BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ066237

**TRIBUNAL SUPREMO**
*Sentencia 711/2022, de 13 de julio de 2022*
*Sala de lo Penal*
*Rec. n.º 4114/2020*

**SUMARIO:**

**Delito de insolvencia punible. Principio acusatorio. Homogeneidad de delitos. Delito continuado de administración desleal. Apropiación indebida. Derecho de defensa. Dilaciones indebidas.**
Infracción del principio acusatorio, cuando se acusó por los delitos de apropiación indebida o de administración desleal y se condenó por delito de insolvencia punible.
Entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse. En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio.
El acusado debe ser plena y debidamente informado de los cambios en la acusación, incluyendo aquellos que afecten a su "causa", y debe disponer del tiempo y de los medios adecuados para actuar y preparar su defensa. No se impone ninguna forma particular de cómo debe ser informado el acusado. En relación al momento en que el investigado o acusado debe recibir esta información, indica el Tribunal que la información sobre los cargos, incluyendo la tipificación jurídica que el tribunal podría adoptar en la materia debe, o bien indicarse antes del proceso en el documento de inculpación, o bien, al menos, durante el proceso por otros medios como la exposición formal o implícita de los cargos. Se prevé también la posibilidad de que se produzca una recalificación de los hechos durante el proceso, y considera que en este caso debe darse al acusado la oportunidad de ejercer sus derechos de defensa de una manera práctica, eficaz y en un plazo pertinente. El instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, como dice el Tribunal Constitucional al señalar que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados.
En definitiva, este derecho prohíbe que la sentencia introduzca sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas. Ello tendrá lugar cuando las valoraciones jurídicas introducidas sean más graves que las propuestas por la acusación. Pero igualmente prohíbe una nueva calificación de igual o menor gravedad que la efectuada por las acusaciones cuando el delito objeto de condena no es homogéneo con el delito objeto de acusación.
El delito de apropiación indebida o, alternativamente, un delito de administración desleal, tienen un carácter absolutamente heterogéneo en cuanto son diferentes los requisitos que requieren para su comisión aun cuando ambos son delitos contra el patrimonio. De esta manera ha impedido a la misma ejercitar adecuadamente su derecho a la defensa sobre esta cuestión, vulnerando el principio acusatorio.
Es doctrina jurisprudencial reiterada que las atenuantes para poder ser apreciadas no tienen que ser necesariamente alegadas pudiendo acogerlas de oficio el órgano judicial, siempre que concurran determinados presupuestos.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6.ª, 72, 74, 250, 252, 257.1 y 295.
Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 788.4.

**PONENTE:**

*Doña Carmen Lamela Diaz.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Don CARMEN LAMELA DIAZ
Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

**T R I B U N A L S U P R E M O**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 711/2022

Fecha de sentencia: 13/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4114/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2022

Ponente: Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: AGG

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4114/2020

Ponente: Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 711/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 13 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 4114/2020 interpuesto por infracción de ley y de precepto constitucional, por los acusados D. Sergio y D.ª Ruth, quienes actúan representados por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, bajo la dirección letrada de D.ª Alejandra Polo González, y por la Acusación Particular, D. Jose Miguel, D. Carlos Antonio, D. Luis Alberto, D. Jesús Carlos, D. Juan Antonio, D. Pedro Francisco, D. Pablo Jesús, D. Alejandro, D. Alvaro, D. Anibal, D. Artemio, D. Baldomero, D. Bernabe, D. Candido, D.ª Dulce, D.ª Enma, D.ª Eufrasia, D.ª Fidela, D.ª Graciela, D. Feliciano, D. Gabriel, D. Gregorio, D. Hilario, D. Imanol, D.

Jenaro, D. Justiniano, D. Leoncio, D. Marcial, D. Maximino, D. Nicanor, D. Pascual, D. Prudencio, D. Romualdo, D. Secundino, D.ª Ariadna, D. Jose Francisco y D. Carlos Manuel, quienes actúan conjuntamente representados por la procuradora D.ª Tamara Ucha Groba y bajo la dirección letrada de D. Guillermo Presa Suárez contra la sentencia núm. 51/2020 de 2 de marzo, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Procedimiento Abreviado núm. 16/2018, dimanante de las Diligencias Previas núm. 6694/2014 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vigo que les condenó por un delito continuado de insolvencia punible, les absolvió de un delito de apropiación indebida/administración desleal así como a D.ª Juana y D.ª Lina, de los delitos de los que venían siendo acusadas. Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carmen Lamela Díaz.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**

El Juzgado de Instrucción número 4 de Vigo, incoó Diligencias Previas con el número 6694/2014, por el delito continuado de insolvencia punible y por los delitos de apropiación indebida y administración desleal, contra D. Sergio, y contra D.ª Ruth, D.ª Lina y D.ª Juana, y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Pontevedra cuya Sección Quinta dictó, en el Procedimiento Abreviado núm. 16/2018, sentencia el 2 de marzo de 2020, que contiene los siguientes hechos probados:

"1. Apreciando en conciencia la prueba practicada, se declara probado que los aquí querellantes, Don Carlos Antonio, Don Luis Alberto, Don Jesús Carlos, Don Juan Antonio, Don Pedro Francisco; Don Pablo Jesús, Don Alejandro, Don Jose Miguel, Don Alvaro, Don Anibal, Don Artemio, Don Baldomero, Don Bernabe, Don Candido, Doña Dulce, Doña Enma, Doña Eufrasia, Doña Fidela, Doña Graciela y Don Feliciano, eran trabajadores de la entidad HERMANOS RODRÍGUEZ GÓMEZ, SL.

Esta empresa había sido constituida el 8 de Octubre de 1960. Su objeto social era la fabricación, instalación y reparación de maquinaria y utillaje para la elaboración y proceso de pescado y carne, siendo sus socios el matrimonio aquí acusado, DON Sergio y DOÑA Ruth, circunstanciados, siendo Don Sergio el administrador único de esta sociedad.

2. Con fecha del 22 de Diciembre de 2009, y ante el Fedatario Público de esta ciudad de Vigo, Don José María Rueda Pérez, se llevaron a cabo las dos siguientes operaciones:

a) En la primera de compraventa de participaciones, comparecieron los meritados esposos, actuando en nombre propio, y Don Sergio, además, en nombre de la entidad PESCATECH S.L, sociedad constituida el 14 de Diciembre de 2001, por el acusado Don Sergio y la sociedad HEREDEROS HERMANOS RODRÍGUEZ S.L, con un objeto social análogo al de la anterior mercantil, de la que también era administrador único el acusado Don Sergio, por la que el matrimonio acusado vende a la sociedad Pescatech S.L 1.900 participaciones de la sociedad HERMANOS RODRÍGUEZ GÓMEZ de las que eran titulares, por un precio de 2.660.000 euros, precio que se abona mediante la compensación de la deuda que, por igual importe, los acusados mantiene con la sociedad HERMANOS RODRÍGUEZ GÓMEZ SL, y ésta a su vez con PESCATECH SL. Aunque en este negocio no se hacía específica intervención en nombre de la sociedad HERMANOS RODRÍGUEZ GOMEZ SL, dicha operativa fue computada en su contabilidad, y debe entenderse por tanto que fue ratificada y consentida por dicha sociedad.

b) Y una segunda operación, en la que intervienen Don Arsenio, y el acusado Don Sergio, en nombre de las entidades HERMANOS RODRÍGUEZ GÓMEZ SL, de HEREDEROS HERMANOS RODRÍGUEZ, sociedad ésta última constituida el 10 de Octubre de 1985, el matrimonio ya referido, así como por la madre de Juana, aunque ésta posteriormente cedió sus participaciones; teniendo por objeto la fabricación, instalación y reparación de maquinaria y utillaje para la elaboración y proceso de pescados, la promoción, compraventa y alquiler de bienes muebles e inmuebles, y, especialmente de embarcaciones de cualquier clase, y de la que el acusado Don Sergio era, a la fecha del otorgamiento de esta escritura, su administrador único. El objeto de esta operación era la venta de 4.100 participaciones sociales de la entidad PROMOCIONES SOLYMAR S.L, de las que 4000 las vende a la sociedad HEREDEROS HERMANOS RODRÍGUEZ S.L, por un precio de 410.000 euros, que se dicen ya recibidos, y las 100 restantes a Don Arsenio, por un precio de 10.000 euros, que igualmente se dice recibido, aunque no hay constancia de tales pagos, fuera de su asiento en las respectivas cuentas sociales.

3. La entidad PROMOCIONES SOLYMAR SL, fue constituida el 14 de Julio de 2004, siendo su objeto social la promoción de edificaciones y la compraventa alquiler de inmuebles. Su administrador único era entonces el acusado Don Sergio, aunque desde el 20 de Noviembre de 2012, Io es su hija, la también acusada Juana.

Esta entidad SOLYMAR era titular del 50% de una nave industrial, con una superficie construida de 2.163 metros cuadrados, habiendo sido valorada por la Xunta de Galicia en 1,508.601,25 euros, quedando la entidad HERMANOS RODRÍGUEZ GÓMEZ como consecuencia de la operación descrita en el apartado 2º sin la participación en este inmueble.

Estas dos operaciones fueron llevadas a cabo por el matrimonio Sergio y Ruth, con objeto de poner a salvo tanto su patrimonio personal, como la nave referida, de importante valor, y evitar que tanto uno como otra pudieran ser objeto de reclamaciones por parte de los acreedores que pudiera tener la entidad HERMANOS RODRÍGUEZ GÓMEZ, S.L, cuya situación económica era muy complicada, en estado de pérdidas, y sabiendo que tal entidad, carente de recursos activos, no podría atender los créditos salariales de sus trabajadores, para el caso de que se llegara a la desaparición de la sociedad, resultándoles en todo caso indiferente este resultado.

4. Las entidades HERMANOS RODRÍGUEZ GÓMEZ S.L y PESCATECH S.L, actuando bajo la denominación de GRUPO HERMANOS RODRÍGUEZ, solicitaron de la Xunta de Galicia, y en dos ocasiones distintas, sendos ERES de suspensión colectiva, que fueron autorizados por la Consellería de Trabajo de la Xunta do Galicia, por resoluciones del 26 de Abril de 2010 y del 10 de Mayo de 2011. En la memoria explicativa de las causas que motivaron el primero de los expedientes, se alegaba por el representante legal de la empresa, a fecha del 25 de Marzo de 2010, que, centrada su actividad al cien por cien en el sector naval y pesquero, la crisis que se atraviesa ha determinado que esta empresa, así como PESCATECH, durante los ejercicios 2007, 2008 y 2009, hayan tenido una caída progresiva de las ventas totales," llegando a la situación imposible de la actualidad. Y para el presente ejercicio, la caída de contrataciones es más absoluta, estándose a la presente fecha, en unas contrataciones que no alcanzan el medio millón de euros..."

5. De igual modo, ambas mercantiles antes citadas, y bajo la misma rúbrica de GRUPO HERMANOS RODRÍGUEZ, inician el 27 de Agosto de 2012 un expediente de extinción colectiva de todos sus trabajadores, en número de 51, en lo que se refiere a la entidad HERMANOS RODRÍGUEZ GÓMEZ S.L, y de 5 trabajadores de la segunda de dichas entidades. A los trabajadores de Hermanos Rodríguez Gómez que comparecen en esta causa penal como acusación particular, se les adeuda la paga extra de Diciembre de 2011, la paga extra de Junio de 2012, así como los salarios correspondientes a las mensualidades de Abril a Septiembre ambas inclusive, así como las respectivas indemnizaciones por la extinción del contrato.

6. El 19 de Diciembre de 2012, la entidad HERMANOS RODRÍGUEZ GÓMEZ es declarada en concurso de acreedores, al igual que la entidad PESCATECH SL, conociendo de dichos procedimientos el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Pontevedra.

7. Dentro de este plan de conseguir asegurarse los acusados Sergio y su esposa Ruth, activos de la empresa HERMANOS RODRÍGUEZ GÓMEZ SL, siendo conocedores de la mala marcha económica de la misma, y que la misma no tenía liquidez suficiente para afrontar a la totalidad de sus acreedores, acordaron que la acusada percibiera en los años 2009, 2010 y 2011, lógicamente a costa de la citada empresa, la suma de 177.812,60 euros, sin que ello obedeciera al desempeño de tarea alguna en la actividad de dicha mercantil.

8. Por sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 3 de Pontevedra, de fecha 27 de Febrero de 2014, sentencia confirmada por la Audiencia Provincial, se vino a condenar a Sergio a restituir a la masa social la referida suma de 177.812, 60 euros.

9. Con fecha del 9 de Junio de 2015, la acusada Ruth consignó, en concepto de principal e intereses de la ejecución de aquella sentencia, la suma de 36.267,74 euros, correspondiente a lo percibido en el año 2011.

10. Respecto de las hijas del referido matrimonio, Doña Juana y Doña Lina, debe declararse que las mismas fueron ajenas a la toma de las decisiones y operativas antes expuestas."

**Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Sergio y a Ruth como autores de un delito continuado de insolvencia punible, concurriendo en ambos la atenuante simple de dilaciones indebidas, a las siguientes penas: prisión de 2 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una multa de 16 meses, con una cuota diaria de 20 euros, y con la advertencia, para el caso de impago de la pena de multa, de una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación personal, por cada dos cuotas no satisfechas, para cada acusado, que abonarán, igualmente, por partes iguales, la mitad de las costas procesales causadas, incluidas las de la Acusación Particular.

Los acusados abonarán, de forma conjunta y solidaria, a la masa social del concurso de la entidad HERMANOS RODRÍGUEZ GÓMEZ S.L, la suma de 141.544,86 euros, si es que la misma ya no ha sido abonada como consecuencia de la condena que ha tenido el acusado Sergio en la vía civil.

ABSOLVEMOS a Sergio y a Ruth de los delitos continuados de apropiación indebida/ administración desleal por los que también venían siendo acusados de forma alternativa, la otra mitad de las costas procesales declarándose de oficio.

ABSOLVEMOS A Juana y a Lina de los delitos por los que venían siendo acusadas."

**Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por los acusados así como por la Acusación Particular, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dichos recursos.

**Cuarto.**

La representación procesal de los recurrentes, D. Sergio y D.ª Ruth, en condición de acusados, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

**Primero.**

Al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del art. 24.2 de la constitución, al haberse producido condena a la Sra. Ruth como autora de un delito de insolvencia punible habiendo sido acusada de un delito continuado de apropiación indebida, y alternativamente, de un delito continuado de administración desleal. Se ha infringido el principio acusatorio y vulnerado los derechos a ser informado de la acusación formulada contra uno, a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

**Segundo.**

Al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 24.2 de la constitución, al haberse producido condena a la Sra. Ruth como autora de un delito de insolvencia punible sin que haya sido desvirtuada su presunción de inocencia. No ha existido, como es necesario para que se produzca una condena, una valoración probatoria -perfectamente revisable en casación- que permita llegar a la conclusión de que la Sra. Ruth es autora del delito al que ha sido condenada.

**Tercero.**

Al amparo del art. 849.1 LECcrim. por infracción de ley en relación con el artículo 257.1 del código penal vigente en el momento de los hechos, al haberse producido condena a Dña. Ruth como autora de un delito de insolvencia punible sin que haya sido probada su participación en los hechos.

**Cuarto.**

Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de ley en relación con el artículo 257.1 del código penal vigente en el momento de los hechos, al haberse producido condena a los Sres. Sergio y Ruth como autores de un delito de insolvencias punibles a pesar de que no ha sido probada la concurrencia de los elementos objetivos del tipo.

**Quinto.**

Al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de ley en relación con el 257.1 del código penal vigente en el momento de los hechos, al haberse producido condena a los Sres. Sergio y Ruth como autores de un delito de insolvencia punible en su forma dolosa, a pesar de que no ha sido probado el elemento cognitivo del dolo.

**Sexto.**

Al amparo del artículo 852 LECrim por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de presunción de inocencia ( art. 24 CE) al no haber existido valoración alguna del informe pericial judicial, así como tampoco la declaración de los peritos judiciales prestada en el acto del juicio oral para ratificar su informe, siendo estas pruebas de descargo fundamentales ya que ponen de manifiesto, por si mismas, la inocencia de mis representados.

**Séptimo.**

Al amparo del artículo 852 LECrim por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia ( art. 24 CE).Valoración irracional de la prueba. La Ilma. Audiencia Provincial ni considera, ni valora otras pruebas fundamentales practicadas en el acto del juicio oral.

La representación procesal de los recurrentes, D. Jose Miguel y otros, en condición de Acusación Particular, fundamenta su recurso de casación en los siguientes motivos:

**Primero.**

Recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim. por infracción de ley por indebida inaplicación del art. 252, en relación con los arts. 250.1.5º y 74.1 y 2 todos ellos del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, que castigan el delito continuado de apropiación indebida agravada.

**Segundo.**

Recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim. por infracción de ley por indebida aplicación del art. 21.6ª CP, que contempla la atenuante de dilaciones indebidas.

**Quinto.**

Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente, oponiéndose los recurrentes a los motivos de los respectivos recursos de casación formulados de contrario; Evacuado el traslado del artículo 882 de la LECrim por las representaciones procesales de los recurrentes, la Sala admitió el recurso de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.**

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 12 de julio de 2022.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**

D. Sergio y D.ª Ruth han sido condenados en sentencia núm. 51/2020, de fecha 2 de marzo de 2020, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dimanante de la causa de Procedimiento Abreviado núm. 16/2018, instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vigo, como autores de un delito un delito de insolvencia punible, concurriendo en ambos la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de dieciséis meses, con una cuota diaria de veinte euros, y con la advertencia, para el caso de impago de la pena de multa, de una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación personal, por cada dos cuotas no satisfechas, para cada acusado, que abonarán, igualmente por partes iguales, la mitad de las costas procesales causadas, incluidas las de la Acusación Particular.

Igualmente fueron condenados a abonar, de forma conjunta y solidaria, a la masa social del concurso de la entidad Hermanos Rodríguez Gómez SL, la suma de 141.544,86 euros, si es que la misma ya no ha sido abonada como consecuencia de la condena que ha tenido el acusado Sergio en la vía civil.

En la misma sentencia se absolvió a D. Sergio y a D.ª Ruth de los delitos continuados de apropiación indebida/administración desleal por los que también venían siendo acusados de forma alternativa, declarándose de oficio la otra mitad de las costas procesales.

Igualmente fueron absueltas D.ª Juana y Lina de los delitos por los que venían siendo acusadas.

Contra la citada sentencia recurren D. Sergio, D.ª Ruth, y la Acusación Particular, ejercitada por D. Jose Miguel y otros.

Recurso formulado por D. Sergio y D.ª Ruth.

**Segundo.**

Como cuestión previa pretenden los recurrentes que sea subsanado el error material manifiesto que contiene el fallo de la sentencia dictada por la Audiencia cuando se indica que han sido condenados por delito continuado de insolvencia punible cuando de la fundamentación jurídica de la sentencia se desprende que fueron condenados por delito de insolvencia punible. Tal subsanación sin embargo no corresponde a este Tribunal sino al Tribunal que dictó la sentencia, conforme a lo dispuesto en los arts. 161 LECrim y 267 LOPJ.

**Tercero.**

El primer motivo del recurso se deduce por vulneración del art. 24.2 CE, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim, al haberse producido condena de D.ª Ruth como autora de un delito de insolvencia punible habiendo sido acusada de un delito continuado de apropiación indebida, y alternativamente, de un delito continuado de administración desleal.

Con ello, a su juicio, se ha infringido el principio acusatorio y vulnerado los derechos a ser informado de la acusación formulada, a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

Señalan que la sentencia dictada por la Audiencia se refiere a tres operaciones distintas: la venta de participaciones de Hermanos Rodríguez Gómez, SL (HRG) mediante compensación de créditos realizada el día 22 de diciembre de 2009; la venta realizada ese mismo día por HRG de 4.100 participaciones de Promociones Solymar, S.L. (Solymar) a Herederos Hermanos Rodríguez, SL (HHR) y a D. Arsenio; y las remuneraciones salariales percibidas por la Sra. Ruth durante los años 2009, 2010 y 2011.

Las dos primeras operaciones fueron calificadas por la Acusación Particular como delito continuado de insolvencia punible, en su modalidad de impedir la eficacia de un procedimiento ejecutivo o embargo judicial de previsible iniciación, del art. 257.1.2º en relación con el art. 74.1 y 2 CP y subsidiariamente, como un delito continuado de administración desleal del art. 295 CP en relación con el art. 74.1 y 2 CP. Sin embargo la tercera operación fue calificada como delito continuado de apropiación indebida agravada del art. 252 en relación con los arts. 250.1.5º y 74.1 y 2 CP y alternativamente, de un delito continuado de administración desleal del art. 295 en relación con el art. 74.1 y 2 CP. Sin embargo, la Audiencia asimiló la tercera operación a las dos primeras, modificando la calificación jurídica, entendiendo que esta tercera operación debía ser condenada como delito de insolvencia punible, cuestión sobre la que no pudo defenderse la recurrente.

Indican que esta tercera operación en nada se parece a las dos primeras, no pudiendo ser equiparadas como si se tratase de un único hecho generalizado de defraudación. Por ello no existe a su juicio identidad fáctica, como tampoco existe homogeneidad en la calificación jurídica, al ser los delitos de apropiación indebida o administración desleal y el delito de insolvencia punible delitos heterogéneos.

Además, no han podido defenderse de la interpretación que hace la Audiencia en el sentido de que el cobro de los salarios que recibió de HRG durante 2009, 2010 y 2011 ha propiciado el impago del crédito de los trabajadores. Por el contrario, se defendió de un delito de apropiación indebida y/o administración desleal señalando que ese cobro de salarios se correspondía con una salida de dividendos, que, si bien no es correcto contablemente, no es susceptible de un delito de apropiación indebida y/o administración desleal.

1. Conforme señalábamos en las sentencias de esta Sala núm. 375/2021, de 5 de mayo, 565/2019, de 19 de noviembre, 8/2021, de 14 de enero y 375/201, de 5 de mayo, reiterada doctrina de esta Sala recogida en la sentencia núm. 207/2018, de 3 de mayo, con cita expresa de la sentencia 86/2018, de 19 febrero, indica que "entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" ( SSTC núm. 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo; 7/2005, de 4 de abril).

En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio ( SSTC. 40/2004 de 22.3, 183/2005 de 4.7). Además, este Tribunal ha afirmado que, con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2.4).

En similar sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 34/2009, de 9 de febrero, y 143/2009, de 15 de junio, precisan que "al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria ( SSTC. 12/81 de 10.4, 95/95 de 19.6, 302/2000 de 11.9). Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan. (...)

Asimismo la Sala 2ª TS -STS 655/2010, de 13-7, 1278/2009, de 23-12; 313/2007, de 19-6; tiene señalado que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y

declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" ( SS. T.C. 134/86 Y 43/97)".

Existe una íntima relación entre principio acusatorio y derecho de la defensa. A este último nos referíamos también en la citada sentencia núm. 375/2021, de 5 de mayo, concretado en el derecho a ser informado de la acusación: "El derecho a ser informado de la acusación forma parte del contenido esencial del principio de contradicción y constituye un presupuesto necesario y fundamental del derecho de defensa.

Conforme señala el Tribunal Constitucional ( STC núm. 40/2004, de 22 de marzo) en el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo ( art. 24.2 CE) se encuentra el derecho a ser informado de la acusación y éste se conecta con el derecho de defensa. En concreto, señala que la información, a la que tiene derecho el acusado, tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral, pero también la calificación jurídica, dado que ésta no es ajena al debate contradictorio.

En este mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado que el artículo 6.3.a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado no sólo de la "causa" de la acusación, es decir, de los hechos materiales que se le imputan y sobre los cuales se basa la acusación, sino también de la "naturaleza" de la acusación, es decir, de la calificación jurídica dada a esos hechos (Mattoccia c. Italia, párrafo 59; Penev c. Bulgaria párrafos 33 y 42, 7 de enero de 2010).

Igualmente ha señalado que el acusado debe ser plena y debidamente informado de los cambios en la acusación, incluyendo aquellos que afecten a su "causa", y debe disponer del tiempo y de los medios adecuados para actuar y preparar su defensa sobre la base de cualquier nueva información o alegación (Mattoccia c. Italia, párrafo 61; Bäckström y Andersson c. Suecia (dec.)).

Ello no obstante, precisa que el artículo 6.3.a) no impone ninguna forma particular de cómo debe ser informado el acusado de la naturaleza y la causa de la acusación formulada contra él (Pélissier y Sassi c. Francia [GS], párrafo 53; Drassich c. Italia, párrafo 34; Giosakis c. Grecia (nº 3), párrafo 29).

En relación al momento en que el investigado o acusado debe recibir esta información, indica el Tribunal que la información sobre los cargos, incluyendo la tipificación jurídica que el tribunal podría adoptar en la materia debe, o bien indicarse antes del proceso en el documento de inculpación, o bien, al menos, durante el proceso por otros medios como la exposición formal o implícita de los cargos (I.H. y otros c. Austria, párrafo 34).

Prevé también la posibilidad de que se produzca una recalificación de los hechos durante el proceso, y considera que en este caso debe darse al acusado la oportunidad de ejercer sus derechos de defensa de una manera práctica, eficaz y en un plazo pertinente (Pélissier y Sassi c. Francia [GS], párrafo 62; Block c. Hungría, párrafo 24).

A este respecto, señala el Tribunal Constitucional, ( STC núm. 34/2009, de 9 de febrero) en un supuesto parecido al que es objeto de examen, que "(...) a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener `los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito?, que es lo que ha de entenderse `por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa? ( STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6). Por eso no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados ( SSTC 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 87/2001, de 2 de abril, FJ 5; 33/2003, de 13 de febrero; 299/2006, de 23 de octubre, FJ 2; 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 2)."

En el mismo sentido tiene declarado ( SSTC 11/1992; 95/1995; 36/1996; 4/2002; ATC 467/2004) que "El principio acusatorio, que trata de eludir acusaciones sorpresivas, indefensiones y condenas por delitos por los que no ha sido acusado una persona, exige una comparación entre delitos por los que se acusa y delitos por los que se condena, sin que puedan cumplir la función de comparación las diligencias iniciales de investigación judicial de uno o más delitos en los que aún no aparecen perfilados ni los hechos ni la calificación jurídica inherente. A este respecto no se puede tener en cuenta, ni la calificación del hecho por la denunciante, ni la indiciariamente llevaba a cabo por el órgano judicial en los primeros pasos del procedimiento, sino las especificadas en las conclusiones definitivas de las partes acusadoras en comparación con la sentencia definitivamente dictada".

Así pues, conforme a la doctrina de ambos Tribunales, lo realmente relevante no es que el acusado esté informado desde el mismo inicio del procedimiento de los hechos que se le imputan y de su calificación jurídica, sino que la información se comunique al acusado con la suficiente antelación para que éste pueda preparar su defensa. No es imprescindible que la imputación quede plenamente fijada en el acto de llevarse a cabo la primera declaración al investigado ante el Juez de Instrucción, pudiéndose concretar a lo largo de la instrucción hasta el escrito de calificaciones provisionales, de manera que en la contestación al mismo el acusado puede proponer las pruebas que estime pertinentes y ejercer, a partir de ese momento y durante el Juicio Oral, plenamente su defensa, tanto frente a los hechos como frente a sus calificaciones jurídicas. Incluso cabe la posibilidad de que, tras la práctica de las pruebas en el acto del Juicio Oral, las acusaciones, en sus conclusiones definitivas, cambien la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena. En este caso, conforme señala el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento

abreviado, el Juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes.

Este derecho a ser informado de la acusación se ha convertido en un derecho básico de las personas acusadas o sospechosas en el espacio judicial europeo. En este sentido, la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, señala en su considerando (28) que debe facilitarse con prontitud a la persona sospechosa o acusada la información acerca de la infracción penal que se sospecha ha cometido o de cuya comisión se le acusa, a más tardar antes de su primer interrogatorio oficial por parte de la policía o de otra autoridad competente, y sin perjuicio del desarrollo de las investigaciones en curso. Debe facilitarse una descripción de los hechos constitutivos de infracción penal incluyendo, si se conocen, el lugar y la hora así como la posible tipificación jurídica, de forma suficientemente detallada, teniendo en cuenta la fase del proceso penal en la que se facilite esa descripción, a fin de salvaguardar la equidad del procedimiento y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa.

A continuación, en el considerando (29), añade que, si durante el proceso penal los detalles de la acusación cambian hasta el punto de afectar sustancialmente a la posición de la persona sospechosa o acusada, ésta debe ser informada de ello cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del proceso y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa.

En consonancia con ello, en su artículo 6.1, pone el acento del contenido de la información sobre la infracción penal que se sospecha que una persona ha cometido o está acusada de haber cometido. Información que, cuando la persona sospechosa o acusada está detenida, debe extenderse, además, a los motivos de su detención o privación de libertad -artículo 6.2-. Previéndose en el artículo 6.3 que cuando el contenido de la acusación se presente a un tribunal dicha información debe ser más detallada, incluyendo la que afecta a la naturaleza y la tipificación jurídica y a la participación de la persona acusada. Por último, en el apartado 4 contiene la garantía de que la persona sospechosa o acusada sea informada con prontitud sobre cualquier cambio que se produzca en la información facilitada cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del procedimiento.

Esta Directiva ha sido transpuesta en nuestro derecho mediante la reforma operada por la LO 5/2015 (arts. art. 118.1.a), 302, 520.2 y 775 LECrim)."

En definitiva, este derecho prohíbe que la sentencia introduzca sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas. Ello tendrá lugar cuando las valoraciones jurídicas introducidas sean más graves que las propuestas por la acusación. Pero igualmente prohíbe una nueva calificación de igual o menor gravedad que la efectuada por las acusaciones cuando el delito objeto de condena no es homogéneo con el delito objeto de acusación.

2. En el supuesto examinado, entre los hechos que fueron objeto de acusación se incluyeron los que se relatan en el apartado 7 del hecho probado de la sentencia de instancia, relativos al cobro de determinadas cantidades por parte de D.ª Ruth durante los años 2009 a 2011. Se refieren a hechos muy puntuales que la Acusación Particular diferenció del resto de los hechos que imputaba a ambos acusados. Aun cuando sobre estos hechos ha existido debate contradictorio, éste no se ha producido en relación a su calificación jurídica. La Acusación consideró que estos hechos constituían un delito de apropiación indebida o, alternativamente, un delito de administración desleal. En momento alguno fueron integrados con los demás hechos base objeto de calificación como delito de insolvencia punible.

Tales figuras delictivas tienen un carácter absolutamente heterogéneo en cuanto son diferentes los requisitos que requieren para su comisión. Aun cuando ambos son delitos contra el patrimonio, incluidos en el mismo Título del Código Penal, el delito de insolvencia punible previsto en el art. 257.1.1º CP consiste, en esencia, en una maniobra de ocultación a través de la cual el deudor consigue mantener el control sobre sus bienes sustrayéndolos de sus responsabilidades frente a los acreedores, mientras que los delitos de apropiación indebida y administración desleal suponen una distracción por parte del poseedor legítimo de dinero o de la cosa mueble ajenos (apropiación indebida) o por parte del administrador respecto de los bienes sociales que tiene a su alcance (administración desleal). Se trata de conductas diferentes en cuanto a los elementos objetivos y subjetivos que las integran y que por ello requieren un tratamiento totalmente distinto.

De ello resulta que no han sido objeto de debate en el plenario las consecuencias jurídicas que el Tribunal ha asignado a la recurrente. De esta manera ha impedido a la misma ejercitar adecuadamente su derecho a la defensa sobre esta cuestión.

Así pues, se ha vulnerado el principio acusatorio, al haber asumido el Tribunal por propia iniciativa, y sin acudir a la formulación de la tesis en los términos recogidos en el art. 733 LECrim, una calificación jurídica de los hechos totalmente heterogénea a la formulada por la acusación. Junto a ello también han sido transgredidos los derechos de defensa y a ser informado de la acusación, ya que la recurrente no ha tenido ocasión de combatir y defenderse de la calificación que finalmente los hechos merecían a juicio del Tribunal.

El motivo por ello ha de ser estimado, lo que incidirá en la extensión de la pena impuesta a ambos recurrentes ( art. 903 LECrim) como responsables de un delito de insolvencia punible, al constar la participación de D.ª Ruth únicamente en la primera operación y la de D. Sergio en las dos primeras. Igualmente deberá producir sus efectos en el alcance de la responsabilidad civil derivada directamente del hecho probado 7.

**Cuarto.**

El segundo motivo del recurso se formula al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia recogido en el art. 24 CE.

Señalan que no ha resultado acreditada la participación de D.ª Ruth en las operaciones descritas en los puntos 1 y 2 del apartado de hechos probados. Indica que no tenía el dominio funcional de los hechos. Fundamentan tal afirmación en que la sentencia hace descansar su autoría en que no podía desconocer la gestión de la empresa, ya que realizaba trabajos auxiliares remunerados y la empresa fue constituida por sus padres y en la trascendencia de la deuda en la que estaba implicada. Llama la atención sobre el hecho de que la propia sentencia afirma que esos trabajos auxiliares no han quedado acreditados, y consideran que, en todo caso, esos trabajos son diametralmente opuestos a que realizase funciones de administradora de las compañías. Añaden que es ama de casa y que tiene más de setenta años. Y que, aunque se tratase de una empresa creada por sus padres, no era administradora ni tenía una verdadera implicación y conocimiento efectivo de la gestión de la empresa. Igualmente estiman que la mayor cuantía de la deuda que tenía la Sra. Ruth tampoco puede justificar la autoría de la misma en relación a la primera de las operaciones, máxime cuando no intervino en ella como administradora de hecho o de derecho, sino solo a título de tenedora de acciones y deudora. Refieren que además no obtuvo un lucro o beneficio propio de la operación, limitándose a vender participaciones de las que era propietaria y a abonar el precio mediante compensación de una deuda. Fue a su juicio una operación neutra.

En relación a la segunda operación indican que la sentencia descarta su participación en la segunda operación, en la que intervinieron en exclusiva D. Arsenio y D. Sergio. Sin embargo, sin explicación alguna se le atribuye la autoría de ella. Y, en el caso de las dos primeras operaciones se entendieran como un conjunto, se remite a los mismos argumentos expuestos en relación a la primera operación. Refieren también los motivos por los que estima que no puede afirmarse su participación en la tercera operación, los que omitimos en este momento como consecuencia de haberse estimado el anterior motivo.

En definitiva, estiman que ha sido condenada por unos hechos en los que no tuvo participación y que fueron llevados a cabo por su marido aconsejado por el Sr. Carlos Antonio, asesor contable de la empresa.

En el tercer motivo, sobre la base de lo expuesto en el anterior, denuncian aplicación indebida de los arts. 257.1, 1, 27 y 28 CP, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim. Insisten en que no puede ser autora de un delito de insolvencia punible porque no dominaba funcionalmente los hechos.

Los razonamientos de los recurrentes no pueden ser compartidos.

En primer término, el Tribunal no afirma en momento alguno la participación de la Sra. Ruth en la operación de venta de participaciones sociales de la sociedad Solymar a HHR y a D. Arsenio. Al margen de los hechos reflejados en el punto 7 de los hechos probados, lo que se le atribuye a la recurrente es su intervención, el día 22 de diciembre de 2009, en la venta de 1.900 participaciones de HRG a Pescatech Vigo, SL por un precio de 2.660.000 euros. El pago se efectuó compensando Pescatech la deuda que el Sr. Sergio y la Sra. Ruth tenían con la sociedad HRG y ésta a su vez con la sociedad Pescatech.

De esta forma, los acusados cancelaron la deuda personal que mantenían con HRG y se aseguraban de que ninguna reclamación personal podía efectuarse contra ellos por terceros.

No es por tanto una operación neutra.

Igualmente, el Tribunal ha razonado el dominio del hecho que ostentó la acusada en esta operación. Y lo hace forma individualizada y diferenciada de la participación de su esposo. Desde luego no puede menospreciarse el importe de la deuda (2.660.000 euros) que el matrimonio tenía frente a HRG, de la que la mayor parte (2.216.200 euros) correspondía a la Sra. Ruth. Tan importante deuda de carácter personal, no social, no podía ser desconocida por ella. Tampoco el hecho de que, con la firma la transmisión operada (que no debemos olvidar se realizó ante Notario), tal deuda quedaba cancelada en su beneficio y en perjuicio de HRG, y con ello, de terceras personas que pudieran resultar acreedoras de ésta.

Además, como expresa el Tribunal, la recurrente no era totalmente ajena a la actividad de la sociedad. En momento alguno excluye el Tribunal cualquier conocimiento o actuación de la recurrente en la empresa. Lo que excluye es que desempeñara en ella una actividad con entidad suficiente para generar unos emolumentos de la entidad de los que aquélla recibió durante los ejercicios 2009 a 2011. Pero se atiene a lo declarado por ella misma en el sentido de que realizaba actividades tales como "atender visitas, montar stands, acudir a ferias, etc...", lo que, junto al hecho de tratarse de una empresa de carácter familiar, originariamente constituida por sus padres, le lleva a inferir que necesariamente conocía su delicada situación económica así como el alcance y finalidad de la operación realizada.

De esta forma, la inferencia del Tribunal no se revela ilógica, irracional o arbitraria. Por ello debe entenderse enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia que sólo supone en este momento la comprobación de que en la causa existe prueba de signo incriminatorio o de cargo que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, pero sin posibilidad de proceder en este recurso extraordinario a un nuevo análisis crítico de la prueba practicada, lo que, conforme reiterada doctrina de este Tribunal y del Tribunal Constitucional incumbe privativamente

al Tribunal de instancia en virtud de lo dispuesto en los artículos 117.3 de la Constitución y 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El motivo por ello se desestima.

**Quinto.**

El cuarto motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 257.1 CP vigente en el momento de los hechos.

Afirman que no concurren los elementos objetivos del tipo penal por el que han sido condenados.

Exponen que no existe un crédito previo líquido, vencido y exigible ni un inminente vencimiento de un crédito. Además, el crédito resultaba imposible de prever. Resaltan que las operaciones primera y segunda se realizaron el día 22 de diciembre de 2009, y la operación tercera durante los años 2009 a 2011, mientras que las nóminas de los trabajadores, así como sus pagas extras no tuvieron problemas de pago hasta mínimo dos años después. Los salarios de los trabajadores de HRG y Pescatech fueron pagados con total normalidad hasta marzo de 2012 (a excepción de la paga extra de navidad del año 2011), siendo, unos meses después, el 19 de diciembre de 2012 cuando se declaró el concurso de las sociedades. Tampoco existía a su juicio un inminente vencimiento del crédito. Explican que el crédito objeto de la insolvencia eran las nóminas y las pagas extras que no se cobraron por los trabajadores y como el nacimiento de estos créditos se aleja temporalmente de las operaciones realizadas en diciembre de 2009, la Audiencia ha entendido que en el crédito objeto de la insolvencia debe incluirse una potencial indemnización de los trabajadores como consecuencia de la antigüedad en la empresa. Ello a su entender resulta del todo irracional y se escapa de cualquier obligación contable, mercantil o laboral de una sociedad, o de un administrador, con sus trabajadores. No se puede hablar de un crédito en favor de los trabajadores hasta la declaración del concurso o la previsión de liquidación de la sociedad, ya que no es hasta ese momento en el que nacerían los créditos salariales o derechos económicos de los trabajadores. Además, la declaración del concurso no se realizó hasta diciembre de 2012.

Igualmente manifiestan que no se ha producido destrucción u ocultación real o ficticia de los activos de HRG y Pescatech. El Juzgado mercantil declaró lícita la compensación de créditos, no se infringió ninguna norma contable ni se vulneró el principio de prudencia. Las operaciones tuvieron reflejo contable, fueron revisadas por los trabajadores y se realizaron ante Notario.

Sostienen que tampoco existía un riesgo que diera lugar a una situación de insolvencia ya que las operaciones se realizaron dos años antes de la declaración del concurso, el Juez que analizó el concurso señaló que era imposible prever la insolvencia de las compañías hasta 2012, los propios trabajadores reconocieron y consideraron que HRG era viable como empresa en los años 2010 y 2011, y la contabilidad de las sociedades mejoró entre 2009 y 2010.

En el quinto motivo, que se formula también al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del art. 257.1 CP, mantienen que no concurre el elemento subjetivo del injusto, no siendo admisible la comisión de un alzamiento de bienes con dolo eventual, y que en todo caso, no podían prever, en el momento en el que se realizaron las operaciones (diciembre de 2009) que las empresas HRG y Pescatech serían liquidadas en 2012. Señalan que no solo no tuvieron la intención de evadir el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad perjudicando así a sus acreedores, sino que las deudas ni tan siquiera existían en el momento de las operaciones y no se podía prever, ni siquiera imaginar, su nacimiento dos años después. Reiteran que HRG mejoró económicamente entre 2009 y 2010, se redujeron las pérdidas y aumentó el activo. Y concluyen indicando que no pudo existir dolo porque no podía existir en ellos la previsión, ni siquiera a modo de sospecha, de que iban a tener que hacer frente a unas futuras deudas inexistentes en el momento de las operaciones. En ningún momento pudieron llegar a sospechar la posibilidad de la situación concursal y de insolvencia en que se vieron envueltas las empresas familiares.

A través de estos motivos expresan los recurrentes su discrepancia con la suficiencia y valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia y con la que se ha considerado enervada la presunción de inocencia. La vulneración de este derecho debería haber sido invocada por vía de la infracción de precepto constitucional ( artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El motivo por infracción de ley está absolutamente abocado al fracaso al estar condicionada una pretensión de tal naturaleza procesal, a aceptar y asumir los hechos declarados probados en todo su contenido, orden y significación ( art. 884.3 LECrim), y en hechos probados se declara claramente la existencia de tales requerimientos.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 355/2017, de 17 de mayo. "según la jurisprudencia del Tribunal Supremo ( SSTS 1253/2002, de 5-7; 1122/2005, de 3-10; 652/2006, de 15-6; 557/2009, de 8-4; y 4/2012, de 18-1), los elementos del delito de alzamiento de bienes son los siguientes:

1) Existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad.

2) Un elemento dinámico que consiste en una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor.

3) Resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido.

4) Un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos. Basta para su comisión que el sujeto activo haga desaparecer de su patrimonio uno o varios bienes dificultando con ello seriamente la efectividad del derecho de los acreedores, y que actúe precisamente con esa finalidad."

En nuestro caso tales elementos concurren en la conducta de los recurrentes.

El Tribunal ha ofrecido oportuna contestación sobre todas y cada una de las cuestiones que ahora se reproducen en el motivo. De esta forma no alberga dudas sobre la consideración de la empresa como deudora. Destaca que, aunque la imposibilidad o dificultad de atender las deudas se haya exteriorizado finalmente dos años después, solo tres meses después de hacer aquellas salidas de activos, la empresa afirmaba, al instar el primero de los ERES suspensivos, las difíciles situaciones económicas que atravesaba el grupo de empresas formado por HRG, HHR y Pescatech SL, "informe de fecha 25 de Marzo de 2010, y en donde expresamente afirma que ambas empresas, HERMANOS y PESCATECH, que son las que tienen una plantilla de trabajadores, "han tenido, durante los ejercicios 2007, 2008 y 2009, una caída, progresiva, de ventas totales, llegando a la situación imposible de la actualidad ..., añadiendo que "... el mantenimiento de todos los contratos de trabajo se haya tornado imposible, por lo que a fin de que, con la clara intención de defender la viabilidad de la empresa con el mantenimiento de los puestos de trabajo, es por lo que se pretende una suspensión de los contratos de trabajo..."." Explica a continuación el Tribunal la independencia entre los procesos penal y concursal. Pese a ello examina los pronunciamientos realizados por el Juzgado mercantil en relación a las dos acciones paulianas deducidas por la administración concursal fundada más en razones formales o de falta de prueba que de inexistencia de una conducta dolosa. En este punto destaca que la resolución que decidió sobre la primera de ellas "viene a achacar a la parte demandante cierta omisión a la hora de justificar el pasivo de la sociedad existente a finales del año 2009 para apreciar los acreedores que pudieran verse afectados por esa compensación que vino a liberar al matrimonio Sergio Ruth, para apreciar la concurrencia de un perjuicio derivado de la insolvencia; asimismo, y por lo que se refiere a esta insolvencia, como segundo presupuesto para la viabilidad de la acción rescisoria, que desestima porque no hay prueba de que aquella compensación viniera a alterar las posibilidades de cobro "en el momento en que se realizó".(...) Y en cuanto a la segunda acción pauliana ejercitada, para la nulidad de la operación de transmisión de las participaciones de SOLYMAR, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil que la desestima (folio 1330 y siguientes), lo hace sobre la base de la mala formulación del petitum de aquella demanda, estimando que se han interpuesto, de forma acumulada, una acción rescisoria y nulidad, cuestión que considera inviable , y cuestionando además la legitimación de la administración concursal. Por tanto, no estaríamos ante una desestimación por razones de fondo."

De esta forma, el Tribunal describe la actuación de los acusados, quienes, ante la situación de crisis por la que atravesaba su negocio, (de la que ya tenían experiencia al haber vivido una situación parecida con la empresa familiar Maquipes que acabó en sin actividad alguna en otro procedimiento concursal), y ante la probabilidad de que tuvieran que asumir un coste de indemnización laboral, respecto de unos trabajadores de cierta antigüedad en la empresa, decidieron poner a salvo sus bienes, sustrayéndolos de esta forma a los créditos que surgirían para la sociedad.

La situación económica del negocio familiar era delicada y desde luego más que previsible la necesidad de despedir trabajadores y llegar incluso a su liquidación como de hecho sucedió. En la solicitud del primero de los dos ERES de suspensión, tan solo tres meses después de las operaciones fraudulentas y según expresa el hecho probado, ya se afirmaba por el representante legal de la empresa a fecha 25 de marzo de 2010, que "centrada su actividad al cien por cien en el sector naval y pesquero, la crisis que se atraviesa ha determinado que esta empresa, así como PESCATECH, durante los ejercicios 2001, 2008 y 2009, hayan tenido una caída progresiva de las ventas totales, "llegando a la situación imposible de la actualidad. Y para el presente ejercicio, la caída de contrataciones es más absoluta, estándose a la presente fecha, en unas contrataciones que no alcanzan el medio millón de euros, ..." ."

La segunda solicitud tuvo lugar a continuación de la primera, en mayo de 2011, y finalmente en 2012 se promovió un expediente de extinción colectiva.

Ninguna duda ha asistido tampoco al Tribunal sobre la ocultación de sus activos por los acusados. El Tribunal describe tres operaciones concretas realizadas con esta finalidad. Prescindiremos de la tercera conforme a los razonamientos expuestos en el anterior fundamento de derecho tercero de la presente resolución.

La primera operación en la que participan ambos cónyuges, tiene lugar el día 22 de diciembre de 2009, en que proceden a la venta de 1.900 participaciones de HRG a Pescatech Vigo, SL por un precio de 2.660.000 euros. Los recurrentes no discuten ni la operación ni el modo de verificar el pago, compensando Pescatech la deuda que aquéllos tenían con la sociedad HRG y ésta a su vez con la sociedad Pescatech. Por lo demás la operación consta debidamente documentada como ha sido comprobado por el Tribunal.

Con esta operación los acusados cancelaron la deuda personal que mantenían con HRG y se aseguraron de que ninguna reclamación personal podía efectuarse contra ellos por terceros. Como ya hemos indicado, no es una operación neutra.

La segunda operación tuvo lugar ese mismo día, 22 de diciembre de 2009, y en ella interviene el Sr. Sergio quien, representando a HRG, procede a la venta de 4.000 participaciones de Solymar a HHR por precio de 410.000 euros y otras 100 de la misma sociedad a D. Arsenio por precio de 10.000 euros, y en ambos casos se declara ya recibido el precio sin que haya constancia de que tales pagos se hayan efectivamente realizado, ni siquiera por vía de compensación de créditos como sostienen los recurrentes, salvo los asientos contables en las cuentas sociales. En todo caso, en aquel momento Solymar era propietaria de una nave industrial sita en la Calle San Ignacio núm. 18, Tris, Barrio de A Calzada, Vigo. Como consecuencia de la operación, la entidad HRG quedó sin la participación en este inmueble.

De todo ello resulta fácilmente deducible la traslación de determinados bienes fuera de la órbita de las posibles reclamaciones que pudieran llegar a efectuarse por los trabajadores, como de hecho finalmente ocurrió, frustrando con ello las futuras y legítimas expectativas de sus acreedores mediante la adopción de medidas idóneas para burlar sus derechos.

Por último, es claro que también se constata el elemento subjetivo del tipo penal; esto es, el elemento tendencial o el ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos.

La jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo de forma mayoritaria que la expresión "en perjuicio de sus acreedores" que contiene el texto del art. 257 CP ha de interpretarse como la exigencia de un dolo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores ( SSTS 2068/2001, de 8-11 ; 440/2002, de 13-3 ; 1716/2003, de 17-12 ; 7/2005, de 17-1 ; 1522/2005, de 20-12 ; 1117/2007, de 28-11 ; 538/2008, de 1-9 ; 372/2009, de 8-4 ; y 557/2009, de 8-4), dolo específico que en algunas resoluciones es conceptuado jurisprudencialmente como un elemento subjetivo del injusto ( SSTS 667/2002, de 15-4 ; 974/2002, de 27-5 ; 590/2006, de 29-5 ; y 557/2009, de 8-4 ). Si bien en otras sentencias se argumenta, ciertamente, que el tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir el dolo genérico, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa ( SSTS 2170/2002, de 30-12; 161/2003, de 6-2 ; 944/2004, de 23-7 ; 1564/2005, de 4-1 ; y 234/2005 , de 24-2).

En todo caso sea cual sea el tipo de dolo exigido para la aplicación del tipo penal, en el supuesto que nos ocupa concurren datos objetivos que conducen necesariamente a estimar que los acusados actuaron en un contexto empresarial y en una situación personal que permiten concluir que el otorgamiento de los contratos celebrados el día 22 de diciembre de 2009 sólo podía tener como objetivo excluir el patrimonio familiar de la ejecución de los acreedores.

El Tribunal establece sus conclusiones, y en concreto que la única intención de los recurrentes fue poner a salvo su patrimonio personal de previsibles reclamaciones de los trabajadores no tanto por salarios dejados de percibir sino por los créditos que pudieran crearse como consecuencia de las extinción de sus contratos de trabajo, en base a una serie de indicios: 1) Destaca en primer lugar el tiempo, finales de 2009, en que tuvieron lugar las operaciones, en un momento de grave situación de crisis para la empresa. A través de la primera operación, los acusados se apuraron en liquidar una deuda que hasta entonces no había habido urgencia en reclamar, ni satisfacer. Y a través de la segunda, la entidad HRG quedó sin la participación en la nave industrial de Vigo, al desprenderse de sus participaciones en la empresa Solymar; 2) Estas operaciones no implicaron inyección de recursos económicos para HRG pese a que tuvieran su reflejo contable; 3) La identidad o vinculación que existía entre las partes contratantes. 4) No consta que el precio pactado por la venta de las participaciones de Solymar, aunque se hubieran valorado a precio de mercado y real, haya tenido una efectiva entrada, siquiera parcial, en el activo de HRG. Y en cuanto a la percepción de las participaciones de Pescatech, no tuvo ningún beneficio económico para salir de esa situación de pérdidas que tenía HRG, ya que las acciones de Pescatech, como explicó el administrador concursal de Pescatech, Sr. Julio (también interviniente como auxiliar en el concurso de HRG), las acciones de Pescatech no tenían valor alguno a finales del año 2009; 5) El Sr. Julio también explicó que no fue rentable para HHR sustituir su crédito contra unas personas físicas que tienen un patrimonio personal, por aquellas participaciones de Pescatech; 6) La experiencia anterior en otra empresa familiar que acabó sin actividad en otro procedimiento concursal.

Todos estos elementos, relacionados y constatados por el Tribunal con prueba directa que detalla en la resolución recurrida, y debidamente valorados, sin lugar a duda exteriorizan la conclusión del Tribunal en los términos que explicita.

Como expresábamos en la sentencia núm. 566/2015, de 9 de octubre, "El control de la racionalidad de la inferencia no conlleva la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y tampoco por el del recurrente, sino únicamente comprobar que dicha inferencia responde a las reglas de la lógica y del criterio humano y que respeta la prohibición de la arbitrariedad. Se trata exclusivamente de excluir aquellos supuestos en los que la inferencia es excesivamente abierta, débil o indeterminada, o en los que en el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias o bien que del mismo se derive un amplio

abanico de conclusiones alternativas, o se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales".

En consecuencia, y concurriendo todos los elementos del tipo penal, el motivo no puede atenderse.

**Sexto.**

Los motivos sexto y séptimo del recurso se formulan al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de presunción de inocencia consagrados en el art. 24 CE.

A través del sexto motivo denuncian que no se haya valorado el informe pericial económico-contable de 18 de abril de 2016 elaborado por los peritos judiciales D.ª Amalia y D. Jose Ángel y la declaración prestada por ellos en el acto del juicio oral.

Indican que los peritos no apreciaron en la contabilidad ningún aspecto que impidiese la compra de esas participaciones por parte de Pescatech, o que, la operación no se pudiese realizar porque la situación de Pescatech no fuese solvente, ya que contaba con saldos en su favor y tesorería, lo que refuerza el hecho de que la operación fue inocua y no supuso ningún perjuicio para HRG o Pescatech. El informe también evidencia que era imposible hablar de insolvencia inminente, y muchísimo menos prever una posible inminencia en el corto o medio plazo, ya que el fondo de comercio y la facturación de las sociedades siempre tienen altos y bajos, y si se mantienen estables o mejoran, como es el caso que nos ocupa, es un indicativo de la buena marcha de la sociedad. Igualmente afirmaron que, si la facturación aumentó entre el ejercicio 2009 y 2010, esto es todo lo contrario a un indicativo de crisis, es decir, se trata de un posible cambio de tendencia. Nada objetaron tampoco en relación a la legalidad de las operaciones.

En relación a la primera operación refieren que las participaciones no han sido infravaloradas a la hora de realizar la compensación de créditos. Si bien señalaron que la valoración de 2.660.000 euros de la sociedad HRG tiene un exceso de valoración de 389.890 euros, igualmente afirmaron que la valoración de una empresa no puede quedar circunscrita a esta simple metodología, especialmente si se carece, como es el caso, de datos concretos y precisos. Y por lo que respecta a la contrapartida no dineraria recibida por la entrega del activo señalaron que no se han encontrado elementos concluyentes para contradecir la existencia, validez y exigibilidad de los pasivos cuya cancelación sirven de contrapartida al valor del activo financiero cancelado.

En relación a la segunda operación destacan que el Informe manifestaba que la misma no causa ningún perjuicio económico a las sociedades pues la valoración efectuada no era desproporcionada, así como que no habían encontrado elementos concluyentes para contradecir la existencia, validez y exigibilidad de los pasivos cuya cancelación sirven de contrapartida al valor de venta de las participaciones sociales de Promociones Solymar, S.L. en la cuantía de 400.000 euros.

En base a todo ello concluyen los recurrentes afirmando que las operaciones objeto de la presente causa son totalmente lícitas, que no se produjo una ocultación real de activos, ni una alteración de la contabilidad de las sociedades, que no existía una situación de insolvencia en el momento en el que se formalizaron las operaciones, y que no existía en última instancia ningún tipo de crédito, y mucho menos un crédito líquido, vencible y exigible.

A través del séptimo motivo denuncian que el Tribunal no haya valorado otras pruebas de descargo, tales como sentencia núm. 93/2014 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, la contabilidad de HRG y Pescatech que demuestra que en el momento de los hechos, e incluso un año después, la viabilidad de la empresa era posible.

En contra de lo que sustentan los recurrentes, el Tribunal ha valorado la totalidad de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, las que le han llevado en su conjunto, de forma totalmente motivada, a la convicción condenatoria alcanzada. Entre ellas se encuentra la contabilidad de la empresa, sobre la que efectivamente el Tribunal no encuentra objeción, lo que no implica que sea reflejo exacto de la realidad empresarial.

El Tribunal no niega la existencia de los créditos que motivaron las compensaciones, ni afirma que desde el punto de vista contable se ocasionara perjuicio a las sociedades, sino que lo que reprocha a los recurrentes es que mediante las operaciones realizadas excluyeran el patrimonio familiar de la ejecución de los acreedores y que HRG quedara sin la participación que tenía sobre la nave de Vigo, lo que ha supuesto un claro perjuicio para sus acreedores.

Igualmente se refiere la Audiencia de forma extensa a las distintas resoluciones dictadas por el Juzgado Mercantil y por el Juzgado de lo Social.

La pericial contable no contradice las conclusiones alcanzadas. De hecho, los peritos también señalan que no resultaba descabellado afirmar que en diciembre de 2009 sí se estaban dando las condiciones y datos económicos en la mercantil que auguraban un tiempo de dificultades económicas y financieras. Se trata en todo caso de una realidad que fue afirmada ya por la propia empresa en la primera solicitud de los ERES de suspensión colectiva.

Respecto a la vía de compensación de créditos formalmente adoptada en las dos operaciones, indican los peritos que la clave estaría en determinar si esos pasivos eran reales y en ese momento exigibles. Sobre ello manifiestan que carecen de la documentación sobre la que se asientan; que contablemente sí podría entenderse

que los créditos eran exigibles; y que la veracidad de los pasivos es una cuestión compleja de determinar, no habiendo revisado la realidad de cada transacción.

El órgano de enjuiciamiento no ha omitido pues la valoración de las pruebas que relacionan los recurrentes, sino que las ha valorado junto al resto de las pruebas que han sido sometidas a su consideración en los términos que ya han sido expresados en los fundamentos de derecho precedentes.

Aun cuando los recurrentes discrepen con las conclusiones alcanzadas por la Audiencia, los razonamientos que se expresan en la sentencia se ajusten a las reglas de la lógica y no resultan desvirtuados por el resultado de las pruebas relacionadas en estos motivos de su recurso.

Los motivos por ello se desestiman.

Recurso formulado por la Acusación Particular ejercitada por D. Jose Francisco y otros.

**Séptimo.**

El primer motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim, por indebida inaplicación del art. 252 en relación con los arts. 250.1.5º y 74.1 y 2 CP vigente a la fecha de los hechos.

Entienden que la disposición directa de dinero procedente de la sociedad, que se recoge en el apartado 7 del relato de hechos probados es una conducta diferente y autónoma de las otras dos operaciones objeto de condena. Con ello buscaban apartar, utilizando artificios contables, determinados activos para evitar su embargo por los acreedores, concretamente por los trabajadores, ya que los pagos sin causa suponen una incorporación definitiva al propio patrimonio de fondos de la empresa. Del mismo deben responder ambos acusados ya que el Sr. Sergio era el administrador único de la empresa HRG y la Sra. Ruth la beneficiaria de los cobros. Además estiman que el delito es continuado, pues se prolongó durante más de dos años, y es agravado, al superar los 50.000 euros.

1. El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En análogos términos se pronuncia la sentencia de esta Sala 842/2014, de 10 de diciembre, que, con referencia a otras sentencias ( SSTS 8/3/2006, 20/7/2005, 25/2/2003, 22/10/2002; ATC 8/11/2007), indica que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación-conforme lo previsto en el art. 884. 3 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. Conforme se expresábamos en la sentencia núm. 513/2007, de 19 de junio, "cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo:

a) Que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

b) Que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado.

c) Que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada."

3. En nuestro caso, a los efectos que ahora nos interesan, la sentencia declara probado que HRG "había sido constituida el 8 de octubre de 1960. Su objeto social era la fabricación, instalación y reparación de maquinarla y utillaje para la elaboración y proceso de pescado y carne, siendo sus socios el matrimonio aquí acusado, DON Sergio Y DOÑA Ruth, ya circunstanciados, siendo Don Sergio el administrador único de esta sociedad".

"Dentro de este plan de conseguir asegurarse los acusados Sergio y su esposa Ruth, activos de la empresa HERMANOS RODRÍGUEZ GÓMEZ SL, siendo conocedores de la mala marcha económica de la misma, y que la

misma no tenía liquidez suficiente para afrontar a la totalidad de sus acreedores, acordaron que la acusada percibiera en los años 2009, 2010 y 2011, lógicamente a costa de la citada empresa, la suma de 177.812,60 euros, sin que ello obedeciera al desempeño de tarea alguna en la actividad de dicha mercantil."

De esta forma, el apartado de hechos probados refleja que HRG era una empresa familiar en la que los únicos socios eran los acusados, y además el acusado Sr. Sergio su único administrador. La disposición de fondos realizada en favor de la acusada Sra. Ruth, tal y como se expresa en la sentencia e incluso por los propios recurrentes, lo que perseguía era salvar lo que pudieran ante la quiebra de la empresa sin preocuparles los créditos que terceros, entre ellos los trabajadores, pudieran tener frente a la sociedad. En tal actuar no concurre ninguno de los elementos típicos del delito de apropiación indebida. La disposición de dinero se realizó por el administrador y no se causó perjuicio a ninguno de los socios. De hecho, se hizo con la aquiescencia y en beneficio de ambos. El dinero dispuesto no había sido entregado por los querellantes a los acusados en custodia y con la finalidad de darle un destino concreto y tampoco se vieron despojados de un bien que les perteneciera. En todo caso, además, aun cuando se considerase cometido el delito de apropiación indebida, la perjudicada directamente por el delito sería únicamente la sociedad HRG, por lo que los querellantes no podrían ejercer la acusación particular ni contra la sociedad, ni contra su administrador, ni contra sus socios por delito de apropiación indebida.

El motivo por ello se desestima.

**Octavo.**

El segundo motivo se deduce también por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim, por indebida aplicación del art. 21.6ª CP.

Denuncian que la sentencia aprecia la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas a pesar de que no fue propuesta por la defensa en sus conclusiones provisionales ni definitivas, sin que se especifiquen los lapsos temporales de paralización en una causa de tramitación compleja.

Indican que la defensa se refirió a esta circunstancia en el informe final lo que les impidió argumentar en su contra.

Señalan que la causa fue expresamente declarada compleja, y no ha habido paralizaciones relevantes, a pesar de lo cual se aprecia la atenuante por la sola consideración de la duración de seis años en la tramitación de la causa. Se produjeron además dos sobreseimientos en fase de instrucción, que fueron revocados, y fue necesaria la práctica de periciales de evidente complejidad debido a la necesidad de analizar la contabilidad del grupo empresarial, y que fueron objetivamente necesarias para la continuación del proceso.

Aun cuando la aplicación de la atenuante no fue solicitada por la defensa en el momento procesal oportuno, la concurrencia de dilaciones era manifiesta para el Tribunal lo que justifica la apreciación de oficio de la atenuante tanto desde la perspectiva constitucional, pues afectaba a un derecho fundamental de los acusados, como de la legalidad ordinaria ex art. 72 CP.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que las atenuantes para poder ser apreciadas no tienen que ser necesariamente alegadas pudiendo acogerlas de oficio el órgano judicial, siempre que concurran determinados presupuestos.

Como exponíamos en el auto núm. 791/2017, 11 de mayo, "En primer lugar, debe advertirse que es obvio que las pretensiones que han de constituir objeto de pronunciamiento son aquéllas que se introducen y formulan en el escrito de conclusiones definitivas (en tal sentido, véase la sentencia de esta Sala número 561/2014, de 4 de julio). El informe se destina a dar contenido y exponer la defensa de esas pretensiones, sin que puedan introducirse otras nuevas. Por otro lado, es patente que, en ese caso, las acusaciones ya han formulado sus correspondientes conclusiones y que por lo tanto, se encuentran inermes ante esta nueva alegación. No obstante, esta Sala ha admitido la apreciación de oficio de atenuantes, incluso cuando no han sido propuestas en el acto de la vista oral, pues, de lo contrario, si no se abriese esa puerta, se llegaría, "a 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 dato o a condenar a una persona más gravemente, estando en 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 707/2012, de 26 de abril y 435/2016, de 20 de mayo).

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias núm. 662/2004 de 19 de mayo; 595/2014, de 23 de julio, y 728/2019, de 5 de marzo.

En el caso sometido a consideración la atenuante no ha sido apreciada por haberse producido largos periodos de tiempo sin actividad procesal, sino porque la tramitación del procedimiento se ha demorado casi seis años, desde el inicio de las actuaciones hasta la celebración del juicio oral, sin que un retraso de esta relevancia pueda explicarse, en absoluto, por la complejidad de la causa, dado que, según expone el Tribunal, aun cuando la instrucción puede entrañar cierta complejidad, la mayor parte de la misma se concretó en la aportación de una documental ya existente, testimonios de los procesos concursal, laboral y de reclamaciones de responsabilidad, que se han remitido de otras jurisdicciones. La práctica de la prueba pericial contable no justifica desde luego la duración que ha tenido el proceso.

Todas las circunstancias relatadas permiten apreciar que la duración total del procedimiento ha sido excesiva en relación a un estándar ordinario por causa de la complejidad de la investigación que los hechos exigían y el número de partes intervinientes. Por ello, debe concluirse estimando, junto al Tribunal de instancia, que se ha producido una dilación extraordinaria e indebida en relación con la complejidad de la causa de entidad suficiente para estimar la atenuante simple de dilaciones indebidas.

En todo caso, la no apreciación de la atenuante carecería de efectos prácticos puesto que la pena ya ha sido impuesta en la mitad inferior y por tanto dentro de los límites que preceptúa el art. 66.1.6ª CP.

El motivo se desestima.

**Noveno.**

La estimación parcial del recurso formulado por D. Sergio y D.ª Ruth determina la declaración de oficio de las costas de su recurso. La desestimación del recurso formulado por D. Jose Francisco y otros conlleva la condena en costas de su recurso. Todo ello de conformidad con las previsiones del art. 901 LECrim.

**FALLO**

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

1. Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Sergio y D.ª Ruth, contra la sentencia núm. 51/2020 de 2 de marzo, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Procedimiento Abreviado núm. 16/2018, instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vigo en la causa seguida por un delito continuado de insolvencia punible y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2. Desestimar recurso de casación interpuesto por D. Jose Francisco y otros contra la sentencia núm. 51/2020 de 2 de marzo, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Procedimiento Abreviado núm. 16/2018, instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vigo en la causa seguida por un delito continuado de insolvencia punible contra D. Sergio y D.ª Ruth.

3. Declarar de oficio las costas correspondientes al presente recurso formulado por D. Sergio y D.ª Ruth.

4. Imponer a D. Jose Francisco y otros el pago de las costas de su recurso con pérdida del depósito constituido.

5. Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

**RECURSO CASACION NÚM.: 4114/2020**

Ponente: Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 13 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el Rollo Penal de Sala núm. 4114/2020, con origen en el Procedimiento Abreviado núm. 16/2018, procedente del Juzgado de Instrucción número 4 de Vigo, por delito continuado de insolvencia punible, contra D. Sergio, mayor de edad con DNI núm. NUM000, hijo de Serafin y Isidora y D.ª Ruth, mayor de edad, con DNI núm. NUM001, hija de Luis Pablo y Natividad, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictó sentencia condenatoria núm. 51/2020 de 2 de marzo, que ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carmen Lamela Díaz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Único.**

Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**

. El fundamento tercero de la sentencia rescindente estimó vulnerado el principio acusatorio.

En consecuencia, habiendo tenido participación D.ª Ruth únicamente en la primera operación y D. Sergio en las dos primeras, y habiendo atendido el Tribunal de instancia en la individualización de las penas, básicamente al beneficio obtenido en las tres conductas enjuiciadas, procede imponer: a D. Sergio, las penas de prisión por tiempo de 1 año y 9 meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 14 meses, y a D.ª Ruth las penas de prisión por tiempo de 1 año y 6 meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 12 meses. En ambos casos con la cuota diaria de multa fijada en la sentencia de instancia.

Igualmente, derivando el importe de la responsabilidad civil impuesta a D. Sergio y D.ª Ruth de los hechos relacionados en el apartado 7 de hechos probados, procede dejar sin efecto la citada responsabilidad.

## FALLO

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

1. Condenar a D. Sergio y D.ª Ruth como responsables en concepto de autores de un delito de insolvencia punible, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal de dilaciones indebidas, como atenuante simple, a las siguientes penas: a D. Sergio, a las penas de prisión por tiempo de 1 año y 9 meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 14 meses; y a D.ª Ruth las penas de prisión por tiempo de 1 año y 6 meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 12 meses.

2. Dejar sin efecto la responsabilidad civil declarada por la sentencia de instancia.

3. Confirmar en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 51/2020, de fecha 2 de marzo de 2020, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

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

Así se acuerda y firma.

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.