



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 994/2016, de 12 de enero de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 799/2016

SUMARIO:

Delito de apropiación indebida. Penalidad concreta. Principio acusatorio. Delito de insolvencia punible. Atenuante analógica de ludopatía. No puede rebasarse la pena más grave pedida por las acusaciones conforme a la calificación procedente cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que sustancie la causa, ya que en caso contrario se infringiría el principio acusatorio. La calificación no podría ser otra que la correspondiente al tipo básico de estafa por cuanto el Tribunal no puede apreciar la concurrencia de un subtipo agravado que no ha sido solicitado por la acusación ni entremezclar subtipos o circunstancias correspondientes a calificaciones distintas. Delito de insolvencia punible. Vigencia por el tiempo en que sucedieron los hechos del antiguo artículo 258 CP que no incluía la agravación del apartado 4 del artículo 257. La obligación «ex delicto» nace de la propia infracción criminal; en suma, las acciones descritas en el artículo 258 previgente (hoy 257.2) son punibles por su mera realización tras la comisión del hecho delictivo, sin necesidad de que la responsabilidad sea declarada en sentencia, por tanto, los hechos son subsumibles en el delito especial del antiguo artículo 258 CP en el que no tiene cabida la agravación que se impugna. Respecto a la atenuante analógica de ludopatía, existe un informe procedente de un Centro Municipal de Atención y Prevención de las Adicciones sin la intervención de especialista médico en psiquiatría por lo que la simple mención en el Informe psicológico de la entidad a la que acudió el acusado tras haber sido denunciados los hechos, a la existencia de un trastorno de larga evolución y considerado como grave, sin precisar datos temporales ni alcance de los efectos, no puede servir para acreditar que el acusado sufriera una disminución de sus facultades volitivas durante todos los años en que se prolongaron los hechos delictivos y que actuara como consecuencia de esa situación. El Informe carece de la fuerza de convicción necesaria para sentar como probado el sustrato fáctico capaz de subsumir la atenuante. Las adicciones o dependencias que no sean graves no constituyen causa de atenuación.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.2, 21.2 y 7, 74, 122, 250.1.5.º, 252 y 257.

PONENTE:

Don Juan Saavedra Ruiz.

EN NOMBRE DEL REY

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Enero de dos mil diecisiete.

En los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por la representación de Cesareo y Ana María , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, que condenó al primero de los acusados por un delito continuado de apropiación indebida y otro de insolvencia punible y, a Ana María por un delito de insolvencia punible; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando representados los recurrentes por la procuradora Doña Silvia Urdiales González, siendo parte recurrida OCASO, S.A. , representada por el Procurador Don Luis Ignacio Ortega Alcubierre.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Zaragoza, incoó diligencias previas 2068/2014 contra Cesareo y Ana María , por delitos de apropiación indebida y de insolvencia punible y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera que, con fecha veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"De la prueba practicada apreciada en conciencia en base a lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , ha quedado probado que el acusado Cesareo , mayor de edad, y sin antecedentes penales, ostentaba el cargo de jefe de Administración Regional de la compañía "Seguros Ocaso" sita en Zaragoza, Calle Coso nº 24 desde hacía muchos años, y en calidad de tal y como encargado de llevar la contabilidad desde hacía 20 años, disponía de cheques firmados en blanco por los directivos, extendidos contra la cuenta corriente de la citada compañía que tenían como finalidad el pago de siniestros de los asegurados o el disponer de dinero en efectivo para gastos de la propia oficina, documentos mercantiles consistentes en talones nominativos o al portador y que se hacían efectivos en las oficinas del BBVA, y concretamente en el periodo de tiempo comprendido entre los años 1999 y 2014, abusando de la confianza en el depositada por los responsables de la citada compañía se dedico de forma periódica y reiterada y con la finalidad de conseguir un elevado beneficio económico a quedarse con los fondos de la compañía, mediante el cobro de cheques girados contra cuentas corrientes de la misma, empleando una serie de artificios contables que hacía que su fraudulenta operación pasara desapercibida, y en lugar de darles el destino que procedía, los cumplimentaba y cobraba personalmente quedándose con su importe en las cantidades que le parecían.- Posteriormente en el mes de abril de 2014, en el proceso de revisión mensual que se realiza todos los meses en el Área de Administración de Agencias y Sucursales de la documentación contable remitida por las Unidades Administrativas, en la Unidad Administrativa de Zaragoza se detectó un apunte por importe de 87.771,88 euros, contabilizado en la cuenta de recibos cobrados para el cargo de mayo, confeccionando una auditoría interna por los peritos Marcelino , Auditor interno, y



www.civil-mercantil.com

Segundo Jefe Área Auditoría Servicios Centrales, comprobando que faltaba la cantidad de 1.200.000 euros, reconociendo el acusado Cesareo que había sido el autor de dicha defraudación, firmando a la compañía un escrito de reconocimiento de deuda, con fecha 13 de junio de 2014, por importe de 1.230.592,67 euros, y presentando en dicha fecha el abogado de la compañía una denuncia ante la Comisaría de Policía.- Posteriormente el acusado Cesareo de común acuerdo con su mujer, la acusada Ana María , y conociendo esta última que su marido se había apropiado de dinero de la compañía Ocaso, en fecha 17/06/2014, formalizaron escritura de capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes, procediendo Cesareo con fecha 25 de junio de 2014 a formalizar contrato privado con Purificacion , en representación de Patrimonios Inmobiliarios Zaragoza SL, de extinción de la relación arrendaticia que con dicha entidad había firmado con fecha 1 de junio y que tenía por objeto el local nº 20 de la Planta Baja del Espacio Comercial "Puerta Cinegia", sita en Calle Coso nº 35 de esta ciudad, siéndole devueltos mediante cheques bancarios, la fianza por importe de 3.600 euros, 756 euros correspondientes a IVA de la fianza que por error del antiguo arrendatario le fue entregado, y cheque por importe de 10.800 euros, como pago de la garantía que consta en la estipulación décimo sexta del contrato firmado, en lugar de aval bancario exigido, siendo todos estos cheques de la entidad financiera Bankinter, y por documento de la misma fecha 25/06/2014 se formalizó contrato de arrendamiento sobre dicho local entre Purificacion , en representación de Patrimonios Inmobiliarios Zaragoza SL, y Ana María , la cual tuvo que entregar dos cheques del Banco de Santander idénticos a los que habían sido devueltos a su marido, de 3.600 euros por fianza, y de 10.800 euros en concepto de garantía del cumplimiento de las obligaciones, teniendo que realizar obras de acondicionamiento y reforma en el citado local que se pagaron con dos transferencias con fechas 13/06/2014 a favor de la empresa Renovare, por importes de 25.000 euros y 41.000 euros, que procedían del dinero defraudado por Cesareo a la Cia. Ocaso, teniendo perfecto conocimiento de ellos Ana María , y todo ello con la intención de disminución del patrimonio a efectos de pago de responsabilidades civiles.- El acusado Cesareo según informe del Centro Municipal de atención y prevención de las adicciones, padece un trastorno de larga evolución por juego patológico, ludopatía, pero en forma alguna se ha acreditado que el mismo pudiera haber influido en la merma de sus facultades mentales, en relación con los hechos litigiosos.- Ambos acusados de mutuo acuerdo han puesto a disposición de la Compañía Ocaso, a través de este Tribunal para hacer frente al pago de las responsabilidades civiles todas las propiedades que tienen, así: vivienda en Zaragoza, sita en CALLE000 nº NUM000 , NUM001 , cuarto trastero nº NUM002 sito en CALLE000 nº NUM000 , plaza de aparcamiento nº NUM003 sito en la misma calle, vivienda en Tabuenca, CALLE001 nº NUM004 propiedad de Cesareo por título de herencia, dos inmuebles urbanos en Tabuenca, propiedad de Cesareo por título de herencia, siete inmuebles rústicos sitios en Tabuenca propiedad de Cesareo por título de herencia, y vehículo Porsche Cayenne matrícula-JGL , propiedad de ambos acusados".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" FALLO : CONDENAMOS a los acusados Cesareo y Ana María , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autores responsables, el primero, de un delito continuado de apropiación indebida tipificado en el artículo 252, en relación con el artículo 250 nº 5 y 74 del Código Penal , y ambos acusados, de un delito de insolvencia punible tipificado en el pº 2 artículo 257 en relación con el pº 4 del Código Penal , concurriendo en el acusado Cesareo las atenuantes analógicas de confesión, del nº 7, en



www.civil-mercantil.com

relación con el nº 4 del Código Penal, y de reparación parcial del daño o de disminución de sus efectos del nº 5 del artículo 21 del Código Penal, en el delito de apropiación indebida, a las penas, al primer acusado, por el primer delito, 3 años y 6 meses de prisión, y 9 meses multa, a razón de una cuota diaria de seis euros, es decir 1620 euros con 4 meses y 15 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, y para cada uno de los dos acusados por el segundo delito, 2 años y 6 meses de prisión, y 18 meses multa a razón de una cuota diaria de 6 euros, es decir 3.240 euros, con 9 meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, y al pago de 2/4 costas Cesareo y 1/4 costas Ana María, debiendo indemnizar el acusado Cesareo a Seguros Ocaso en la cantidad de 1.230.592,67 euros, de las cuales de la cantidad de 66.000 euros, responderá solidariamente la acusada Ana María descontando de la cantidad total el dinero que obtenga la aseguradora Ocaso de la venta de todo el patrimonio de los acusados.- Asimismo ABSOLVEMOS al acusado Cesareo, del delito continuado de falsedad en documento mercantil tipificado en los artículos 390.1.1 y 74 del Código Penal, objeto de acusación por parte de la acusación particular con declaración de oficio de 1/4 costas".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de Cesareo y Ana María, 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.

La representación de los recurrentes, alegaron los motivos siguientes: I.- RECURSO DE Cesareo : PRIMERO .- Por infracción de precepto constitucional, por quebrantamiento del principio acusatorio del artículo 24 CE . SEGUNDO .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 LECrim ., por error en la valoración de la prueba. TERCERO .- Al amparo del artículo 849.1 LECrim ., por no apreciación de la atenuante analógica de ludopatía del artículo 21.7ª CP, en relación con los artículos 21.2ª y 20.2º CP . CUARTO .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim ., por aplicación indebida del apartado 4 artículo 257 CP, en relación con el apartado 1.2º artículo 257 CP . QUINTO .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim ., por no aplicación de la atenuante de reparación del daño en relación con el delito de insolvencia punible. SEXTO .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim ., por no aplicación de la atenuante de confesión en relación con el delito de insolvencia punible. II.- RECURSO DE Ana María : PRIMERO .- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por infracción del principio de la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE . SEGUNDO .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 LECrim ., por existir error en la valoración de la prueba. TERCERO .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim ., por aplicación indebida del apartado 4 del artículo 257 CP, en relación con el apartado 1-2º del artículo 257 CP . CUARTO .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim ., por falta de aplicación de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5ª CP, como muy cualificada. QUINTO .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim ., por no aplicación del artículo 29 CP .



www.civil-mercantil.com

Quinto.

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Realizado el señalamiento se celebró la deliberación y votación prevenida el día 13 de diciembre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Cesareo .

Primero.

1.1. El motivo inicial denuncia vulneración del principio acusatorio, con invocación constitucional del artículo 24.1 y 2 CE , en su sentido más estricto relativo a la vinculación del Tribunal a la imposición de la pena correspondiente a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones. Explica para ello que la Audiencia acogió en relación con el delito de apropiación indebida en sus propios términos la calificación del Ministerio Fiscal, respecto de la que el recurrente además había prestado su total conformidad (antecedente sexto de la sentencia), que solicitaba en sus conclusiones definitivas las penas de un año y nueve meses de prisión y multa de seis meses con una cuota diaria de seis euros, debiendo apreciarse las circunstancias atenuantes de reparación parcial del daño y confesión por analogía, tras calificar los hechos como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida ex artículo 252 , 250.1.5º, en relación con el artículo 74, todos ellos CP . A su vez la calificación de la acusación particular, en el mismo trámite procesal, consistía en entender que eran constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida de los artículos 252, 250.1.2º, en relación con el artículo 74, o alternativamente de un delito de estafa, y un delito continuado de falsedad en documento mercantil (en concurso medial), solicitando la pena conjunta de seis años de prisión y multa de doce meses con una cuota diaria de cien euros, concurriendo la agravante genérica de abuso de confianza. Sin embargo, la Audiencia desestima expresamente la concurrencia del subtipo agravado del nº 2 del artículo 250.1 (abuso de firma de otro) y la agravante genérica mencionada más arriba (fundamento jurídico primero de la sentencia). Así las cosas el recurrente entiende que la pena imponible no podía exceder de la solicitada por el Ministerio Fiscal y que la imposición de la pena de tres años y seis meses de prisión y nueve meses multa vulnera el principio acusatorio, aun cuando estuviese dentro del límite inicial de la pedida por acusación particular.

1.2. El Ministerio Fiscal impugna el motivo interesando su inadmisión por cuanto no se ha vulnerado del principio acusatorio. Argumenta, en primer lugar, que la acusación particular si bien no calificó la apropiación indebida con arreglo al número 5º del artículo 250.1 CP (cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros), sí se refiere al mismo a la hora de calificar el delito de insolvencia punible conforme al apartado 4 del artículo 257 CP (anterior a la reforma de la L.O. 1/2015) "que se remite expresamente a los ordinales 1 º, 4 º y 5º del apartado primero del artículo 250 CP "; también expone que la pena impuesta por ello era imponible, por cuanto uno de los actos apropiatorios fue de cuantía superior a los 50.000 euros, ... sin que ello suponga la vulneración del principio "non bis in idem"; y por último porque si



www.civil-mercantil.com

bien dicha pena es superior a la interesada por el Ministerio Fiscal no lo es a la solicitada por la acusación particular, por lo que en todo caso se encontraría comprendida dentro de la de seis años y multa de doce meses pedida por la misma.

2. Debemos destacar ante todo que en el hecho probado de la sentencia no se afirma expresamente que uno de los actos apropiatorios excediese de la suma de 50.000 euros. Lo que declara probado la Audiencia es que " ... en la unidad administrativa de Zaragoza se detectó un apunte por importe de 87.771,88 euros, contabilizado en la cuenta de recibos cobrados para el cargo de mayo". En el fundamento de derecho primero sí afirma la Sala provincial que concurre la circunstancia 5ª del artículo 250 porque "el valor de la defraudación supera los 50.000 euros". Ahora bien, en cualquier caso el recurrente no ha cuestionado la aplicación del delito continuado ex artículo 74.1 CP .

En segundo lugar, por lo que hace a la calificación de la acusación particular, la sentencia desestima expresamente la concurrencia en el caso del subtipo agravado del número 2º, y siendo ello así, como absuelve al recurrente del delito de falsedad en documento mercantil, la calificación no podría ser otra que la correspondiente al tipo básico de estafa por cuanto el Tribunal no puede apreciar la concurrencia de un subtipo agravado que no ha sido solicitado por la acusación ni entremezclar subtipos o circunstancias correspondientes a calificaciones distintas. Tomar como referencia el apartado 4 del artículo 257 para entender que aquél se había incorporado a la calificación del delito de apropiación indebida es una interpretación extensiva en perjuicio del acusado (prohibición de la acusación implícita), con independencia, como después veremos, que la invocación de dicho apartado es errónea teniendo en cuenta que el artículo vigente aplicable a la insolvencia era el 258 CP que no contenía la agravación aplicada. Por lo tanto las penas fijadas en la sentencia no eran imponibles. Es evidente que la calificación que vincula al Tribunal es la que determina el mismo definitivamente, pues en otro caso no tendría sentido asociar el límite a la más grave de las penas solicitadas por las acusaciones si no son las procedentes conforme al juicio del Tribunal que ha enjuiciado el caso. Por ello es aplicable nuestro Acuerdo de Sala General de 20/12/2006 a cuyo tenor: "el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que sustancie la causa".

Por lo tanto el motivo debe ser estimado.

Segundo.

1. A continuación ex artículo 849.2 LECrim . denuncia error en la apreciación de la prueba, designando como documento casacional el Informe instado por la defensa en fase de conclusiones provisionales, unido al folio 489 de la causa, del Centro Municipal de Atención y Prevención de Adicciones del Ayuntamiento de Zaragoza, de 29/02/2016, firmado por la Psicóloga especialista y la Jefa de Servicios Sociales especializados, que transcribe a continuación. A la vista de ello sostiene que el "factum" debe modificarse en el sentido de sentar como sustrato fáctico el "trastorno denominado juego patológico, padecido por es un trastorno de larga evolución y considerado como grave según la clasificación mencionada" en el propio Informe.

2. Hay dos cuestiones que deben subrayarse inicialmente. La primera que el recurrente acude al Centro Municipal de Atención y Prevención de las Adicciones por primera vez el 08/07/2014, es decir, con posterioridad a su reconocimiento de los hechos que no debemos olvidar abarcan un periodo de tiempo comprendido entre los años 1999 y 2014. El



www.civil-mercantil.com

segundo punto es que no se ha aportado un informe elaborado y suscrito por un médico especialista en psiquiatría y sí por un Centro de Atención y Prevención de las Adicciones a cargo de expertas en psicología clínica y servicios sociales. Ello tiene su importancia en la medida que la ludopatía ha sido calificada por la jurisprudencia como un trastorno o dependencia psíquica o una neurosis que determina de modo directo e inmediato la comisión de hechos delictivos funcionalmente dirigidos a la obtención de fondos para satisfacer la compulsión al juego. Por lo demás el Informe tampoco incide en la clase de pruebas, indagaciones u observaciones realizadas por las expertas más allá de lo que se supone manifestado por el propio recurrente. Por lo tanto tiene razón el Ministerio Fiscal cuando impugna el motivo argumentando que "la simple mención en el Informe psicológico de la entidad a la que acudió el acusado tras haber sido denunciados los hechos, a la existencia de un trastorno de larga evolución y considerado como grave, sin precisar datos temporales ni alcance de los efectos, no puede servir para acreditar que el acusado sufriera una disminución de sus facultades volitivas durante todos los años en que se prolongaron los hechos delictivos y que actuara como consecuencia de esa situación".

De esta forma cuando la Audiencia en el hecho probado, en el último párrafo, sienta que el acusado "según Informe del Centro Municipal de atención y prevención de las adicciones, padece un trastorno de larga evolución por juego patológico, ludopatía, pero en forma alguna se ha acreditado que el mismo pudiera haber influido en la merma de sus facultades mentales", no ha padecido el error que se denuncia por cuanto la prueba pericial designada (el Informe) carece de la fuerza de convicción necesaria para sentar como probado el sustrato fáctico capaz de subsumir la atenuante que se alega en el motivo siguiente.

Por ello el motivo no es acogible.

Tercero.

1. Subsidiario del anterior, el siguiente motivo, ex artículo 849.1 LECrim ., denuncia la indebida inaplicación de la atenuante analógica de ludopatía del artículo 21.7 en relación con el nº 2 del mismo artículo y del nº 2 del artículo 20, todos ellos CP .

2. Debemos indicar que, como admite el propio recurrente, en el trámite de conclusiones definitivas mostró su conformidad con la calificación del Ministerio Fiscal y solo por vía de informe postuló la aplicación de la atenuante ahora invocada, lo cual es contrario a la doctrina de los actos propios.

En cualquier caso la jurisprudencia ciertamente ha considerado reiteradamente la ludopatía como una atenuante analógica, entendiendo que se trata de un trastorno que disminuye la voluntad pero no el discernimiento, exponiendo al respecto (SSTS 211/2014 , 1426/2011 , 1224/2006 o 659/2003) que "la ludopatía, o adicción al juego, puede considerarse una dependencia síquica que, cuando es grave y determina de modo directo e inmediato la comisión de hechos delictivos funcionalmente dirigidos a la obtención de fondos para satisfacer la compulsión al juego, permite ordinariamente la apreciación de una atenuante analógica del art. 21.6º en relación con el 21.2º, por tener análoga significación que otras adicciones graves prevenidas como atenuantes en el citado párrafo segundo del art. 21. Cuando es leve, y en consecuencia fácilmente controlable, no debe producir efecto alguno sobre la responsabilidad penal, pues el Legislador ha establecido claramente en el art. 21. 2º que las adicciones o dependencias que no sean graves no constituyen causa de atenuación. Si esto es así incluso en casos de adicciones que crean dependencia física, como sucede con las sustancias estupefacientes, en mayor medida ha de aplicarse en supuestos de mera dependencia síquica como ocurre con la adicción al juego. Sólo en supuestos de excepcional gravedad puede llegar



www.civil-mercantil.com

a plantearse la eventual apreciación de una eximente, completa o incompleta, cuando pericialmente se acredite fuera de toda duda una anulación absoluta o cuasi absoluta de la capacidad de raciocinio o voluntad del acusado. Pero solamente respecto de acciones temporalmente inmediatas al momento en que la oportunidad del juego se presenta y domina la voluntad del agente en torno al acto concreto de jugar, y no respecto de otros actos más lejanos, que requieren cuidadosa planificación".

Por lo tanto no solo se trata de la falta de asiento del hecho para estimar la atenuante sino que incluso hipotéticamente tomando como referencia el Informe unido a los autos tampoco sería posible fijar la subsunción que se pretende.

El motivo debe correr la misma suerte que el anterior.

Cuarto.

1. El motivo de igual orden también acude a la infracción de ley del artículo 849.1 LECrim . para denunciar la indebida aplicación del apartado 4 del artículo 257 CP en relación con el 1.2º del mismo. Sostiene el recurrente que el Ministerio Fiscal calificó los hechos, solicitando la pena de un año de prisión, conforme al apartado 1.2º del mismo sin incluir la agravación del apartado 4 (las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1º, 4º y 5º del apartado primero del artículo 250 (redacción anterior a la L.O. 1/2015), mientras la acusación particular sí solicitó la aplicación de la agravación de la pena mencionada. En el desarrollo del motivo el recurrente sostiene como argumento principal que la consumación del acto de disposición patrimonial no tuvo lugar cuando se llevaron a cabo las transferencias descritas en el hecho probado, conjuntamente superiores a los 50.000 euros, si no en el momento de formalizar el contrato privado en fecha 25/06/2014 "por el que extingue la relación arrendaticia que había firmado con dicha entidad en fecha 1 de junio de 2014 y, segundo, en idéntica fecha, Ana María (coacusada) suscribe contrato de arrendamiento sobre el citado local".

2. El argumento empleado por el recurrente no tiene sentido por cuanto el desplazamiento patrimonial perjudicial para el acreedor tiene lugar cuando se transfieren ambas cantidades a un tercero disminuyendo de esta forma su solvencia, siendo indiferente la estimación de los derechos que ostentase en su condición de arrendatario del local arrendado puesto que de una u otra forma la disminución patrimonial tiene lugar.

Sin embargo, el motivo debe ser estimado si tenemos en cuenta que el texto penal vigente cuando suceden los hechos (junio de 2014) era el artículo 258 del anterior, suprimido posteriormente por la L.O. 1/2015 , cuyo contenido se incorpora al artículo 257.2 ahora vigente.

En relación al artículo 258 CP , -el 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, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses-, texto sustancialmente incorporado al mencionado 257.2 después de la reforma de la L.O. 1/2015, la jurisprudencia de esta Sala había señalado que lo pretendido por el legislador con este precepto era superar la difícil subsunción en la modalidad básica del alzamiento de aquellos supuestos en los que el autor de un hecho delictivo se situaba bajo la situación de insolvencia para eludir las responsabilidades civiles derivadas de su acción con anterioridad a que se dictase sentencia condenatoria; que se trata de un tipo especial porque señala una fuente de las obligaciones frustradas por el autor diversa de la fuente general de las obligaciones contenida en el artículo 257.1.2º; también hemos señalado que este tipo no



www.civil-mercantil.com

requiere que la enajenación de bienes haya sido simulada, pues se pretende proteger al acreedor no solo contra ella sino también de aquellas enajenaciones reales que configuran un serio obstáculo para hacer efectivos los créditos del sujeto pasivo; también que este precepto zanja una cuestión largamente discutida como es la de si constituye alzamiento de bienes la conducta del autor de un delito que, antes de haber sido condenado por el mismo, pero sabedor de que ha generado un perjuicio del que tendrá que responder mediante una indemnización, se alza con los bienes y se coloca en situación que le imposibilita o dificulta de modo sensible la satisfacción de dicha obligación, inclinándose el legislador por entender que la obligación "ex delicto" nace de la propia infracción criminal; en suma, las acciones descritas en el artículo 258 previgente (hoy 257.2) son punibles por su mera realización tras la comisión del hecho delictivo, sin necesidad de que la responsabilidad sea declarada en sentencia (SSTS 918/1999 , 739/2001 o 22/2009).

A la vista de lo anterior los hechos descritos son subsumibles en el delito especial del antiguo artículo 258 CP en el que no tiene cabida la agravación que se impugna, debiendo señalarse que las penas correspondientes al mismo coinciden con las señaladas para el supuesto básico del artículo 257.

Teniendo en cuenta lo anterior el motivo debe ser acogido.

Quinto.

1. Los dos últimos motivos, quinto y sexto, vamos a agruparlos, pues tienen como finalidad común por la vía del artículo 849.1 LECrim . denunciar la falta de aplicación de las atenuantes estimadas por la Audiencia en relación con el delito de apropiación indebida también al de insolvencia punible.

2. La falta de fundamento de ambos es evidente. No solo porque vuelve a entrar en contradicción con sus propios actos, después de haber admitido expresamente la calificación del Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, sino porque carece de sentido pretender la reparación del daño cuando después de reconocer los hechos transfiere las cantidades señaladas en el "factum" a un tercero en perjuicio del acreedor. Y en cuanto a la confesión sucede lo mismo: las transferencias se hacen en la misma fecha que el reconocimiento de la deuda y presentación de la denuncia. Se reconocen los hechos atinentes a la apropiación indebida pero acto seguido se infringe el artículo 258 CP .

Ambos motivos deben ser desestimados.

RECURSO DE Ana María .

Sexto.

1. Ha formalizado cinco motivos de casación, por presunción de inocencia y error de hecho, los dos primeros, y los tres restantes por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim .. No obstante vamos a comenzar por el análisis del tercero que denuncia la indebida aplicación del apartado 4 del artículo 257 en relación con el apartado 1.2º del mismo, siguiendo básicamente el desarrollo del cuarto motivo del corcurrente que hemos examinado y estimado. Ello quiere decir que en todo caso la tipicidad aplicable a los hechos subsumibles sería la del artículo 258 previgente. Además el motivo de esta recurrente va más allá de la indebida aplicación de la agravación prevista en el apartado 4 mencionado cuando sostiene que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas estimó que esta acusada "sería



www.civil-mercantil.com

partícipe a título lucrativo a tenor del artículo 122 del Código Penal debiendo responder en concepto de responsabilidad civil del pago de 66.000 euros, calificación ésta con la que la defensa de ambos mostró su conformidad". Pues bien, vamos a ocuparnos de dar respuesta previamente a esta proposición pues de estimarse sería ocioso entrar en el resto de los argumentos aducidos en el motivo y en el resto de los formalizados por cuanto solo ha sido condenada por el delito de insolvencia punible.

2. Fijémonos como punto de partida en lo que sienta como probado la Audiencia en relación con el delito mencionado y la participación en el mismo de la ahora recurrente. Igualmente debemos tener en cuenta que los hechos subsumidos en el tipo del artículo 258 citado no son otros que las dos transferencias realizadas con fecha 13/06/2014 a favor de la empresa Renovare, por importe de 25.000 y 41.000 euros, "que procedían del dinero defraudado por Cesareo a la CIA. OCASO".

Tras reflejar en el hecho probado que el coacusado, esposo de la recurrente, "había sido el autor de dicha defraudación, firmando a la compañía un escrito de reconocimiento de deuda, con fecha 13 de junio de 2014, por importe de 1.230.592,67 euros, y presentando en dicha fecha el abogado de la compañía una denuncia ante la Comisaría de Policía", añade la Sala de instancia en el párrafo siguiente "posteriormente el acusado Cesareo de común acuerdo con su mujer, la acusada Ana María , y conociendo esta última que su marido se había apropiado de dinero de la compañía OCASO, en fecha 17/06/2014, formalizaron escritura de capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes, procediendo Cesareo en fecha 25 de junio de 2014 a formalizar contrato privado de extinción de la relación arrendaticia que con dicha entidad había firmado con fecha 1 de junio y que tenía por objeto, siéndole devueltos mediante cheques bancarios la fianza y cheque como pago de la garantía en lugar de aval bancario exigido y por documento de la misma fecha 25/06/2014 se formalizó contrato de arrendamiento sobre dicho local (entre la misma sociedad arrendadora) y Ana María , la cual tuvo que entregar dos cheques idénticos a los que habían sido devueltos a su marido en concepto de garantía del cumplimiento de las obligaciones, teniendo que realizar obras de acondicionamiento y reforma en el citado local que se pagaron con dos transferencias con fechas 13/06/2014 a favor de la empresa Renovare, por importes de 25.000 euros y 41.000 euros, que procedían del dinero defraudado por Cesareo a la CIA. OCASO, teniendo perfecto conocimiento de ellos Ana María , y todo ello con la intención de disminución del patrimonio a efectos de pago de responsabilidades civiles".

Pues bien, siguiendo el curso cronológico de los hechos lo primero que llama la atención es que las transferencias que constituyen el hecho delictivo calificado como insolvencia punible coinciden con la fecha de reconocimiento de la deuda por parte del coacusado y de la denuncia de la compañía de la apropiación indebida ante la Comisaría de Policía (13/06/2014), y es "posteriormente" a ello cuando el acusado, de acuerdo con su mujer y conociendo ésta que su marido se había apropiado del dinero de la compañía, como no podía ser de otra forma, el 17/06/2014 otorgan la escritura de capitulaciones matrimoniales y el acusado el 25/06 siguiente extingue el contrato de arrendamiento que había firmado el día 1 anterior y simultáneamente la acusada sustituye a su marido como arrendataria del mismo local en la misma fecha 25/06. Luego si el desplazamiento patrimonial realizado por el correcurrente en favor de la empresa Renovare que iba a acometer las obras de reforma del local arrendado tiene lugar con anterioridad al acuerdo entre los cónyuges para llevar a cabo los pactos descritos de 17 y 25/06, sin que conste la intervención de la acusada en las transferencias tantas veces citadas del 13/06 precedente, resulta que aun cuando con posterioridad conociese la misma el origen del dinero transferido podrá afirmarse que es partícipe a título lucrativo de los efectos del delito ex artículo 122 CP pero no que sea autora del delito de insolvencia



www.civil-mercantil.com

punible conforme declara la Audiencia en el fallo, puesto que el desplazamiento patrimonial y la consumación de la insolvencia parcial, como hemos señalado más arriba al examinar el motivo cuarto del correcurrente, ya se había producido. Ello quiere decir que la calificación del Ministerio Fiscal en relación con esta acusada como partícipe a título lucrativo del delito cometido por su marido es ajustada a los hechos probados.

Cuestión distinta es que la Audiencia hubiese dado como probado que la maniobra llevada a cabo por el correcurrente de hacer coincidir en el tiempo el reconocimiento de la deuda y las transferencias en favor de Renovare (el 13/06/2014) hubiese sido ya realizada de común acuerdo entre ambos, lo que tampoco se explica en el fundamento jurídico primero de la sentencia, que se refiere en primer lugar al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, conociendo ya la acusada la apropiación, y posteriormente a la novación arrendaticia, pero la cuestión es que el hecho objeto de acusación y por el que se produce la condena del coacusado no es el otorgamiento de dichas capitulaciones, ni siquiera la novación subjetiva del contrato de arrendamiento, sino las transferencias realizadas con anterioridad por el mismo. El conocimiento afirmado por la Audiencia tiene relevancia para la aplicación del artículo 122 CP .

Por ello el motivo debe ser estimado, siendo ocioso el examen de los restantes.

Séptimo.

Ex artículo 901 LECrim . las costas de ambos recursos deben ser declaradas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, con estimación de los motivos primero y cuarto, dirigido por Cesareo frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, en fecha 29/03/2016 , en causa seguida por delitos de apropiación indebida e insolvencia punible, casando y anulando la misma, declarando de oficio las costas del recurso.

Que debemos declarar HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley, estimando el motivo tercero, dirigido por Ana María , frente a la sentencia mencionada, que se casa y anula, declarando igualmente de oficio las costas del recurso.

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

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

SEGUNDA SENTENCIA

EN NOMBRE DEL REY

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a doce de Enero de dos mil diecisiete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Zaragoza, diligencias previas 2068/2014 y seguida ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, por delitos de apropiación indebida e insolvencia punible contra Cesareo y Ana María , ambos



www.civil-mercantil.com

mayores de edad, y sin antecedentes penales, solventes parciales, y en libertad por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan los de la sentencia de la Audiencia, incluyendo los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Se dan por reproducidos los de nuestra sentencia de casación, especialmente el primero, cuarto y sexto, y los de la Audiencia que no se opongan a los anteriores. Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de insolvencia punible del artículo 258 previgente, siendo autor del mismo el acusado Cesareo , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, imponiéndole la pena de un año y seis meses de prisión, y multa de doce meses con una cuota diaria de 6 euros, teniendo en cuenta que son dos las transferencias realizadas y su cuantía global, siendo el límite imponible conforme al principio acusatorio el de dos años y seis meses solicitados por la acusación particular; absolviendo a la acusada Ana María del delito de insolvencia punible del que venía siendo acusada por aquélla; declarándola partícipe a título lucrativo ex artículo 122 CP , respondiendo de la suma de 66.000 euros.

III. FALLO

Que debemos condenar a Cesareo como autor de un delito de apropiación indebida, ya definido, concurriendo las circunstancias atenuantes de reparación parcial del daño y la analógica de confesión, a las penas de UN AÑO y NUEVE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA de SEIS MESES con una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago; y como autor de un delito de insolvencia punible, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de UN AÑO y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA de DOCE MESES con una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria correspondiente.

Que debemos absolver a Ana María del delito de insolvencia punible del que venía siendo acusada por la acusación particular; declarando su participación a título lucrativo de los efectos del delito de insolvencia punible, estando obligada al resarcimiento del daño hasta la cuantía de 66.000 euros; declarando de oficio las costas correspondientes de la primera instancia.



www.civil-mercantil.com

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, en fecha 29/03/2016 , no modificados por los anteriores.

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

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, 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.