando solo en parte el recurso de apelación interpuesto por DON Urbano contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª), en fecha 24 de Octubre de 2.019, en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE el fallo de la recurrida, en el sentido de absolver libremente a dicho acusado de los delitos de estafa y de insolvencia concursal punible, manteniendo su condena únicamente por el delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1.1º del Código Penal, apreciando que concurre la figura agravada del artículo 257.4, en relación con el artículo 250.1, ordinal 5º, del mismo cuerpo legal, pero a las penas de 2 años y 6 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial, y multa de 18 meses, con una cuota diaria de 6 Euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, dejando sin efecto la condena a indemnizar a los acreedores en las cantidades que figuran en el fallo de la sentencia recurrida. Dicho acusado abonará además una cuarta parte de las costas de la primera instancia, con inclusión de las causadas por la Acusación particular.

Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Flora contra dicha sentencia, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la misma, en el sentido de absolver libremente a dicha acusada del delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1.1º del Código Penal, dejando sin efecto la condena penal y civil que le ha sido impuesta.

Se declaran de oficio las 3/4 partes de las costas de primera instancia y todas las de esta segunda instancia(sic)".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto procesal por la representación procesal del acusado **D. Urbano** y de la acusación particular en nombre de **AVICOLA DE ISCAR SL, CARNICAS SAN MATEO S.A, DIMAS OTERO S.A., JUAN LORENTE FABRICA DE EMBUTIDOS SL, NUTRAVE S.A. y RECAR-OLID SL**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación procesal del recurrente **D. Urbano** , se basó en los siguientes motivos de casación:

Único.- Por infracción de Ley , al amparo de lo dispuesto por el artículo 849 .1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 789 .3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y vulneración de la prohibición constitucional de indefensión que es contraria a la tutela judicial efectiva, prescrita por el artículo 24.1 de la Constitución Española, así como al principio acusatorio en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución Española, así como conculcación del principio "non reformatio in peius" reconocido por el Tribunal Constitucional en Sentencias 9/1998 de 13 de Enero, 196/1999 de 25 de Octubre, 203/2007 de 24 de Septiembre, 126/2010 de 20 de Noviembre, 223/2015 de 2 de Noviembre, así como por el Tribunal Supremo, Sala Segunda, en Sentencias de 24 de Abril de 1967, o 10 de Marzo de 2017 (152/2017).



SEXTO.- El recurso interpuesto por la representación procesal del recurrente (acusación particular) **AVICOLA DE ISCAR SL, CARNICAS SAN MATEO S.A, DIMAS OTERO S.A., JUAN LORENTE FABRICA DE EMBUTIDOS SL, NUTRAVE S.A. y RECAR-OLID SL**, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. y art. 852 de la L.E.Cr., por vulneración del art. 24.1 y 2 de la Constitución Española, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva causando indefensión y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente del derecho a una resolución fundada en derecho.

La resolución que ahora se recurre en su parte dispositiva acuerda "estimando solo en parte el recurso de apelación interpuesto por DON Urbano contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª), en fecha 24 de Octubre de 2.019, en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE el fallo de la recurrida....manteniendo su condena únicamente por el delito de alzamiento de bienes.... dejando sin efecto la condena a indemnizar a los acreedores en las cantidades que figuran en el fallo de la sentencia recurrida".

2.- Encuentra su base procesal el presente motivo por quebrantamiento de forma, al amparo del artº 851.1 L.E.Cr., al no expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

3.- Encuentra su base procesal el presente motivo Infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 L.E.Cr. al existir error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos obrantes en autos y no contradicho por otros elementos probatorios resultante de documentos obrantes en autos.

4.- Encuentra su base procesal el presente motivo al amparo del art. 849.1 de la L.E.Cr., por infracción de precepto legal, concretamente los artículos 109, 110, 111 y 112 y concordantes del Código Penal.

La sentencia que ahora se recurre, en su fundamento de derecho tercero (pág. 35), acuerda dejar "sin efecto la condena a indemnizar a los acreedores en las cantidades que figuran en el fallo de la sentencia recurrida, y ello por cuanto es doctrina unánime que, en el indicado delito, no se reconoce la obligación de abonar las deudas existentes, y que nacieron con anterioridad a la acción de distracción punible, sino que la consecuencia debe ser la reintegración al patrimonio del deudor de los bienes distraídos, mediante la nulidad de las operaciones jurídicas correspondientes, pronunciamiento que es rechazado en la sentencia recurrida por las razones que la misma expresa, y con el que las acusaciones se han aquietado al no recurrir en apelación el mismo, y ello sin perjuicio de que los acreedores pudieran, en su caso, alcanzar tal nulidad en el correspondiente proceso civil".

5.- Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la L.E.Cr., por infracción de precepto legal, concretamente los artículos 248 y 250 del Código Penal.

La sentencia del TSJCYL, en relación a Urbano, acuerda revocar el fallo de la sentencia de fecha 24 de octubre de 2019, en el sentido de absolver libremente a dicho acusado del delito de estafa.

6.- Encuentra su base procesal el presente motivo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley por por infracción de precepto legal, concretamente el artículo 257 del Código Penal.

En conexión con el motivo tercero de este recurso (error en la valoración de la prueba), consideramos que han de modificarse los hechos probados, en el sentido allí indicado.

SÉTIMO- Instruidas las partes recurridas y el Ministerio Fiscal de los recursos de casación presentados de contrario, interesan la inadmisión a trámite de los mismos, a excepción del motivo cuarto de la acusación particular, que expresamente lo apoya el Ministerio Fiscal; por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos y solicitan subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 17 de Mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª, dictó sentencia condenando al acusado Urbano como autor de un delito de estafa a la pena de dos años de prisión y multa de 9 meses, y como autor de un delito de insolvencia concursal punible en concurso con un delito de alzamiento de bienes a la pena de dos años de prisión y multa de 16 meses. Y a la acusada Flora, como autora de un delito de alzamiento de bienes, a la pena de 1 año de prisión y multa de 12 meses, con las accesorias correspondientes. Y a indemnizar a los perjudicados en la forma que consta en la sentencia. Los acusados interpusieron recurso de apelación, que fue parcialmente estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que acordó absolver a



la acusada Flora del delito de alzamiento de bienes, así como absolver al acusado Urbano de los delitos de estafa y de insolvencia concursal punible, manteniendo la condena por el delito de alzamiento de bienes, aunque, apreciando la concurrencia de la agravación prevista en el artículo 257.4, en relación con el artículo 250.1, ordinal 5, ambos del Código Penal, dejando, además, sin efecto la condena a indemnizar a los acreedores en las cantidades que figuran en el fallo de la sentencia recurrida.

Contra esta sentencia interponen recurso el acusado Urbano y la acusación particular en nombre de AVICOLA DE ISCAR SL, CARNICAS SAN MATEO S.A, DIMAS OTERO S.A., JUAN LORENTE FABRICA DE EMBUTIDOS SL, NUTRAVE S.A. y RECAR-OLID SL.

1. Con carácter previo al examen de los motivos de cada recurso, resulta necesario abordar una cuestión que no se plantea por los recurrentes, pero si por el Ministerio Fiscal en su informe cuando hace referencia a "*la problemática que pudiera plantearse relativa a la tramitación del presente procedimiento, por cuanto que se trata de un procedimiento incoado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 41/2015, y por tanto el recurso que contra la sentencia de la Audiencia Provincial según el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vigente en el momento que se iniciaron las actuaciones, procedía recurso directo de casación y no el de apelación ejercitado*".

Efectivamente, según consta en la sentencia de instancia, y no se trata de un error, las "actuaciones fueron incoadas por el juzgado de Instrucción núm. Dos de Valladolid como consecuencia de denuncia que dio lugar a las diligencias previas seguidas en dicho juzgado bajo el núm. 5577/14". Aunque en realidad, la numeración que consta en las diligencias es la 5277/2014.

Es decir, que el procedimiento se incoó con anterioridad a la fecha de entrada en vigor (6 de diciembre de 2015) de la reforma operada en la LECrim por la Ley 41/2015. En consecuencia, como el Ministerio Fiscal señala, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, no era procedente el recurso de apelación, sino el de casación. El Tribunal Superior de Justicia carecía de competencia funcional para conocer y resolver un recurso interpuesto contra una sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial, por lo que, consiguientemente, carecía de competencia para modificarla.

2. El Ministerio Fiscal entiende que ello no impide la resolución del recurso de casación interpuesto, pues, en definitiva, esta Sala era competente entonces y lo sigue siendo ahora para el conocimiento de esa clase de recursos.

Es cierto que esta Sala era competente entonces y lo es ahora para conocer del recurso de casación.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse, en primer lugar, que las sentencias contra las que cabe recurso de casación no son las mismas antes y después de la reforma.

En segundo lugar, que la sentencia dictada en el asunto de referencia solo podía ser recurrida en casación, y no en apelación.

Y, en tercer lugar, que la existencia de una sentencia intermedia de apelación, entre la de instancia y el recurso de casación, puede imponer el planteamiento de este último en términos que pueden ser claramente diferentes de los que procederían en caso de interponer directamente el recurso de casación.

Y en el caso lo son, pues los que se contienen en los escritos de los recursos de casación interpuestos son claramente diversos de los que habrían resultado pertinentes en caso de haberse recurrido directamente en casación la sentencia de instancia, como era procedente. Y pueden influir en el sentido de las resoluciones que se adopten.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dispone en el artículo 238.1 la nulidad de pleno derecho de los actos procesales cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, y en el párrafo segundo del artículo 240.2, dispone que "*En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal*".

En consecuencia, la prohibición de declarar la nulidad de actuaciones sin pretensión previa de alguna de las partes, desaparece cuando se aprecie falta de competencia objetiva o funcional.

En el caso, es clara la falta de competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia para resolver un recurso (de apelación) contra la sentencia de instancia dictada por la Audiencia Provincial, pues tal clase de recurso y la competencia del Tribunal para resolverlo, no estaban previstas por la ley cuando se incoó el procedimiento en el año 2014, y las previsiones introducidas en el año 2015, por propia disposición legal, solo resultaban aplicables a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor.



Las modificaciones sustanciales realizadas en la sentencia de instancia, por lo tanto, no eran posibles con arreglo a las normas de competencia funcional aplicables al procedimiento, y no pueden constituir el punto de partida para el planteamiento y la resolución de un recurso de casación, que deberá tener como base la sentencia de instancia.

Estas consideraciones no están afectadas por el aquietamiento de las partes ante la tramitación del recurso de apelación, sufriendo un error inducido quizá por el pie de recurso de la sentencia de instancia, que se refería al recurso de apelación como el precedente. La competencia objetiva o funcional de los Tribunales y la determinación de los recursos procedentes no es cuestión que pueda quedar al arbitrio de las partes, o venir determinada por la pasividad de las mismas, tratándose de una cuestión de orden público que aquellos deben abordar de oficio y resolver de conformidad con las leyes aplicables.

Por lo tanto, la sentencia de apelación debe considerarse nula de pleno derecho, junto con toda la tramitación que ha conducido a la misma, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de la notificación de la sentencia de instancia a las partes, a las que deberá ser comunicada la posibilidad de interponer recurso de casación en el plazo legal, computado desde el momento precedente.

FALLO

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

1º. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de la notificación de la sentencia de instancia a las partes, a las que deberá ser comunicada la posibilidad de interponer recurso de casación en el plazo legal, computado desde el momento precedente.

2º. Declaramos de oficio las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo del Arco

Vicente Magro Servet Angel Luis Hurtado Adrián