



Roj: **STS 4549/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4549**

Id Cendoj: **28079120012016100778**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2016**

Nº de Recurso: **89/2016**

Nº de Resolución: **780/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 1715/2015,**  
**STS 4549/2016**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Octubre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley interpuesto por el acusado **D. Pascual**, contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada que le condenó por delito de alzamiento de bienes, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Carlos Granados Perez**, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Victoria Rodríguez-Acosta Ladrón de Guevara.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Loja instruyó Procedimiento Abreviado con el número 165/2011 y una vez concluso fue elevado a la Sección segunda de la Audiencia provincial de Granada que, con fecha 4 de noviembre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: " De las pruebas practicadas, apreciadas en conciencia, resulta probado y así se declara que el 14 de junio de 2006 y en la localidad de Huétor-Tajar (Granada), el acusado Pascual, mayor de edad y sin antecedentes penales, como administrador y en representación de la mercantil "Obras López y Morales SL", de la que era socio único, dedicada a la promoción inmobiliaria, suscribió con los hermanos D. Victorio y D. Jose Pedro un contrato de "promesa de venta" de una vivienda, designada como " NUM000 NUM001 ", pendiente de construcción dentro de un edificio de tres plantas y catorce pisos, denominado " DIRECCION000 ", proyectado sobre un solar urbano sito en dicha localidad, finca registral num. 16.472 del Registro de la Propiedad de Loja (Granada), cuyas obras que se encontraban en aquel momento aún pendientes de la obtención de la correspondiente licencia municipal. *En ese contrato se fijaba el precio de la compraventa en 153.250 euros + IVA, del que se declaraba recibida en ese momento la suma de 3.000 euros y se establecía un calendario de pagos para el 10 de diciembre de 2006, el 10 de junio de 2007 y el último, mediante subrogación en la hipoteca a la firma de la escritura que se prevenía transcurridos los dos años siguientes al término de la construcción.*

*En septiembre de 2006, cada uno de los hermanos Jose Pedro Victorio, D. Victorio y D. Jose Pedro, habían realizado una operación similar de compraventa de sendos pisos (uno cada uno) en otra promoción que la misma empresa estaba llevando a cabo en la localidad de Albolote (Granada), por la que adelantaron algunas cantidades a cuenta del precio, no determinadas.*

*A fecha de 3 de enero de 2007, el acusado expidió a los hermanos Jose Pedro Victorio un documento por el reconocía haber recibido de ellos la suma total de 63.815,50 euros IVA incluido, que aplicaba, distribuyéndola en distintas partidas, a cuenta del precio del NUM000 NUM001 de la promoción de Huétor-Tájar, y de otros cuatro*



áticos (los NUM002 , NUM003 , NUM004 y NUM005 ) de la misma promoción (edificio DIRECCION000 ) aunque a dicha fecha todavía no se había firmado documento de ninguna clase sobre esos otros cuatro áticos, cuyos contratos de compraventa se firmaron meses después ya sólo entre el acusado en representación de la mercantil y D. Victorio , todo de la misma fecha, 19 de octubre de 2007, con unas condiciones en el pago del precio cuyo importe variaba según las viviendas) iguales a las del primer contrato sobre el NUM000 NUM001 en cuanto a la primera entrega (3.000 euros a la firma del contrato), los plazos de las siguientes entregas a cuenta y el otorgamiento de la escritura.

D. Victorio pagó después al acusado, entre junio y julio de 2007, sendas sumas de 40.000 euros y 23.815 euros correspondiente a los plazos previstos para el 10 de junio de 2007 en los cinco contratos, justamente otros 63.815 euros.

Las obras de construcción del edificio DIRECCION000 de Huétor-Tájar se llevaron a cabo por la promotora hasta dejar terminada la estructura y sus cerramientos exteriores, ignorándose la cuantía de lo invertido así como el estado de lo edificado, paralizándose las obras, se ignora en qué momento concreto, por no encontrar el acusado financiación bancaria para su prosecución.

De las cantidades entregadas a cuenta por los hermanos Jose Pedro Victorio antes indicadas, el acusado devolvió 26.000 euros a D. Jose Pedro el 24 de diciembre de 2008 para la resolución del contrato de compraventa del NUM000 NUM001 de la promoción del edificio DIRECCION000 de Huétor-Tájar, que acordaron en un documento de esa fecha.

Como quiera que la promoción de Albolote, no obstante encontrarse terminada no dio a "Obras López y Morales SL" el resultado de ventas que esperaba, habiendo desistido muchos compradores de otorgar las escrituras eludiendo la subrogación en las hipotecas, el acusado decidió vender el solar donde se asentaba la promoción del edificio DIRECCION000 de Huétor-Tájar a otra sociedad de la que también era administrador y representante legal, Yberogenil SL, otorgando él mismo, en representación de ambas, escritura de compraventa con fecha 2 de junio de 2009, por la que el acusado, como único socio de la vendedora "obras López y Morales SL", percibió no menos de 270.000 euros que hizo suyos.

Dos meses después, el 7 de agosto de 2009 y para desvincularse por completo de su sociedad Obras López y Morales, el acusado vendió la totalidad de sus participaciones sociales en esa entidad a la mercantil "Apoyo División y servicios Industriales SL", afincada en Barcelona y con una actividad ajena a la inmobiliaria, otorgando en esa fecha escritura de compraventa más otra complementaria por la que mantener los contratos y compromisos que había firmado el antiguo administrador, haciendo relación concreta de otras viviendas, promociones y acreedores entre los que no se citaba en la promoción del edificio DIRECCION000 de Huétor-Tájar ni a D. Victorio .

Desapercibido de estas operaciones del acusado, ya en 2010 y tras alguna conversación infructuosa con él, D. Victorio intentó requerirle fehacientemente para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de las compraventas a cuya resolución le exhortaba, mediante burofax impuesto el 13 de mayo de 2010 dirigido a la antigua sede de la empresa, del que no obtuvo respuesta por no presentarse el destinatario a recogerlo en la oficina de Correos.

Puesto el asunto por D. Victorio en manos de su abogada, ésta desistió de cualquier reclamación ante la Jurisdicción Civil una vez descubrió la venta del solar así como la insolvencia de Anyo y su rebeldía declarada por varios Juzgados, sin encontrar más bienes en el patrimonio de "obras López y Morales SL" edificio llamado "Daniella" ) gravados con hipoteca, y cuatro viviendas unifamiliares en c/ Zurbarán de la localidad de Loja, igualmente gravadas con hipoteca".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS; Que debemos absolver y absolvemos Pascual del delito de apropiación indebida de que se le acusa en la causa, y le condenamos, como autor responsable de un delito de alzamiento de bienes ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas, a las penas de dos años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dieciséis meses de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros (2.880 euro en total), con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas, en su caso, previa la exacción sus bienes, a que indemnice a D. Victorio en 116.631 (ciento dieciséis seiscientos treinta y uno) euros, suma que devengará el interés prevenido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta fecha hasta su completo abono, y al pago de la mitad de las costas procesales causadas incluidas las de la Acusación particular, declarando de oficio la otra mitad".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a



esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.**- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 257.1.1º del Código Penal. **Segundo.**-En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 31 bis del Código Penal. **Tercero.**- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 21.5ª del Código Penal. **Cuarto.**- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma. **Quinto.**- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por consignarse como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo. **Sexto.**- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, a un procedimiento judicial con todas las garantías y a la presunción de inocencia que proclaman los artículos 9.3 y 24. 1 y 2 de la Constitución.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 11 de octubre de 2016.

7.- Esta sentencia ha sido firmada por el Ponente, el día 13 de octubre de 2016 y en el mismo día se pasó a la firma de los demás integrantes de la Sala.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 257.1.1º del Código Penal.

Se niega la existencia de un delito de alzamiento de bienes alegándose que no se ha alzado con bienes propios sino que la operación de compra-venta lo fue sobre un inmueble propiedad de la sociedad de la que era administrador en ese momento.

Debemos recordar que la vía casacional del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como se dice en la Sentencia de esta Sala 589/2010, de 24 de junio, obliga a respetar el relato de *hechos probados* de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr. (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECr. En efecto, como se dice en la Sentencia 121/2008, de 26 de febrero, el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr. ha de partir de las *precisiones fácticas* que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECr. han de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida

Y en la sentencia recurrida se declara probado entre otros extremos, que el acusado decidió vender el solar donde se asentaba la promoción del DIRECCION000 de Huétor-Tájar a otra sociedad de la que también era administrador y representante legal, Yberogenil SL, otorgando él mismo, en representación de ambas, escritura de compraventa con fecha 2 de junio de 2009, por la que el acusado, como único socio de la vendedora "Obras López y Morales SL", percibió no menos de 270.000 euros que hizo suyos. Dos meses después, el 7 de agosto de 2009 y para desvincularse por completo de su sociedad Obras López y Morales, el acusado vendió la totalidad de sus participaciones sociales en esa entidad a la mercantil "Anypo División



y Servicios Industriales SL", afincada en Barcelona y con una actividad ajena a la inmobiliaria, otorgando en esa fecha escritura de compraventa más otra complementaria por la que Anypo, ya como socia única de "Obras López y Morales SL", se comprometía a mantener los contratos y compromisos que había firmado el antiguo administrador, haciendo relación concreta de otras viviendas, promociones y acreedores entre los que no se citaba ni la promoción del edificio DIRECCION000 de Huétor-Tájar ni a D. Victorio . Desapercibido de estas operaciones del acusado, ya en 2010 y tras alguna conversación infructuosa con él, D. Victorio intentó requerirle fehacientemente para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de las compraventas a cuya resolución le exhortaba, mediante burofax impuesto el 13 de mayo de 2010 dirigido a la antigua sede de la empresa, del que no obtuvo respuesta por no presentarse el destinatario a recogerlo en la oficina de Correos. Puesto el asunto por D. Victorio en manos de su abogada, ésta desistió de cualquier reclamación ante la Jurisdicción Civil una vez descubrió la venta del solar así como la insolvencia de Anypo y su rebeldía declarada por varios Juzgados, sin encontrar más bienes en el patrimonio de "Obras López y Morales SL" que tres pisos en Huétor-Tájar correspondientes a otra promoción distinta (en un edificio llamado "Daniella") gravados con hipoteca, y cuatro viviendas unifamiliares en c/ Zurbarán de la ciudad de Loja, igualmente gravadas con hipoteca.

Los hechos que se declaran probados, acabados de ser expuestos, se subsumen, sin duda, como se señala en la sentencia recurrida, en un delito de insolvencia punible por alzamiento de bienes del art. 257.1º del Código Penal , en la redacción que tenía este precepto a la fecha de autos previa a la reforma operada en esta norma por la LO 5/2010 (que entró en vigor el 22 de diciembre de 2010, hoy nuevamente modificada por LO 5/2015), por las razones que se exponen a continuación.

Señala el Tribunal de instancia, en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, que la conducta del acusado con su ya acreedor, en cuanto estaba obligado por Ley a devolverle las cantidades anticipadas a cuenta de la compra si no podía hacerle entrega de las viviendas adquiridas, reúne los elementos típicos del delito de alzamiento de bienes. En efecto, como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 13 de febrero de 1992 , el delito de alzamiento de bienes constituye una infracción del deber de mantener íntegro el propio patrimonio como garantía universal en beneficio de cualquier acreedor, y por ello equivale a la ocultación o sustracción que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentra dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse, y el requisito del perjuicio de acreedores al cual los actos de ocultación o disposición del patrimonio debe dirigirse ha de ser entendido como fruto de la correlativa intención del deudor de salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna persona allegada, obstaculizando la vía de la ejecución que podrían seguir sus acreedores. Pero esa garantía del acreedor que representa el patrimonio presente y futuro del deudor de acuerdo con el art. 1911 del Código Civil no puede interpretarse como la obligación del deudor de inmovilizar su patrimonio a la espera de la acción ejecutiva del acreedor, sino que lo esencial es que lo mantenga, pues lo que se castiga con el delito es sacar sus bienes de la acción directa del acreedor bastando con que el acto de disposición dificulte a éste el cobro de su crédito en los términos en que legalmente se define hoy la figura delictiva en el núm. 2º del art. 257-1 del Código Penal recogiendo así de forma expresa y descriptiva lo que la jurisprudencia vino a desarrollar en la interpretación del art. 519 del ya derogado Código de 1973, extendiendo la tipicidad a los actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones que dilaten, dificulten o impidan la eficacia de un procedimiento de ejecución ya iniciado o de previsible iniciación. En este sentido, merece destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2000 que declara: "se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la obstaculización de la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.....Y por eso las sentencias de esta Sala que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia, porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta.... El concepto de insolvencia ...debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento u obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio". Y son elementos de este delito (vg. STS 3 de marzo de 2011 que glosa otras muchas), los siguientes: 1º- Existencia previa de un crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencido, líquido y exigible, aunque 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, porque nada impide que, ante la perspectiva de un crédito, ya nacido pero todavía no ejercitable, el deudor realice un verdadero y propio alzamiento de bienes ( STS 1/3/2002 ). 2º.- Un elemento dinámico consistente en una destrucción u ocultación, real o ficticia, de sus activos por el deudor, acción delictiva de estructura abierta ya que la norma tipifica realizar cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, castigando la exclusión de algún elemento patrimonial





de las posibilidades de ejecución de los acreedores. 3º.- El resultado de la insolvencia, bien total, bien parcial con disminución del patrimonio del deudor, que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido. 4º.- Un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos, que se traduce en el propósito del deudor de salvar, para sí o en beneficio de alguna otra persona allegada, algún bien o todo su patrimonio de una posible ejecución.

Añade el Tribunal de instancia que trasladada esta doctrina al caso enjuiciado, no tiene duda de que el acto de disposición que verdaderamente realizó el acusado en fraude del cliente de su promotora, el querellante Sr. Victorio , no fue tanto la venta el 7 de agosto de 2009, como persona física, de sus participaciones sociales en "Obras López y Morales SL" a esa otra sociedad, "Anypo División y Servicios Industriales SL", que de esa forma se convirtió en la nueva y única socia de la promotora cuya personalidad jurídica y actividad se mantenía, sino la venta apenas dos meses antes del solar sobre el que se asentaba la promoción del DIRECCION000 " de Huétor-Tájar, donde debían construirse los áticos comprados por el querellante y las demás viviendas proyectadas, propiedad de "Obras López y Morales SL", en cuyo nombre y representación actuó como administrador único de la misma, que de acuerdo con la breve información de que se dispone, se celebró en escritura pública de fecha 2 de junio de 2009 en favor de otra sociedad mercantil, "Yberogenil SL", según se refleja en la nota simple informativa del Registro de la Propiedad de Loja sobre el solar, aportada con la querrela y obrante al folio 49 de la causa.

Sigue diciendo, que a falta de más datos sobre esa compraventa, son elementos indicativos del fraude de acreedores a que obedeció los siguientes:

Primero, que debía haber una especial vinculación entre la sociedad vendedora y la sociedad compradora como resulta del hecho no casual de que el acusado Sr. Pascual era en aquel momento el administrador y representante legal de ambas, de tal suerte que sólo él intervino en el otorgamiento de la escritura de compraventa en ese doble carácter según ha admitido siempre a lo largo del proceso, aún sin ser socio de la compradora Yberogenil según afirma.

Segundo, que las viviendas proyectadas en el solar vendido, como sabemos en ese momento aún en fase de construcción, debían haberse entregado a los compradores, o al menos al Sr. Victorio , en octubre de 2009 como muy tarde según se obligaba la promotora en los contratos suscritos con él (ésto es, transcurridos dos años aproximadamente desde la fecha de los contratos conforme se contemplaba en éstos), lo que era prácticamente imposible teniendo en cuenta el estado en que se encontraban, aún en estructura, y sin posibilidades reales de prosecución por las dificultades económicas de la empresa promotora y la ausencia de financiación bancaria, como resulta de la misma declaración del acusado, el hecho de que el solar no estaba hipotecado -no figura ninguna clase de cargas anotadas en la hoja registral- y el contenido de los burofaxes dirigidos a los hermanos Victorio Jose Pedro por la promotora en diciembre de 2008 admitiendo su delicada situación por los desistimientos de otros clientes en la promoción de Albolote (folios 128 y ss.).

Tercero, que según el propio acusado, ya por entonces estaba en conversaciones con el administrador de Anypo, D. Gerardo , para venderle la promotora (de hecho, la venta de las participaciones sociales del acusado a esa mercantil tuvo lugar apenas dos meses después, según copia de la escritura de compraventa aportada a los folios 105 y ss. de los autos), y que fue dicho señor quien le impuso como condición para la compra que "Obras López y Morales" se deshiciera antes de las obligaciones inherentes a la promoción del edificio DIRECCION000 de Huétor-Tájar porque no le interesaban las fincas que no se encontraran hipotecadas. De hecho, en la escritura complementaria a la compraventa (folio 117) por la que Anypo se comprometía a asumir las obligaciones pendientes de Obras López y Morales, no figuran las correspondientes a esta promoción, y sí otras con otros clientes, otras promociones u otros acreedores.

Cuarto, que de la venta del solar, obtuvo el acusado -teóricamente su promotora, en cuanto propietaria y vendedora- entre 270.000 y 298.000 euros según él mismo informó al declarar en juicio, dinero que obviamente no se quedó en las arcas de Obras López y Morales ni se traspasó a Anypo con su venta; de hecho, al ser interrogado el acusado sobre el destino de ese dinero, se limitó a decir que se gastó en la obra, lo que no tiene ningún sentido puesto que el dinero lo pagaría Yberogenil como precio del solar y de la obra ya ejecutada para engrosar el patrimonio de la vendedora, no para invertirlo en el avance de la promoción que adquiriría la compradora, de la que no consta otra cosa que la paralización de sus obras.

Y quinto, que una vez vendido este solar, único inmueble libre de cargas reales y sin hipoteca, "Obras López y Morales SL" se quedó con un patrimonio ciertamente muy mermado del que sólo se conoce que estaba integrado por tres pisos de otra promoción en construcción de otro edificio llamado "Daniela" también en Huétor-Tájar, todos gravados con hipoteca, cuatro viviendas unifamiliares en Loja también gravadas con hipoteca (así resulta de la información registral que se aportó con la querrela a los folios 58 y ss.), y una cantidad



no determinada de pisos en los dos edificios de la promoción de Albolote, también gravados con hipoteca, cual resulta de la escritura complementaria a la de compraventa de las participaciones sociales (folios 117 y ss.).

De lo anterior, sólo se puede deducir racionalmente que por no querer o no poder seguir al frente de su sociedad promotora, el acusado trató de liberarse de sus responsabilidades como empresario vendiendo la promotora a un tercero que le ofreció subrogarse en todas las obligaciones pendientes de ésta, pero cuidándose antes de despatrimonializar su empresa vendiendo a otra distinta de la que también era administrador, en un claro ejemplo de autocontratación, el único bien inmueble de cierto valor en el patrimonio de la promotora que además carecía de cargas y por tanto era de más fácil disposición pero con más peligro de realización por sus acreedores que de hecho evitó enajenándolo y haciendo suyo el precio, en claro perjuicio para el crédito del querellante Sr. Victorio que dejó por el camino en esa inversión frustrada algo más de 116.000 euros a cambio de nada, y con muy pocas posibilidades de recuperar su dinero si optaba por la resolución del contrato porque, además de no tener la promotora asegurada la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio como hemos visto, los únicos inmuebles que le quedaban sobre los que pretender una eventual ejecución judicial, o estaban vendidos a otros clientes o en cualquier caso se encontraban hipotecados, lo que lógicamente desanimó al Sr. Victorio a intentar cualquier reclamación ante la jurisdicción civil una vez puesto el caso en manos de su letrada y descubiertas las maniobras del acusado sobre su empresa y los bienes de ésta.

Se sigue razonando en la sentencia recurrida, que del indicado delito de alzamiento de bienes es responsable en concepto de autor el acusado Pascual por su participación directa, material y voluntaria en su ejecución conforme a los art. 27, 28 y 31 del Código Penal, precepto este último que la Defensa soslaya lisa y llanamente cuando trata de construir su tesis defensiva sobre la única base de que quien contrató con el querellante y vendió el solar a un tercero no fue el acusado sino la sociedad promotora "Obras López y Morales SL", obviando la responsabilidad penal propia que proclama esa norma de la persona física que comete el hecho delictivo actuando como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura delictiva requiera para poder ser sujeto activo de la misma, si tales circunstancias se dan en la entidad en cuyo nombre o representación obre, lo que desde luego se ha de predicar claramente del acusado en el asunto que nos ocupa ya que intervino en representación de la promotora en todas las operaciones descritas como administrador de derecho que era de "Obras López y Morales SL", lo hizo también en representación y en esa misma calidad de la otra entidad contratante en la compraventa fraudulenta del solar y sospechamos a mayor abundamiento que en beneficio propio y personal, para salvar de la debacle que se avecinaba y por ende de la previsible acción de su acreedor el bien patrimonial más valioso de una empresa que no sólo consideraba suya sino que de hecho lo era por ser él el único socio, y por tanto, el único con poder de decisión en la empresa sin necesidad de rendir cuentas ni asumir responsabilidades ante nadie más dentro de la misma.

A los correctos razonamientos de la sentencia recurrida hay que añadir, para rechazar el argumento esgrimido por el recurrente de que no se había alzado con bienes propios sino que la operación de compra-venta lo fue sobre un inmueble propiedad de la sociedad de la que era administrador en ese momento, lo que viene declarando esta Sala sobre la doctrina del levantamiento del velo, en supuestos similares.

Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 165/2016, de 2 de marzo, con mención de la Sentencia 974/2012, de 5 de diciembre, que es correcta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo para eliminar la ficticia estructura societaria y descubrir la realidad patrimonial del recurrente, verdadero y único titular de los bienes. Pues sostener lo contrario supondría - STS. 1027/2007, de 10 de diciembre-un verdadero abuso de derecho que nos obligaría a aplicar la doctrina sobre levantamiento del velo, que proscribía la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si, por ello, se comete fraude de Ley o se perjudican derechos de terceros, escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos.

Pues bien, en el caso enjuiciado, como se ha indicado por el Tribunal de instancia, resulta evidente que el acusado Pascual es el propietario de los bienes que integran el patrimonio de la entidad vendedora "Obras López y Morales, S.L.", ya que éste aparece integrado principalmente, a efectos de hacer frente a los acreedores, como único bien el solar donde se asentaba la promoción del edificio DIRECCION000 de Huétor-Tájar que vendió a otra sociedad de la que también era administrador único y representante legal, Yberogenil, S.L. otorgando el mismo, en representación de ambas, la escritura de compraventa, con fecha 2 de junio de 2009, por la que el acusado, como único socio de la vendedora "Obras López y Morales, S.L." percibió no menos de 270.000 euros que hizo suyos.

Así las cosas, el acusado aparece, tras la pantalla societaria, como el único titular del solar cuya venta ha sido objeto de enjuiciamiento, de tal forma que, de prosperar la tesis de la recurrente, estaríamos legitimando operaciones legales simuladas y ficticias que albergan claros fines fraudulentos. No cabe la alegación de



la separación de patrimonios de la persona jurídica cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual o, en este caso, alcanzar la insolvencia para eludir sus compromisos con los acreedores.

El motivo debe ser desestimado.

**SEGUNDO** .-En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 31 bis del Código Penal .

Se alega, en defensa del motivo, que debió aplicarse el artículo 31 bis del Código Penal que establece la responsabilidad penal de las persona jurídica, afirmándose que de haberse cometido algún delito sería penalmente responsable la persona jurídica y no la persona física, en este caso el Administrador, que actuó por cuenta de la misma.

Se reitera lo expresado en defensa del motivo anterior y por el mismo cauce de la infracción de Ley.

Se debe reiterar el respeto absoluto a los hechos que se declaran probados y por las mismas razones expresadas al rechazar el anterior motivo el presente tampoco puede prosperar.

**TERCERO** .- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 21.5ª del Código Penal .

Se alega que debió apreciarse una atenuante de reparación del daño o de disminución de sus efectos por el hecho de haber dirigido, con fecha 9 de diciembre de 2008, un burofax al querellante por el que ponía de manifiesto su voluntad de llegar a una solución consensuada.

No hay nada en los hechos que se declaran probados que permitan sustentar la atenuante que se postula, que indudablemente no puede estimarse por el hecho de haber enviado el mencionado burofax en los términos en los que lo hizo.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

**CUARTO** .- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma.

Parece ser que se dice cometido quebrantamiento de forma por falta de claridad alegándose que la sentencia incurre en error en la descripción de los hechos probados al haber sido apreciados de forma incorrecta.

Realmente lo que se cuestiona es la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia y ello será examinado en el motivo siguiente en el que se invoca la presunción de inocencia.

No puede aducirse falta de claridad de los hechos probados porque entienda el recurrente que no ha sido correcta la valoración de la prueba. La falta de claridad a que se refiere el precepto invocado ha de ser de tal modo que determine la incomprensión de los hechos que se dejan probados, o aparezcan redactados confusa o dubitativamente, de tal modo que resulten inadecuados para servir de argumentación lógica al fallo; no es eso lo que sucede en el recurso que se examina, la narración es perfectamente clara y el fallo recaído acorde con los hechos que se dejan probados, sin que deba reflejarse en la narración fáctica extremos que, aducidos por las partes, no han podido ser recogidos por el Tribunal al no deducirse, según su apreciación, de las pruebas practicadas; lo que no puede pretender la entidad recurrente es suplir o completar lo que entiende son omisiones, ello escapa del cometido del motivo esgrimido y, por ende, procede su desestimación.

El motivo debe ser desestimado.

**QUINTO** .- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma por consignarse como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo.

Se dice producido dicho quebrantamiento de forma al declararse que el acusado decidió vender el solar donde se estaba ejecutando el edificio DIRECCION000 de Huétor Tajar a otra sociedad y que se intenta argumentar la intencionalidad del acusado de distraer bienes del patrimonio de la entidad para no hacer frente al pago de sus obligaciones.

El quebrantamiento de forma que se denuncia cometido presupone el que se consignen como hechos probados conceptos que coincidan con los empleados por el legislador para la descripción del núcleo del tipo, cuyo alcance y significación sólo puede ser conocido por quien tenga conocimientos jurídicos y que han sustituido a los hechos de tal medida que de suprimirse mentalmente el relato fáctico quedaría desposeído de la base necesaria para efectuar la correspondiente calificación jurídica antecedente del fallo y ello con la finalidad de impedir que las sentencias penales sustituyan los relatos de los hechos, tal y como acontecieron



en la realidad, por expresiones jurídicas que suponen, ya de antemano, la valoración penal del comportamiento, porque de esta manera se impide saber en que consistió el hecho y se vulnera el derecho de defensa.

Nada de eso puede observarse en los extremos del relato fáctico que se señalan en defensa del motivo, ya que las frases referidas a la venta del solar ni el resto de los hechos que se indican contienen conceptos que coincidan con los empleados por el legislador para la descripción del núcleo del tipo, su lectura permite comprobar que se utilizan palabras o locuciones perfectamente entendibles por cualquier persona, sin que estén presentes expresiones técnicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado y se contraen a una descripción de hechos en lenguaje asequible, que no están incluidos en el tipo delictivo y que no se necesita de especiales conocimientos jurídicos para su comprensión.

El Tribunal de instancia, tras la valoración de la prueba, alcanza la convicción de que el acusado perseguía su insolvencia, en perjuicio de los acreedores con la venta del solar, y así lo refleja en los hechos probados; se podrá discrepar de esa convicción pero no se puede considerar que con esa descripción se hubiese predeterminado el fallo.

El motivo debe ser desestimado.

**SEXTO** .- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, a un procedimiento judicial con todas las garantías y a la presunción de inocencia que proclaman los artículos 9.3 y 24. 1 y 2 de la Constitución .

Se dice vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, negándose la concurrencia de los requisitos de la prueba indiciaria y se concluye afirmándose que existe un único indicio y que hay distintas posibilidades diferentes en el acontecer de los hechos.

El Tribunal de instancia explica las pruebas que ha podido valorar para alcanzar la convicción que deja reflejada en los hechos que se declaran probados y así se expresa que no tenemos duda de que el acto de disposición que verdaderamente realizó el acusado en fraude del cliente de su promotora, el querellante Sr. Victorio , no fue tanto la venta el 7 de agosto de 2009, como persona física, de sus participaciones sociales en "Obras López y Morales SL" a esa otra sociedad, "Anypo División y Servicios Industriales SL", que de esa forma se convirtió en la nueva y única socia de la promotora cuya personalidad jurídica y actividad se mantenía, sino la venta apenas dos meses antes del solar sobre el que se asentaba la promoción del edificio " DIRECCION000 " de Huétor-Tájar, donde debían construirse los áticos comprados por el querellante y las demás viviendas proyectadas, propiedad de "Obras López y Morales SL" en cuyo nombre y representación actuó como administrador único de la misma, que de acuerdo con la breve información de que se dispone, se celebró en escritura pública de fecha 2 de junio de 2009 en favor de otra sociedad mercantil, "Yberogenil SL", según se refleja en la nota simple informativa del Registro de la Propiedad de Loja sobre el solar, aportada con la querrela y obrante al folio 49 de la Causa. A falta de más datos sobre esa compraventa, son elementos indicativos del fraude de acreedores a que obedeció, los siguientes:

Primero, que debía haber una especial vinculación entre la sociedad vendedora y la sociedad compradora como resulta del hecho no casual de que el acusado Sr. Pascual era en aquel momento el administrador y representante legal de ambas, de tal suerte que sólo él intervino en el otorgamiento de la escritura de compraventa en ese doble carácter según ha admitido siempre a lo largo del proceso, aún sin ser socio de la compradora Yberogenil según afirma.

Segundo, que las viviendas proyectadas en el solar vendido, como sabemos en ese momento aún en fase de construcción, debían haberse entregado a los compradores, o al menos al Sr. Victorio , en octubre de 2009 como muy tarde según se obligaba la promotora en los contratos suscritos con él (ésto es, transcurridos dos años aproximadamente desde la fecha de los contratos conforme se contemplaba en éstos), lo que era prácticamente imposible teniendo en cuenta el estado en que se encontraban, aún en estructura, y sin posibilidades reales de prosecución por las dificultades económicas de la empresa promotora y la ausencia de financiación bancaria, como resulta de la misma declaración del acusado, el hecho de que el solar no estaba hipotecado -no figura ninguna clase de cargas anotadas en la hoja registral- y el contenido de los burofaxes dirigidos a los hermanos Victorio Jose Pedro por la promotora en diciembre de 2008 admitiendo su delicada situación por los desistimientos de otros clientes en la promoción de Albolote (folios 128 y ss.).

Tercero, que según el propio acusado, ya por entonces estaba en conversaciones con el administrador de Anypo, D. Gerardo , para venderle la promotora (de hecho, la venta de las participaciones sociales del acusado a esa mercantil tuvo lugar apenas dos meses después, según copia de la escritura de compraventa aportada a los folios 105 y ss. de los autos), y que fue dicho señor quien le impuso como condición para la compra que "Obras López y Morales" se deshiciera antes de las obligaciones inherentes a la promoción del edificio





DIRECCION000 de Huétor-Tájar porque no le interesaban las fincas que no se encontraran hipotecadas. De hecho, en la escritura complementaria a la compraventa (folio 117) por la que Anypo se comprometía a asumir las obligaciones pendientes de Obras López y Morales, no figuran las correspondientes a esta promoción, y sí otras con otros clientes, otras promociones u otros acreedores.

Cuarto, que de la venta del solar, obtuvo el acusado -teóricamente su promotora, en cuanto propietaria y vendedora- entre 270.000 y 298.000 euros según él mismo informó al declarar en juicio, dinero que obviamente no se quedó en las arcas de Obras López y Morales ni se traspasó a Anypo con su venta; de hecho, al ser interrogado el acusado sobre el destino de ese dinero, se limitó a decir que se gastó en la obra, lo que no tiene ningún sentido puesto que el dinero lo pagaría Yberogenil como precio del solar y de la obra ya ejecutada para engrosar el patrimonio de la vendedora, no para invertirlo en el avance de la promoción que adquiriría la compradora, de la que no consta otra cosa que la paralización de sus obras.

Y quinto, que una vez vendido este solar, único inmueble libre de cargas reales y sin hipoteca, "Obras López y Morales SL" se quedó con un patrimonio ciertamente muy mermado del que sólo se conoce que estaba integrado por tres pisos de otra promoción en construcción de otro edificio llamado "Daniela" también en Huétor-Tájar, todos gravados con hipoteca, cuatro viviendas unifamiliares en Loja también gravadas con hipoteca (así resulta de la información registral que se aportó con la querrela a los folios 58 y ss.), y una cantidad no determinada de pisos en los dos edificios de la promoción de Albolote, también gravados con hipoteca, cual resulta de la escritura complementaria a la de compraventa de las participaciones sociales (folios 117 y ss.). De lo anterior, sólo se puede deducir racionalmente que por no querer o no poder seguir al frente de su sociedad promotora, el acusado trató de liberarse de sus responsabilidades como empresario vendiendo la promotora a un tercero que le ofreció subrogarse en todas las obligaciones pendientes de ésta, pero cuidándose antes de despatrimonializar su empresa vendiendo a otra distinta de la que también era administrador, en un claro ejemplo de autocontratación, el único bien inmueble de cierto valor en el patrimonio de la promotora que además carecía de cargas y por tanto era de más fácil disposición pero con más peligro de realización por sus acreedores que de hecho evitó enajenándolo y haciendo suyo el precio, en claro perjuicio para el crédito del querellante Sr. Victorio que dejó por el camino en esa inversión frustrada algo más de 116.000 euros a cambio de nada, y con muy pocas posibilidades de recuperar su dinero si optaba por la resolución del contrato porque, además de no tener la promotora asegurada la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio como hemos visto, los únicos inmuebles que le quedaban sobre los que pretender una eventual ejecución judicial, o estaban vendidos a otros clientes o en cualquier caso se encontraban hipotecados, lo que lógicamente desanimó al Sr. Victorio a intentar cualquier reclamación ante la jurisdicción civil una vez puesto el caso en manos de su letrada y descubiertas las maniobras del acusado sobre su empresa y los bienes de ésta.

Por todo lo que se deja expresado, el Tribunal de instancia ha podido valorar pruebas indiciarias de cargo con entidad suficiente para enervar el derecho de presunción de inocencia, ya que, como se declara en la Sentencia de esta Sala 952/2006, de 6 de octubre, concurren cuantos requisitos vienen exigiendo para acreditar, por esa modalidad probatoria, los hechos objeto de acusación.

Así: 1) De carácter formal: a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estimen plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; b) que la sentencia haya explicitado el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción del acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación, que aún cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia. 2) Desde el punto de vista material es preciso cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios en sí mismos, como a la deducción o inferencia. Respecto a los indicios es necesario: a) que estén plenamente acreditados; b) de naturaleza inequívocamente acusatoria; c) que sean plurales o siendo único que posea una singular potencia acreditativa; d) que sean concomitantes al hecho que se trate de probar; e) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuerzen entre sí.

Y en cuanto a la deducción o inferencia es preciso: a) que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia; b) que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

Como antes se ha dejado expresado, el Tribunal de instancia, al valorar el material probatorio, que reúne, sin duda, los requisitos a los que se ha hecho antes mención para acreditar la participación del acusado en los hechos que se le imputan, ha realizado un análisis riguroso para alcanzar la conclusión, tras la valoración de la prueba, de que el acusado perseguía su insolvencia, en perjuicio de los acreedores con la venta del solar, que era el único bien que estaba en condiciones jurídicas para responder de las deudas.



Así las cosas, ha existido prueba de cargo, legítimamente obtenida, que enerva el derecho de presunción de inocencia invocado y este último motivo tampoco puede prosperar.

### III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por el acusado **D. Pascual**, contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, de fecha 4 de noviembre de 2015, que le condenó por delito de alzamiento de bienes. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, 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 Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Ana Maria Ferrer Garcia **Carlos Granados Perez**

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D **Carlos Granados Perez**, estando celebrando 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO