

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 400/2014, de 15 de abril de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2015/2013

SUMARIO:

Insolvencias punibles. Delito de alzamiento de bienes. Cooperación necesaria. Responsabilidad civil. El delito de alzamiento de bienes no exige necesariamente que el crédito que le sirve de presupuesto esté ya vencido y sea líquido. Las acciones realizadas para sustraer los bienes de los acreedores ante la previsibilidad de las reclamaciones de créditos todavía no líquidos o exigibles pero previsibles y reales, merecen también el reproche penal que incorporan los delitos de insolvencia punible. No es tampoco requisito del delito de alzamiento de bienes que se haya iniciado la ejecución del procedimiento civil. Diferente habría de ser la valoración muy probablemente si se hubiese efectuado un pago u ofrecimiento de pago al menos parcial; o si efectivamente todas las cantidades recibidas hubiesen tenido como destino cancelar otros créditos. La insolvencia que puede justificar una condena por el delito de alzamiento de bienes puede ser real o aparente. No resulta lógico como pretende el recurrente que se «acredite» ese hecho negativo: la «no solvencia». Será él quien debería desacreditar la afirmación de los querellantes mediante el fácil expediente de designar bienes o activos sociales. Si no aparecen bienes o fondos y el titular de la empresa no los identifica, o es que no los hay (insolvencia real) o es que los mantiene ocultos (insolvencia aparente). Respecto a la responsabilidad civil del delito de alzamiento de bienes., por regla general no procede la inclusión del crédito impagado presupuesto del delito; no es responsabilidad nacida del delito, sino previa, es decir, el montante de la obligación eludida no puede formar parte de la condena pues no es consecuencia del delito: es su presupuesto y por definición ha de ser preexistente. El partícipe en el alzamiento como cooperador o en su caso autor por virtud del expediente del art. 31 CP (actuaciones en nombre de otro, como sucede aquí) que no adeudaba nada antes del delito, en principio no tendrá por qué asumir esa obligación cuyo pago se ha eludido. Los deudores seguirán siendo los mismos: los que lo eran antes del delito. Para ese tercero sin embargo, en ocasiones puede nacer una responsabilidad civil derivada del delito. No solo a través de la singular modalidad de «restitución» que se concreta en la anulación de los negocios jurídicos hechos en fraude de acreedores. La responsabilidad penal de persona jurídica, no excluye la de la persona física sino que es cumulativa. No está legitimada una parte pasiva para quejarse de la falta de acusación contra otro u otros eventuales responsables penales.

PRECEPTOS:



www.civil-mercantil.com

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 31, 31 bis, 257.1.2.º y 258.

Constitución Española, art. 24.

Código Civil, art. 1.305.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Abril de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto Diego , contra Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de insolvencia del art. 257.1.2º CP , los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Muñoz González. Siendo parte recurrida Juan Pablo y Rebeca , representados por el Procurador Sr. Tinaquero Herrero. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 20 de los de Valencia inició Procedimiento Abreviado con el nº 123/2012, contra Diego , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Quinta) que, con fecha dos de julio de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<En atención a las pruebas practicadas en el plenario, resulta probado y así se declara que Diego , en su condición de administrador único de la Mercantil "Pedro Aleixandre, 18, SL", cuyo objeto social consistía en la compra y rehabilitación del inmueble sito en la Calle Pedro Aleixandre nº 18 de Valencia, tenía contratados los servicios profesionales de los letrados D. Juan Pablo y Dª Rebeca , con despacho profesional en la Plaza de Tetuán nº 13, entresuelo de esta ciudad. Fruto de esa relación de prestación de servicios profesionales, D. Juan Pablo y Da Rebeca , intervinieron en los autos de juicio ordinario nº 1066/ 2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Valencia, promovidos por la mercantil Pedro Aleixandre, SL contra la

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

mercantil Minaval, SL, que concluyeron con sentencia de fecha 21 de junio de 2010 , que tras desestimar la demanda formulada, y con estimación de la reconvencción formulada de contrario, declaró resuelto el contrato de compraventa suscrito entre los litigantes en fecha 24 de enero de 2008. Tras esta sentencia desfavorable a las pretensiones de la mercantil actora, se interpuso, por la misma dirección letrada, recurso de apelación, y en fecha 22 de noviembre de 2010 se dictó sentencia por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, en virtud de la cual, previa estimación del recurso de apelación interpuesto, se revocó la sentencia de primera instancia, condenando a la entidad Minaval S.L. a cumplir el contrato privado de fecha 24 de enero de 2008. La empresa Minaval, SL interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, presentando el despacho profesional de los letrados querellantes el escrito de oposición al recurso de casación.

Al tiempo que se agotaban las sucesivas instancias, los letrados D. Juan Pablo y D^a Rebeca , actuando en defensa de los intereses de Diego y la mercantil "Pedro Aleixandre, 18, SL", fueron pactando condiciones y negociando con la contraparte "MINAVAL. SL", representada en las negociaciones por el letrado Dimas Bonmatí Llorens, al objeto de alcanzar un acuerdo extrajudicial para dar solución al contrato de compraventa litigioso y saldar la deuda con Banesto; acuerdo que, entre otras condiciones, incluía el desistimiento del recurso de casación y el pago, con parte del dinero que percibiría Diego , de los honorarios de los letrados Sr. Juan Pablo y Sra. Rebeca , devengados en las actuaciones judiciales y negociaciones extraprocerales. Estas negociaciones de los letrados querellantes en representación del acusado y la mercantil de la que era administrador, se prolongaron al menos hasta principios del mes de diciembre, si bien el acuerdo finalmente no se firmó por Diego . El montante de dicho acuerdo ascendía a la suma de 2.350.000 euros.

En fecha 22 de diciembre de 2011, Diego llegó a un acuerdo ante Notario con MINAVAL, S.L, al margen de los letrados que hasta ese mismo mes le habían asesorado, en virtud del cual Minaval S.L. se subrogó en el préstamo hipotecario del edificio sito en la calle Pedro Aleixandre, 18, de Valencia, por la cantidad de 2.056.900 euros, abonando además la suma de 293.100 euros al Sr. Diego , pendiente del precio de la compraventa de edificio, y la cantidad de 165.524,60 euros en concepto de IVA de la venta (total, 2.515.524,6 euros).

Ingresadas las citadas sumas en fecha 22-12-2011 en la cuenta de la mercantil "Pedro Aleixandre, 18. SL", el acusado no abonó las cantidades correspondientes a las minutas de los letrados de Novella Consultores SL, que ascendían a la cantidad de 247.175,76 euros. Por el contrario, Diego consciente que adeudaba los honorarios profesionales a los letrados querellantes, fue transfiriendo sumas y realizando disposiciones en efectivo de la suma total percibida por la mercantil Pedro Aleixandre 18, SL. Así, efectuó una transferencia por importe



www.civil-mercantil.com

de 332.300 euros, de la cuenta de la dicha mercantil a su cuenta corriente particular en la entidad Banesto, otra transferencia a favor de su esposa Ana María por importe de 3.000 euros, y disposiciones en efectivo en fechas 22 y 26 de diciembre de 2011, 11. 14 y 20 de febrero de 2012 por importes de 22.000 euros, 85.000 euros, 40.000 euros, 40.000 euros, y 50.000 euros, respectivamente, quedando la entidad Pedro Aleixandre S.L sin activos, ni fondos suficientes para abonar el débito de los letrados querellantes.

Los letrados querellantes recibieron la solicitud de venia por parte del letrado ese en la actualidad asiste al acusado el 9 de enero de 2012.

Los letrados D. Juan Pablo y D^a Rebeca han presentado hasta tres juras de cuentas contra el acusado Diego , sin que se haya formulado oposición en ninguna de ellas>>.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<< FALLO .- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Diego , como autor criminalmente responsable de un delito de insolvencia punible del artículo 257.1.2º del CP . sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, y MULTA DE DOCE MESES CON CUOTA DIARIA DE 8 EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, con la accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular, así como a indemnizar a Juan Pablo Y D^a Rebeca en la cantidad 247.175,76 euros, más intereses legales, con la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad "Pere Aleixandre 18 SL".

Y DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Diego del delito de apropiación indebida del que venía acusado, declarando de oficio la mitad de las costas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, poniendo en su conocimiento que contra la misma se podrá interponer recurso de casación en el plazo de los cinco días siguientes a la última notificación>>.

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el recurrente, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones



www.civil-mercantil.com

necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Diego .

Motivo primero .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 257.1.2 CP . Motivo segundo .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim , por error en la apreciación de la prueba. Motivo tercero. - Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Motivo cuarto .- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.2 LECrim .

Cuarto.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular se instruyeron del recurso interpuesto por el recurrente, impugnando todos los motivos del recurso salvo el cuarto que fue parcialmente apoyado por el Ministerio Público; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día uno de abril de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El primer motivo de casación discurre a través del art. 849.1º LECrim . Se cuestiona la incardinación de los hechos en el art. 257.1.2º CP - delito dealzamiento de bienes -: " Quien con el mismo fin (perjuicio de sus acreedores) realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación".

El dictamen del Ministerio Fiscal contiene un ilustrado y documentado estudio de tal figura penal que dibuja perfectamente el telón de fondo que ha de presidir la resolución de las distintas cuestiones suscitadas.

Se argumenta en el recurso desde varias vertientes:



www.civil-mercantil.com

a) Que las minutas de honorarios no fuesen impugnadas no implica ni su corrección ni su aceptación o asunción por el deudor.

b) Es compatible con los procedimientos de jura de cuentas incoados que el recurrente desconociese el importe de esos honorarios. Aceptándose que pueden deberse por parte de la entidad "Pedro Aleixandre 18 S.L." algunas cantidades en tal concepto, se tachan de abusivas las reclamadas.

c) No puede dejarse en manos de los letrados, y menos para otorgarle eficacia en un procedimiento penal por alzamiento de bienes, la cuantificación unilateral de esos honorarios.

d) Los honorarios se han fijado con posterioridad a la querrela. Por tanto no estaríamos ante un crédito líquido y exigible, presupuesto del delito por el que ha recaído condena.

Pese al loable esfuerzo argumentativo del recurrente su pedimento no puede encontrar acogida.

a) Nadie cuestiona la existencia del crédito que mantiene la entidad nacido de los servicios profesionales prestados por los querellantes. Podemos discutir su cuantía si se quiere (lo que en cierta medida resulta irrelevante como se demostrará y como argumenta de manera inteligente el Ministerio Fiscal); pero no su realidad. El delito de alzamiento de bienes no exige que la deuda esté ya cuantificada (argumento ex art. 258 CP). También hay actuación penalmente reprochable cuando los bienes son "levantados" ante la inminencia de una reclamación que solo pende, por ejemplo, de liquidación. No es necesaria ni una reclamación previa, ni una liquidación exacta, ni requerimientos... La conducta de evadir bienes precisamente para sustraerlos de los acreedores colma las exigencias típicas.

Ciertamente en alguna vieja jurisprudencia ya superada se pueden encontrar ecos de esa doctrina a tenor de la cual solo un crédito ya líquido y exigible podría servir de sustento a la tipicidad del art. 519 (antecedente del actual art. 257). Pero ya en el último periodo de vigencia del texto refundido de 1973 se había abandonado esa tesis: también las acciones realizadas para sustraer los bienes de los acreedores ante la previsibilidad de las reclamaciones de créditos todavía no líquidos o exigibles pero previsibles y reales, merecían el reproche penal que incorporan los delitos de insolvencia punible. Tras la promulgación del Código Penal de 1995 el problema ha quedado definitivamente zanjado. No solo por la literalidad de la norma y por la inercia de la interpretación que reinaba ya en la jurisprudencia, sino también por la presencia de la nueva modalidad de alzamiento establecida en el art. 258 . Castiga al "responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo,



www.civil-mercantil.com

realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente". En la génesis de ese nuevo delito -alzamiento para eludir el pago de la responsabilidad civil ex delicto- se detecta la voluntad legislativa de salir al paso de esa jurisprudencia que consideraba que únicamente las deudas exigibles eran idóneas a los efectos del antiguo art. 519. Eso dejaba fuera de su radio de acción las insolvencias provocadas antes del enjuiciamiento de la conducta delictiva de la que nacía la responsabilidad civil. Sin embargo, como se ha dicho, era ya interpretación consolidada desde tiempo antes de la promulgación del nuevo Código Penal la admisión del alzamiento ante deudas no vencidas o todavía no declaradas por sentencia. De ahí que se haya tildado de inútil esa nueva tipicidad, pues los hechos contemplados son encajables siempre en el art. 257 de acuerdo con la exégesis imperante. En principio todas las conductas encajables en el art. 258 son susceptibles de acoplarse también en el art. 257; y la pena es exactamente la misma.

b) Las diferencias sobre la cuantificación de la retribución debida podrían indicar algo si el deudor hubiese efectuado un ofrecimiento alternativo; si hubiese reservado parte de los bienes de la entidad para abonar esa deuda pendiente; si se descubriese algún conato o ademán que trasluciese esa intención de pago... Pero en el presente supuesto la sociedad deudora ha sido despojada de todo bien localizable y, lo que más significativo, en parte en aparente beneficio del ahora recurrente, su administrador. La sentencia refleja que parte del dinero recibido fue distraído por el ahora recurrente, disponiendo de él.

En síntesis, no queda afectada la tipicidad a la que ha reconducido los hechos la sentencia de instancia ni por el hecho de que la deuda pudiese ser inferior a la reclamada, ni por la ausencia de un requerimiento previo. La constancia i) de que existía un dinero obtenido por la entidad con el que podía hacerse frente a esos honorarios (se insiste: aunque su cuantía pudiese ser más reducida), ii) de que esos fondos han sido desviados de la sociedad (y, al menos, en parte no desdeñable, no con la finalidad de pagar a otros acreedores: importes de los que ha dispuesto el acusado), y iii) de que ese crédito aparece como incobrable como consecuencia de esas disposiciones; colma todos los requisitos típicos del delito por el que se condena.

Hay un crédito (real: aunque su monto pueda ser inferior al reclamado); había fondos para hacerle frente (al menos, parcialmente); la sociedad deudora como consecuencia de las actuaciones del recurrente ha quedado vaciada patrimonialmente y por tanto sin capacidad económica para cancelar ese crédito; y en una parte significativa ese vaciamiento de numerario ha obedecido a intereses personales del recurrente y no al abono de otras deudas de la sociedad.



www.civil-mercantil.com

No es tampoco requisito del delito de alzamiento de bienes que se haya iniciado la ejecución del procedimiento civil. Es irrelevante que los procedimientos de una jura de cuentas se instasen con posterioridad a la presentación de la querrela (STS 1052/2005, de 20 de septiembre que el Fiscal cita).

La argumentación sobre la atipicidad del favorecimiento de acreedores tendría cierta viabilidad si efectivamente la despatrimonialización obedeciese en exclusiva a la necesidad de atender otras deudas. Pero la sentencia da como probados unos actos de disposición en beneficio directo del acusado.

Esta observación convierte en baldío el esfuerzo del recurrente por tratar de justificar deudas y pagos, lo que por otra parte, casa mal con un motivo por infracción de ley del art. 849.1º LECrim . Aunque aceptásemos esas cuentas no se ofrece explicación para las cantidades de las que ha dispuesto personalmente.

Diferente habría de ser la valoración muy probablemente si se hubiese efectuado un pago u ofrecimiento de pago al menos parcial; o si efectivamente todas las cantidades recibidas hubiesen tenido como destino cancelar otros créditos. Pero no es eso ni lo que reflejan los hechos probados ni lo que se deriva de la prueba practicada.

El motivo es inviable

Segundo.

Con el formato casacional del ordinal 2º del art. 849 LECrim y blandiendo una pluralidad de documentos que fueron aportados al inicio del juicio oral, se dice que han quedado acreditados todos los pagos relacionados en el escrito de defensa, lo que excluiría la presencia del elemento subjetivo - ánimo de perjudicar a los acreedores - del delito del art. 257 CP .

Esa genérica argumentación no se compece, ni mal ni bien, con un motivo por error facti que exigiría un razonamiento más específico: designar particulares de cada documento, consignar la forma en que se quieren completar los hechos probados haciendo constar la aseveración o aseveraciones que deben considerarse acreditadas y que dimanen de los documentos; razonar más detenidamente la relevancia de ese complemento fáctico...

Sea como sea, y prescindiendo de otros argumentos -falta de literosuficiencia; no acreditación del destino de toda la cantidad recibida...- tales documentos no consiguen desmontar el dato clave resaltado por el Fiscal en argumentación que esta Sala hace propia: el acusado desvió un



www.civil-mercantil.com

dinero en interés personal y ajeno a las deudas sociales y los documentos no reflejan que esa disposición como administrador estuviese causada por unos créditos previos de la entidad.

El motivo es improsperable.

Tercero.

El tercer motivo se construye desde el art. 5.4 LOPJ (a partir de 2000 resulta más correcta la mención del más específico art. 852 LECrim , proyección en el proceso penal de aquella norma más general). Denuncia vulneración de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Se arguye que no existe prueba suficiente de la insolvencia de la empresa, situación ésta que constituiría un elemento inexcusable del delito de alzamiento de bienes. Sin su acreditamiento mediante prueba lícita y concluyente no cabría la condena sin lesión del principio de presunción de inocencia.

La insolvencia que puede justificar una condena por el delito de alzamiento de bienes puede ser real o aparente. La sentencia la da por acreditada: no se detectan activos realizables en la entidad. Tampoco la ha venido a discutir el acusado cuyos argumentos parecen discurrir justamente por el sendero opuesto: eran tantas las deudas que hubo que destinar todo lo obtenido a su pago (ver en el folio 246 el escrito de defensa donde se hablaba de la situación de insolvencia de la empresa).

No consta la presencia de otros activos. Si los hubiese, estarían ocultos. No se trata de invertir la carga de la prueba; pero no apareciendo otros bienes, corresponderá al acusado señalar que sí existen e identificarlos. Si no lo hace, se puede inferir razonablemente que la empresa carece de otros activos, o, al menos, que no son localizables. Eso significaría la insolvencia (aunque sea meramente aparente) sobre la que se puede construir la tipicidad del alzamiento de bienes, prescindiendo ahora de la polémica sobre si tal requisito (insolvencia real o aparente) es indispensable en el delito que examinamos. No basta cualquier acto de disposición realizado por el deudor, sino solo aquellos que objetivamente pongan en riesgo el cobro del crédito por no existir otros bienes fácilmente realizables. Aquí no se encuentran esos otros bienes.

No resulta lógico como pretende el recurrente que se "acredite" ese hecho negativo: la "no solvencia". Será él quien debería desacreditar la afirmación de los querellantes mediante el fácil expediente de designar bienes o activos sociales. Según su peculiar visión la prueba de la insolvencia supondría demostrar que no existe en ninguna entidad ninguna cuenta bancaria con fondos a nombre de la empresa; así como aportar todas las certificaciones posibles



www.civil-mercantil.com

negativas para concluir que no existen inmuebles a nombre de la sociedad. Es absurdo ese planteamiento. Llevado a su extremo no bastarían las certificaciones de todas las entidades bancarias o registros nacionales, sino también habrá que aportar las correspondientes a otros países.

Era muy fácil probar la solvencia. Si no se ha hecho y no concurre el más mínimo asomo de prueba de la misma, es conforme con los principios del proceso penal tener por acreditada la insolvencia, al menos aparente. Eso es lo que quiere decir la sentencia al referirse a que se ha probado hasta el límite que era exigible a las acusaciones. Estas han puesto de manifiesto, la deuda, el vaciamiento patrimonial, y la imposibilidad de realizar el crédito por no existir otros bienes conocidos. En ese escenario la invocación de la jurisprudencia "Murray" no es desafortunada ni contraria a derecho. Si ante la acusación de que se ha dejado sin activos a una empresa, su administrador que es quien debe conocer su situación patrimonial, guarda silencio y no aporta los datos que demuestran lo contrario (él es quien está en mejores condiciones de ofrecerlos) no es ilegítimo concluir la realidad de la imputación. Si no aparecen bienes o fondos y el titular de la empresa no los identifica, o es que no los hay (insolvencia real) o es que los mantiene ocultos (insolvencia aparente).

La desestimación de este motivo arrastra la de otro posterior que gira sobre el mismo tema aunque vinculándolo con la tutela judicial efectiva y la necesidad de motivación y de evitar cualquier género de indefensión.

En cuanto a la existencia de otras alternativas posibles -pagos a otros acreedores- es argumento que ya se ha desactivado: eso podría justificar algunos actos de disposición, pero no los efectuados a favor del propio acusado o su esposa.

Quinto.

En un motivo ulterior se tachan de ilegítimas algunas de las pruebas. Habrían sido aportadas por los letrados querellantes violando la "intimidad" de la sociedad. Para entablar la querrela se hizo uso de correspondencia bancaria remitida a la entidad "Pedro Aleixandre 18, SL" y domiciliada en el despacho de sus gestores y abogados. Estos habrían conocido esa documentación bancaria aprovechándose de esa circunstancia, cuando ya habían cesado las relaciones profesionales con la empresa. Estaríamos, por tanto, ante prueba ilícita.

Varios argumentos confluyen para privar de toda capacidad suasoria a este alegato.

De una parte, podríamos acudir a la teoría del descubrimiento inevitable. Prescindir de esa documentación concreta, solo habría llevado a reclamarla directamente de las entidades



www.civil-mercantil.com

bancarias en una prueba elemental dada la naturaleza de la infracción (los folios 95 a 98, 125 y 131; 199 a 201 contienen una documental relevante y lícitamente obtenida).

Pero, sobre todo, no consta el cese de la relación profesional con anterioridad a la recepción de esa correspondencia. No hay violación de un derecho fundamental de los comprendidos en los arts. 14 a 28 CE . Existía una autorización no revocada para acceder a esa correspondencia de naturaleza mercantil domiciliada en ese despacho. La retirada de esa autorización estaba en manos del recurrente: bastaba con dirigirse a la entidad bancaria para "redomiciliar" la correspondencia. Es verdad que la domiciliación de la correspondencia en una dirección no lleva implícita necesariamente la autorización para su apertura y examen. Pero es evidente también, a la vista de la naturaleza y estabilidad de las relaciones entre las dos empresas, que en este caso sí que la comportaba. No habiéndose cancelado ese consentimiento resulta descabellado hablar de un supuesto atentado a la intimidad, y por ende de un delito del art. 197 CP como sugiere el escrito de recurso.

En materia de hechos determinantes de la ilicitud probatoria rige también el principio de respeto a la valoración probatoria de la prueba personal realizada por la sala de instancia: no pueden modificarse en casación esas apreciaciones valorativas. Por eso no puede darse pábulo alguno a la crítica sobre la valoración de las declaraciones del testigo Sr. Dionisio : la Sala de forma razonada otorgó más crédito a sus declaraciones en fase de instrucción. No podemos apartarnos de tal apreciación, como pretende el recurrente, sin traicionar la naturaleza y limitaciones del recurso de casación.

Vale esta consideración también para el otro testigo al que se alude, o para la fecha de recepción de los extractos aludida por los querellantes. En materia de prueba ilícita no rige el principio in dubio.

El motivo es desestimable.

Sexto.

Incongruencia omisiva es la etiqueta casacional del siguiente motivo aunque se desliza una errata en su identificación al citarse el nº 2 y no el nº 3 del art. 851 LECrim .

Se dice que no han sido llamados al proceso otros implicados y que a eso no ha dado contestación la sentencia. Entre esos implicados estarían los letrados que intervinieron en la operación. Uno de ellos ha asumido en esta causa la dirección forense del recurrente.



www.civil-mercantil.com

Carece de legitimación esta parte -que es pasiva- para quejarse por la falta de llamamiento de otras supuestas partes pasivas (que en realidad no debían ser traídas al proceso, pues ninguna pretensión se ejercitó frente a ellas).

Eso cabe predicar respecto de la no imputación de la entidad deudora que sí fue parte como tercero responsable civil. Ciertamente el art. 31 bis CP , vigente cuando se realizaron estos hechos, invitaba a traer como responsable penal a la persona jurídica; pero carece de legitimación el querellado para reclamar la responsabilidad penal de una persona jurídica que no excluye la suya. Sería cumulativa. En nada le afectaría a su posición. Su eventual responsabilidad penal no incide en la propia. No existe esa interdependencia procesal entre ambas responsabilidades penales (persona física y jurídica) que parece sugerir el recurrente: un litis consorcio pasivo necesario.

Llama la atención efectivamente que no se haya acusado a la sociedad. Muy probablemente tras la actitud abstencionista tanto de la acusación pública como la de la particular latén razones pragmáticas: nada relevante se ganaría con la declaración de responsabilidad penal de una empresa que se reputa insolvente y respecto de la que la pena de multa obligada a la -pena reina y única obligada en la inmensa mayoría de delitos idóneos para exigir responsabilidad penal a una persona jurídica y entre ellos el delito de alzamiento de bienes-sería un "brindis al sol".

En efecto, si la pena a imponer a una persona jurídica en un caso como éste será la de multa, y tal entidad no solo es insolvente (en eso consiste el delito), sino además parece carecer ya de actividad comercial, supondría dilapidar esfuerzos procesales tratar de obtener una declaración de responsabilidad penal con la imposición de una pena inejecutable, ni siquiera a través de la medida de intervención de la sociedad que resultaría absurda en un supuesto como éste de inactividad empresarial. Ante ese panorama tampoco tiene sentido ninguna de las otras sanciones conjuntas facultativas.

La no imputación de la empresa parece responder a un lógico criterio de "oportunidad", aunque hoy por hoy carezca de un respaldo legal, que sí le intentaba proporcionar el Borrador de Código Procesal Penal de 2013. Tal texto introducía un criterio de oportunidad específico para los casos en que el art. 31 bis CP apunta a una persona jurídica "fantasma", o insolvente, puramente instrumental o cuya actividad ya ha cesado aunque formalmente no haya sido disuelta. Se autorizaba a prescindir de la exigencia de responsabilidad penal, evitando así recorrer un camino que no conduce a ninguna parte. Seguir un proceso penal para disolver una persona jurídica que de hecho no existe o para imponer una multa que resulta inabonable es absurdo. El art. 91 del citado texto prelegislativo dentro de los motivos de sobreseimiento por



www.civil-mercantil.com

razones de oportunidad incluye los casos de imputación a una persona jurídica que " carezca de toda actividad y patrimonio y esté incurso en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente".

De cualquier forma, tras este excurso, se impone reiterar el argumento decisivo para rechazar la queja: no está legitimada una parte pasiva para quejarse de la falta de acusación contra otro u otros eventuales responsables penales.

Séptimo.

Sí hay que acoger la última de las quejas del recurrente que se centra en los contenidos de responsabilidad civil establecidos por la sentencia de instancia.

El recurrente apunta que la responsable civil principal ha de ser "Pedro Aleixandre 18 SL" y no él; y que frente a aquélla ya están emprendidas acciones civiles (lo que supondría una reserva de la acción civil; argumento éste más débil: la reserva ha de ser expresa). Evoca la jurisprudencia sobre el contenido propio de la responsabilidad anudada a los delitos de alzamiento de bienes a tenor de la cual no se incluye el importe del crédito que es el presupuesto del delito y no su consecuencia. Se cuestiona finalmente la cuantía establecida.

Las acusaciones solicitaban la condena a una indemnización por el monto de la obligación crediticia que se reclamaba.

El motivo va a ser estimado, en armonía con lo también interesado por el Ministerio Fiscal que lo ha apoyado. Varias razones abonan esa solución

a) Por una parte no es razón menor, aunque no fuese por sí sola decisiva, que la deuda no está incuestionablemente cuantificada. Es incontrovertida su existencia, pero no su cuantía. No puede fijarse en el ámbito penal asumiendo miméticamente la tesis de los querellantes plasmada en las juras de cuentas promovidas.

b) Por otra parte, es doctrina tradicional de esta Sala que 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 ha de contraerse según una jurisprudencia conocida, a una peculiar forma de restitución consistente en la anulación de los negocios jurídicos fraudulentos para reintegrar al patrimonio los bienes extraídos (art. 1305 del Código Civil). El montante de la obligación eludida no puede formar parte de la condena pues no es consecuencia del delito: es su presupuesto y por definición ha de ser preexistente (entre muchas otras, SSTS 1077/2006, de 31 de diciembre , 1091/2010, de 7 de diciembre ó 209/2012, de 23 de marzo).



www.civil-mercantil.com

En el presente supuesto no se ha procedido a declaración de nulidad alguna porque ni era solicitada, ni procedía dada la naturaleza de muchos de los actos (algunos no gratuitos; otros consistentes exclusivamente en extracción de numerario).

c) 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. Hay delito de alzamiento de bienes en cuanto se ha impedido el cobro de una deuda, pero es posible -según se infiere de los hechos probados de la sentencia- que las acciones constitutivas de delito (hay que excluir las consistentes en un favorecimiento de acreedores) solo hayan afectado al impago de parte del crédito y no a su totalidad. Dicho de otra forma: no es incompatible con los hechos probados especular que si no hubiese existido delito de alzamiento de bienes (pero sí favorecimiento de acreedores que es conducta penalmente atípica) la parte perjudicada tampoco hubiese podido cobrar la totalidad de su crédito. Esa es prueba cristalina de que no se trata clara y propiamente de responsabilidad civil nacida del delito.

d) El crédito previo no es 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. Esta es un punto de partida claro. No puede suceder que por virtud de un delito lo que debía la entidad "Pedro Alexandre 18, SL" se convierta en una obligación de otra persona (el responsable penal) de la que aquélla solo responde subsidiariamente.

Tras la comisión del delito de alzamiento de bienes el crédito permanece sin variación alguna. El acreedor puede reclamarlo en virtud de la fuente que lo fundase -un contrato, la ley, un delito...- ante la jurisdicción correspondiente. Aquí de hecho ya están instados esos procedimientos civiles. No se superpone un nuevo título de pedir al que lo originó. El partícipe en el alzamiento como cooperador o en su caso autor por virtud del expediente del art. 31 CP (actuaciones en nombre de otro, como sucede aquí) que no adeudaba nada antes del delito, en principio no tendrá por qué asumir esa obligación cuyo pago se ha eludido. Los deudores seguirán siendo los mismos: los que lo eran antes del delito.

Para ese tercero sin embargo, en ocasiones puede nacer una responsabilidad civil derivada del delito (STS 440/2012, de 25 de mayo). No sólo a través de la singular modalidad de "restitución" que se concreta en la anulación de los negocios jurídicos hechos en fraude de acreedores. También cuando quepa legítimamente deducir del delito de alzamiento de bienes unos perjuicios directamente anudables al mismo. Por una parte serían indemnizables los



www.civil-mercantil.com

perjuicios que se demuestren producidos por la imposibilidad de hacerse pago y diferenciables del mismo crédito (SSTS 1388/1999, de 7 de octubre ó 980/1999, de 18 de junio). Por otra parte, la imposibilidad de cobro, consecuencia del delito de alzamiento de bienes, es un perjuicio evaluable cuyo resarcimiento puede venir obligado a asumir también ese tercero, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra los inicialmente obligados (en este caso la entidad por cuya cuenta actuó). No ya porque venga a sustituir al deudor inicial o a situarse a su lado en la obligación; sino porque su acción ha generado un perjuicio concreto que se superpone a la deuda y del que ha de responder. Al contribuir a la ineficacia de la acción contra el deudor puede hacerse responsable del perjuicio económico ocasionado. Una actuación propia ha impedido un cobro, aunque fuese parcial (SSTS 430/2005, de 11 de abril , 2055/2000, de 29 de diciembre , 1662/2002, de 15 de octubre ó 944/2004, de 23 de julio). No se trata de utilizar retorcidamente la categoría de los "daños morales" (STS 234/2005, de 24 de febrero) para basar una compensación económica que puede aparecer intuitivamente como adecuada, sino de algo diferente sustancialmente.

Habrá que desentrañar en cada caso si las acciones catalogables como alzamiento de bienes bien, han generado un perjuicio económico añadido; o bien han ampliado la esfera de sujetos responsables. 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 sus legítimas expectativas de cobro.

No sería del todo disparatado operar aquí de esa forma. Diego no adeudaba nada a la entidad perjudicada. La deudora era "Pedro Aleixandre 18, SL". Diego como representante legal de tal entidad y por tanto con capacidad para ser considerado sujeto activo de ese delito especial (art. 31 CP) realizó unos actos que vaciaron patrimonialmente a la sociedad impidiendo el pago. De entre ese conjunto de actos, solo ha quedado acreditado el carácter indubitadamente delictivo de algunos (al tener que excluirse aquellos que de forma segura o, al menos, probable, suponían abonar a otros acreedores). Con esos actos menoscabó las posibilidades de resarcirse de los querellantes, haciendo ilusoria sus posibilidades de hacerse cobro. Ha contribuido con su actuación personal al perjuicio derivado del impago de la deuda y en esa medida se hace co- responsable, con una responsabilidad civil que ha nacido de su delito y que no se identifica con la que le pudiera alcanzar por vía de la responsabilidad civil de administradores que en su caso habría de ejercitarse en otra vía. Ahora bien, de una parte, los perjudicados han optado por ejercer la vía civil. De otra, no hay elementos aquí para cuantificar con precisión la deuda.

Esto hace improcedente el pronunciamiento sobre responsabilidad civil recogido en la sentencia que pivota sobre la exclusiva estimación de los perjudicados y un procedimiento civil



www.civil-mercantil.com

de cognición limitada como es la jura de cuentas (art. 35 LECivil). La procedencia de esa exclusión del pronunciamiento indemnizatorio se intuye como apunta el Fiscal al observar la apostilla que se ve obligado a efectuar el Tribunal: "salvo que esa responsabilidad se haya ya hecho efectiva en los procesos civiles entablados".

Octavo.

Habiéndose estimado parcialmente el recurso procede declarar de oficio el pago de las costas procesales (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Diego , contra Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de insolvencia del art. 257.1.2º CP , por estimación parcial del motivo cuarto de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por dicha Audiencia con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Abril de dos mil catorce.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número Veinte de Valencia, fallada posteriormente por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, y que fue seguida por delito de apropiación indebida contra Diego y teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo , integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES



www.civil-mercantil.com

Único.

Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

En virtud de los razonamientos contenidos en la anterior sentencia no procede efectuar declaración alguna en materia de responsabilidad civil.

III. FALLO

Se suprime el pronunciamiento de la sentencia de instancia relativo a la responsabilidad civil (indemnización, así como declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de "Pedro Alexandre 18, S.L."). En el resto se mantienen íntegramente sus pronunciamientos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.