



Roj: **STS 736/2017 - ECLI:ES:TS:2017:736**

Id Cendoj: **28079120012017100155**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2017**

Nº de Recurso: **1362/2016**

Nº de Resolución: **128/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5411/2016,**
STS 736/2017

RECURSO CASACION núm.: 1362/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 128/2017

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Luciano Varela Castro

D. Carlos Granados Pérez

D. Joaquín Giménez García

En Madrid, a 1 de marzo de 2017.

Esta sala ha visto los recursos de casación nº 1362/2016 interpuestos por D. José y D. Rodrigo, representados por la procuradora D.^a Adela Cano Lantero, bajo la dirección letrada de D. Miguel López Herraiz, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 9 de junio de 2016. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida D. Luis Enrique, D. Belarmino, D.^a Claudia y D. Fausto, representados por la procuradora D.^a Susana Clemente Mármol, bajo la dirección letrada de D. Jaime Sanz Márquez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Sabadell, abrió Diligencia Previa nº 1442/2006 contra José y Rodrigo, por un delito de malversación impropia y alzamiento de bienes, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, que en la causa nº PA 7/2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados:**

<<Se declara probado:



Primero.- Que la sociedad mercantil CONSTRUCCIONES MEC NIQUES MINEX SA (en adelante MINEX), con domicilio en la carretera de Setment a Mollet Km. 2,6 de la localidad de Polinyá, y de la que era socio único Rodrigo , mayor de edad, en cuanto nacido el NUM002 de 1076 en Manresa, hijo de Pio y Pilar , de nacionalidad española, con DNI NUM000 , de solvencia desconocida y en situación de libertad por las presentes actuaciones, y apoderado, su padre, José , mayor de edad, en Cuanto nacido el NUM003 de 1949, en Manresa, hijo de Pio y Ángela , de nacionalidad española, con DNI NUM001 ; a principios del 2004 instó un expediente de regulación de empleo, que derivó en la resolución de los contratos laborales con sus trabajadores el 13 de abril del citado año, siendo ejercitadas por éstos a continuación una serie de acciones ante la jurisdicción social de reclamación de cantidad por los salarios e indemnizaciones impagados, entre las que se hallaba la que dio lugar al procedimiento nº 491/2004 seguido ante el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Sabadell contra MINEX y la entidad WHITE 1NNOVACIONES SL, por cuanto la primera de ellas presentó a los trabajadores tres contratos privados, el primero de préstamo, fechado el 7 de enero de 2003, por cuantía de 50.000 euros recibidos de WHITE, y cuya devolución garantizaba con las máquinas de la empresa relacionadas en el contrato. Y otros dos, ambos de fecha 6 de junio de 2003, uno de cancelación de deuda, por el que WHITE pasaba a ser propietaria de la maquinaria de la empresa y el segundo, por el que las citadas mercantiles otorgaban contrato de arrendamiento de las máquinas a favor de MINEX. Tales contratos, suscritos todos ellos por José en cuanto apoderado de MINEX y el Sr. Bernardo en cuanto administrador de WHITE, fueron conocidos por los trabajadores en el año 2004 tras el ERE, y considerándolo celebrados en fraude de ley, dirigieron la demanda contra ambas entidades.

En el seno del citado procedimiento se acordó mediante Auto de 27 de mayo de 2004, el embargo preventivo de la maquinaria, que se encontraba, al tiempo de su trabado, en el centro de trabajo y domicilio de MINEX sito en la carretera de Setmenat a Mollet Km. 2,6 de Polinyá. Las máquinas embargadas eran:

UNA FRESADORA marca BAUTAR modelo UG4

UNA FRESADORA marca ZAYER modelo 1200 AM

UNA FRESADORA ANAYAK-ANAK-MATIC-9CNC-HEIDENHAIN 410

UNA FRESADORA HASSA-SUPER MINI MILL-CNC FANUC

UNA FRESADORA METBA-MB-50-D HEIDENHAIN 155 UNA FRESADORA ZAYER 1700-A.F3 HE1DENHA1N 145

UN TORNO PINACHO S94 C/260-SEMI C.N.N. FAGOR 800T

UN TORNO CUMBRE 15 DIEDESHEIN

UNA MOLA AGATHON 700 DE DIAMANTE CINCO MOLAS sin marca

UN COMPRESOR DE AIRE BUSRA 7.5. HP.10 BAR UN COMPRESOR AIRMATIC

UNA SOLDADURA SOLDARCO HEC 360 ARCO UNA SOLDADURA AGUILA AT 8-400 eléctrica

UNA SOLDADURA AGUILA M-4-L eléctrica

UNA SOLDADURA ELECTRICA pequeña sin marca UNA SIERRA SAP-18

UNA SIERRA SAB1-HER 275 AE automática

UN TALADRO ERLO TC 25

UN TALADRO ERLO TC 32

DOS MÁQUINAS ARA-MON 601

DOS MÁQUINAS DELFOS

UN TORNO LACFER

UNA FRESADORA FEIXAC UM

UN APARATO DE ELECTROEROSIÓN ONA COMPAC-2

UNA RECTIFICADORA DANOBAT 1200 RP cilíndrica

UNA RECTIFICADORA GER RS 750 plana

UNA MANDRINADORA AYCE AC-60

UN APARATO DE MEDICIÓN ELÉCTRICO LINEAR HEIGHT 600

UN APARATO DE MEDICIÓN ELÉCTRICO pequeño sin marca

UNA PRENSA GUILLEN 60 T.N. automática UNA PRENSA BAUTAR 40 TN

UNA PRENSA JOTAS 15 TN

NUEVE COMPARADORES DE MEDICION

TREINTA MICROMETROS DE MEDICION de varias medidas

TRES CALIBRES DE MEDICION

TRES PIES DE REY GRANDES

DOS CENTRADORES ELECTRICOS DOS MIRAFONDOS

DOS JUEGOS DE CALAS

DOS TRANSPORTADORES DE ÁNGULOS

distintas herramientas de medición

UNA RADIAL FORADIA

UNA PUNTEADORA HAUSAR OP3

UNA LIMADORA T.U.M.

herramientas y útiles varios

UN PUENTE GRUA 3.200 KGS. VINCA y

UN GENERADOR AIRE CALIENTE

Al mismo tiempo y en la resolución en la que se embargaba la maquinaria, se designó como depositario judicial al gerente o administrador de la empresa MINEX, presentando en fecha 8 de junio de 2004 José , escrito ante el Juzgado de los Social nº 1, por el que se reconocía apoderado a fin de ser designado depositario y solicitaba ser autorizado a trasladar la maquinaria desde la nave donde se hallaban sita calle deis pins de Polinyá a una nave en el Polígono La Guía de Manresa, siendo autorizado a tal efecto mediante providencia de fecha 9 de junio de 2004. La aceptación del cargo se efectuó en la secretaria del Juzgado el 10 de junio del citado año, informándole de las obligaciones que asumía al amparo de los artículos 625 a 628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1785 a 1789 del Código Civil, sin que constara advertencia o información de las consecuencias penales en caso de incumplimiento de las mismas.

Segundo.- Posteriormente, el 5 de julio de 2004, se acumularon a dicho procedimiento nº 49112004, el procedimiento nº 576/2004 también seguido ante el mismo Juzgado de lo Social y con las mismas partes, alcanzando la cuantía reclamada a 250.871,92 euros y consecuentemente se amplió el embargo. En fecha 8 de noviembre de 2004 recayó Sentencia condenatoria respecto de MINEX y absolutoria respecto de WHITE. Instada la ejecución parcial, se interpuso al tiempo recurso de súplica respecto del pronunciamiento absolutorio, recayendo finalmente Sentencia en fecha 14 de julio de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña apreciando fraude de ley y condenando solidariamente al pago de la cuantía a WHITE.

La Ejecutoria parcial se abrió mediante Auto de 26 de enero de 2005, siendo en el mismo removido del cargo José , y designándose como nuevo depositario a Luis Enrique .

Tercero.- Tras aceptar el cargo de depositario judicial el 10 de junio de 2004 y estando autorizado por el Juzgado, José , trasladó en el mes de junio toda la maquinaria embargada al almacén MAGATEMATGE LA GUÍA, de la Calle Cami s/n de la localidad de Manresa, de donde, y sin mediar nueva autorización, la retiró en fecha 5 de octubre de 2004. Posteriormente, hizo caso omiso a los numerosos requerimientos judiciales efectuados en forma para que compareciera ante el juzgado de lo Social y diera cuenta de los bienes, todo ello con la finalidad de sustraerla al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la sentencia condenatoria. En fecha 2 de febrero de 2006 se verificó por el Juzgado que en la nave de La Guia no se encontraba maquinaria alguna de MINEX, y dado el resultado de las averiguaciones de bienes, se declaró en fecha 11 de julio de 2006 la insolvencia total de MINEX, siendo que tan solo se hallaron para hacer frente al pago de la condena de 7,83 euros en una de sus cuentas bancarias.

Cuarto.- Sobre el 2008, José , en una feria del sector, entregó a Lázaro una tarjeta de presentación comercial respecto de la empresa JBC VERTICAL DISTRIBUTION, en la que constaba los datos de su hijo Rodrigo , así como el domicilio de la entidad, sito en la calle del Pins s/n de Sant Salvador de Guardiola, informándole de que era la nueva empresa de su hijo. Comunicado tal hecho a uno de los trabajadores acreedores, Luis Enrique , éste comprobó que se encontraba en la dicha nave parte de la maquinaria embargada la cual era utilizada por VERTICAL y que de ella salían y entraban tanto José como Rodrigo , resultando beneficiado por la actuación



sobre los bienes embargados efectuada por su padre. Dada cuenta al Juzgado de Instrucción nº 3 de Sabadell, se acordó en fecha 25 de enero de 2010 la entrada y registro, hallándose en el citado lugar las siguientes máquinas embargadas en su día:

UN TALADRO TCA 32 ERLO

UNA RECTIFICADORA DANOBAT 1200 RP CILINDRICA

UNA RECTIFICADORA GER RS 750 PLANA UN TORNO CUMBRE 15-DIEDESHEIM

UNA SIERRA SABI-HER 275 - AE AUTOMATICA

UNA FRESADORA ANAYAK ANAK-MATIC-9 CNC HEIDENHAN 410

UN APARATO DE MEDICION ELECTRICO LINEAR HEIGHT 600

UN APARATO DE MEDICIÓN ELECTRICO pequeño sin marca

UNA FRESADORA FEXAC MODELO UM

UNA FRESADORA SUPER MINI HILL HAS UNA SIERRA SAB N18

UN TORNO LACFER MODELO CE 2E-250

UNA PRENSA BAUTAR 40 TN

UN MUEBLE DE 3 CAJONES (uno de ellos conteniendo calibres de medición)

UN ARMARIO METÁLICO CONTENIENDO EN SU INTERIOR DISTINTAS HERRAMIENTAS de medición y TREINTA micrómetros de varias medidas y marcas

UNA SOLDADURA MODELO AGUILA AT8-400 ELÉCTRICA

resultando desconocido hasta la fecha el destino y ubicación del resto de los bienes trabados de embargo.

Quinto.- La maquinaria hallada, valorada pericialmente en 54.000 euros, fue puesta a la venta en el seno de la Ejecutoria 27/2015 del Juzgado Sabadell, por un precio de 3.004,51 euros, siendo el valor pericial de la embargada no hallada de 168.000 euros. Del total de la deuda a la que solidariamente MINEX Y WHITE, descontada la cantidad abonada por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) quedaron pendientes 74.565,64 euros, de los cuales, corresponde a Luis Enrique 3.141,83 euros, a Fausto 14.102,4 euros, a Luis Manuel 12.582,39 euros, y a los finados, Cesareo y Guillermo, en cuya representación ha ejercido la acusación particular sus esposas, 11.427,48 euros y 2.689,12 euros respectivamente, presentado Belarmino un saldo de 83,76 euros. Así en total, la cuantía que, con los bienes ocultados por José y de la que se benefició su hijo Rodrigo, no se les han satisfecho asciende en global a 43.859,46 euros.>>

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<**FALLAMOS.-** Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a los acusados, **José Y Rodrigo**, del DELITO DE MALVERSACIÓN IMPROPIA del que venían siendo acusados, declarándose de oficio las costas procesales causadas en este juicio por tal delito.

Que debernos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado José, como autor de un DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES, no concurriendo circunstancias modificativa de la responsabilidad criminal, a las penas de DOS AÑOS DE PRISIÓN, accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y para el empleo de cargo publico durante el tiempo de la pena de prisión, y de UN AÑO Y CUATRO MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE 6 EUROS, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación por cada dos días de cuota impagada y al pago de l procesales, **ABSOLVIENDO** al acusado **Rodrigo** de este Delito de alzamiento, declarándose las costas de oficio respecto del mismo.

En materia de responsabilidad civil se condena a José y a Rodrigo, al pago conjunta y solidariamente de 43.859,46 euros, más el interés moratorio del 10% hasta la sentencia dictada en sede social el 8 de noviembre de 2004, y el interés legal del 576 de la LEC desde esta Sentencia; sin exceder en todo caso la cuantía a satisfacer de 168.000 euros.

Déjense sin efecto, de haberlas, las medidas cautelares personales que se hubieran acordado.>>

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por los procesados, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación de los recurrentes, basa sus recursos en los siguientes motivos:



Recurso de José

1º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 257.1.2 CP.

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba.

3º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

4º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851 LEcrim.

5º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por aplicación indebida del art 116 CP.

Recurso de Rodrigo

1º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 257.1.2 CP.

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba.

3º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

4º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851 LEcrim.

5º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por aplicación indebida del art 116 CP y del 122 CP.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 15 de febrero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de José

PRIMERO.- 1.- En el primero de los motivos, autorizado por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia que ha sido vulnerado el artículo 257.1 del Código Penal. Al respecto recuerda que el Ministerio Fiscal, solicitaba únicamente la condena por un delito de malversación impropia y consideraba que no se daban los requisitos para el alzamiento de bienes. Y argumenta por su parte que dos son los requisitos exigidos por el artículo 257.1º Código Penal: «alzarse con sus bienes» y «en perjuicio de sus acreedores». En el presente caso que nos ocupa, estima el recurrente que no se cumple ni uno solo de los dos requisitos, y ello porque, según alega, ni eran bienes de su propiedad, ni era deudor de los querellantes, por lo que no tenía acreedores a quien perjudicar.

Al no ser deudor de los querellantes, no se le puede imputar el presunto alzamiento de bienes.

Y, finalmente, rechaza su responsabilidad ya que, según su alegato, no era ni socio, ni administrador de la sociedad propietaria de la maquinaria.

2.- El hecho probado de la sentencia conviene con el recurrente en no tildarle de dueño de los bienes sobre los que se actuó para alzarlos, y también en que el penado no era, personalmente, deudor respecto de los créditos que se dicen frustrados a causa de su comportamiento.

Ocurre que, pese a ello, la responsabilidad penal que se predica del acusado ahora recurrente, no la deriva la sentencia impugnada de ninguna de esas dos cualidades. El fundamento de la imputación de autoría radica en la condición de apoderado de la entidad que sí era deudora de aquellos créditos y de la cual el único socio era el hijo del penado recurrente.

La condición de administrador, que refuta el recurrente, está referida a la sociedad <<propietaria>> de la maquinaria alzada. Y ello afirmando, además, que la maquinaria objeto de alzamiento, solamente era en parte propiedad de la empresa <<Minex>>, pero otras máquinas serían propiedad de otra sociedad <<White>> o adquiridas en régimen de leasing.

Pero tal afirmación, además de inconcreta respecto a qué máquinas estaban en una u otra condición en cuanto a su dominio, resulta intrascendente y, en todo caso, gratuita. Intrascendente porque, no habiendo negado su condición de apoderado de <<Minex>> que es la deudora permitiría al calificar el hecho ya como típico, afirmar su autoría en calidad de administrador de hecho al amparo del artículo 31 del Código Penal, que es el título de imputación de que parte la sentencia y el penado no recurre. Y lo mismo en cuanto a la maquinaria que se pudiera admitir, como hipótesis dialéctica, del dominio de <<White>>. La intrascendencia, respecto de los



actos relativos a los bienes que se pudieran hipotéticamente atribuir al dominio de ésta, derivaría de que tal sociedad también fue declarada responsable de la deuda, solidariamente con <<Minex>>, siendo indudable que, en cuanto a estos bienes, el acusado actuó como administrador de hecho, lo que permitiría considerarle autor en aplicación del citado artículo 31 del Código Penal.

Pero es que, en todo caso, nada acredita el recurrente sobre tal dominio diverso del que ostentaba <<Minex>> sobre la totalidad de la maquinaria embargada, ni en este cauce puede desconocer la premisa fáctica declarada como probada. Y, al respecto, la supuesta adquisición de dominio por <<White>> tendría su base en unos contratos que como establece el hecho probado de la aquí recurrida han sido jurisdiccionalmente declarados fraudulentos y por ello no oponibles a terceros, como en este caso los acreedores.

El hecho probado proclama en efecto que el recurrente era apoderado del socio único de <<Minex>> (su hijo) o de ésta, lo que es indiferente por ser el dueño tal socio único y por ello poderdante. Y dice también que el recurrente, en tal condición de apoderado, promovió el expediente de regulación de empleo de la citada sociedad. Y dice a más añadidura el hecho probado que es este recurrente el que, como apoderado, otorga tres contratos fraudulentos a medio de los cuales pasa ficticiamente, a la par que en fraude de terceros, la titularidad de las máquinas a la sociedad <<White>>.

Por su parte dice el artículo 31 del Código Penal, vigente al tiempo de los hechos, que el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

El apoderamiento del único socio, la formalización de un ERE y el otorgamiento de contratos tan relevantes sobre el patrimonio de la sociedad como los citados contratos, además de la asunción voluntaria de la condición de depositario de los bienes tras su embargo, son todos actos que atribuyen al recurrente la condición de administrador, cuando menos, de hecho de la sociedad en la medida referida en el citado precepto penal.

Es pues indudablemente aplicable el citado artículo 31 del Código Penal lo que jurídicamente, más allá de la premisa fáctica del mismo, no se cuestiona expresamente en el recurso por lo que la atribución de autoría al acusado está fuera de duda, y el motivo debe ser rechazado como efectivamente lo es.

SEGUNDO.- 1.- En el segundo motivo alega, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se ha cometido un error al establecer el hecho probado, que el recurrente habrá de acreditar invocando un documento que así lo acredite.

Afirma que según el hecho probado segundo de la sentencia, el acusado D. José ni era deudor, ni era depositario desde el 26 de enero de 2005, fecha en la que fue removido en el cargo y nombrado nuevo depositario en la persona de D. Luis Enrique por Auto del Juzgado de lo Social de Sabadell. Por otra parte D. José informó al Juzgado de lo Social del cambio de las máquinas de la nave sita en Polinyà a la nave sita en el barrio de La Guía de Manresa, sita en la Calle dels Pins s/n empresa <<Magatzematge La Guía>> (Folio 215).

Rechaza haber ostentado ningún control de la maquinaria desde aquella remoción de su cargo de depositario.

2.- Comparte con la sentencia recurrida la exclusión de la condición de deudor personal en el acusado, añadiendo ahora el cese de sus obligaciones como depositario de los bienes desde enero de 2005.

Pues bien, como veremos, el alzamiento se consuma cuando, según el hecho probado, en el cinco de octubre de 2004 hace desaparecer de todo control los bienes de los que no solamente él era depositario, por razón del embargo judicial, sino que aquellos eran propiedad de la sociedad de la que el recurrente tenía la ya atribuida condición de administrador, al menos de hecho.

Ciertamente niega también en este motivo el recurrente ser el administrador de la sociedad <<Minex>> propietaria de los bienes, pero tal dato derivado de la declaración de hechos probados no resulta contrario a ninguno de los documentos que se invocan ahora en este motivo. Y ya hemos expuesto que, en todo caso, los actos que se dicen ejecutados por el recurrente le constituyen cuando menos en administrador de hecho. Lo que implica que la recurrente le sea exigible personalmente al responsabilidad penal, aunque no tenga las condiciones subjetivas del autor típico, en concreto ser deudor, condición que ni siquiera se exige en el caso, aquí aplicado, del apartado 1.2.º del citado artículo 257 del Código Penal, en el que el alzamiento se comete, si hay bienes embargados, con actos, de disposición patrimonial o asunción de obligaciones, que dificulten la realización del valor garantizado por un embargo.

El motivo parece dirigirse más a la desvinculación del acusado respecto de los actos posteriores a su cese formal como depositario. Pero ello resulta intrascendente ya que el delito se consumó antes de su remoción



en el cargo, como veremos al resolver los demás motivos. De ahí la irrelevancia de quien poseyera los bienes posteriormente hallados. Aún más si tampoco cabe excluir la vinculación con la sociedad, que aparece como tal poseedora, con el único socio hijo del recurrente, y que eludió el pago de sus deudas a los querellantes.

El motivo se rechaza.

TERCERO.- El tercero de los motivos se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia alegando que no se habría probado la preexistencia de la deuda respecto de D. José ni el ánimo de perjudicar a sus acreedores.

En cuanto al dato fáctico de la condición de deudor no existe tal vulneración por la muy sencilla razón de que tal deuda no es proclamada como hecho probado ni fundamento de la condena que parte de que la deuda es atribuible, no al recurrente, sino a la sociedad de la que actúa como administrador cuando menos de hecho.

Y tampoco cabe admitir el motivo en cuanto a la denunciada ausencia del ánimo de defraudar a los acreedores. Inferir tal propósito ilícito en quien otorga los contratos que se indican en el hecho probado, no solamente es acorde a la más elemental lógica, sino que concuerda con la ya expresa y previa declaración jurisdiccional de que esos contratos fueron otorgados en fraude los créditos de los trabajadores reclamante. Ni otra finalidad que la ilícita de tal fraude cabe inferir de que el 5 de octubre de 2004, cuando era depositario, el acusado retirase los bienes trabados del lugar a donde los había llevado, por más que con autorización, para nunca más dar cuenta del paradero de dichos bienes.

El motivo se rechaza.

CUARTO.- 1.- En cuarto lugar formula hasta cuatro quebrantamientos de forma al amparo del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que consistirían en:

a) No expresar la Sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, en relación con el delito de alzamiento de bienes.

b) Resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la Sentencia.

c) Haberse consignado como hechos probados que <<Posteriormente, hizo caso omiso a los numerosos requerimientos judiciales efectuados en forma para que compareciera ante el Juzgado de lo Social y diera cuenta de los bienes, todo con la finalidad de sustraerla al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la sentencia condenatoria>>, que implican la predeterminación del fallo e ignoran lo anteriormente manifestado, que D. José solicitó al Juzgado de lo Social autorización para el traslado, y sin tener en cuenta que ya no era depositario, ya que desde enero de 2005 fue removido del cargo de depositario, y fue nombrado el querellante, enlace sindical como nuevo depositario.

2.- Ninguna de tales quejas merece otra consideración que la de su frontal rechazo por manifiesta improcedencia.

Porque los hechos constitutivos del alzamiento se describen no solo de manera clara sino exhaustiva. Gestionaba de hecho la sociedad <<Minex>> y tras intentar sustraer jurídicamente los bienes de la misma a su responsabilidad frente a los trabajadores, otorgamiento de contratos jurisdiccionalmente tenidos por fraudulentos se propone como depositario de lo embargado, no dando razón de los bienes desde el mes de octubre de 2004, lo que llevó a que se le removiera del cargo de depositario. Es imposible más claridad y minuciosidad en la imputación.

La contradicción no se da en la sentencia sino entre ésta y la pretensión del recurrente. No se le atribuye condición de deudor sino de administrador cuando menos de hecho de la sociedad respecto de cuyo patrimonio ejecuta los actos determinantes del alzamiento por el que viene condenado.

La descripción en el apartado de hechos probados, en los términos que expone el motivo, no constituyen uso de conceptos, ni siquiera términos, jurídicos que eluda imputación de hecho alguno que funden la sentencia de condena. La referencia a supuesta omisión de otro dato no constituye objeción a formular por este cauce. Y en todo caso, resulta irrelevante la supuesta omisión de la autorización de traslado, pues el alzamiento se produce al hacer desaparecer los bienes de ese autorizado lugar del depósito. Y también el cese en la condición de depositario por las razones ya indicadas sobre la fecha de consumación del alzamiento, anterior al mismo.

El motivo en tales apartados se rechaza.

QUINTO.- También considera en el motivo cuarto d) quebrantamiento de forma porque se exprese únicamente como probados los hechos que alega la acusación particular sin otra prueba que la declaración de un testigo, precisamente el acusador. Pero eso no constituye un supuesto del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento



Criminal que solamente da acogida a la pretensión que se funda en no expresar lo que se declara probado en caso de sentencia absolutoria limitándose a decir lo que no se estima probado. Lo que, obviamente no es el caso.

En realidad lo que el motivo pretende es cuestionar la corrección de la conclusión probatoria. Pero ello es ajeno a la autorización que confiere el artículo 851 para pretender solamente la nulidad del juicio y no la modificación del relato de lo probado que ha de combatirse, por otros cauces, como se ha hecho ya sin éxito.

Por ello se rechaza también este motivo identificado como cuarto d)

SEXO.- Se denuncia en el motivo cuarto e) como quebrantamiento de forma no haber resuelto la sentencia sobre la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

En primer lugar la sentencia declara expresamente que no concurre ninguna circunstancia atenuante, por lo que no hay omisión decisoria. Por otra parte el recurrente no alega haber formulado tal pretensión en la instancia, y no cabe traer objetos de debate a la casación ausentes de la instancia. Y aunque lo anterior baste para rechazar la pretensión de anulación so pretexto de incongruencia omisiva, tampoco cabría estimar la atenuante, ni siquiera como sencilla. El recurrente pretende computar como tiempo de dilación procedimental el que transcurre desde el cese de su condición de depositario. Por enésima vez confunde el hecho fundamento de su responsabilidad, que es incluso anterior a la data de tal cese como depositario. Pero es que además olvida que la atenuante no es predicable respecto de la entidad temporal medida desde la fecha del hecho, sino desde la iniciación de la tramitación de la causa

SÉPTIMO.- En el motivo cuarto f) denuncia como quebrantamiento de forma, al amparo del número cuatro del artículo 851 Ley de Enjuiciamiento Criminal, el haberse condenado en la sentencia al recurrente por el delito de alzamiento de bienes, cuando el Ministerio Fiscal únicamente solicitaba la condena en base a un presunto delito de malversación impropia, al considerar que no se cumplían los requisitos exigidos para el alzamiento de bienes. Únicamente la acusación particular y, como petición subsidiaria y/o alternativa, solicitaba la condena a título de alzamiento de bienes.

Obviamente no constituye infracción alguna la aceptación de una tesis en detrimento de otra si, como ocurre, dados los términos de la acusación asumida, no se condena por delito distinto del que es imputado por ésta.

OCTAVO.- Como quinto motivo, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega que se hizo aplicación indebida del artículo 116 Código Penal.

Estima que el único efecto civil que viene anudado a la responsabilidad penal por alzamiento es la declaración de nulidad del acto jurídico. La deuda de que se trate no deriva del delito de alzamiento que pudiera apreciarse, sino de una relación jurídica antecedente.

La responsabilidad civil debe satisfacerse mediante la restitución y no mediante indemnización.

La indemnización, además, no puede extenderse a todo el monto de la obligación crediticia cuyo pago se eludió. De un lado, porque como se ha dicho no está definitivamente fijado; de otro, porque según se deduce de algunas de las consideraciones efectuadas no puede afirmarse de manera rotunda que el delito de alzamiento de bienes haya afectado a todo el crédito.

2.- Sin embargo la Jurisprudencia se ha cuidado de advertir de que cuando la restitución deviene jurídicamente imposible nada impide que puedan entrar en juego los medios subsidiarios y sustitutorios previstos en el artículo 110 del Código Penal, es decir, la reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales. El artículo siguiente 111 precisa que la restitución del mismo procederá, siempre que sea posible, con la excepción de que un tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable.

El importe de la deuda no es consecuencia del delito sino que preexiste al mismo y por ello podría sostenerse la imposibilidad de una declaración que imponga su pago al criminalmente responsable del alzamiento y por el hecho de serlo

Sin embargo, la reparación e indemnización es también un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulenta cuando la reintegración es imposible, con la salvedad de que la obligación de indemnizar (importe de la deuda pendiente) debe estar comprendida en el valor del bien existente en el patrimonio cuyo desplazamiento de la acción de los acreedores constituye su verdadero perjuicio, luego en la medida que la indemnización no exceda del valor del bien sustraído a la ejecución debe aplicarse como remedio subsidiario la indemnización correspondiente de daños y perjuicios

El embargo, como la prenda o la hipoteca hace nacer un derecho a la realización del valor de la cosa sometida a gravamen. Cuando el sujeto es criminalmente responsable por realizar actos que dilatan, dificultan o impidan



la eficacia del embargo, con frustración de aquel derecho de realización de valor, surge, no solamente una responsabilidad penal, sino la civil que obliga a reparar ese daño cualitativamente diverso de la deuda que se garantiza con el gravamen. Y también cuantitativamente determinable. El importe máximo será el de la deuda cuyo pago frustra el alzamiento. Pero tampoco podrá superar el valor del patrimonio disponible por el deudor al tiempo del alzamiento. De modo que, si al tiempo del alzamiento el valor de los bienes sustraídos a responsabilidad dificultando el embargo o mediante otro acto era inferior al de la deuda del autor del delito, la responsabilidad civil anudada a la penal de éste quedará limitado a dicho inferior valor.

Y eso es lo que con exquisita argumentación establece la sentencia de instancia cuyo criterio compartimos y, por ello, rechazamos este motivo.

Recurso de Rodrigo

NOVENO.- 1.- Resulta difícil sistematizar el recurso de este condenado ya que no, solamente incurre en el apenas indisimulado reiterar la tesis del otro recurrente, sino que amalgama siN la adecuada diferenciación las razones de su impugnación.

Daremos respuesta en primer lugar a las que se limitan a repetir las tesis ya desechadas al rechazar la impugnación del otro recurrente.

2.- La que denomina motivo segundo por no expresar los hechos que se declaran probados, remitiendo al fundamento jurídico cuarto 2, en que dejamos establecido al suficiencia del relato fáctico tenido por probado.

3.- Respecto a la tacha de contradicción también remitimos a ese fundamento jurídico cuarto 2 especificando ahora que la sentencia no proclama que el recurrente D. Rodrigo sea administrador o apoderado de la entidad deudora. Lo que se afirma es que es su socio único.

4.- Lo relativo a la propiedad de los bienes ya ha sido examinado en el fundamento jurídico primero 2 anterior y desde luego no hay nada en la sentencia al respecto que pueda subsumirse en el elenco de tachas del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.- Tampoco es relevante que respecto de este acusado el Ministerio Fiscal no formulara imputación alguna. Lo que no se denuncia es que aquello a que se le condena no fuera objeto de pretensión por parte legítima en la causa como lo era quien ejercitaba la acusación particular.

Quedan así rechazados los siete motivos que se agrupan en el numerado como tercero del recurso.

DÉCIMO.- El señalado como motivo cuarto se limita a transcribir un apartado de los hechos probados, pero ni se toma la molestia de decir cual sea la razón por la que tal discurso de la sentencia implica un defecto de forma alegable al amparo del artículo 851. Es ello motivo para su inadmisión y, ahora, para su rechazo.

UNDÉCIMO.- El motivo señalado como quinto pretende que se declare error probatorio manifestado en documento que acredita que D. José solicitó al Juzgado el cambio de lugar para depósito de los bienes embargados y la posterior remoción del cargo atribuyendo al querellante el <<abandono>> de la maquinaria una vez asumió el cargo de depositario.

Ni la solicitud ni la remoción son ignoradas por la sentencia que, por ello no incurre en error. Y la atribución de actos al querellante excede del ámbito del recurso por este concreto motivo de quebrantamiento de forma, constituyendo un nuevo hecho cuya probanza no resulta de documento alguno.

DUODÉCIMO.- El motivo señalado como sexto reitera las alegaciones sobre quien era deudor respecto de los querellantes, o a quien acusó el Ministerio Fiscal, lo que se reitera en el motivo señalado como séptimo, así como que el padre de este recurrente había sido removido del cargo de depositario.

Todo ello ya ha sido expuesto en otros lugares y también por el otro recurrente, por lo que nada cabe añadir para desechar también esta pretensión de supuesto quebrantamiento de forma.

DECIMOTERCERO.- En el motivo señalado como octavo reitera la tesis del otro recurrente sobre la improcedencia de condenar a indemnizar perjuicios cuando la responsabilidad penal ha sido contraída por alzamiento de bienes.

También en ello nos remitimos a lo dicho al respecto de idéntica pretensión del otro recurrente en el fundamento jurídico octavo.

DECIMOCUARTO.- Tras la exposición de los anteriores motivos el recurso pasa a lo que considera exposición de los <<fundamentos legales y doctrinales>> que no son otra cosa que la duplicación *in extenso* de los ya estudiados en los precedentes fundamentos y duplicación de los expuestos también por el otro recurrente sin apenas alguna que otra matización específica.



1.- Como consideración previa se empeña en desmentir lo que nadie le imputa: ser deudor de los querellantes. Y no ser dueño de los bienes embargados y objeto de alzamiento.

A lo dicho, para tener por rechazable y rechazado tal inútil alegato.

2.- Bajo el ordinal primero nueva y contumaz insistencia en que no era ni dueño de los bienes embargados ni administrador de la sociedad <<Minex>>, que sí era dueña de las máquinas. Se limita, tras invocar el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para denunciar indebida aplicación del artículo 257 del Código Penal, a repetir lo que su padre alega, sin ni siquiera trasladar el alegato a su situación, y refiriéndose con descuido reprochable a dicho padre como <<mi defendido>> en este recurso que no es el de aquél.

Por su parte alega que el Ministerio Fiscal no le acusaba y ni siquiera es condenado penalmente. Añadiendo que siendo la condena de su padre por alzamiento de bienes no procedía imponer responsabilidad civil a cargo del recurrente.

Damos por reproducido lo ya dicho al respecto para no caer en la misma estéril y descuidada insistencia del recurrente.

3.- Bajo el ordinal segundo se invoca error valorativo de prueba al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como evidenciado, en su parecer, por documentos que demostrarían el error del juzgador.

Bastaría advertir de que no se indica cual es el documento que por sí solo muestre tal error. Pero es que, además, nada añade a lo ya dicho por su padre en el ya rechazado recurso del mismo, sin otra inútil añadidura que la de afirmar que para éste su hijo no se derivó beneficio alguno.

Ocurre que una cosa es error valorando un medio, acreditando ese error con lo que un documento proclame y otra reprochar a la sentencia la falta de un medio de prueba que acredite un dato de hecho. Por ello aquella no tiene cabida en este motivo, sin perjuicio de su consideración al estudiar otros motivos.

4.- Es en el señalado como motivo tercero en el que se invoca la garantía de presunción de inocencia para cuestionar la constitucionalidad de la afirmación de los hechos que el recurrente entiende, por más que con mal entendimiento, que justifican su condena.

Así lo relativo a la relación de este recurrente con la sociedad <<JBC Vertical>>, ya que no es ésta relación la que constituye el presupuesto de su condena.

La condena se funda en que, por los actos que determinan la responsabilidad criminal de su padre, el hijo obtuvo un beneficio cuya cuantía es el límite de la responsabilidad civil que el hijo debe asumir.

Ciertamente respecto de la obtención de ese beneficio también se formula invocación de la garantía constitucional citada.

Con independencia de que el presupuesto de la responsabilidad civil sea abarcado por aquella garantía, es lo cierto que el beneficio resulta probado por un hecho indiscutido incluso por el acusado: ser el socio único, sea o no esa su única condición, de la entidad deudora que, debido al alzamiento, ocultó todo su patrimonio del que disponía al tiempo de consumarse el alzamiento, logrando el beneficio de dejar los bienes alzados a cubierto de la ejecución que se ordenó contra el patrimonio de la sociedad. Y es claro que, si el recurrente es el único dueño del capital social de la entidad y, por ello, también del patrimonio social, al mismo tiempo su patrimonio personal se beneficia en la misma correlativa medida.

Indubitable la condición en el recurrente de único dueño de la sociedad en su totalidad, dato que consta documentalmente sin que el motivo indique la existencia de ningún condueño de aquélla, la protesta de falta de prueba de ese dato es arbitraria e inútil.

Como de absurda ha de calificarse la insistencia en la falta de prueba de que el hijo o el padre sean deudores del crédito burlado. Nadie les atribuye tal condición.

5.- En el señalado como motivo cuarto reproduce la espesa literatura del recurso de su padre acerca de los supuestos múltiples quebrantamientos de forma. Reiteramos lo ya dicho sobre la intrascendencia de tales alegatos (ser o no propietario de los bienes o solamente socio de la deudora) su impertinente tratamiento bajo este cauce casacional (como motivo de quebrantamiento la afirmación sobre la propiedad de los bienes que constituye cuestión de fondo), sobre la existencia de contradicción en la declaración de hechos probados (la alegada en nada constituye el presupuesto de esa causa de nulidad, ya que ésta exige que dos enunciados fácticos sean entre sí, y no con los fundamentos jurídicos, contradictorios por afirmar lo que no puede tenerse como verdadero en ambos enunciados al mismo tiempo); sobre la incomprensible referencia a textos del hecho probado (apartado c) de este motivo) que, en todo caso, se integran en la cuestión de fondo (como lo es



discutir si la relación del recurrente con la sociedad basta para proclamar su responsabilidad civil aunque no haya contraído responsabilidad en el orden penal, según generosamente entiende la sentencia de instancia), por todo lo cual el motivo se rechaza como se rechazó el idéntico formulado por el padre.

En lo que concierne a la atenuante de dilaciones indebidas basta señalar que la misma solamente cabe referirla a la responsabilidad penal.

Por ello, aunque este acusado la alegó, resulta de improcedente consideración al haber sido absuelto penalmente y no trascender esa circunstancia a la responsabilidad civil.

DECIMOQUINTO.- El motivo indicado como quinto insiste en la tesis del padre: no cabe responsabilidad civil a satisfacer por vía de Indemnización como vinculada al delito de alzamiento. damos por reproducido lo dicho para rechazar idéntico motivo alegado por el otro recurrente.

DECIMOSEXTO.- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

FALLO

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

Desestimar los recursos de casación interpuestos por D. José y D. Rodrigo, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 9 de junio de 2016.

Imponer a los recurrentes las costas derivadas de sus recursos.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.