

Roj: **STS 1525/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1525**Id Cendoj: **28079120012015100191**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/03/2015**Nº de Recurso: **904/2014**Nº de Resolución: **136/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil quince.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por Rosa Hortensia y por Millan Oscar, y por infracción de precepto constitucional por Fulgencio Oscar, contra Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 30 de enero de 2014, en causa seguida a dichos recurrentes por delito de apropiación indebida y alzamiento de bienes, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando representados, respectivamente, por las Procuradoras D^a Gema Carmen de Luis Sánchez, D^a M^a Silva Hernández-Gil Gómez, y D^a Cristina Álvarez Pérez, y como recurrida Reyes Belinda, representada por el Procurador D. Rafael Ángel Palma Crespo.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 2 de Vélez-Málaga instruyó Procedimiento Abreviado con el num. 91/2009, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha capital, Sección Tercera, Procedimiento Abreviado núm. 1005/2012, que con fecha 30 de enero de 2014, dictó Sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Primero: Benigno Leandro, como administrador gerente de "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", con domicilio social en el Polígono Industrial Prado del Rey s/n de Vélez-Málaga, en la condición de comprador, y Genaro Francisco, como administrador de "Jo Ga Sol Sociedad Limitada", con domicilio social sito en calle Infanta Doña María número 72-74 planta baja de Córdoba, en la condición de proveedor, a los fines de llevar a cabo la instalación de una central fotovoltaica para conexión a red, con el objetivo de producir energía eléctrica de origen solar para su posterior venta a compañía de eléctrica, estando el comprador interesado en adquirir dicha instalación de energía solar fotovoltaica 90KWp, en la modalidad de llave en mano, incluyendo el suministro, montaje y pruebas de la instalación completa para su sede industrial sita en el mencionado Polígono Industrial Prado del Rey s/n de Vélez-Málaga, y estando el proveedor interesado en prestar los servicios requeridos por el comprador para el montaje y puesta en marcha de la instalación referida, habiendo solicitado éste ante el I.D.A.E. (Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía) la concesión de una ayuda al proyecto de inversión de la instalación dentro del plan de fomento de energías renovables, habiéndole sido concedida la misma por cuantía de 209.548'88 euros, los referidos Benigno Leandro y Genaro Francisco, en la condición que respectivamente ostentaban, contrataron en fecha 9 de octubre de 2.002 la compraventa de una instalación fotovoltaica, compuesta de los siguientes elementos:

- 1) Mil doscientos (1.200) módulos fotovoltaicos de silicio monocristalino (paneles solares), modelo A-75, fabricados por Atersa con una potencia 75WP.
- 2) Quince (15) inversores o convertidores de energía modelo Tauro PR6000/8 con una potencia nominal de 5Kw.



- 3) Ciento veinte (120) estructuras de apoyo y cimentación de acero galvanizado.
- 4) Un sistema de conexión (contadores de energía, de producción y consumo, interruptor general magnetotérmico y diferencial).
- 5) Un sistema de adquisición de datos compuesto por la caja de comunicación entre el inversor y ordenador Modelo ADQ PC-C. RED y el ordenador PC.

El precio de la compraventa quedó establecido en 721.575'13 euros a satisfacer en la siguiente forma de pago:

- 1) A la firma del contrato, el comprador debería abonar la cantidad de 60.101'21 euros.
- 2) En el momento de la certificación de la obra, el proveedor debería recibir la suma 209.548'88 euros, correspondientes a la subvención del I.D.A.E. (Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía) anteriormente referida, a ingresar directamente por el Ministerio de Industria en la cuenta bancaria del proveedor.
- 3) La cantidad de 451.925'04 euros quedaría aplazada, debiendo ser abonada por el comprador dentro del plazo inexcusable de dos años a partir de la firma del contrato, siendo en dicho plazo libre el comprador para efectuar el abono de la citada cantidad, tanto en número de pagos como en el importe de éstos, según su disponibilidad y conveniencia, pudiendo prorrogarse dicho término de dos años por voluntad exclusiva del proveedor por un período de seis meses más, devengando en todo caso la cantidad reseñada un interés anual del 7%, a computar en el momento de su pago o pagos, que también debería ser satisfecho dentro del expresado plazo expresado de dos años, o, en caso de prórroga, en el plazo de dos años y seis meses.

Asimismo en el contrato referido se convino que el incumplimiento de la obligación de pago por el comprador, facultaba al proveedor para retirar la instalación con todos sus elementos, debiendo el comprador permitir y facilitar los trabajos de desinstalación y llevanza oportunos, dando también lugar dicho incumplimiento de pago a una indemnización en concepto de daños y perjuicios a favor del proveedor por el importe de las cantidades ya recibidas, todo ello con reserva por el proveedor del dominio de la instalación y todos sus elementos, hasta el completo pago de la instalación por el comprador, que tendría el goce y disfrute de la misma a título de mero poseedor o tenedor para conservarla y disfrutarla, pero siendo el dominio del proveedor hasta el completo pago del precio e intereses convenidos, en que la misma pasaría a la propiedad del comprador sin necesidad de documento o contrato a tal efecto.

Segundo: En fecha 30 de diciembre de 2.002, Rosa Hortensia , nacida el NUM000 de 1.960 y sin antecedentes penales, como representante legal y administradora única desde el día 20 de dicho mes y año, de "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", beneficiaria de la ayuda concedida al proyecto, y Genaro Francisco , en representación de "Jo Ga Sol Sociedad Limitada", declararon que una vez finalizados los trabajos de la instalación de referencia y habiendo transcurrido doscientas cuarenta horas seguidas de funcionamiento sin interrupciones, se había procedido a realizar los ensayos de recepción y pruebas funcionales prescritos por el pliego de condiciones técnicas, habiendo arrojado las pruebas realizadas un resultado satisfactorio.

Tercero: En fecha 11 de marzo del 2.004, pendientes aún de pago a "Jo Ga Sol Sociedad Limitada" la cantidad de 412.026'25 y los intereses aludidos del 7%, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Málaga Don Julián Madera Flores, número de protocolo 1.055, los hermanos Fulgencio Oscar , nacido el NUM001 de 1.979 y sin antecedentes penales, y Florencia Laura , nacida el NUM002 de 1.988, ésta última dada su minoría de edad representada por sus padres los ya citados Obdulio Abilio y Rosa Hortensia , constituyeron "Rústicos Rey Sociedad Limitada", con un capital social de 24.000 euros, siendo su administrador único el mencionado Fulgencio Oscar hasta la junta universal de socios celebrada en fecha 29 de diciembre de 2.005, en que fue designada administradora única su hermana Reyes Belinda , nacida el NUM003 de 1.977 y sin antecedentes penales.

Cuarto: Mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Málaga Don Julián Madera en fecha 26 de julio de 2.004, "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", representada por Rosa Hortensia , vendió a "Rústicos Rey Sociedad Limitada", representada por Fulgencio Oscar , la finca de situación de las placas solares y sus instalaciones correspondientes, inscrita al tomo 1.005, libro 108, folio 49, finca número 9763, que previamente había adquirido la vendedora, por el precio de 364.213'34 euros, de "Capilla Solera e Hijos Sociedad Limitada" en escritura pública otorgada en fecha 8 de enero de 2.004, ante el Notario de Granada Don Alfonso Carlos Orantes Rodríguez, número de protocolo 20, de la que a su vez habían sido segregados ochocientos veinticuatro (824) metros y noventa y seis (96) decímetros cuadrados, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Málaga Don Julián Madera Flores en fecha 30 de marzo de 2.004, número de protocolo 395, habiéndose hecho constar con ocasión de su descripción en el expositivo I de la referida escritura pública de fecha 26 de julio de 2.004, que en la parte del terreno no ocupada por las dos naves industriales referidas en dicha escritura, existían varias placas solares y sus instalaciones correspondientes,



las cuales formaban parte de la finca descrita en la escritura, y haciéndose asimismo constar en la cláusula primera de la reseñada escritura, que la finca descrita en dicho expositivo I se compraba y adquiría en pleno dominio, con la carga reseñada en el mismo, libre de arrendamientos, al corriente en el pago de contribuciones, impuestos y arbitrios, con todo cuanto le fuera inherente y accesorio, sin reserva alguna, como cuerpo cierto, por precio de 366.000 euros, de los que 6.000 euros la vendedora manifestó tenerlos recibidos de la compradora antes del acto y el resto de 360.000 euros, importe de la hipoteca que gravaba el finca, los retenía en su poder la compradora para hacer pago a la entidad acreedora en la forma y condiciones de la escritura de constitución del gravamen, subrogándose en cuanto dicho acreedor lo consienta, en el débito y responsabilidad dimanante del préstamo, y haciéndose constar que la vendedora había repercutido a la compradora el 16% sobre el precio de venta en concepto del I.V.A. correspondiente a la transmisión.

Quinto: "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", inscrita en la Unidad Provincial del registro de Cooperativas en Málaga con el número de registro MA- RCA-1258, en el libro de inscripción de sociedades cooperativas, Sección Trabajo Asociado, no consta haya presentado las cuentas de los ejercicios 2.004, 2.005, 2.006 y 2.007.

Sexto: Pasados dos años desde las aludidas fechas 9 de octubre y 30 de diciembre de 2.002, estaban pendientes aún de pago a "Jo Ga Sol Sociedad Limitada" la cantidad de 412.026'25 y los intereses aludidos del 7%, habiendo en fecha 10 de febrero de 2.005. Luis Urbano , en representación y como mandatario verbal de "Jo Ga Sol Sociedad Limitada", acompañado del Notario de Vélez-Málaga Don Juan Deus Valencia, procedido a personarse en el domicilio de "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", sito en el Polígono Industrial Prado del Rey s/n de Vélez-Málaga, a los fines de proceder a la retirada de la instalación con todos sus elementos, a lo que se negó Obdulio Abilio , nacido el NUM004 de 1.952 y sin antecedentes penales en la fecha indicada, quien manifestó ser esposo de la titular de la instalación, lo que consta en escritura pública otorgada por el Notario mencionado en la fecha indicada, número de protocolo 400, y habiendo el mencionado Obdulio Abilio sido designado administrador único de "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza" por acuerdo de la asamblea general de fecha 3 de octubre de 2.005, elevado a público mediante escritura otorgada ante el Notario de Málaga Don Julián Madera Flores, en fecha 10 de octubre de 2.005, número de protocolo 4.057.

Séptimo: La Procuradora Doña Cristina Caballero Ruiz Maya, en nombre y representación de "Jo Ga Sol Sociedad Limitada", en fecha 23 de febrero de 2.005 formuló demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad contra "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", motivadora del procedimiento de juicio ordinario número 209 de 2.005 del Juzgado de Primera Instancia número Seis de Córdoba, que fue admitida a trámite legal por auto de fecha 31 de marzo de 2.005 , habiéndose dado traslado de la demanda en fecha 1 de junio de 2.005 a Obdulio Abilio , habiendo solicitado en fecha 3 del mismo mes Rosa Hortensia , en representación de la demandada el beneficio de asistencia jurídica gratuita, lo que motivó la suspensión del procedimiento por auto de fecha 15 de julio de 2.005, siendo alzada dicha suspensión por proveído de fecha 24 de enero de 2.006 y por providencia de fecha 20 de junio de 2.006 se declaró la situación procesal de rebeldía de la demandada, a la que previamente le había sido denegado el beneficio aludido, lo que le fue comunicado por el Colegio de Abogados de Córdoba en oficios fechado el 29 de junio y el 14 de julio de 2.005, y habiendo recaído en fecha 26 de marzo de 2.007, sentencia por la que se declaró la resolución del contrato de compraventa de fecha 9 de octubre de 2.002, y ello con condena a la demandada, en situación procesal de rebeldía, a devolver a la demandante la instalación objeto del contrato con todos sus elementos, a cuyo fin debería permitir el acceso a la actora a su sede industrial para la correspondiente desinstalación, e igualmente se declaró el derecho de la demandante a retener la cantidad de 309.548'88 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios, debiendo devolver las restantes cantidades percibidas con posterioridad a la interposición de la demanda a resultas de las medidas cautelares acordadas, todo ello con imposición de costas a la demandada, habiéndose dispuesto en procedimiento de ejecución de títulos judiciales número 908 de 2.007 del mencionado Juzgado de Primera Instancia número Seis de Córdoba, mediante auto de fecha 27 de junio de 2.007 despachar ejecución contra "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", para que devolviera a "Jo Ga Sol Sociedad Limitada" la instalación objeto del contrato con todos sus elementos, a cuyo fin debería permitir el acceso a la actora a su sede industrial para la correspondiente desinstalación, lo que debía llevarse a cabo en el plazo de quince días desde la práctica del requerimiento, tras lo que por proveído de fecha 6 de septiembre de 2.007 se acordó el libramiento de exhorto al Juzgado Decano de Vélez- Málaga a los fines indicados, bajo apercibimiento de que de no efectuarse la entrega aludida podría incurrirse en un delito de desobediencia a la autoridad judicial, habiéndose llevado a cabo dicho requerimiento en fecha 11 de octubre de 2.007, en la persona de Obdulio Abilio , por funcionario de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción número Cuatro de Vélez-Málaga, en cuyo texto redactado en un impreso consta le fueron efectuados los apercibimientos legales, si bien, no consta le fuera notificado el proveído aludido, ni tampoco, que realmente se le instruyera de que de no efectuar la entrega incurriría en desobediencia a



la autoridad judicial, a lo que el antes citado manifestó que lo estudiaría con sus Abogados, tras lo que la Procurador Doña Cristina Agüera Segura, en nombre de "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", presentó escrito fechado el 30 de octubre de 2.007, por el que hizo constar que no podía cumplimentarse la devolución de la instalación en cuestión, toda vez que "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza" había enajenado la finca de su situación a "Rústicos del Rey S.L." mediante escritura pública de fecha 26 de julio de 2.004, la que a su vez había sido transmitida a terceras personas cuyos datos de identidad le eran desconocidos, y una vez fue desestimado en auto de fecha 14 de noviembre de 2.007 el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la Procuradora Señora Agüera Segura, en la representación conferida, y ello con confirmación de cuantas actuaciones procesales se realizaron en el procedimiento de juicio ordinario número 209 de 2.005, por providencia de fecha 28 de noviembre de 2.007 se dispuso reiterar el requerimiento de entrega a "Jo Ga Sol Sociedad Limitada" de la instalación y sus elementos, bajo apercibimiento de que de no efectuarse la misma podría incurrirse en un delito de desobediencia a la autoridad judicial, constando diligencia de fecha 20 de diciembre de 2.007 extendida por funcionario de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción número Cuatro de Vélez-Málaga. en el domicilio de "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", sito en el Polígono Industrial Prado del Rey s/n de Vélez- Málaga, en la que se hizo constar que no pudo realizarse la entrega aludida por no quedar elementos componentes de la instalación, y habiendo presentado la Procurador Doña Cristina Agüera Segura, en nombre de "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", escrito fechado el 27 de diciembre d 2.007, en el que participaba al Juzgado de Primera Instancia número Seis de Córdoba, que la finca de situación de la instalación había sido transmitida a "Rústicos Rey Sociedad Limitada", mediante escritura pública otorgada ante el Notario Don Julián Madera Flores en fecha 26 de julio de 2.004, habiendo a su vez "Rústicos Rey Sociedad Limitada" transmitido la finca de situación de las instalaciones a Alexander Vicente y a Alejo Nicolas , mediante escritura pública otorgada ante el Notario antes citado en fecha 3 de agosto de 2.005, habiéndose transmitido el resto de la finca a Alejandro Nicanor y esposa, mediante escritura pública otorgada ante la Notario de Vélez Málaga Doña María Barbé García en fecha 3 de octubre de 2.006, encontrándose la placas en CASA000 , Almayate, Kilómetro NUM005 , de Vélez-Málaga, tras lo que por proveído de fecha 8 de febrero de 2.008, se dispuso que ante la imposibilidad jurídica de desposeer a un tercero que no había sido oído ni vencido en juicio de la referida instalación, se daba traslado a la ejecutante "Jo Ga Sol Sociedad Limitada" para que presentara propuesta de compensación económica sustitutiva de la obligación de entrega de la instalación fotovoltaica, habiéndose dispuesto por auto de fecha 4 de septiembre de 2.008 establecer como suma indemnizatoria a abonar por "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza" a "Jo Ga Sol Sociedad Limitada" la cantidad de 212.718'718'05 euros, que no ha sido satisfecha dada la falta de solvencia de "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", y habiéndose causado a "Jo Ga Sol Sociedad Limitada" como costas en las actuaciones civiles derivadas del incidente de nulidad de actuaciones y de cuantificación de daños y perjuicios respectivamente las cantidades de 12.546'15 euros y 10.658'94 euros, cuya tasación fue aprobada por auto de fecha 20 de enero de 2.009, que dada la falta de solvencia de "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza" tampoco han sido satisfechas.

Octavo: En fecha 7 de enero de 2.007, mediante comparecencia realizada en la Comisaría de Policía de Vélez-Málaga por Obdulio Abilio , en representación de "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", denunció la sustracción por personas desconocidas, entre las dieciocho horas del día 5 de dicho mes de enero y las catorce horas del expresado día 7 de enero de los siguientes objetos de la instalación fotovoltaica:

- 1) Ocho (8) unidades de cables eléctricos, transportadores, entre noventa u cien metros de longitud cada uno, de veinticinco milímetros cuadrados de grosor de color negro.
- 2) Dos transformadores eléctricos marca Sunny Boy 2500 de color rojo.

Noveno: En fecha 10 de enero de 2.007, mediante comparecencia realizada en la Comisaría de Policía de Vélez-Málaga por Obdulio Abilio , en representación de "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", denunció la sustracción por personas desconocidas, entre las trece horas y treinta minutos del día 7 y las diez horas del día 8 ambos de dicho mes de enero, de los siguientes objetos de la instalación fotovoltaica:

- 1) Trescientos doce (312) módulos fotovoltaicos A-75.
- 2) Aproximadamente trescientos cincuenta (350) metros lineales de hilo de cobre de entre 2'S mm. Y 4 mm, que unían los módulos sustraídos.

Décimo: En fecha 17 de marzo de 2.008, Cecilio Claudio , en representación y como mandatario verbal de "Jo Ga Sol Sociedad Limitada", acompañado del Notario de Torre del Mar (Vélez-Málaga) Don José Luis García Villar, cuya presencia había sido requerida por el primeramente citado, se personó en la CASA000 , Carretera NUM006 , Kilómetro NUM005 , de Almayate (Vélez-Málaga), y según consta en escritura pública extendida por el Notario mencionada en la fecha indicada, número de protocolo 440 bis, se hizo cargo, previa entrega por Obdulio Abilio , de los siguientes objetos:



1) Veintisiete (27) palets o cajas conteniendo módulos fotovoltaicos, a razón de treinta (30) módulos por caja, lo que hacía un total de ochocientos diez (810) módulos, más ocho (8) módulos en otra caja, en total ochocientos dieciocho (818), apreciándose a simple vista y en lo atinente a su estado de conservación, que los mismos había sido usados, sin advertirse rotura del cristal o daño externo, disponiendo cada módulo de entrada o salida para dos cables que aparecían cortados a unos quince centímetros, en la mayoría de los módulos.

2) Tres (3) cajas o palets conteniendo cuatro (4) inversores o convertidores cada una, más otros en otra caja, en total trece (13) inversores, siendo desigual su estado de conservación, estado todos usados y tres de ellos con señales o daños en el interior debidos, al parecer, a quemadura.

3) Conjunto de cables cortados.

4) Caja de comunicación entre el inversor y el ordenador.

5) Conjunto de estructuras metálicas amontonadas, solicitándose por el receptor se hiciera constar que había sido desmontadas cortándolas por diversos sitios.

6) Caja de plástico vacía procedente de la instalación, que no sería retirada.

El mencionado Notario, hizo asimismo constar por diligencia que el 8 de abril de 2.008, había recibido fax del requirente en aclaración de los siguientes extremos:

A) Lo definido en el acta como caja de plástico vacía, en realidad la caja contenía dos (2) contadores de energía.

B) Que dicho elemento y los demás fueron retirados a excepción de las estructuras vacías.

Undécimo: En el intervalo de tiempo transcurrido durante la tramitación del procedimiento de juicio ordinario anteriormente reseñado, "Jo Ga Sol Sociedad Limitada", no pudo hacer frente al pago de la deuda contraída con "Atersa Sociedad Anónima", proveedora a su vez a ésta de los elementos de instalación aludida, lo que motivó fuera demandada de impago, lo que motivó el juicio ordinario número 1.456 de 2.005 del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Valencia, habiendo "Jo Ga Sol Sociedad Limitada" y "Atersa Sociedad Limitada" llegado a un acuerdo judicial por el que se dejó la deuda pendiente de pago hasta la recuperación de la instalación de autos.

Duodécimo: A resultas del impago de lo adeudado por "Restau Muebles Sociedad Cooperativa Andaluza", "Jo Ga Sol Sociedad Limitada" se vio obligada a sostenerse en su actividad mediante líneas de crédito, habiéndosele derivado en la cuenta de crédito número 2038 5859 20 6100508388 de Cajamadrid, en el período comprendido entre 2.002 y 2.009 inclusive, unos gastos por intereses deudores ascendentes a 25.817 euros, y habiéndosele derivado en la cuenta gestión Pyme nº 128.0741.02.0500001186 de Bankinter, en el período de tiempo comprendido entre 2.005 y 2.009 inclusive, unos gastos por intereses y comisiones ascendentes a 9.107'20 euros".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva: FALLAMOS:

"Primero: Condenamos a Rosa Hortensia , Fulgencio Oscar y Obdulio Abilio , como autores criminalmente responsables de un delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal , en relación con el artículo 250-1.6ª del mismo texto legal vigente al tiempo de los hechos de autos, no habiendo concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos a las penas de prisión de dos años y seis meses años y multa de siete meses, con una cuota diaria de tres euros, que deberán abonar de una sola vez en el plazo de diez días desde el requerimiento de pago, con la prevención de que si no lo hicieren, quedarán sujetos a un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo (Artículo 56 del Código Penal) durante el tiempo de la señalada pena de prisión.

Segundo: Condenamos a Rosa Hortensia , Fulgencio Oscar y Obdulio Abilio , como autores criminalmente responsables de un delito de insolvencia punible del artículo 257 - I-1º-2º del Código Penal , no habiendo concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos a las penas de prisión de un año y seis meses y multa de trece meses, con una cuota diaria de tres euros, que deberán abonar de una sola vez en el plazo de diez días desde el requerimiento de pago, con la prevención de que si no lo hicieren, quedarán sujetos a un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo (Artículo 56 del Código Penal) durante el tiempo de la señalada pena de prisión.

Tercero: Absolvemos a Obdulio Abilio del delito de desobediencia grave del artículo 256 del Código Penal del que viene siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular de "Jo Ga Sol Sociedad Limitada".



Cuarto: Absolvemos a Rosa Hortensia , Fulgencio Oscar y Reyes Belinda del delito de desobediencia grave del artículo 256 del Código Penal del que vienen siendo acusados por la acusación particular de "Jo Ga Sol Sociedad Limitada".

Quinto: Absolvemos a Reyes Belinda del delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal , en relación con el artículo 250 del mismo texto legal vigente al tiempo de los hechos de autos, y del delito de insolvencia punible del artículo 257-1-1º-2º también del citado Código Penal , del que viene siendo acusada por la acusación particular de "Jo Ga Sol Sociedad Limitada".

Sexto: Absolvemos a Rosa Hortensia , Obdulio Abilio , Fulgencio Oscar y Reyes Belinda del delito de estafa del artículo 250-1-2º del Código Penal vigente al tiempo de los hechos de autos, del que vienen siendo acusados por la acusación particular de "Jo Ga Sol Sociedad Limitada".

Séptimo: A tenor de lo razonado en el precedente fundamento de derecho quinto, condenamos a Rosa Hortensia , Fulgencio Oscar y Obdulio Abilio a indemnizar por vía de responsabilidad civil, con carácter solidario, a "Jo Ga Sol Sociedad Limitada", en la cantidad de 235.923'14 euros, a la que será de aplicación lo prevenido en el artículo 576-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Octavo: Se dejan sin efecto cuantas medidas cautelares hayan sido acordadas respecto de Reyes Belinda en virtud de lo dispuesto en auto pronunciado por el Juzgado de Instrucción número Dos de Vélez Málaga en fecha 17 de marzo de 2.010 .

Noveno: Condenamos a Rosa Hortensia , Obdulio Abilio y Fulgencio Oscar , al pago cada uno de ellos de dos dieciseisavas partes de las costas que puedan haberse causado en el proceso, incluidas en igual proporción las de la acusación particular de "Jo Ga Sol Sociedad Limitada", declarándose de oficio la restantes diez dieciseisavas partes restantes de las costas que pudieran haberse causado en el procedimiento.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que deberá ser preparado ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación de la sentencia".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes se interpusieron contra la misma, recursos de casación por INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL e INFRACCIÓN DE LEY por Rosa Hortensia y por Millan Oscar , Y POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL por Fulgencio Oscar , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Rosa Hortensia formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., por infracción del art. 24 de la Constitución Española , en relación con el art. 5.4 de la L.O.P.J ., así como por malversación del artículo 252 del Código Penal . SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º y 2º de la L.E.Crim ., por vulneración de los artículos 31 , 252 , 250.1.6º , 257.1 y demás concordantes del Código Penal .

La representación de Obdulio Abilio , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO Y SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . en relación con los apartados 1º y 2º del art. 24 de la Constitución Española al considerar vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva en relación al derecho a obtener una sentencia motivada, el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso sin dilaciones indebidas. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., al considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo o normas jurídicas de igual carácter, concretamente por aplicación indebida del art. 31 del Código Penal en relación con el art. 28 de igual código. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., al considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y/o normas jurídicas de igual carácter concretamente por indebida aplicación de los artículos 252 , 250.1.6º y 257.1.1º.2º del Código Penal . QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim ., por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que demostraban la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

La representación de Fulgencio Oscar , formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por estimar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española , derecho a la presunción de inocencia.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el tres de marzo pasado.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga con fecha 30 de enero de 2014, condena a los recurrentes como autores de un delito de apropiación indebida y otro de alzamiento de bienes. Frente a ella se alzan los recursos interpuestos por los tres condenados, fundados en un total de ocho motivos.

Los dos primeros motivos del recurso interpuesto por la representación de Obdulio Abilio, al amparo del art 852 Lecrim y 5 4º LOPJ, por vulneración constitucional, alegan infracción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso sin dilaciones indebidas.

En lo que se refiere a las dos primeras alegaciones la parte recurrente pretende sustituir la valoración probatoria realizada por el Tribunal de instancia por la suya propia. Plantea la parte recurrente que la sentencia dictada por el Tribunal sentenciador adolece de un déficit de motivación pues se limita a reflejar el resumen de las declaraciones prestadas por los distintos intervinientes para concluir que la venta de la finca donde se encontraba la instalación constituye un delito de apropiación indebida. Esta alegación pone de relieve la confusión entre los aspectos fácticos y los jurídicos, pues si los hechos integran un delito de apropiación indebida o no, constituye una cuestión de subsunción que debe examinarse a través de un motivo por infracción de ley. Motivo que se resolverá en su momento.

Considera además el recurrente que el Tribunal prescinde de la prueba documental, interpreta erróneamente las escrituras y no tiene en cuenta que lo ocurrido debe calificarse como un incumplimiento civil. Nuevamente se incurre en la confusión anteriormente reseñada, pues si los hechos constituyen un simple incumplimiento contractual o un delito de apropiación indebida constituye una cuestión jurídica a analizar en el ámbito de la infracción de ley. Y en lo que se refiere a la alegación de que el Tribunal prescinde de determinadas pruebas, lo que sucede es que existe una discrepancia entre la parte recurrente y el Tribunal sentenciador respecto de la valoración de las mismas, no que el Tribunal no las haya tomado en consideración.

No tenemos más remedio que reiterar que conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.



En el caso actual el Tribunal sentenciador dispuso de una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito, de carácter testifical, documental y pericial, constitucionalmente obtenida y legalmente practicada, lo que no se ha cuestionado por el recurrente, y racionalmente valorada, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo de la sentencia impugnada.

En consecuencia, el motivo por vulneración de los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva debe ser desestimado.

SEGUNDO.- Plantea también el recurrente la supuesta vulneración del derecho fundamental a un juicio sin dilaciones indebidas. Nuevamente se traslada al ámbito constitucional una cuestión propia de la infracción de ley, pues en realidad lo que se cuestiona es la inaplicación de la atenuante expresamente prevenida en el art. 21.6º del Código Penal .

Alega la parte recurrente que habiéndose iniciado la relación contractual entre las partes en diciembre de 2001, la sentencia condenatoria impugnada se ha dictado en enero de 2014, habiendo transcurrido entre una y otra fecha más de doce años, por lo que la duración del proceso es excesiva.

Esta alegación tampoco puede ser estimada. En primer lugar ésta es la primera vez que alega la parte recurrente la eventual concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, que en consecuencia constituye una cuestión nueva, que se plantea en el trámite casacional "per saltum", sin haber sido sometida a debate en la instancia, pues no se formuló ni en las conclusiones provisionales ni en las definitivas. En segundo lugar porque la parte recurrente no relaciona los períodos de supuesta inactividad procesal que pudiesen justificar la apreciación de las dilaciones, limitándose a una alegación genérica en la que incluye incluso el tiempo transcurrido antes de iniciarse el proceso penal. Y, en tercer lugar, porque la duración del proceso penal propiamente dicho (seis años) no es desproporcionada atendiendo a la acentuada complejidad de la causa.

La alegación de esta atenuante como cuestión nueva no constituye un obstáculo insalvable para su apreciación, pero la dificulta, entre otras razones porque no se ha podido producir un debate previo sobre la concurrencia o no de períodos de paralización del procedimiento, y ordinariamente la ausencia de este debate se traduce en que dichos períodos no constan en el relato fáctico.

Como señala la STS 861/2014, de 2 de diciembre , la prohibición de suscitar en casación cuestiones que antes no hayan sido planteadas en la instancia, obedece a la necesidad de salvaguardar el principio de contradicción y se apoya en la exigencia de buena fe procesal (art. 11 LOPJ).

Esta doctrina jurisprudencial se formula como una regla general, que admite excepciones (STS 657/2012, de 19 de julio):

La regla general consiste en que el ámbito de la casación, y en general de cualquier recurso, ha de ceñirse al examen de los temas o pretensiones que fueron planteados formalmente en la instancia. No pueden introducirse "per saltum" cuestiones diferentes, hurtándolas al debate contradictorio en la instancia y a una respuesta en la sentencia impugnada que podría haber sido objeto de impugnación por las demás partes. Es consustancial al recurso de casación circunscribirse al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon y no otros (SSTS 545/2003 de 15 de abril , 1256/2002 de 4 de julio , 344/2005 de 18 de marzo , 157/2012 de 7 de marzo y 861/2014, de 2 de diciembre).

Esta regla general, como se ha expresado, admite excepciones. En primer lugar la alegación de infracciones de rango constitucional que puedan acarrear indefensión. Y, en segundo lugar, la vulneración de preceptos penales sustantivos favorables al reo cuya procedencia fluya de los hechos probados, como sucede con la apreciación de una atenuante cuyos presupuestos constan de modo manifiesto en el relato fáctico de la sentencia impugnada.

Estas excepciones se fundamentan en la necesidad de evitar " *una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó un dato relevante o a condenar a una persona más gravemente, constando una situación de atenuación de su responsabilidad, tan sólo porque su alegación no costa en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su Abogado defensor* " (SSTS 157/2012, de 7 de marzo y 707/2012, de 26 de abril , entre otras).

En el caso de la atenuante de dilaciones indebidas podría alegarse la primera de dichas excepciones porque se trata de una materia relacionada con un derecho fundamental (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas).

Pero como señala la STS 861/2014, de 2 de diciembre , " *ese argumento no es exacto: ya se ha producido la vulneración de ese derecho fundamental como consecuencia del proceso. Ahora se está discutiendo un tema de legalidad: si concurre o no una atenuante basada en esa lesión. La sentencia en sí no puede afectar directamente a ese derecho fundamental cuya merma ha sido ocasionada por la lentitud del proceso. Al igual*



que no podría acudir a este razonamiento para hacer valer una pretensión de condena por delito de homicidio con el argumento de que al tratarse de un derecho fundamental (derecho la vida) han de relajarse las exigencias procesales de inexcusable previa invocación; tampoco aquí la conexión mediata y no directa (que no inmediata) con el derecho fundamental permite mitigar los requisitos de orden procesal hasta hacerlos desaparecer".

Podría alegarse la concurrencia de la segunda excepción, porque se reclama la apreciación de una atenuante. Pero debe exigirse en esos casos la constancia en los hechos probados de la sentencia de la base o fundamento fáctico de la atenuante que no se discutió en primera instancia y que se intenta introducir *ex novo* en el recurso de casación. Ordinariamente la sentencia no refleja los datos necesarios para construir una atenuante que nadie alegó. Por ello solamente a través de la valoración conjunta de la duración manifiestamente excesiva del proceso, podría estimarse la concurrencia de la atenuante alegada.

Esta Sala, sin embargo, con una concepción favorable al reo pero que puede ser perjudicial para el derecho de contradicción y para preservar la naturaleza de la casación, ha llegado en ocasiones a verificar directamente la concurrencia de dilaciones extraordinarias en la tramitación de la causa, en supuestos de alegación extemporánea de esta atenuante, a través de la consulta directa de los autos (art. 899 Lecrim), pese a que en ningún lugar de la sentencia se encuentre recogida una secuencia procesal de la tramitación de la causa que permita discutir sobre la procedencia o no de introducir la atenuante tardíamente invocada y a que el art. 849.1º Lecrim exige partir necesariamente de los hechos probados. Para justificar este criterio se aducen argumentos antiformalistas que pueden desvirtuar el sentido propio del recurso de casación (ver STS 861/2014, de 2 de diciembre).

En cualquier caso, **la aceptación de una excepción a la regla general de exclusión de cuestiones nuevas en casación exige, de modo claro, que quien invoca la atenuante cumpla la carga de identificar los períodos de extraordinarios de paralización y señalar los motivos por los que son indebidos los retrasos . Eludir la contradicción en la instancia no faculta para eludirla nuevamente en la casación .** Las demás partes procesales deben tener la posibilidad, al menos en casación, de rebatir individualmente los fundamentos fácticos de concurrencia de la atenuante, debatiendo al impugnar el recurso si los períodos de paralización del procedimiento en que se apoya el recurrente justifican o no su apreciación. No puede esta Sala suplir de oficio la referida omisión, ocasionando indefensión a las demás partes, por el procedimiento de zambullirse en las diligencias a la búsqueda de dichos supuestos períodos de paralización indebida del procedimiento, resolviendo "inaudita parte" sobre la concurrencia de la atenuante, sobre la base de esos descubrimientos.

En el caso actual el recurrente no expone en casación periodos reales de paralización sino que se limita a señalar el tiempo global de duración del procedimiento, incluyendo en él incluso el proceso civil anterior. Esta omisión impide estimar la concurrencia de la atenuación interesada.

Esta Sala ha señalado reiteradamente que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no puede identificarse con el derecho a que el delito sea descubierto con prontitud. El tiempo transcurrido con anterioridad a la formulación de la querrela no puede computarse como duración de un proceso penal, que aún no ha comenzado. Y prescindiendo de dicho período el tiempo la duración del presente proceso, aunque dilatada, no puede considerarse extraordinaria atendiendo a la complejidad de la causa, máxime cuando consta que el juicio oral inicialmente señalado para octubre de 2013 tuvo que suspenderse por la incomparecencia de uno de los acusados.

El motivo por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en consecuencia, debe ser también desestimado.

TERCERO.- El tercer motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega aplicación indebida del art 31 CP , en relación con el art 28 del mismo texto legal .

Considera el recurrente que no puede responder del delito de apropiación indebida en concepto de autor porque no intervino en el contrato de compraventa inicial ni figuraba como administrador de las entidades Restau Muebles o Rústicos Rey que firmaron el contrato de venta de la finca registral donde se asentaba la instalación fotovoltaica. Estima que no se le puede hacer responsable, sin pruebas fehacientes, de conocer el contrato antecedente y la transmisión subyacente por el solo hecho de formar parte de una unidad familiar. Considera que tampoco se puede hablar de insolvencia cuando en el momento de la firma del contrato la finca registral no era propiedad de Restau Muebles, sino que se adquirió con posterioridad.

El motivo carece de fundamento. Con independencia de lo que se señalará cuando se analice el motivo por infracción de ley referido al delito de apropiación indebida, lo cierto es que el recurrente participó en el contrato de venta de la finca registral donde se encontraba la instalación fotovoltaica, como representante legal de su hija menor de edad, que figuraba como uno de los dos socios de Rústicos Rey SL, entidad a la que se vendió la finca.



Como tal representante legal y participe en el contrato, además de ser el marido de la vendedora, Rosa Hortensia , que en el acto de venta representaba a Restau Muebles, es evidente que el recurrente era perfectamente conocedor del contrato mediante el cual su esposa vendió a una sociedad recién constituida, y cuyos dos únicos socios eran los hijos de ambos, la finca registral referida, con la intención manifiesta de sustraer la finca a las reclamaciones de los acreedores.

Nos encontramos en consecuencia, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del motivo, ante un supuesto de coautoría por dominio funcional del hecho, que esta Sala incluye en los supuestos de realización conjunta del hecho a los que se refiere expresamente, como supuestos de autoría, el art 28, inciso inicial, del CP 95.

Como recuerda la STS 813/2009, de 7 de julio , "la jurisprudencia de esta Sala sobre la coautoría por dominio funcional del hecho puede sintetizarse, a tenor de las resoluciones dictadas (529/2005, de 27 de abril; 1049/2005, de 20 de septiembre; 1315/2005, de 10 de noviembre; 371/2006, de 27 de marzo; 497/2006, de 3 de junio; 1032/2006, de 25 de octubre; 434/2007, de 16 de mayo; 258/2007, de 19 de julio; 120/2008, de 27 de febrero; y 16/2009, de 27 de enero), en los siguientes apartados:

1) La coautoría se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva, que integra el elemento objetivo. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio de la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

2) La existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos en los que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

3) No es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del co-dominio funcional del hecho cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución.

4) Cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta en la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que resulta imprescindible. Deben, por el contrario, excluirse de la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y aquellos que se ejecutan cuando éste ya esté consumado.

5) Según la teoría del dominio del hecho, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea éste, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

6) La realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en los hechos. Sólo pueden ser dominados los hechos que se conocen".

Y, en el caso actual, aplicando la referida doctrina, es manifiesto que el recurrente, como participe en el contrato al intervenir en calidad de representante legal de su hija menor, y además como marido de la vendedora, era perfectamente conocedor del sentido y finalidad del contrato mediante el cual una sociedad recién constituida, cuyos dos únicos socios eran los hijos de ambos, compró la finca registral referida, con la intención manifiesta de sustraer este bien inmueble a las reclamaciones de los acreedores, por lo que puede afirmarse que realizó conjuntamente el hecho, ya que la realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores **sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en los hechos** .

Las alegaciones añadidas relativas a cuestiones fácticas son totalmente ajenas a este motivo casacional por infracción de ley, que en todo caso debe respetar los hechos probados (art 849 1º de la Lecrim). Conviene recordar que dado el cauce casacional elegido, infracción de ley, debe respetarse la literalidad del "factum", pues esta Sala viene sosteniendo de forma reiterada (SSTS 283/2002, de 12 de febrero ; 892/2007, de 29 de octubre ; 373/2008, de 24 de junio ; y 89/2008, de 11 de febrero , entre otras muchas) que el objeto de este



recurso por infracción de ley se reduce exclusivamente a comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, que han de ser respetados en su integridad, orden y significación, se aplicaron correctamente a los mismos por los juzgadores de instancia los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían, o fueron erróneamente interpretados los aplicados o dejados de aplicar. Cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de los hechos declarados probados desencadena inexcusablemente la inadmisión del motivo (artículo 884.3 Lecrim .) y en trámite de sentencia su desestimación.

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

CUARTO .- El cuarto motivo de recurso, también por infracción de ley, alega indebida aplicación de los arts. 252 y 250 1 6 ° y 257 1 1 ° y 2° CP . Considera el recurrente que no es posible su condena por apropiación indebida al no intervenir en el contrato de compraventa de la finca y tampoco por alzamiento de bienes porque Restau Muebles siguió explotando la instalación de energía y percibiendo el importe de la misma. Y considera que no puede acreditarse el alzamiento de bienes cuando no se ha practicado una investigación patrimonial de la cooperativa.

El motivo debe ser parcialmente estimado en lo que se refiere al delito de apropiación indebida, dado que el título que justifica la aplicación del tipo es la reserva de dominio, que la doctrina de esta Sala considera que no constituye un título hábil para la sanción como apropiación indebida.

El delito de apropiación indebida aparece descrito en el artículo 252 del Código Penal que tipifica la conducta de los que en perjuicio de otros se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (STS 513/2007), ha resumido la interpretación jurisprudencial de este delito diciendo que " *el artículo 252 del vigente Código Penal sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.*

En lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia 1274/2000, de 10 de julio que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo reciba uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.

b) Que el objeto haya sido entregado al autor por uno de los títulos que genera la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporen una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquéllos que suponen la entrega de la propiedad.

En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de numerus apertus del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula "aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver" (SSTS 31.5.93 ; 1.7.97).

c) Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver, con ánimo de incorporarla a su patrimonio.

d) Que se produzca un perjuicio patrimonial, lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento".

QUINTO.- En relación con los títulos que pueden dar lugar al delito de apropiación indebida, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de lo Penal celebrado el 3 de febrero de 2005 adoptó el siguiente Acuerdo: "*Las cláusulas contractuales de reserva de dominio o prohibición de enajenar no constituyen un título apto para generar el delito del art. 252 del C. Penal*".

En la STS 171/2014, de 20 de febrero , se recuerda que " *en la primera sentencia que aplicó el referido Acuerdo - STS 410/2005, de 28 de marzo - se argumentó para denegar la aplicación del tipo penal de la apropiación indebida que las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de enajenar carecen de efecto en el ámbito de*



los derechos reales y que, por lo tanto, no afectan la propiedad adquirida por el comprador mediante la tradición basada en un contrato de compraventa de cosas muebles.

El mismo criterio se había seguido ya en la sentencia 760/2004, de 18 de junio, en la que se argumentó que el acusado recibió el vehículo por compra a una persona jurídica que percibió, a su vez, el precio; dinero este obtenido de una entidad financiera, que es con la que suscribió el pacto denotado como "reserva de dominio", al dorso del "Contrato de financiación al comprador de automóviles". Así resulta -prosigue diciendo la sentencia- que la primera (entidad vendedora) transmitió el automóvil de manera incondicionada contra el total de su valor en venta; y la segunda (entidad financiera) nunca habría llegado a tener la titularidad del mismo, presupuesto necesario para que una cláusula como la invocada pudiera operar en sentido verdadero y propio. El tenor del documento de referencia acredita que lo formalizado por los otorgantes es, en realidad, un contrato de préstamo. Y lo que figura bajo el núm. 9 de las "condiciones generales" un pacto en cuya virtud "se entiende conferido el dominio al financiador, a los meros efectos de garantía". Esto es, en virtud de tal acuerdo no se operó objetivamente y de manera efectiva un desplazamiento dominical al prestamista, sino que se concertó con él un dispositivo de aseguramiento dirigido a hacer posible, en su caso, la recuperación de lo prestado.

Y la misma concepción jurídica había seguido ya la sentencia 1493/2001, de 25 de julio, al concluir que no se daban en el caso los elementos definitorios del tipo de la apropiación indebida, ya que si bien se ha constatado, y así lo ha reconocido el propio acusado, un acto de disposición mediante su venta de una cosa mueble, como es un vehículo automóvil, acto de disposición propio de quien se atribuye el dominio sobre el objeto de que se dispone, falta el requisito de que el vehículo fuera de ajena pertenencia, pues la reserva de dominio en favor de la financiera que se expresa en el reverso del contrato de financiación para su compra se limita a decir que "se entiende conferido el dominio al financiador a los meros efectos de garantía", con lo que al expresar esa finalidad meramente garantizadora se entra en contradicción con la atribución al financiador del dominio que por la cláusula se dice conferir.

Por último, en la reciente sentencia 1012/2013, de 23 de diciembre, con motivo de enjuiciar un supuesto de la venta de un turismo por una casa de compraventa a un tercero, a quien ocultó el representante de la casa vendedora la situación jurídica del coche, se argumenta que el acusado hizo constar en el contrato de venta que el vehículo Mercedes Benz era de su legítima propiedad y precisó que sobre él no pesaba ningún gravamen, arbitrio, impuesto ni débito de clase alguna a la fecha de suscripción de este contrato, cuando la realidad era que estaba gravado con una reserva de dominio a favor de una entidad de Leasing. Esta Sala dejó sin efecto en el caso la absolucón por un delito de apropiación indebida y condenó en casación por un delito de estafa del art. 251.2º del C. Penal, en la modalidad de disponer de disposición de una cosa mueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma.

Pues bien, tanto en el precitado Acuerdo de esta Sala como en las sentencias que se han citado se establece la doctrina de que la estipulación de una cláusula de garantía, con motivo de la suscripción de una póliza de préstamo, consistente en un pacto de reserva de dominio y una prohibición de disponer, no constituye un título suficiente para subsumir el incumplimiento de la cláusula -al vender el vehículo a un tercero sin haber saldado el préstamo- en el tipo penal de la apropiación indebida (STS 171/2014, de 20 de febrero).

En consecuencia, y **con independencia de que quizás podría establecerse una diferenciación entre cláusulas de reserva de dominio insertadas como garantía en contratos de adhesión en casos de ventas a plazos o ventas financiadas de automóviles u otros bienes muebles, y cláusulas similares libremente pactadas en otras modalidades diferentes de contratos, lo cierto es que en el estado actual de la doctrina jurisprudencial de esta Sala rige como criterio general el Acuerdo conforme al cual Las cláusulas contractuales de reserva de dominio o prohibición de enajenar no constituyen un título apto para generar el delito del art. 252 del C. Penal**. Criterio cuya aplicación es asumida sin discusión por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en esta instancia, apoyando el motivo de recurso, que en consecuencia debe ser estimado.

SEXTO.- Sin embargo este criterio absolutorio no puede aplicarse al delito de alzamiento de bienes, del art 257 1º CP.

Como se deduce del relato fáctico ante la proximidad de la reclamación judicial por la parte impagada del precio de la instalación fotovoltaica adquirida por Restau Muebles, el recurrente y su esposa, conjuntamente, procedieron a constituir una nueva sociedad, a nombre de sus hijos, uno de los cuales era incluso menor de edad y estaba representado por el propio recurrente, y seguidamente a disponer de la finca donde estaba montada la instalación fotovoltaica en favor de esta nueva sociedad, que a su vez la traspasó a terceros, provocando así la insolvencia de la empresa Restau Muebles.

Este procedimiento, constituir una nueva empresa a nombre de personas interpuestas, que actúan como testaferros, para seguidamente traspasarle determinados bienes inmuebles de una empresa deudora, en



riesgo de ser demandada, provocando así la insolvencia de ésta, y la ineficacia del procedimiento judicial subsiguiente, constituye una modalidad paradigmática de alzamiento de bienes.

En el caso actual, **la proximidad del vencimiento del plazo máximo de pago, la importante cantidad de la deuda, la constitución ad hoc de una nueva sociedad, el hecho de que estuviese formada precisamente por los hijos de los responsables de la empresa deudora, uno de ellos menor de edad y representado por el recurrente, el traspaso a esta nueva empresa de un bien inmueble que constituía el patrimonio principal de la empresa deudora, una finca donde estaban montadas las instalaciones fotovoltaicas de cuya adquisición procedía la deuda, la inmediata transmisión del bien inmueble a terceros para evitar su persecución civil, etc. son indicios más que relevantes para inferir razonablemente que la finalidad que perseguía con dicha operación el matrimonio condenado era precisamente la de alzarse con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.**

Constando que cuando la entidad acreedora interpuso su reclamación civil, pocos meses después de la operación de sustracción de los bienes, la entidad deudora se situó en rebeldía, y cuando fue fallado en su contra el procedimiento civil no hubo posibilidad de que la deuda fuese satisfecha, pese a las múltiples gestiones judiciales realizadas, por la situación de insolvencia en que se había situado la empresa deudora, es indudable que nos encontramos ante un supuesto paradigmático de alzamiento de bienes.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado en lo que se refiere a la condena por alzamiento de bienes.

SÉPTIMO.- Por lo que se refiere a la responsabilidad civil, ha de examinarse si el perjuicio para la entidad acreedora se ha derivado del delito de apropiación indebida o del delito de alzamiento de bienes, pues la Sala de instancia hace derivar ambas conductas delictivas de la misma acción, la venta de la finca, aun cuando sea discutido por el recurrente que dicha venta incluyese la instalación fotovoltaica.

Como recuerda la STS 400/2014, de 15 de abril, es doctrina tradicional de esta Sala que, por lo general, en el delito de alzamiento de bienes la responsabilidad civil no alcanza el importe de la deuda. La responsabilidad civil por los delitos de alzamiento de bienes se limita, ordinariamente, a la anulación de los negocios jurídicos fraudulentos para reintegrar al patrimonio los bienes sustraídos.

Este criterio se fundamenta en la argumentación de que el montante de la obligación eludida no debe incluirse en la responsabilidad civil derivada del delito porque no es una consecuencia del delito: es su presupuesto y tiene que ser preexistente (SSTS 1077/2006, de 31 de diciembre, 1091/2010, de 7 de diciembre, 209/2012, de 23 de marzo y 400/2014, de 15 de abril, entre otras).

Ahora bien, existen supuestos en los que la anulación de los actos jurídicos determinantes de la insolvencia, para devolver los bienes sustraídos al patrimonio original, no es viable, bien por la propia naturaleza de estos actos, bien porque los bienes han sido traspasados a terceros de buena fe, y no pueden ser recuperados, como ha sucedido en el caso actual.

En estos supuestos, ha de examinarse si procede declarar una responsabilidad civil derivada directamente del delito de alzamiento de bienes, con el fin de tutelar a las víctimas del delito de una manera efectiva, y que no resulten finalmente perjudicadas por el hecho delictivo sancionado (STS 440/2012, de 25 de mayo y 400/2014, de 15 de abril, entre otras)

Esta responsabilidad civil derivada del delito procede cuando legítimamente quepa deducir del delito de alzamiento de bienes unos perjuicios directamente anudables al mismo.

Esta responsabilidad puede abarcar dos tipos de perjuicios: En primer lugar serían indemnizables los perjuicios que se demuestren producidos por la imposibilidad de hacerse pago y diferenciables del mismo crédito (SSTS 1388/1999, de 7 de octubre, 980/1999, de 18 de junio y 400/2014, de 15 de abril).

En segundo lugar la imposibilidad de cobro, consecuencia del delito de alzamiento de bienes, puede considerarse un perjuicio evaluable cuando es responsabilidad de un tercero, por ejemplo una persona física, y los perjudicados no tienen posibilidad alguna de resarcirse del crédito frente la persona jurídica inicialmente obligada, precisamente por la insolvencia en la que situó a esta empresa la acción delictiva realizada por la persona física responsable (administradora de la empresa o colaboradora de ésta en la realización del delito).

En consecuencia, habrá que examinar en cada caso si las acciones sancionadas como alzamiento de bienes han generado un perjuicio económico añadido o han ampliado la esfera de sujetos responsables. Porque quien ha contribuido a la ineficacia de un crédito vencido y exigible se puede convertir también en responsable civil frente al acreedor por esa conducta suya impeditiva que ha frustrado las legítimas expectativas de cobro (STS 400/2014, de 15 de abril).

No se trata de que el crédito previo sea transformado por la incidencia de un delito de alzamiento de bienes que por esencia ha de ser posterior al nacimiento y constitución de la obligación. Tras la comisión del delito



de alzamiento de bienes el crédito inicial permanece sin variación alguna. Pero si el acreedor lo ha reclamado civilmente, y su reclamación ha resultado infructuosa, como sucede en el caso actual, los responsables penales del delito de alzamiento deberán también responder del perjuicio causado, en este caso hacer incobrable la deuda, porque al contribuir a la ineficacia de la acción contra el deudor inicial, mediante una actuación propia de naturaleza delictiva, han impedido el cobro, y son civilmente responsables del daño ocasionado por su delito (SSTS 2055/2000, de 29 de diciembre , 1662/2002, de 15 de octubre , 944/2004, de 23 de julio 430/2005, de 11 de abril y 400/2014, de 15 de abril).

OCTAVO.- En el caso actual el recurrente, esposo de la representante legal de la entidad deudora, administrador de hecho de la misma y más tarde administrador único, padre de los testaferros utilizados para sustraer la finca del patrimonio de la citada empresa, y representante legal de uno de éstos, menor de edad en el momento de la constitución de la empresa utilizada como cobertura para realizar el alzamiento, ha sido considerado en la sentencia, como ya se ha señalado con anterioridad, autor conjunto por dominio funcional del hecho del delito de alzamiento de bienes, respecto de las deudas de la empresa de la que era administrador de hecho, y lo cierto es que realizó unos actos que vaciaron patrimonialmente a la sociedad deudora impidiendo el pago.

En consecuencia, ha de considerarse responsable civil del perjuicio directamente anudable a su comportamiento delictivo, que, como señala la sentencia de instancia, en ningún caso daría lugar a un cobro duplicado puesto que dada la absoluta falta de solvencia, la entidad Restau Muebles no puede hacer frente a la cantidad adeudada.

La responsabilidad civil señalada en la sentencia de instancia abarca la cantidad adeudada, 212.718 euros, unida a los gastos ocasionados por los incidentes de nulidad de actuaciones y cuantificación de daños y perjuicios (12.546 euros y 10.658 euros, respectivamente), en el procedimiento de ejecución contra la empresa Restau Muebles que resultó fallido debido a la insolvencia de esta empresa ocasionada por la acción delictiva de alzamiento de bienes en la que cooperó de modo decisivo el recurrente. En total, 235. 923 euros.

En consecuencia, en el caso actual la absolución por el delito de apropiación indebida no debe incluir la exclusión de esta responsabilidad civil, pues conforme a los razonamientos anteriormente expuestos estos perjuicios son directamente derivados del delito de alzamiento de bienes por el que ha sido condenado el recurrente.

NOVENO.- El quinto motivo de recurso, por error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del art 849 2º de la Lecrim , se apoya en un documento de amortización del préstamo hipotecario a Restau Muebles, una serie de documentos aportados al juicio oral y la propia acta del juicio.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013 , entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art.849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal , es necesario que concurren los requisitos siguientes:

1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa;

2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar;

3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Lecrim .;

4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

En el caso actual, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en su informe, no concurren los referidos requisitos.



En efecto, el documento de amortización en 2006 de un préstamo hipotecario no acredita en sí mismo solvencia alguna, en contra de lo constatado expresamente en el procedimiento civil.

Los documentos aportados en el inicio de la vista se refieren a la inexistencia de apropiación indebida de la instalación de energía, pero el referido delito de apropiación indebida ya ha sido descartado al estimar un motivo anterior, por lo que en cualquier caso lo supuestamente acreditado por estos documentos sería irrelevante para el fallo.

La resolución de IDEA de concesión de una subvención, referida a la necesidad de que la instalación permanezca durante cinco años en el mismo lugar, carece de relevancia alguno para el fallo condenatorio por alzamiento de bienes, pues no afecta en absoluto a la operación de constitución de una empresa pantalla por los hijos del recurrente, traspaso a la misma de una finca que constituía un patrimonio relevante de la empresa deudora y subsiguiente venta a terceros de dicho bien inmueble, determinando finalmente la insolvencia de la empresa deudora, hechos todos ellos documentalmente constatados que constituyen el sustrato fáctico de la condena por alzamiento de bienes.

Finalmente el acta del juicio no constituye un documento hábil para este motivo casacional. La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 Lecrim, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario. Por ello, la jurisprudencia es tajante cuando excluye de relevancia en este cauce casacional las pruebas personales, ya que su incorporación documentada a las actuaciones no transmuta su naturaleza de prueba personal en documental dotada de literosuficiencia, sin que el Tribunal de Casación pueda apreciar directamente los medios probatorios personales por carecer de intermediación.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DÉCIMO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de la condenada, Rosa Hortensia, al amparo del art 852 Lecrim y 5 4º de la LOPJ, alega vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Argumenta que no se ha practicado prueba alguna de su participación en los delitos por los que fue condenada, pues aunque era la administradora de la sociedad deudora desconocía la marcha del negocio, que controlaba su marido, el anterior recurrente.

Ya hemos expuesto en el recurso anterior los criterios básicos de estimación de un motivo casacional por presunción de inocencia.

En el caso actual, y debiendo subsistir únicamente la condena por alzamiento de bienes, lo cierto es que la Sala sentenciadora dispuso de prueba contundente, de carácter documental, acreditativa de que la recurrente participó en la operación de despatrimonialización de la empresa deudora, de la que era administradora legal, pues intervino personalmente tanto en la constitución de una empresa pantalla a nombre de sus hijos, como en el subsiguiente traspaso de la finca donde estaban montada la instalación fotovoltaica a dicha empresa, que seguidamente la vendió a terceros, dando con ello lugar a la insolvencia de la empresa deudora y a la frustración de procedimiento civil para el cobro de lo adeudado.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

UNDÉCIMO.- El segundo motivo, por infracción de ley, alega vulneración de los preceptos penales relativos a los delitos de apropiación indebida y alzamiento de bienes por los que ha sido condenada.

Por las razones expuestas en el motivo correlativo del anterior recurrente, debe ser parcialmente estimado el presente motivo, en lo que se refiere al delito de apropiación indebida, desestimándose en lo que se refiere al delito de alzamiento de bienes.

DÉCIMO SEGUNDO.- El motivo único del recurso de Fulgencio Oscar, por infracción de ley, alega vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En lo que se refiere al delito de apropiación indebida, debe aplicarse en este motivo lo ya expuesto en relación con los demás recurrentes, que excluye la condena por este delito.

En lo que se refiere al delito de alzamiento de bienes alega el recurrente que no está acreditado el elemento subjetivo del mismo, pues no consta que el recurrente conociese que la finalidad de los otros dos condenados al realizar la operación de constitución de la empresa Rústicos rey fuera defraudar a los acreedores de Muebles Restau.



Es criterio de esta Sala (STS 30 de noviembre de 2011 , entre otras), que todos aquellos que colaboran con el deudor a realizar actos de disposición que produzcan la finalidad del delito deben ser condenados como partícipes en el mismo, sin que sea necesario que conozcan expresamente la intencionalidad específica de defraudar a los acreedores, siempre que sean conscientes de que con su participación están cooperando a dicho resultado. En el caso actual, el recurrente participó en la constitución de una empresa pantalla a su nombre y al de su hermana menor de edad, sin que conste que dispusiese de medios para ello, y seguidamente adquirió para esta empresa un bien inmueble, habiendo reconocido que no pagó precio alguno por el mismo, por lo que es manifiesto que tenía que ser consciente de la irregularidad de la operación y del hecho de que con ella se estaba sustrayendo y ocultando de los acreedores un bien perteneciente a la empresa deudora.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Procede, por todo ello, estimar parcialmente los tres recursos interpuestos, en lo que se refiere a la condena por apropiación indebida, manteniendo la condena por alzamiento de bienes, con la responsabilidad civil correspondiente, declarando las costas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, **parcialmente** , al recurso de casación interpuesto por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por **Rosa Hortensia** , contra Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 30 de enero de 2014 , en causa seguida a la misma, a Fulgencio Oscar y Obdulio Abilio por delito de apropiación indebida, y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, **parcialmente** , al recurso de casación interpuesto por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por **Millan Oscar** , contra la anterior sentencia; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, **parcialmente** , al recurso de casación interpuesto por infracción de precepto constitucional por **Fulgencio Oscar** , contra la anterior sentencia; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil quince.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción num. 2 de Vélez Málaga, y seguido ante la Audiencia Provincial de dicha capital, Sección Tercera, por delitos de apropiación indebida y alzamiento de bienes, contra Obdulio Abilio , nacido el NUM004 de 1952 en Sayalonga (Málaga), hijo de Dario Mario y Celia Flora , casado, con DNI NUM007 , con antecedentes penales cancelados; contra Rosa Hortensia , nacida el NUM000 de 1960 en Nerja (Málaga), hija de Raul Teofilo y Loreto Frida , casada, ama de casa, con D.N.I. NUM008 , sin antecedentes penales; contra Fulgencio Oscar , nacido el NUM001 de 1979 en Málaga, hijo de Gonzalo Fausto y Elisabeth Herminia , soltero, de profesión camionera, domiciliado en Lunegarde (Francia) con D.N.I. NUM009 , sin que consten antecedentes penales; y contra Reyes Belinda , nacida el NUM003 de 1977 en Vélez-Málaga (Málaga), hija de Gonzalo Fausto y Elisabeth Herminia , domiciliada en CASA000 -Almayate (Málaga); y en cuya causa se dictó sentencia con fecha 30 de enero de 2014, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



UNICO.- Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos absolver a los recurrentes del delito de apropiación indebida objeto de acusación, y condenarles exclusivamente por el delito de alzamiento de bienes.

III. FALLO

Debemos absolver y absolvemos a los acusados Rosa Hortensia , Obdulio Abilio y Fulgencio Oscar , del delito de apropiación indebida objeto de acusación, DEJANDO SUBSISTENTES LOS DEMAS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA, especialmente los relativos a la **CONDENA POR DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES Y RESPONSABILIDAD CIVIL** , limitando las costas impuestas a cada condenado a UNA DIECISEISAVA parte, incluidas las de la acusación particular, declarando el resto de oficio.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CANDIDO