



Roj: **STS 164/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:164**

Id Cendoj: **28079120012021100039**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2021**

Nº de Recurso: **893/2019**

Nº de Resolución: **36/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 36/2021

Fecha de sentencia: 21/01/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 893/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 893/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 36/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de enero de 2021.



Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Carlos Ramón y **BOULEVAR DE AGUADULCE, S. L.** y Dña. Angelina, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, que les condenó por delito de insolvencia punible, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por la Procuradora Dña. M^a Belén Jiménez Torrecillas y bajo la dirección Letrada de Dña. Juana Tarifa Martín respecto de Carlos Ramón y Boulevar de Aguadulce, S.L.; y por la Procuradora Dña. Cristina Matud Juristo y bajo la dirección Letrada de D. Manuel Alarcón Naranjo respecto de Angelina, siendo parte recurrida la Abogada del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Almería incoó procedimiento abreviado con el nº 59 de 2016 contra Carlos Ramón y BOULEVAR DE AGUADULCE, S. L. y Angelina y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, que con fecha 22 de noviembre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Que Carlos Ramón, mayor de edad y con antecedentes penales, era el administrador único de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L, la cual fue sometida a investigación de la Agencia Tributaria respecto del pago del impuesto de sociedades de los años 2005 y 2006, determinando que defraudó la cantidad de 1.458.805,47€ en el año 2005 y 1.564.026,28€ en el año 2006. El día 20 de noviembre de 2008, el Ministerio Fiscal interpuso denuncia contra el mismo como responsable de dos delitos fiscales. Tramitadas las correspondientes diligencias previas, el procedimiento fue elevado al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Almería para su enjuiciamiento señalándose como fecha para la vista oral el día 8 de octubre de 2010, fecha en el que fue suspendido sin que consten los motivos. Señalándose nuevamente el día 10 de febrero de 2012, recayó ese día sentencia de conformidad que condenaba a Carlos Ramón como autor de dos delitos contra la Hacienda Pública a las penas de un año de prisión y multa de 1.458.805,47 de un año de prisión y multa de 1.564.026,28€, respectivamente y a indemnizar al Ministerio de Hacienda en 1.458.805,47 y 1.564.026,28€. Mediante oficio del Secretario Judicial del Juzgado de lo Penal nº 1 de Almería, de fecha 7 de mayo de 2012, se encomendó a la Agencia Tributaria la gestión de cobro de las responsabilidades civiles fijadas en la sentencia, que, incluyendo intereses de demora y costas han sido fijadas en un total de 4.012.116,00 €. Todas las participaciones de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L pertenecían al acusado Carlos Ramón, y a su esposa la acusada Daniela, mayor de edad y sin antecedentes penales, si bien el único que actuaba de hecho era Carlos Ramón, sin conocimiento de Daniela de las actividades de la misma. El día 22-7-11 el acusado Carlos Ramón, como administrador único de la mercantil, confirió poder general en favor de la acusada Daniela. En los meses de noviembre y diciembre de 2011, poco antes del segundo señalamiento del juicio oral antes referido, el acusado Carlos Ramón y con la finalidad de no pagar las deudas que mantenían tanto él como la mercantil BOULEVAR DE AGUADULCE S.L con la Hacienda Pública y que no pudieran ser cobradas por la vía de apremio, decidió enajenar los bienes de los que eran titulares tanto él como BOULEVAR DE AGUADULCE S.L. Con el fin de salvar su patrimonio en lo que fuese posible, Carlos Ramón se realizaron las siguientes operaciones: 1.- El día 3 de noviembre de 2011, los acusados Carlos Ramón Y Daniela, como personas físicas, transmiten a la acusada Angelina, compañera sentimental del hermano de la anterior, dos locales comerciales en Almería mediante escritura pública ante el Notario Juan Mota Salvador con número de protocolo 1074-11. Por esta adquisición Angelina no pagó ningún precio. Los locales fueron valorados en la escritura en 268.500 euros. 2.- El mismo día la acusada Daniela como apoderada de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L, y siguiendo las indicaciones de su esposo Carlos Ramón, trasmitió a Angelina una vivienda y dos plazas de garaje sitas en Almería mediante escritura pública ante el Notario Juan Mota Salvador con número de protocolo 1075-11. Por esta adquisición Angelina tampoco pagó ningún precio. Las fincas fueron valoradas en la escritura en 180.000 euros pero tienen un valor catastral de 360.177,89 euros. 3.- El día 5 de diciembre Carlos Ramón y Daniela concurren a la ampliación de capital de la sociedad de su propiedad HYPERLAN TELECOM SL mediante la aportación no dinerada de una vivienda de su propiedad que constituye su vivienda habitual de ambos, mediante escritura pública ante el Notario Luis Enrique Lapiedra Frías con número de protocolo 1460-11. A la vivienda se le atribuye en la escritura un valor de 148.571,22 euros y una vez deducida la carga hipotecaria, un valor líquido de 83.194 euros. El día 7 de febrero de 2012 Carlos Ramón y Daniela transmiten las participaciones sociales a la acusada Soledad, mayor de edad y sin antecedentes penales, mediante escritura pública ante el Notario Luis Enrique Lapiedra Frías con número de protocolo 107/12. Soledad pagó por ella el resto de hipoteca que quedaba por abonar. En la actualidad esta vivienda ha sido vendida a tercera persona. 4.- El día 29 de diciembre de 2011, la acusada Daniela como apoderada de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L., siguiendo las indicaciones de su esposo Carlos Ramón, efectúa una aportación no dinerada a una sociedad ALCASUR-INDALO S.L. que se constituye en el



acto, mediante escritura pública ante el Notario Juan Mota Salvador con número de protocolo 1358-11, por Daniela como representante de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L y Angelina . La aportación consistía por parte de BOULEVAR DE AGUADULCE en un solar urbano de 8.258 m2 y dos fincas rústicas de regadío de 1,81 y 1,53 hectáreas, respectivamente a la que atribuían un valor de 580.500 euros (Angelina aportó un ordenador) y se nombra como administradora única a Angelina . 5.- Mediante escritura pública de 26 de junio de 2012, Boulevard de Aguadulce SL representada por Daniela , transmite a la sociedad Gestora Estratégica de Activos Inmobiliarios SL (GEDAI) 94 parcelas urbanas, 8 viviendas, 2 locales comerciales y 14 plazas de garaje sitios en los municipios de Roquetas de Mar y Huercal (Almería). El precio de la compraventa se fija en el importe de las deudas hipotecarias que gravaban los inmuebles transmitidos y que ascendía a 5,199.264,25 €, siendo retenido por la compradora para proceder al pago de tales deudas. La operación devengó una cuota de IVA total de 825.586,84 que se abona mediante cheque bancario emitido por Cajasol. Tras la formalización de la escritura pública, el 10/08/2012 Boulevard de Aguadulce SL abre en Caja Rural de Granada la cuenta bancaria nº NUM000 , en la que figuran como autorizados Daniela y Carlos Ramón . El 16/08/2012 el cheque bancario cobrado por Boulevard de Aguadulce SL en concepto de IVA es ingresado en la cuenta bancaria abierta. El 23/08/2012 Carlos Ramón retira en efectivo de la cuenta bancaria 950.000,00 €, dejando un saldo casi nulo. No consta que en estos hechos, Daniela y Soledad tuviesen conocimiento ni de la existencia de un procedimiento ni de la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Almería, siendo utilizadas por Carlos Ramón para realizar estos hechos por ser fácilmente manipulables. A la fecha de los hechos Daniela sufría una fuerte depresión que alteraba de forma considerable su capacidad de decisión." A consecuencia de vaciamiento patrimonial descrito tanto del patrimonio personal de Carlos Ramón , así como del patrimonio de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L, del cual era accionista este acusado, la Agencia Tributaria no ha podido embargar ningún bien para resarcir la deuda pendiente con la Hacienda Pública de Carlos Ramón que asciende a 4.012.116 C. Desde la constitución de la Sociedad Boulevard, Carlos Ramón era la única persona encargada de administrar la misma, sin que tuviera intervención alguna su esposa Daniela , que era desconocedora de cualquier actividad que la misma se realizase, si bien desde que fue nombrada administradora se limitaba a cumplir las órdenes recibidas por su marido."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Carlos Ramón como autor de un delito ya definido de insolvencia punible, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal a tres años y seis meses de prisión y dieciocho meses de multa a razón de seis euros por día, con accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y al pago de 1/7 de las costas procesales. Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Angelina como autor de un delito ya definido de insolvencia punible, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal a tres años y seis meses de prisión y dieciocho meses de multa a razón de seis euros por día , con accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y al pago de 1/7 las costas procesales. Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a BOULEVARD DE AGUADULCE SL como autor de un delito ya definido de insolvencia punible, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal a dos años de multa a razón de treinta euros por día y al pago de 1/7 las costas procesales. Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Soledad como autora de un delito ya definido de insolvencia punible, con declaración de oficio de 1/7 de las costas procesales. Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Daniela como autora de un delito ya definido de insolvencia punible, con declaración de oficio de 1/7 de las costas procesales. Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS ,a ALCASUR INDALO S.L. e HYPERLAN TELECOM S.L. de los delitos que se le acusaba, con declaración de oficio de 1/7 de las costas a cada uno de ellas. Se declara la nulidad de las siguientes escrituras: 1- Compraventa de fecha 03/11/11 (protocolo 1075/2011), de una vivienda y dos plazas de garaje de Boulevard de Aguadulce SL a Angelina , con datos registrales: - Vivienda: Finca NUM001 del Registro de la Propiedad nº 1 de Almería, al Tomo NUM002 , Libro NUM003 , Folio NUM004 . - Plaza Garaje: Finca NUM005 del Registro de la Propiedad nº 1 de Almería, al Tomo NUM002 , Libro NUM003 , Folio NUM006 . - Plaza de Garaje: Finca NUM007 del Registro de la Propiedad nº 1 de Almería, al Tomo NUM002 , Libro NUM003 , Folio NUM008 . 2.- Compraventa de fecha 03/11/2011 (Protocolo 1074/2011), de dos locales comerciales de Carlos Ramón y Daniela a Angelina , con datos registrales: - Finca NUM009 del Registro de la Propiedad nº 3 de Roquetas de Mar, al Tomo NUM010 , Libro NUM011 , Folio NUM012 . - Finca NUM013 del Registro de la Propiedad nº 2 de Almería, al Tomo NUM014 , Libro NUM015 , Folio NUM016 . Les será de abono para el cumplimiento de dichas condenas el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados **D. Carlos Ramón y Boulevar de Aguadulce, S.L.** y Dña. Angelina , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala



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

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados **D. Carlos Ramón Y BOULEVAR DE AGUADULCE, S.L.**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos, que menciona como principio acusatorio (artículo 24.2 CE).

Segundo.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE).

Tercero.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de motivación de las resoluciones judiciales (artículo 24.1 CE).

Cuarto.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

II.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Angelina**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 850.1 de la LECRIM, 24 de la Constitución y 5.4 de la LOPJ por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a no sufrir indefensión.

Segundo.- En segundo lugar debemos referirnos a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y proscripción de la indefensión por causa de la ausencia de respuesta a los planteamientos de la defensa.

Tercero.- Al amparo del art 5.4 de la LOPJ y 24 de la Constitución por falta de motivación en la sentencia de instancia e incongruencia de la misma.

Cuarto.- Por indebida aplicación de los artículos 257.1 apartados 1º y 2º del Código Penal, por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y principio de intervención mínima, del artículo 24 de la Constitución.

Quinto.- Por infracción de los arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 de la Constitución por vulneración del principio acusatorio, por aplicación de la doctrina del velo cuando los presupuestos de hecho y aplicación de la misma no fueron objeto del escrito de acusación.

Sexto.- Por infracción de lo dispuesto en el art. 65.3 del Código Penal al imponer a mi cliente idéntica pena que a don Carlos Ramón pese a no concurrir en la misma las condiciones que fundamentan la responsabilidad del autor y por no motivarse la no aplicación de la citada atenuación.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la Abogada del Estado, impugnando igualmente los recursos de ambos acusados, y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 20 de enero de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación por las representaciones de D. Carlos Ramón y "Boulevard Aguadulce, S.L." y de D^a Angelina contra la sentencia número 475/18 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, dictada el 22 de noviembre de 2018.

Recurso de D. Carlos Ramón y "Boulevard Aguadulce, S.L."

SEGUNDO.- 1.- Primer motivo. Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos, que menciona como principio acusatorio (artículo 24.2 CE).



Se queja el recurrente de que "mi mandante nunca ha podido defenderse de la institución de levantamiento de velo", y de que se han modificado los hechos de la acusación para exculpar a la esposa de D. Carlos Ramón y hacerle a él responsable de todas las actuaciones.

Hay que recordar que el Fiscal formuló acusación

A) Un delito de insolvencia punible del art 257.1 10 y 29, 3, y 4 en relación con el art. 250.5, todos ellos del Código Penal del Código Penal vigente en la fecha de comisión de los hechos; y

B) Un delito de insolvencia punible del art. 257.1 1º y 20, 3, y 4 en relación con el art. 250.5, todos ellos del Código Penal vigente en la fecha de comisión de los hechos.

Son autores del delito A, art 28 CP, los acusados Carlos Ramón y Daniela y autores por cooperación necesaria, art. 28, b CP, los acusados Angelina , HYPERLAN TELECOM S,L y Soledad ; Son autores del delito B), art 28 CP, BOULEVAR DE AGUADULCE S.L, Carlos Ramón y Daniela y autores por cooperación necesaria, art. 28, b CP, los acusados Angelina y ALCASUR-INDALO S.L. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Con ello, no existe vulneración del acusatorio, debido a que existe acusación formal frente a ambos por los delitos que son luego objeto de condena, y que se articule la teoría del levantamiento del velo como metodología operativa doctrinal que ensambla con el art. 31 bis CP y, por ello, con la **responsabilidad penal de las personas jurídicas** no supone una merma de conocimiento de la acusación, ya que ambos acusados sabían de qué se les acusada, por lo que una vez practicada la prueba, que el Tribunal construya la sentencia sobre la teoría del levantamiento del velo no determina la infracción del derecho de defensa inherente a un posible "desconocimiento" acerca de cuál era el objeto de la acusación, ya que éste se conocía.

Con relación al principio acusatorio ya expusimos, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 144/2011 de 7 Mar. 2011, Rec. 11061/2010 que:

"Sobre los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la defensa en relación con el principio acusatorio en el ámbito de los juicios penales, argumenta el Tribunal Constitucional en su sentencia 347/2006, de 11 de diciembre (doctrina reiterada en SSTC 155/2009, de 25-6; y 198/2009, de 28-9), que "nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio. A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas, y se refiere no solamente a la primera instancia, sino también a la fase de apelación (SSTC 12/1981, de 12 de abril; 104/1986, de 17 de julio; 225/1997, de 15 de diciembre; 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; y 33/2003, de 13 de diciembre).

La razón es que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción. En consecuencia, al Juez no le está permitido excederse de los términos del debate tal como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de las Sentencias (SSTC 53/1987, de 7 de mayo; 17/1988, de 16 de febrero; y 95/1995, de 19 de junio).

En definitiva, fijada la pretensión, el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento, fáctico y jurídico (STC 228/2002, de 9 de diciembre). Desde la primera de las perspectivas la congruencia exige que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial, pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal (SSTC 10/1988, de 1 de febrero; 225/1997, de 15 de diciembre; 302/2000, de 11 de diciembre; y la ya citada 228/2002).

Por lo que se refiere a la calificación jurídica, el Juzgador está vinculado también a la sustentada por la o las acusaciones. Ciertamente, hemos afirmado que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Pero, en todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado".



Sobre el principio acusatorio esta Sala tiene declarado que supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él. Desde otra perspectiva, exige la separación total entre quien acusa y quien juzga. Se trata de un principio estructural del proceso penal, el cual se ha de configurar conforme al mismo, de forma que la acusación en todo caso habrá de existir y ha de ser sostenida por alguien distinto del Juez o Tribunal. A éste le corresponde resolver, con imparcialidad e independencia, sobre la pretensión acusatoria. Su relación con el derecho de defensa impone que el acusado debe conocer la acusación y debe permitírsele organizarse frente a ella. Desde la exigencia de la imparcialidad del Juez, supone que éste no puede introducir motu proprio elementos de agravación contra el acusado (SSTS 1198/2005, de 24-10; y 503/2008, de 17-7).

Y en lo que respecta a la calificación jurídica, que es la cuestión relevante en el presente caso, esta Sala ha afirmado que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación. La cuestión de la vinculación a la pena interesada por las acusaciones ha sido tratada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006, en el que acordó que "el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa". Consecuentemente, el Tribunal puede modificar la calificación jurídica siempre que los hechos que considera típicos estén comprendidos en la narración fáctica de la acusación; que el delito sea homogéneo; y que no sea más grave que el que fue objeto de la acusación (503/2008, de 17-7)."

El recurrente construye la pretendida quiebra del acusatorio sobre la base de apuntar la concurrencia de la modificación de hechos esenciales que ha provocado la condena al recurrente y la absolución de los familiares de estos, lo que no es cierto, sino que mantenida la acusación por los tipos penales que fueron objeto de condena es la fundamentación jurídica la que perfila la razón y el por qué motivador de la condena, con independencia de que el tribunal haya entendido que debe absolverse a algunos acusados, lo que en modo alguno puede tener incidencia, precisamente, en la infracción del acusatorio. Articular técnicamente en la sentencia la teoría del levantamiento del velo no es más que una "expresión jurídica" del modus operandi constructivo de la forma en la que se perpetra la actuación delictiva del "vaciamiento del patrimonio" y autocolaboración societaria para el fin pretendido, por la vía de la utilización de la sociedad de la que es titular para el fin ilícito perseguido para evitar el cobro por el acreedor.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE).

Este motivo debe analizarse con el del

Recurso de D^a Angelina

1.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.1 y 2 CE).

Los recurrentes cuestionan la denegación de prueba pericial propuesta sobre valoración de los bienes que eran titularidad de "Boulevard Aguadulce, S.L." después de las transmisiones realizadas a D^a Angelina . Los recurrentes la consideran prueba pertinente y necesaria para acreditar que después de esas transmisiones quedaban en la sociedad bienes suficientes para cubrir la deuda con Hacienda.

Sostiene, así, que "la defensa de la acusada doña Angelina , propuso como medio de prueba una PERICIAL, consistente en la tasación de los Bienes de la Titularidad de la sociedad mercantil BOULEVAR AGUADULCE SL al momento de las transmisiones realizadas a favor de dicha acusado, durante el año 2011, y la finalidad de dicha prueba, es evidente, es la determinación del valor patrimonial de dicha sociedad mercantil con el objeto de acreditar de la existencia de suficiente patrimonio para el cobro de la deuda tributaria por parte de la Agencia Tributaria."

Habida que es necesario ubicar lo ocurrido para poder responder, es necesario relacionar qué hechos se sucedieron y dieron lugar al vaciamiento de patrimonio y a la imposibilidad de cobro por la agencia tributaria, a saber:

Los hechos probados describen lo siguiente:

" Carlos Ramón , mayor de edad y con antecedentes penales, era el administrador único de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L, la cual fue sometida a investigación de la Agencia Tributaria respecto del pago del impuesto de sociedades de los años 2005 y 2006, determinando que defraudó la cantidad de 1.458.805,47€ en el año 2005 y 1.564.026,28€ en el año 2006. El día 20 de noviembre de 2008, el Ministerio Fiscal interpuso denuncia



contra el mismo como responsable de dos delitos fiscales. Tramitadas las correspondientes diligencias previas, el procedimiento fue elevado al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Almería para su enjuiciamiento señalándose como fecha para la vista oral el día 8 de octubre de 2010, fecha en el que fue suspendido sin que consten los motivos. Señalándose nuevamente el día 10 de febrero de 2012, recayó ese día sentencia de conformidad que condenaba a Carlos Ramón como autor de dos delitos contra la Hacienda Pública a las penas de un año de prisión y multa de 1.458.805,47 de un año de prisión y multa de 1.564.026,28€, respectivamente y a indemnizar al Ministerio de Hacienda en 1.458.805,47 y 1.564.026,28€. Mediante oficio del Secretario Judicial del Juzgado de lo Penal nº 1 de Almería, de fecha 7 de mayo de 2.012, se encomendó a la Agencia Tributaria la gestión de cobro de las responsabilidades civiles fijadas en la sentencia, que, incluyendo intereses de demora y costas han sido fijadas en un total de 4.012.116,00 €. Todas las participaciones de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L pertenecían al acusado Carlos Ramón , y a su esposa la acusada Daniela , mayor de edad y sin antecedentes penales, si bien el único que actuaba de hecho era Carlos Ramón , sin conocimiento de Daniela de las actividades de la misma. El día 22-7-11 el acusado Carlos Ramón , como administrador único de la mercantil, confirió poder general en favor de la acusada Daniela . En los meses de noviembre y diciembre de 2011, poco antes del segundo señalamiento del juicio oral antes referido, el acusado Carlos Ramón y con la finalidad de no pagar las deudas que mantenían tanto él como la mercantil BOULEVAR DE AGUADULCE S.L con la Hacienda Pública y que no pudieran ser cobradas por la vía de apremio, decidió enajenar los bienes de los que eran titulares tanto él como BOULEVAR DE AGUADULCE S.L. Con el fin de salvar su patrimonio en lo que fuese posible, Carlos Ramón se realizaron las siguientes operaciones: 1.- El día 3 de noviembre de 2011, los acusados Carlos Ramón Y Daniela , como personas físicas, transmiten a la acusada Angelina , compañera sentimental del hermano de la anterior, dos locales comerciales en Almería mediante escritura pública ante el Notario Juan Mota Salvador con número de protocolo 1074-11. Por esta adquisición Angelina no pagó ningún precio. Los locales fueron valorados en la escritura en 268.500 euros. 2.- El mismo día la acusada Daniela como apoderada de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L, y siguiendo las indicaciones de su esposo Carlos Ramón , trasmitió a Angelina una vivienda y dos plazas de garaje sitas en Almería mediante escritura pública ante el Notario Juan Mota Salvador con número de protocolo 1075-11. Por esta adquisición Angelina tampoco pagó ningún precio. Las fincas fueron valoradas en la escritura en 180.000 euros pero tienen un valor catastral de 360.177,89 euros. 3.- El día 5 de diciembre Carlos Ramón y Daniela concurren a la ampliación de capital de la sociedad de su propiedad HYPERLAN TELECOM SL mediante la aportación no dinerada de una vivienda de su propiedad que constituye su vivienda habitual de ambos, mediante escritura pública ante el Notario Luis Enrique Lapiedra Frías con número de protocolo 1460-11. A la vivienda se le atribuye en la escritura un valor de 148.571,22 euros y una vez deducida la carga hipotecaria, un valor líquido de 83.194 euros. El día 7 de febrero de 2012 Carlos Ramón y Daniela transmiten las participaciones sociales a la acusada Soledad , mayor de edad y sin antecedentes penales, mediante escritura pública ante el Notario Luis Enrique Lapiedra Frías con número de protocolo 107/12. Soledad pagó por ella el resto de hipoteca que quedaba por abonar. En la actualidad esta vivienda ha sido vendida a tercera persona. 4.- El día 29 de diciembre de 2011, la acusada Daniela como apoderada de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L., siguiendo las indicaciones de su esposo Carlos Ramón , efectúa una aportación no dinerada a una sociedad ALCASUR-INDALO S.L. que se constituye en el acto, mediante escritura pública ante el Notario Juan Mota Salvador con número de protocolo 1358-11, por Daniela como representante de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L y Angelina . La aportación consistía por parte de BOULEVAR DE AGUADULCE en un solar urbano de 8.258 m2 y dos fincas rústicas de regadío de 1,81 y 1,53 hectáreas, respectivamente a la que atribuían un valor de 580.500 euros (Angelina aportó un ordenador) y se nombra como administradora única a Angelina . 5.- Mediante escritura pública de 26 de junio de 2012, Boulevard de Aguadulce SL representada por Daniela , transmite a la sociedad Gestora Estratégica de Activos Inmobiliarios SL (GEDAI) 94 parcelas urbanas, 8 viviendas, 2 locales comerciales y 14 plazas de garaje sitos en los municipios de Roquetas de Mar y Huerca (Almería). El precio de la compraventa se fija en el importe de las deudas hipotecarias que gravaban los inmuebles transmitidos y que ascendía a 5,199.264,25 €, siendo retenido por la compradora para proceder al pago de tales deudas. La operación devengó una cuota de IVA total de 825.586,84 que se abona mediante cheque bancario emitido por Cajasol. Tras la formalización de la escritura pública, el 10/08/2012 Boulevard de Aguadulce SL abre en Caja Rural de Granada la cuenta bancaria nº NUM000 , en la que figuran como autorizados Daniela y Carlos Ramón . El 16/08/2012 el cheque bancario cobrado por Boulevard de Aguadulce SL en concepto de IVA es ingresado en la cuenta bancaria abierta. El 23/08/2012 Carlos Ramón retira en efectivo de la cuenta bancaria 950.000,00 €, dejando un saldo casi nulo. No consta que en estos hechos, Daniela y Soledad tuviesen conocimiento ni de la existencia de un procedimiento ni de la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Almería, siendo utilizadas por Carlos Ramón para realizar estos hechos por ser fácilmente manipulables. A la fecha de los hechos Daniela sufría una fuerte depresión que alteraba de forma considerable su capacidad de decisión." A consecuencia de vaciamiento patrimonial descrito tanto del patrimonio personal de Carlos Ramón , así como del patrimonio de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L, del cual era accionista este acusado, la Agencia Tributaria no ha podido embargar ningún bien para resarcir la deuda pendiente con la Hacienda Pública de Carlos Ramón que asciende a 4.012.116 €.

Desde la constitución de la Sociedad Boulevard, Carlos Ramón era la única persona encargada de administrar la misma, sin que tuviera intervención alguna su esposa Daniela, que era desconocedora de cualquier actividad que la misma se realizase, si bien desde que fue nombrada administradora se limitaba a cumplir las órdenes recibidas por su marido."

Para un mayor entendimiento de lo ocurrido debemos sistematizarlo en el siguiente cuadro:

1.- Débito del recurrente y su sociedad (de la que es administrador único) con la agencia tributaria

Carlos Ramón era el administrador único de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L, la cual fue sometida a investigación de la Agencia Tributaria respecto del pago del impuesto de sociedades de los años 2005 y 2006, determinando que defraudó la cantidad de 1.458.805,47€ en el año 2005 y 1.564.026,28€ en el año 2006

2.- Investigación judicial y fechas

El día 20 de noviembre de 2008, el Ministerio Fiscal interpuso denuncia contra el mismo como responsable de dos delitos fiscales

3.- Condena judicial por ello.

El día 10 de febrero de 2012, recayó ese día sentencia de conformidad que condenaba a Carlos Ramón como autor de dos delitos contra la Hacienda Pública a las penas de un año de prisión y multa de 1.458.805,47 de un año de prisión y multa de 1.564.026,28€, respectivamente y a indemnizar al Ministerio de Hacienda en 1.458.805,47 y 1.564.026,28€.

4.- Fijación del débito y responsabilidades

Se encomendó a la Agencia Tributaria la gestión de cobro de las responsabilidades civiles fijadas en la sentencia, que, incluyendo intereses de demora y costas han sido fijadas un total de 4.012.116,00 €. Todas las participaciones de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L pertenecían al acusado Carlos Ramón, y a su esposa la acusada Daniela, mayor de edad y sin antecedentes penales, si bien el único que actuaba de hecho era Carlos Ramón, sin conocimiento de Daniela de las actividades de la misma

5.- Voluntad de dificultar el cobro de la deuda del recurrente y enajenación de bienes para conseguirlo

Carlos Ramón, con la finalidad de no pagar las deudas que mantenían tanto él como la mercantil BOULEVAR DE AGUADULCE S.L con la Hacienda Pública y que no pudieran ser cobradas por la vía de apremio, decidió enajenar los bienes de los que eran titulares tanto él como BOULEVAR DE AGUADULCE S.L.

6.- Operaciones llevadas a cabo con el fin de salvar su patrimonio en lo que fuese posible

1.- El día 3 de noviembre de 2011, los acusados Carlos Ramón Y Daniela, como personas físicas, transmiten a la acusada Angelina, compañera sentimental del hermano de la anterior, dos locales comerciales en Almería. Por esta adquisición Angelina no pagó ningún precio. Los locales fueron valorados en la escritura en 268.500 euros.

2.- El mismo día la acusada Daniela como apoderada de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L, y siguiendo las indicaciones de su esposo Carlos Ramón, transmitió a Angelina una vivienda y dos plazas de garaje

Por esta adquisición Angelina tampoco pagó ningún precio. Las fincas fueron valoradas en la escritura en 180.000 euros pero tienen un valor catastral de 360.177,89 euros.

3.- El día 5 de diciembre Carlos Ramón y Daniela concurren a la ampliación de capital de la sociedad de su propiedad HYPERLAN TELECOM SL mediante la aportación no dinerada de una vivienda de su propiedad que constituye su vivienda habitual de ambos, mediante escritura pública.

A la vivienda se le atribuye en la escritura un valor de 148.571,22 euros y una vez deducida la carga hipotecaria, un valor líquido de 83.194 euros.

4.- El día 7 de febrero de 2012 Carlos Ramón y Daniela transmiten las participaciones sociales a la acusada Soledad, Soledad pagó por ella el resto de hipoteca que quedaba por abonar. En la actualidad esta vivienda ha sido vendida a tercera persona.

5.- El día 29 de diciembre de 2011, la acusada Daniela como apoderada de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L., siguiendo las indicaciones de su esposo Carlos Ramón, efectúa una aportación no dinerada a una sociedad ALCASUR-INDALO S.L. que se constituye en el acto.

La aportación consistía por parte de BOULEVAR DE AGUADULCE en un solar urbano de 8.258 m² y dos fincas rústicas de regadío de 1,81 y 1,53 hectáreas, respectivamente a la que atribuían un valor de 580.500 euros (Angelina aportó un ordenador) y se nombra como administradora única a Angelina.



6.- Mediante escritura pública de 26 de junio de 2012, Boulevard de Aguadulce SL representada por Daniela , transmite a la sociedad Gestora Estratégica de Activos Inmobiliarios SL (GEDAI) 94 parcelas urbanas, 8 viviendas, 2 locales comerciales y 14 plazas de garaje sitios en los municipios de Roquetas de Mar y Huerca (Almería).

El precio de la compraventa se fija en el importe de las deudas hipotecarias que gravaban los inmuebles transmitidos y que ascendía a 5,199.264,25 €, siendo retenido por la compradora para proceder al pago de tales deudas. NO HAY PAGO SALVO EL IVA.

La operación devengó una cuota de IVA total de 825.586,84 que se abona mediante cheque bancario emitido por Cajasol.

Tras la formalización de la escritura pública, el 10/08/2012 Boulevard de Aguadulce SL abre en Caja Rural de Granada la cuenta bancaria nº NUM000 , en la que figuran como autorizados Daniela y Carlos Ramón .

El 16/08/2012 el cheque bancario cobrado por Boulevard de Aguadulce SL en concepto de IVA es ingresado en la cuenta bancaria abierta.

El 23/08/2012 Carlos Ramón retira en efectivo de la cuenta bancaria 950.000,00 €, dejando un saldo casi nulo.

7.- A consecuencia de vaciamiento patrimonial descrito tanto del patrimonio personal de Carlos Ramón , así como del patrimonio de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L, del cual era accionista este acusado, *la Agencia Tributaria no ha podido embargar ningún bien para resarcir la deuda pendiente con la Hacienda Pública de Carlos Ramón que asciende a 4.012.116 C.*

8.- Desde la constitución de la Sociedad Boulevard, Carlos Ramón era la única persona encargada de administrar la misma, sin que tuviera intervención alguna su esposa Daniela , que era desconocedora de cualquier actividad que la misma se realizase, si bien desde que fue nombrada administradora se limitaba a cumplir las órdenes recibidas por su marido.

Pues bien, señala el primer recurrente que:

"La defensa de la acusada doña Angelina , propuso como medio de prueba una PERICIAL, consistente en la tasación de los Bienes de la Titularidad de la sociedad mercantil BOULEVAR AGUADULCE SL al momento de las transmisiones realizadas a favor de dicha acusado, durante el año 2011, y la finalidad de dicha prueba, es evidente, es la determinación del valor patrimonial de dicha sociedad mercantil con el objeto de acreditar de la existencia de suficiente patrimonio para el cobro de la deuda tributaria por parte de la Agencia Tributaria.

Dicha propuesta de prueba, la realizó la expresada defensa por medio de un recurso de reforma y subsidiario de apelación frente al Auto de transformación de Diligencias Previas a Procedimiento Abreviado, que fue desestimado mediante auto de fecha 30 de Junio de 2017 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería, así como en el escrito de defensa de la expresada acusada, denegada por auto de 6 de Noviembre de 2017 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, sin motivación alguna.

Dicha prueba fue reproducida por dicha defensa, y esta parte no solamente se adhirió sino que la hizo suya, es decir, que la propuso como cuestión nueva, por lo que la legitimación para alegar la vulneración del derecho fundamental es diáfana, además de que estamos en presencia de una vulneración del artículo 24 de la Constitución Española.

Por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería, denegó dicha prueba y por las mismas razones expuestas en el auto de fecha 6 de Noviembre de 2017, el cual, ya hemos indicado adolecía de motivación alguna.

En la sentencia que se impugna guardó silencio en torno a la denegación de dicha prueba pericial, lo que provocó que por la defensa de doña Angelina interpusiera un recurso de complemento de la sentencia, como consta en las actuaciones, la cual fue desestimado por la Sección Segunda.

Es evidente que dicha prueba es completamente PERTINENTE Y NECESARIA."

La recurrente Angelina señala en su recurso sobre este mismo tema que:

"...Expresamente impugnó el Auto de incoación de Procedimiento Abreviado a fin de que se procediese a la tasación de los bienes que obraban en poder de BOULEVAR AGUADULCE en fecha inmediatamente posterior al 3 de noviembre de 2011, fecha en la cual la acusada doña Angelina realizó los actos de adquisición de bienes por los que venía siendo acusada.

Tal diligencia de prueba fue rechazada, tanto por el Juzgado de Instrucción como por la Ilma. Audiencia Provincial de Almería mediante auto de fecha 30 de junio de 2017, al estimar que la defensa del acusado no se



encuentra legitimada para solicitar diligencias complementarias. Todo ello a pesar de que la petición realizada por la defensa no se articuló en ningún momento como diligencia complementaria, sino como recurso frente al Auto de incoación de Procedimiento Abreviado, al estimar que la instrucción no estaba completa sin practicar la tasación de los bienes que permanecían en poder de BOULEVAR AGUADULCE con posterioridad a que D^a Angelina adquiriese los inmuebles anteriormente señalados.

Tal petición resultó reiterada como cuestión previa, alegando la vulneración del derecho de defensa de D^a Angelina y a utilizar los medios pertinentes para su defensa.

La Ilma. Audiencia Provincial se remitió, en cuanto a la alegación formulada, a lo resuelto en Auto de 30 de junio de 2017, sin añadir circunstancia alguna.

La sentencia de instancia no efectuó pronunciamiento alguno en cuanto a la cuestión previa formulada, de tal forma que esta parte formuló petición de complemento de sentencia, la cual fue resuelta negativamente mediante auto de fecha 9 de enero de 2019, argumentando que la cuestión ya había sido resuelta por la Sala, de tal manera que consideraba que la resolución de la cuestión previa planteada no debía incorporarse a la sentencia.

...Según resulta del mismo informe emitido por la Agencia Tributaria, de los respectivos escritos de acusación y aún de la sentencia dictada por la Ilma. Audiencia, con posterioridad a los actos de adquisición realizados por doña Angelina, BOULEVAR DE AGUADULCE S.L. resultaba propietaria de al menos 136 inmuebles (los 118 que vendió en el año 2012 a GEDAI activos inmobiliarios y los 18 que el informe de la Agencia Tributaria reconoce que se encontraban en poder de BULEVAR DE AGUADULCE S.L. el 1 de febrero de 2013 -folios 31 a 38 de las actuaciones).

Por tanto, a fin de apreciar la trascendencia de los actos adquisitivos realizados por doña Angelina en relación a las deudas que pesaban sobre don Carlos Ramón y si tales actos supusieron una dificultad efectiva en orden a la realización del crédito existente, resultaba esencial conocer cuál era el patrimonio de BOULEVAR DE AGUADULCE después de tales actos, pues si tal y como sostenemos, el patrimonio de dicha mercantil y de don Carlos Ramón resultaba muy superior al importe de las deudas que pesaban sobre el mismo a consecuencia de la responsabilidad civil impuesta en sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Almería, la conducta de doña Angelina resultaba atípica, por resultar intrascendente en orden a la posibilidad efectiva de realización y cobro de dicha deuda.

...Ante la existencia de 136 inmuebles en poder de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L. resultaba relevante a los efectos de apreciar la existencia del delito, conocer cuál era el valor de tales bienes en la fecha inmediatamente posterior a la realización de actos de adquisición por parte de doña Angelina, puesto que, conociendo su valor efectivo puede acreditarse que el comportamiento de la misma resultaba inocuo a los efectos de la satisfacción del crédito de la Agencia Tributaria y que, además, ante la evidencia de la existencia de tal patrimonio en poder de BOULEVAR DE AGUADULCE S.L., en ningún caso habría actuado con el ánimo específico de defraudar a los acreedores de don Carlos Ramón, sobre todo si tenemos en cuenta que el inmueble adquirido en Almería constituye, precisamente, el domicilio habitual de doña Angelina, por el cual satisface las cuotas hipotecarias pendientes y la totalidad de los gastos correspondientes al mismo."

Es decir, ambas partes llevaron a cabo los actos impugnativos para mostrar claramente su disidencia ante la negativa ante la admisión de un medio de prueba relevante y pertinente, habiéndolo cuestionado en el modo y forma que se ha expresado, al objeto de dar viabilidad a su queja casacional en este caso.

Resulta relevante el medio probatorio propuesto, ya que lo es, sobre todo, por quien no podía aportarlo por pericial de parte, sino que lo proponía por vía de pericial judicial, y ni tan siquiera podía aportarlo vía art. 786.2 LECRIM, ya que se instaba a una averiguación y tasación pericial por experto que pudiera ofrecer luz sobre el extremo de la solvencia del deudor ante la agencia al momento de los hechos, y, sobre todo, a la hora de valorar la trascendencia de los actos adquisitivos realizados por doña Angelina en relación a las deudas que pesaban sobre don Carlos Ramón y si tales actos supusieron una dificultad efectiva en orden a la realización del crédito existente. Ello exigía admitir esa pericia sobre la que ha estado insistiendo la parte para la designación de perito judicial que evaluara el estado patrimonial al que con insistencia se refiere la recurrente, y que nos lleva a su pertinencia y necesidad.

Resulta evidente que en algunos procedimientos la prueba pericial se constituye en uno de los ejes claves para la determinación del ilícito penal.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha anulado sentencias en procedimientos donde se había denegado la pericial siendo esta relevante. Y, así, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo 160/2016 de 1 Mar. 2016, Rec. 1455/2015, en la que se apunta que:



""La denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial, por haberse inadmitido, por ejemplo, pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5, por todas)" de tal manera que "la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa ... (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 219/1998, de 27 de enero, FJ 3)": STC 190/2006, de 19 de junio, FJ 5; y en el mismo sentido, entre otras, SSTC 165/2004, de 4 de octubre, FJ 3.b; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 152/2007, de 18 de junio, FJ 2.

Finalmente, ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución ... carga de la argumentación [que] se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2)" (STC 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 3.c; 152/2007, de 18 de junio, FJ 2, todas ellas en relación con la prueba penal)."

En este caso concreto se trató de la denegación de una prueba pericial informática que esta Sala consideraba que podría haber sido relevante en términos de defensa, y ante ello señaló que "*La anulación de la sentencia recurrida y la consiguiente necesidad de celebración de un nuevo juicio oral, que haga posible la práctica de la prueba pericial que fue indebidamente denegada, hacen aconsejable que sea otro Tribunal el que valore en conciencia las pruebas practicadas (art. 741 LECrim). Se evita así que los Magistrados que se han pronunciado ya sobre la culpabilidad del acusado puedan ver condicionada su apreciación probatoria y se garantiza la vigencia del derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE).*"

En este supuesto la denegación de la pericial de valoración del patrimonio del deudor, cuando existen datos que permitan evidenciar la posibilidad de la existencia clara y evidente de bienes del mismo, propuesta sobre todo por quien no puede conseguir esos datos, y en momentos procesales oportunos reiterados con negativas del órgano judicial supone una afectación clara del derecho de defensa por suponer una merma del derecho probatorio de que disponen las partes, sobre todo cuando se insta por quien postula la valoración de bienes cuando se sostiene por la acusación una mecánica defraudatoria en perjuicio de acreedores para el cobro de sus deudas. Porque de no ser así, y existir patrimonio, la maniobra ilícita resulta inexistente, siendo, por ello, clave para el derecho de defensa la pericial sobre los bienes al momento que se indica en el recurso.

Y sobre la exigencia acreedora del derecho a la prueba pericial de la recurrente sobre los bienes existentes del deudor ante condenas como la ahora pronunciada, en estos casos hay que señalar que esta Sala ha referido, también, la necesidad de conocer el alcance de estos actos del deudor, pero sobre la base de conocer el estatus de tenencia de bienes existentes, al objeto de valorar en un conjunto la actuación que se imputa como delictiva a un deudor. Así:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 51/2017 de 3 Feb. 2017, Rec. 761/2016

"Como hemos dicho en SSTs. 138/2011 de 17.3, 362/2012 de 3.5 y 867/2013 de 28.11, constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal, y de otro el interés colectivo con el buen funcionamiento del sistema económico crediticio.

El Código Penal tipifica las insolvencias punibles -alzamiento- y también unas específicas insolvencias asimiladas al alzamiento de bienes y en concreto se castiga a quien con el fin de perjudicar a sus acreedores realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación (STS. 2504/2001 de 26.12).

La STS. 1347/2003 de 15.10 resume la doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto y elementos de este delito: tal como entiende la doctrina, el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios



bienes destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes. No requiere la producción de una insolvencia total y real, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase de ejecución sino a la de agotamiento del delito.

La STS núm. 1253/2002, de 5 de julio, recuerda que uno de los elementos del delito es la producción de "un resultado, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo" (SSTS. 31.1.2003, 5.7.2002). También hemos dicho que "el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo que se consume desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor. Los elementos de este delito son:

1º) 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, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacido pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes (STS. 11.3.2002).

2º) un elemento dinámico que consiste en, una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor. Por ello ha de incidirse en la estructura totalmente abierta a la acción delictiva, ya que la norma tipifica el "realizar" cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones" art. 257.1.2, de ahí que la constitución de un préstamo hipotecario, no parece razonable entender que no implique de por sí una reducción del patrimonio sino sólo la obligación de su cumplimiento, pudiéndose sólo hablar de disminución, cuando, producido el impago del préstamo, se hubiera ejecutado el bien que garantizaba la deuda, pues parece evidente que, según el concepto económico jurídico del patrimonio que sigue la jurisprudencia y la doctrina, el contraer una obligación hipotecaria si disminuye de forma sustancial el valor de su patrimonio.

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

4º) un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos (SSTS de 28 de septiembre, 26 de diciembre de 2000, 31 de enero y 16 de mayo de 2001), (STS núm. 440/2002, de 13 de marzo). Elemento subjetivo del sujeto o ánimo de perjudicar a los acreedores (SSTS. 1235/2003 de 1.10, 652/2006 de 15.6, 446/2007 de 25.5).

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.

No se cometerá el delito si se acredita la existencia de otros bienes con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas (STS nº 129/2003, de 31 de enero).

En efecto, la existencia de este tipo delictivo no supone una conminación al deudor orientada a la inmovilización total de su patrimonio en tanto subsista su deuda, por lo que *no existirá delito aunque exista disposición de bienes si permanecen en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores (SSTS. 1347/2003 de 15.10, 7/2005 de 17.1).*

Por ello es incompatible este delito con la existencia de algún bien u ocultado o conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito (SSTS. 221/2001 de 27.11, 808/2001 de 10.5, 1717/2002 de 18.10).

La constante doctrina de esta Sala expuesta en las SSTS. 667/2002 de 15.4, 1471/2004 de 15.12, 1459/2004 de 14.12 dice que "la expresión en perjuicio de sus acreedores" que utilizaba el art. 519 del Código Penal de 1973, y hoy reitera el artículo 257.1º del Código Penal de 1995, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores. Este mismo precedente jurisprudencial precisa que, como resultado de este delito, no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía



de apremio. 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 (SS de 28.5.79, 29.10.88, STS. 1540/2002 de 23.9)."

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 750/2018 de 20 Feb. 2019, Rec. 248/2018

Como recuerda la STS 194/2918, de 24 de abril, con cita de otras anteriores, el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo que se consume desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor.

...Es cierto que esta Sala ha declarado que para la existencia del delito no es necesario hacer la cuenta al deudor para ver si tiene más activo que pasivo, ni es preciso que se tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos los bienes para que se consume el delito, siendo suficiente que se sustraigan del patrimonio alguno o algunos bienes que obstaculicen razonablemente una posible vía de apremio.

Ahora bien, eso no significa que se pueda eludir toda valoración del patrimonio cuando se dispongan de elementos probatorios que permitan determinar la solvencia, tal y como acontece en este caso. Porque también hemos dicho que no se cometerá el delito si se acredita la existencia de otros bienes con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas (STS nº 129/2003, de 31 de enero). La existencia de este tipo delictivo no supone una conminación al deudor orientada a la inmovilización total de su patrimonio en tanto subsista su deuda, por lo que no existirá delito, aunque exista disposición de bienes si permanece en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores (SSTS 1347/2003 de 15 de octubre, 7/2005 de 17 de enero). Por ello es incompatible este delito con la existencia de algún bien de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permita solventar una posible vía de apremio para cubrir el importe de la deuda."

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1717/2002 de 18 Oct. 2002, Rec. 4184/2000

"Es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor, y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un 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. En definitiva, algo que se encuentra ínsito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del artículo 257.1.1º del Código Penal actual (519 CP anterior), salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

Así se viene pronunciando esta Sala con reiteración. Véanse las recientes sentencias de 27 Abr. 2000, 12 Mar. 2001 y 11 Mar. 2002, entre otras muchas."

Con ello, lo que los recurrentes pretendían, y no ex novo por la vía del art. 786.2 LECRIM como prueba nueva, sino ya desde su inicio en el procedimiento, era poder probar la existencia de esa "inocuidad" de las operaciones que describe el tribunal, por la posibilidad de poder probar que, como se alega, existían, o podían existir, esos bienes que se refiere que no hubieran dado la relevancia que se otorga a las operaciones que se citan.

No se trata, pues, de una maniobra de "escape" probatoria de los recurrentes de intentar suspender un juicio o dilatarlo, sino que este alegato ya se expuso *ab initio*, obteniendo una constante y continuada negativa a aceptar ese derecho probatorio que postulaba la parte a poder demostrar que, pese a que existían las operaciones que se citan, se reclamaba poder probar que había bienes con los que satisfacer el débito, porque lo contrario supone una merma de las opciones de defensa, e imposibilidad de acreditar que la existencia de bienes negaban que esas operaciones probadas fueran por sí solas un impedimento, o un obstáculo importante, para una posible actividad de ejecución de la deuda. De haberse dejado probar a las defensas este extremo se podría haber salido de las dudas que subyacen en este estado procesal y que se hubieran resuelto de admitirse la prueba pericial.



En este sentido, si los recurrentes plantearon en debida forma una prueba pericial, a fin de proceder a la tasación de los Bienes de la Titularidad de la sociedad mercantil BOULEVAR AGUADULCE SL al momento de las transmisiones realizadas a favor de dicha acusada, durante el año 2011, consta en el recurso que se ha intentado en reiteradas ocasiones que se lleve a cabo la práctica de la prueba, por lo que se insiste por el recurrente en que resulta una imposibilidad de acreditar la defensa un extremo relevante sobre la viabilidad de la existencia de bienes suficientes para cubrir la deuda, y evidencia una restricción del derecho de defensa del recurrente y la tutela judicial efectiva que determina una afectación a las posibilidades de defensa de los recurrentes que no han podido cubrir sus legítimas opciones de acreditar un extremo de relevancia sobre la existencia de bienes suficientes para el pago o para llevar a efecto diligencias de embargo.

No basta para ello suficiente que en los hechos probados el Tribunal refleje en la sentencia que *la Agencia Tributaria no ha podido embargar ningún bien para resarcir la deuda pendiente con la Hacienda Pública de Carlos Ramón que asciende a 4.012.116 C.*

Nada de esto se motiva en la sentencia, existiendo una laguna de motivación que conlleva la imposibilidad de conocer la veracidad de otros bienes de fácil traba que no harían relevantes las operaciones denunciadas. No puede, así, presumirse contra el reo que las operaciones impiden absolutamente, u obstaculizan, la traba si no se permite desde bien pronto en el procedimiento que la defensa pueda acreditar lo contrario, suponiendo la negativa una "cortapisa probatoria" que perjudica el derecho de defensa.

Con ello, con la negativa a admitir esta práctica de prueba pericial ha devenido imposible poder confirmar si lo que consta en los hechos probados, pero que luego no se desarrolla en los fundamentos de derecho con explicación suficiente, es cierto, o no, ya que en el análisis ex post a la sentencia no es posible saber si al momento de los actos dispositivos pudieran existir bienes, y, por ello, patrimonio que permitiera la satisfacción de la deuda. Fácil hubiera sido, por ello, que se hubiera admitido esta prueba pericial para haber salido de la duda acerca de si estos bienes que citan los recurrentes existían, o no.

Así, hemos dicho que es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor, y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores.

Con ello, no es posible en estos términos negar una posibilidad de la defensa de poder probar que esos bienes existían con el medio probatorio que propuso y que pugnó con él con varios recursos e intentos de llevarlo a cabo sin resultado alguno.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 138/2011 de 17 Mar. 2011, Rec. 1883/2010 ya dijimos que para que exista este delito "el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito (SSTS. 425/2002 de 11.3, 1540/2002 de 23.9)", pero resulta evidente que para ello, si la defensa lo insta y lo reitera en forma y tiempo, debe permitírsele probar que era posible encontrar estos bienes, y, al menos, tenerlos en cuenta, pero con la negativa más absoluta que se ha producido resulta imposible saberlo.

Sobre la indebida denegación de prueba ya expusimos en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 307/2019 de 12 Jun. 2019, Rec. 931/2018 que:

"1.- La prueba debe ser "necesaria".

Destaca la doctrina que la prueba denegada debe tener el carácter de necesaria, además de los restantes caracteres enumerados [STS núm. 1139/2010 de 24 de noviembre].

Es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión. Alguna resolución señala que la necesidad de la prueba tiene el doble sentido de su relevancia y su no redundancia. No toda prueba declarada pertinente resulta necesaria e imprescindible en el momento de mantener las tesis respectivas de la acusación y la defensa. En la práctica habrá que evaluar cada caso teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que se dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción de órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso.

La prueba denegada resulta inoperante cuando el veredicto está basado en el resto de la actividad probatoria desplegada y su carencia no ha suscitado ni movido la operación intelectual que lleva a la decisión impugnada.

Si la prueba denegada resulta desvalorizada y sin trascendencia no se llega a producir vulneración del derecho a utilizar todos los medios de prueba que se estimen pertinentes y no se habrá producido una verdadera indefensión de la parte afectada.



No es la prueba pertinente indebidamente denegada sino la prueba necesaria indebidamente denegada la que puede dar lugar a la indefensión con relevancia constitucional [STS núm. 771/2010 de 23 de septiembre].

2.- Diferencia entre prueba pertinente y necesaria.

a.- Prueba pertinente es la que es oportuna y adecuada en relación al objeto del asunto a debatir en el juicio oral. Ya debemos advertir que solo se produce la lesión al derecho constitucional de proponer pruebas cuando las inadmitidas sean, además de pertinentes, necesarias. El juicio de pertinencia, es un juicio previo del Tribunal sobre el medio de prueba cuestionado, el juicio de relevancia es un juicio a posteriori, sobre la necesidad de la prueba a la vista del acervo probatorio existente (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1373/2009 de 28 Dic. 2009, Rec. 703/2009).

b.- Prueba necesaria es la que se manifiesta como indispensable y forzosa, y por tanto relevante en relación a la solución dada al caso enjuiciado y que por ello debió ser conocida por el juzgador para formar su convicción en relación a la decisión adoptada.

Respecto del juicio de pertinencia no ocurre lo mismo con el juicio de relevancia o de necesidad que supone un doble enfoque:

b.1.- Uno relativo a los requisitos formales necesarios para su práctica e impugnación y

b.2.- El aspecto material relativo a la potencialidad de la prueba denegada para poder haber tenido incidencia en el fallo.

El aspecto formal se refiere a la proposición de la prueba temporáneamente, y en su protesta en caso de desestimación. Pues bien, tratándose de testigos, además de la protesta, que consta en el acta del Plenario, es lo cierto que no se hicieron constar las preguntas que se le iban a formular al testigo, lo que constituye el presupuesto para poder analizar su necesidad, cuando de la cuestión conoce esta Sala casacional. En efecto, si no se argumenta sobre su necesidad por el proponente de la prueba, se priva a esta Sala de disponer de los argumentos correspondientes para adoptar la decisión correspondiente.

3.- La prueba debe ser entendida como "relevante".

Señala la doctrina que la relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia. No obstante, aun pertinente una diligencia de prueba, cabe la denegación de una prueba propuesta cuando sea innecesaria, si la prueba producida ha alcanzado una fuerza de convicción que no pueda ser conmovida en forma alguna por las declaraciones del testigo ausente.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas, sino también las demás pruebas ya practicadas y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

Como quiera que el derecho a la prueba no tiene un carácter absoluto o ilimitado, no se produce menoscabo de su garantía por la inadmisión de algún medio probatorio propuesto en aplicación estricta de las normas legales (STC 246/2000). Y además y como sostiene la STC 35/2001, tampoco toda irregularidad procesal en materia de prueba conduce a entender producida en todo caso una lesión del derecho de defensa en el sentido de comportar una indefensión efectiva.

4.- La prueba debe ser "posible".

Es preciso que sea "posible" la práctica de la prueba propuesta, como exigen las Sentencias de 23 de abril de 1992 y de 7 de febrero de 1995, y como reitera la de 21 de marzo de 1995 "en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas" (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017).

5.- Debe explicarse la influencia que tendría o hubiera tenido la prueba en el juicio.

Sin embargo, deberá estimarse la alegación por infracción del art. 850.1.º LECrim. cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito.

6.- La trascendencia de la inadmisión.



La clave en la no práctica de una prueba se centra en lo que se denomina la trascendencia de la inadmisión a los efectos del ejercicio del derecho de defensa.

Debe, por ello, explicarse en el recurso cuál fue la trascendencia de la inadmisión, o de qué se privó a la parte probar que hubiera sido "decisivo" a la hora de conseguir un fallo distinto al que se dictó.

Así, como ya explicamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 645/2017 de 2 Oct. 2017, Rec. 2291/2016, "ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.... carga de la argumentación que se traduce en la doble exigencia de que el recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa".

Con ello, en este caso, y dada la doctrina jurisprudencial expuesta, la prueba era pertinente, necesaria, relevante, posible y su inadmisión es "trascendente" como se ha explicado por ambos recurrentes, toda vez que pese a la insistencia en poder demostrarlo que existían bienes, o podrían existir, no se le ha permitido hacerlo, otorgando una presunción de que tal posibilidad era inexistente con la negativa a admitir la prueba propuesta en tiempo y forma.

De no admitirse la prueba que se ha propuesto desde el inicio estaríamos validando lo que podríamos denominar en estos casos *la condena por apariencia*.

Los recurrentes han cumplido con su función estricta de intentar aportar la prueba de descargo que hubiera dado viabilidad al conocimiento de la situación patrimonial que podría evidenciar en ese marco temporal de los hechos de las operaciones los presupuestos de la subsistencia del real patrimonio que se alega por los recurrentes. Pero no es admisible la existencia de trabas a este derecho de los investigados que en el análisis ex post de la sentencia se considera necesario. Sobre todo en el caso de la recurrente Angelina, ya que se postula una pericial judicial sobre el patrimonio del deudor a la que no puede acceder por ella misma y requiere de una pericial judicial que determine el dato que reclama para hacer efectivo su derecho de defensa.

Como exponemos, la prueba propuesta tenía su sentido, porque era conocer el contenido patrimonial que en este caso existía y efectuar el juicio comparativo con los actos de disposición que constan en los hechos probados. Pero presumir la imposibilidad de la práctica de embargos como se ha hecho en el procedimiento, cuando expresamente existe la proposición de prueba que es pertinente, necesaria, útil y posible supone un *vaciamiento* de las posibilidades de defensa de los recurrentes en este caso.

Es importante, también, el alegato que hace precisamente la representación de Angelina, al apuntar que *tras la adquisición de bienes realizada por doña Angelina, Bulevar de Aguadulce poseía 136 bienes inmuebles de diferente naturaleza respecto de los cuales se solicitó por esta parte su tasación al tiempo de los hechos. Tal tasación resultó denegada por la Sala en los términos expuestos con anterioridad, pero, a tenor de la documentación presentada por la representación procesal de D. Carlos Ramón resulta que 118 de tales bienes se encontraban tasados en casi 11 millones de euros, a los que deberían añadirse los otros 18 bienes que según el informe de la AEAT obrante al folio 17 de la causa se encontraban, aun en el año 2013 en poder de BOULEVAR DE AGUADULCE.*

Este volumen de Fincas de 136 que se alega que disponía la sociedad Boulevard al momento de las operaciones no ha podido ser constatado mediante la oportuna probanza que, al efecto, ha solicitado la parte recurrente y que es el objeto de la queja impugnativa que con toda razón se expone por ambos recurrentes, ya que la posibilidad, precisamente, de comprobar ese estado patrimonial resulta específicamente relevante al objeto de determinar específicamente el alzamiento que es objeto de condena, ya que si se coteja efectivamente la disponibilidad de ese volumen importante de inmuebles la situación sería distinta; de ahí, la trascendencia de la inadmisión de la prueba pericial propuesta por las partes recurrentes y la vulneración efectuada.

Todo ello, debe conllevar la estimación de los dos motivos expuestos y la nulidad de la sentencia para retrotraer las actuaciones al momento del auto de admisión de pruebas, al objeto de que se proceda a la admisión de la prueba pericial propuesta respecto a la determinación de los bienes existentes, tal cual fue llevada a efecto a la misma para que se proceda a la práctica de la prueba referida y una vez verificado se proceda a la celebración del juicio, pero por magistrados distintos a los que celebraron el juicio anulado.



El motivo se estima en sus números 2 del primer recurrente y 1 de la segunda.

CUARTO.- Estimándose los recursos, las costas se imponen de oficio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Acordar la nulidad de la sentencia número 475/18 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, dictada el 22 de noviembre de 2018 para retrotraer las actuaciones al momento del auto de admisión de pruebas, al objeto de que se proceda a la admisión de la prueba pericial propuesta respecto a la determinación de los bienes existentes para que se proceda a la práctica de la prueba referida y una vez verificado se lleve a cabo la celebración del juicio, pero por magistrados distintos a los que celebraron el juicio anulado. Todo ello, con costas de oficio. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDUJEP