© Copyright 2017, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohibe su distribución o reproducción.

Sentencia nº 562/2017 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 13 de Julio de 2017

Ponente: JOSE RAMON SORIANO SORIANO

Número de Recurso: 2118/2016

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Número de Resolución: 562/2017

Fecha de Resolución: 13 de Julio de 2017

Emisor: Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal

Id. vLex: VLEX-690747841

Link: http://vlex.com/vid/690747841

Original
- IMPAGO DE PENSIONES. DELITO DE ALZAMIENTO. * Requisito de perseguibilidad del delito de impago de pensiones (art. 228 C.P.). Actos concluyentes producidos a lo largo del proceso, que confirman sin ningún género de dudas, la voluntad de perseguir el delito. * Alzamiento de bienes. Bien en su modalidad de alzamiento (art. 257.1 C.P.) o de frustración de la ejecución (art. 257.2 C.P.) es indispensable que exista un crédito. * No resulta típica la frustración de una obligación de hacer. Es preciso una previa transformación en una obligación de dar para aplicar el art. 257 C.P. * Ante una sentencia absolutoria solo cabe su revocación en esta instancia casacional por defectos de subsunción. Consecuentemente debe partirse de la inalterabilidad del relato probatorio. Doctrina del Tribunal Constitucional.

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO
  - PRIMERO
  - SEGUNDO
  - TERCERO
  - CUARTO
  - QUINTO
  - SEXTO

- FUNDAMENTOS DE DERECHO
  - PRIMERO
  - SEGUNDO
  - TERCERO
  - CUARTO
  - QUINTO
  - SEXTO
- FALLO

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de julio de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de la Acusación Particular Dña. Ángeles y del acusado D. Celso , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, que le condenó por delito de abandono de familia en la modalidad de impago de pensiones, 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, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Deleito García y la Acusación Particular Dña. Ángeles , representada por la Procuradora Sra. Urdiales González, y la recurrida acusada Dña. Visitacion representada por el Procurador Sr. Deleito García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 11 de Zaragoza incoó Diligencias Previas con el nº 3242/2014 contra Celso , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, que con fecha 15 de julio de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

> PRIMERO.- El acusado, Celso , mayor de edad y sin antecedentes penales, contrajo matrimonio con Ángeles el día 8 de septiembre de 2004, naciendo de esa unión un hijo el día NUM011 de 2004, rigiéndose el matrimonio por el régimen de separación de bienes. El día 28 de junio de 2007, constante matrimonio, el acusado y Ángeles adquirieron por mitad y carácter privativo la finca sita en la AVENIDA000 , n° NUM000 , URBANIZACIÓN000 , de Zaragoza, constituyendo un préstamo hipotecario por importe de 750.000 euro, con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra (Caja Navarra). A efectos de subasta se le concedió a la vivienda un valor de 856.700 euros. La citada entidad de crédito pasó a formar parte después de BANCA CÍVICA, S.A. y actualmente de CA1XA BANK_ &A. El domicilio familiar se hallaba constituido por una vivienda sita en la Floresta,

CALLE000 , n° NUM001 , NUM002 ., en Zaragoza, adquirida por el acusado con carácter privativo en junio de 2002. Celso , que también era dueño de diversas partes indivisas de trasteros y plazas de aparcamiento, el tres de enero de 2005 obtuvo un crédito con garantía hipotecaria que pactó con LA CAIXA, siendo dicho crédito por importe de 427.400,00 euros, constituyéndose la hipoteca sobre la vivienda y las dichas partes indivisas de otros bienes (folios 899 a 943). SEGUNDO.- El acusado interpuso demanda de divorcio contra su esposa Ángeles , y en ella, en el Hecho Décimo, se proponía que en relación con el chalet de URBANIZACIÓN000 Celso pagaría 75.000 euros de la cuota hipotecaria de Ángeles y asumiría él íntegramente la cuota hipotecaria de la vivienda (folios 173 a 179 del Rollo de Sala). Con fecha cinco de mayo de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Zaragoza, Autos 74/2009, previa demanda interpuesta por el acusado, se dictó sentencia decretando la disolución del matrimonio del acusado y Ángeles por divorcio (folios 37 a 43 del Rollo de Sala), y se acordaron entre otras las siguientes medidas: a).- en el apartado 3 del fallo: "se atribuye a la esposa junto con sus hijas el uso de la vivienda familiar sita en la urbanización La Floresta, CALLE000 n° NUM001 , NUM002 de Zaragoza, y sus anejos, ajuar, mobiliario y enseres, debiendo hacerse cargo de los gastos de comunidad servicios y suministros de la vivienda. El marido (.....) deberá satisfacer la cuota mensual de hipoteca, recibos de IBI y demás gastos derivados de la propiedad del inmueble. respecto a la duración del uso procede acordar que se extinga cuando el hijo alcance la independencia económica. b).- En el apartado 5 del fallo se ordena que: "Don Celso abonará en concepto de pensión de alimentos para su hijo la cantidad de 1.000 euros mensuales, hasta que el hijo alcance independencia económica, que deberá abonar en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto señale la madre, cantidad que se revalorizará anualmente de conformidad con la variación experimentada por el indice de Precios al Consumo que publique e! Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya". c).- En el apartado 6 del fallo "se establece como PENSIÓN COMPENSATORIA la siguiente prestación: el esposo abonará las cuotas de la hipoteca del inmueble común del matrimonio sito en URBANIZACIÓN000 hasta su completa amortización o venta, así como el seguro del vehículo BMW .... CWM . Deberá además atribuirse a la esposa el pago a tanto alzado por importe de 75.000 euros realizado por el esposo en torno al día 24 de septiembre de 2007 para la amortización de la deuda hipotecaria de la vivienda de URBANIZACIÓN000 ." d).- En el apartado 7 del Fallo "se atribuye al esposo el uso del chalet en la AVENIDA000 n° NUM000 de la localidad de URBANIZACIÓN000 asumiendo todos los pagos inherentes al mismo, incluida la cuota hipotecaria como ya se ha dicho, hasta que se liquide el patrimonio común. Se fijó a cargo del acusado una pensión por alimentos en favor del hijo común por importe de 1.000 euros mensuales". Esta sentencia de divorcio fue confirmada por la de Audiencia Provincial de Zaragoza. Sección Segunda, de fecha 3 de enero de 2010, que tan solo modificó la pensión en favor del hijo común fijándola en 1.159 euros mensuales. TERCERO.- El acusado, en enero de 2011, presentó demanda de modificación de medidas (folios 79 a 82, en la demanda dice 20 de enero de 2010) que fue estimada parcialmente por sentencia de 6 de marzo de 2012 dictada por el citado Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Zaragoza (aportada por testimonio a folios 46 a 53 del Rollo de Sala). La Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en la suya de 20 de noviembre de 2012

revocó en parte la anterior resolución reduciendo la pensión fijada en favor del hijo a la suma de 800 euros mensuales. CUARTO.- La atribución al acusado de la carga hipotecaría sobre la vivienda de URBANIZACIÓN000 lo fue a instancia suya para que Ángeles no sufriera perjuicio con el divorcio. Todo lo satisfecho de esa hipoteca desde su constitución lo ha sido por Celso Celso . Hizo una aportación de 150.000 euros. QUINTO.- Ángeles presentó ante el Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Zaragoza dos demandas de ejecución dineraria de títulos judiciales por el impago de la pensión de alimentos del hijo que tuvo con el acusado, dándose lugar a los procedimientos registrados bajo los números 147/2011-C y 166/2012-C. Posteriormente, el 17 de diciembre de 2012, presentó nueva demanda de ejecución forzosa dineraria contra el acusado en reclamación de un principal de 297.881,57 euros, más intereses y costas, en relación con la pensión compensatoria antes referida, solicitando para ello el embargo de diversos bienes del acusado que eran tres viviendas de la CALLE001 NUM003 (folios 183 a 187), tramitándose la demanda por el Juzgado de Primera Instancia no 6 de Zaragoza acumulándola al procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales n° 166/2012 por medio de una "Pieza Segunda de la Ejecución sobre obligación de hacer", y con fecha 8 de enero de 2013 por auto de dicho Juzgado se dictó orden general de ejecución en base a la sentencia antes referida, en lo tocante a la pensión compensatoria indicada (folios 226 y 227 y por testimonio folios 54 y 55 del Rollo de Sala). Con la misma fecha 8 de enero de 2013 se expidió cédula de requerimiento al acusado para que cumpliera la obligación de hacer en los términos literales declarados en el punto 6 del fallo de la sentencia de divorcio (folios 739 a 741). Con fecha 10 de enero y 16 de enero de 2013 se dejó en el buzón del domicilio del acusado aviso para que compareciese en el S.A.C.E. a efectos de las notificaciones (folios 435 y 436). Formulada oposición por el acusado, por auto de 2 de septiembre de 2013 se desestimó la misma (folios 236 y ss. y por testimonio folios 56 a 59 del Rollo de Sala). En el citado Procedimiento se había dictado en otra Pieza anteriormente auto de ejecución dineraria de 18 de octubre de 2012. SEXTO.- El acusado y la también acusada Visitacion , mayor de edad y sin antecedentes penales, contrajeron matrimonio civil el 3 de junio de 2011. a).- Por escritura pública de 25 de mayo de 2009, los dos acusados adquirieron la totalidad de las participaciones sociales de la mercantil AZOQUE 2000 S.L.. sita en Zaragoza y dedicada a la explotación de bares y restaurantes (folios 158 a 167 del Rollo de Sala), empresa que explotaba una marisquería; el capital social estaba representado por 101.184 participaciones de las que el acusado adquirió 96.184 y Visitacion 5.059. Por escritura pública de 27 de abril de 2011 Celso vendió a Visitacion 49.514 de sus participaciones de AZOQUE 2005, S.L. por el precio de 49.514 euros que el acusado declara percibido de la compradora, siendo nombrado Celso Administrador Único de esa mercantil (folios 562 a 574). La acusada, junto a Gumersindo , pretendió sacar a flote la marisquería de esa mercantil, cuya actividad cesó en agosto de 2012. Visitacion no entregó al acusado la cantidad por el precio de las participaciones. b).- El acusado era propietario del apartamento ubicado en el Edificio Residencial DIRECCION000 , sito en Alcossebre, término municipal de Alcalá de Xivert, CALLE002 , (finca NUM004), que había adquirido en virtud de escritura pública de 13 de febrero de 2009 y estaba gravado con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros de los Ingenieros, S. Coop. de Crédito, para responder de un principal de 150.920 euros. Por escritura pública

otorgada el 27 de enero de 2011, Celso vendió a Visitacion el pleno dominio de la mitad indivisa de la finca por el precio de 70.735,04 euros, que se retienen por la compradora en razón de la responsabilidad hipotecaria referida en la que decía que subrogaba (folios 521 a 541). Por escritura pública otorgada de 27 de Abril de 2011 (aportada por copia autorizada a los folios 63 a 74 del Rollo de Sala) los dos acusados acuerdan adjudicar dicha finca a Visitacion por su valor de 139.546,54 euros. adjudicándose la citada la hipoteca que gravaba esa finca, hipoteca en la que se subrogaba y que en ese momento, tras algunas amortizaciones, ascendía a 139.546,54 euros. A fecha 09 de junio de 2016 quedaba pendiente de amortizar la suma de 58.583,15 euros y en la concesión inicial del citado préstamo intervino como avalista la acusada (folio 157 del Rollo de Sala). c).- El acusado, titular de una participación indivisa del 50% de la vivienda sita en la AVENIDA000 , en URBANIZACIÓN000 , en Zaragoza, mediante escritura pública de 15 de noviembre de 2010 (folios 545 a 558) transfirió a la acusada el 10% de esa participación por el precio de 71.400 euros, haciendo constar en la escritura que ello era en dación en pago de esa cantidad que la acusada se dice que había entregado a Celso el 23 de junio de 2009 para hacer reformas en la dicha vivienda. Y en otra escritura de fecha 27 de abril de 2011(folios 504 a 520) Celso vendió a Visitacion el 40% restante de dicha participación, valorando esa porción en la suma de 219.803,76 euros, cantidad fijada como precio de la venta y equivalente al 40% de la deuda hipotecaria existente en ese momento, precio que se declara retenido por la compradora, la acusada Visitacion , para la cancelación correspondiente del préstamo hipotecario que gravaba la finca, cancelación que no se produjo, no habiéndose hecho por la acusada la subrogación efectiva. Por la acusada, Visitacion , se requirió a Ángeles para que le vendiera su parte de la vivienda, a lo que se respondió por la querellante el 2 de mayo de 2012 manifestando su disposición a la transmisión por el precio que se fije en una tasación oficial, pero siempre que se respetasen los términos establecidos en la sentencia de divorcio de fecha 5 de mayo de 2009, en lo que se refiere a la obligación del Sr. Celso , esposo de la Sra. Visitacion , respecto de la amortización del préstamo hipotecario que grava la finca". También puso de manifiesto que contaba con un posible interesado en adquirir la parte indivisa de la Sra. Visitacion (folio 826). Ángeles envió otro escrito al acusado el 22 de mayo de 2012 sobre la misma cuestión (folio 235). SÉPTIMO.- Celso era propietario de 1/5 parte indivisa del inmueble sito en la CALLE001 nº NUM003 , de Zaragoza, siendo titulares del resto del bien sus cuatro hermanos. Extinguida la comunidad y acordada la adjudicación en octubre de 2012 en virtud de escritura otorgada ante el Notario de Zaragoza D. Damaso , se

adjudicaron al acusado, con carácter privativo, las viviendas sitas en la planta NUM006 puerta NUM005 , y en la planta NUM007 , puertas DIRECCION001 e NUM008 , y varios trasteros ubicados en la misma planta de dicho edificio. Las tres viviendas tenían anotaciones preventivas de embargo acordadas en el procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales 147/2011 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº Seis de Zaragoza a instancias de Ángeles contra el acusado (folios 220 a 225 y 420 a 433). Sobre la quinta parte indivisa del total inmueble, el acusado, con fecha 21 de diciembre de 2010, constituyó hipoteca a favor de RAMINATRANS LOGÍSTICA, SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL, para

responder de parte de una deuda de 313.395,26 euros (folios 140 a 154), y con fecha 19 de septiembre de 2012 se otorgó nueva escritura por Celso y la citada mercantil por la que se decía que se había abonado la cantidad indicada, otorgándose la mentada escritura por la que se cancelaba la hipoteca y RAMINATRANS LOGÍSTICA, SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL daba carta de pago (folios 277 a 287 del Rollo de Sala). Tras la dicha adjudicación: 1) Celso y su esposa también acusada, en virtud de escritura pública de 21 de diciembre de 2012, vendieron a Pedro Enrique y Marcelina la vivienda sita en la planta NUM006 , puerta DIRECCION001 , por el precio total de 200.000 euros. De ese precio, el acusado había recibido ya una entrega de 10.000 euros y otra de 5.000 euros; y el día de la compraventa se le entregaron 39.257,55 euros. Por 135.154,00 euros se extendió un cheque nominativo a nombre de Banco Mare Nostrum, S.A. para satisfacer la deuda que el acusado y JCS LOGISTIC WAREHOUSE S.L tenían con esa entidad y que provocó una anotación preventiva de embargo, y otro cheque nominativo a nombre Ángeles por importe de 19.588,45 euros (folios 461 a 473 y folios 197 a 203 del Rollo de Sala). Con el primero de esos cheques, el mismo día 21 de diciembre de 2012, el acusado y JCS LOGISTIC WAREHOUSE S.L. abonaron al Banco Mare Nostrum S.A. la suma de 135,154 euros reclamada en autos de Ejecución 381/2011 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Zaragoza (folio 666), cheque que era el que fue entregado por Pedro Enrique y Marcelina , lo que provocó el desistimiento de la entidad bancaria (folios 666; y 197 a 206, estos del Rollo de Sala). El acusado y Ángeles , con fecha 20 de diciembre de 2012, firmaron un acuerdo conforme al cual la querellante, una vez le fuera abonada la cantidad de 19.588,45 euros, en concepto de atrasos de pensión de alimentos del hijo menor, se comprometía a desistir de dos procedimientos judiciales seguidos ante el Juzgado n° Seis de Zaragoza que eran los de Ejecución de Títulos Judiciales 147/2011-C y 166/2012-C (folios 747 a 750; y del Rollo de Sala folios 207 a 209 vuelto). La suma indicada le fue abonada a Ángeles por el acusado el 21 de diciembre de 2012 mediante el segundo de los cheques citados con anterioridad, habiendo comparecido Ángeles al otorgamiento de la escritura de venta de 21 de diciembre de 2012 (folio 467, vuelto). Con fecha 27 de diciembre de 2012, la representación de Ángeles presentó sendos escritos en procesos de Ejecución de Títulos Judiciales 147/2011 y 166/2012 solicitando su archivo, si bien en el procedimiento 166/2012 manifestó posteriormente que solo se pedía el archivo por la ejecución dineraria que motivó el auto de fecha 18 de octubre de 2012, lo que se acordó por Decreto de 15 de enero de 2013 (folios 752 a 756). 2) Celso , en virtud de escritura pública de 22 de enero de 2013, donó libremente a la acusada Visitacion la vivienda sita en la planta NUM007 , puerta DIRECCION002 , valorada en 132.630,94 euros y un trastero valorado en 12.997,82 euros (folios 477 a 489). 3) Celso , con la presencia de la acusada, en virtud de escritura pública de 20 de febrero de 2013, vendió la vivienda de la planta NUM007 , puerta DIRECCION001 , y varios trasteros a AFTER WORK GESTION S.L. por el precio de 153.000 euros, de los que el vendedor declara haber recibido 22.950 el 13 de febrero de 2013, quedando aplazado el pago del resto por importe de 130.050 euros a satisfacer una vez se hubieran cancelado los embargos que constan en las notas simples registrales (folios 585 a 597). En el citado edificio, a cargo de la Comunidad de Bienes DIRECCION003 se llevaron a cabo numerosas obras de reparación y mejora entre

2008 y 2012 (folios 226 a 255 del Rollo de Sala). Las gestiones e impuestos derivados de las anteriores ventas produjeron diversos gastos y pago de impuestos que se facturaron a. nombre del acusado (folios 210 a 225 del Rollo de Sala). OCTAVO.- a).- Ante el impago por parte de los acusados de las cuotas del préstamo hipotecario desde febrero de 2012, y luego de varios requerimientos de pago dirigidos también a la querellante (folios 356 a 359), CAIXABANK S.A. dio el mismo por vencido anticipadamente, y en septiembre de 2013 presentó demanda de ejecución dineraria hipotecaria contra los dos acusados y contra Ángeles , por importe de 592.118,66 euros, mas intereses y costas, siendo turnada al Juzgado de Primera Instancia n° Once de Zaragoza, que la registró con el número 392/2013 (folios 239 a 244) y por auto de 15 de Octubre de 2013 se ordenó la ejecución contra los citados (folios 364 a 366; y folios del Rollo de Sala 290 a 295). Por Decreto de 21 de enero de 2015 se aprobó el remate a favor de la ejecutante por importe de 514.020,00 euros e interpuesto recurso contra esa resolución se estimó por Decreto de 7 de Abril de 2015 que aprobó el remate por el importe de 543.159,25 euros (folios 831 a 833). En fa tramitación del expediente se declararon abusivas las cláusulas sobre intereses moratorios por auto de fecha 28 de enero de 2014 que acogió en parte la oposición a la ejecución planteada por Celso . Por Decreto de 8 de junio de 2015 se aprobó la cesión del remate a favor de BUILDINGCENTER SAU, haciéndose constar que el importe de la aprobación de la cesión del remate es la totalidad de las cantidades reclamadas en el procedimiento y se ordenó la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito de la ejecutante (folios 834 a 835). b).- En virtud del préstamo suscrito por el acusado con la entonces LA CAIXA, sobre la vivienda familiar sita en la CALLE000 y otros bienes, CAIXABANK, S.A., formuló igualmente demanda de ejecución hipotecaria contra él, siendo turnada al Juzgado de Primera Instancia nº Dos de Zaragoza que la registró bajo el número 21912012, y por Decreto de fecha 30 de septiembre de 2013 se adjudicaron a la ejecutante dicha vivienda y los otros bienes hipotecados (folios 415 a 417) aprobándose después la cesión del remate con fecha 21 de octubre de 2013. Interpuesto recurso, tanto la adjudicación como la cesión del remate fueron anulados por Auto de 6 de octubre de 2014, dictándose nuevo Decreto de adjudicación el 14 de octubre de 2014 por el importe de 386.862 euros (folios 326 a 343, vuelto, del Rollo de Sala). NOVENO.- La acusada Visitacion conocía la situación económica del acusado, que ya fue su esposo desde 2011, las obligaciones que tenia en relación con los préstamos hipotecarios de la vivienda de URBANIZACIÓN000 y otros, y cual era la pensión de alimentos que Celso estaba obligado a pagar respecto del hijo habido con Ángeles . Las transmisiones de bienes inmuebles y participaciones sociales hechas en favor de la acusada antes descritas lo fueron con la intención de sacar unos y otras del patrimonio del acusado y ponerlos a salvo frente a terceros. Parte del efectivo recibido por el acusado por las dos ventas de los inmuebles de la CALLE001 quedó fuera de la acción de terceros. DÉCIMO.- a).- Celso a partir de marzo de 2013, inclusive, dejó de abonar con regularidad la pensión de alimentos de 800 euros mensuales fijada a favor del hijo común habido de su unión con Ángeles , habiendo pagado con cargo a la cuenta NUM010 de la Caja de Ingenieros de la que es titular Visitacion desde entonces cantidades inferiores a la dicha (folios 192 a 196 del Rollo de Sala). A la hora de interponerse la querella adeudaba la suma de 9.600 euros y formular el escrito de acusación Celso adeudaba la suma de 17.550 euros.

b).- Celso en 2008 y 2009 encargó a dos inmobiliarias la venta del inmueble de URBANIZACIÓN000 . En 2012 Visitacion hizo de nuevo el encargo en una de esas empresas inmobiliarias. c).- Celso era administrador único de las mercantiles JCS LOGISTIC WAREHOUSE S L., SISTEMAS DE PROTECCIÓN PARA SEGURIDAD VIAL, S.L., y AZOQUE 2005, S.L. Por auto de 8 de noviembre de 2011 dictado por el Juzgado de Primera Instancia n° 18 de Zaragoza, Ejecución de Títulos no Judiciales 597/2011, a instancias de la entonces BANCA CÍVICA S.A., se despachó orden general de ejecución contra el acusado y JCS LOGISTIC WAREHOUSE S.L. por importe de un principal de 42.087,85 euros, (folios 664 y 665). JCS LOGISTIC WAREHOUSE S.L., SISTEMAS DE PROTECCIÓN PARA SEGURIDAD VIAL, S.L., quedaron inactivas en septiembre de 2011; y la marisquería de AZOQUE 2005, S.L. vino trabajando hasta agosto de 2012. El negocio de esta última no fue nunca bueno y la acusada en algún tiempo percibió un salario de ella. JCS LOGISTIC WAREHOUSE S.L. carece de inmovilizado y actividad; respecto de SISTEMAS DE PROTECCIÓN PARA SEGURIDAD VIAL, S.L. no existen las patentes y marcas que pretendía explotar. En virtud del acuerdo entre SISTEMAS DE PROTECCIÓN PARA SEGURIDAD VIAL, S.L., y CEGASA INTERNACIONAL S.A. la primera transmitió a la segunda elementos de propiedad industrial, certificaciones y homologaciones por importe de 1.371.929,95 euros. Ese precio se abonó mediante compensación que la empresa del acusado tenía con CEGASA por importe de 966.871 euros, un cheque de 95.781,50 euros y el resto de 100.000 euros que no consta que se haya recibido por el acusado (documento 14 del informe pericial). Celso en junio de 2013 fue declarado por la Agencia Tributaria responsable del pago de deuda de SISTEMAS DE PROTECCIÓN PARA SEGURIDAD VIAL, S.L. por importe de 29.832,97 euros (documento 12 del Informe pericial). Por Sentencia de 17 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 20 de Zaragoza , en juicio ordinario 1441/11/F seguido a instancias de SANTANDER AHORRO INMOBILIARIO 2 S.A. S.I.I. se condenó a JCS LOGISTIC WAREHOUSE S.L. al pago de la suma de 706.684,63 euros, sentencia confirmada por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 19 de octubre de 2012 (folios 667 a 677). d).- Celso prestó servicios para UXUA BIOENERGÍA Y RENOVABLES SL., desde 1 de Octubre de 2012 hasta el 12 de febrero de 2013 encargado de logística (folios 658 a 663), percibiendo un salario bruto de 3.122,87 euros. Tiene reconocida prestación por desempleo por el periodo comprendido entre el 05/05/2016 y el 18/03/2017 (folio 191 del Rollo de Sala). En la actualidad el acusado está trabajando como submarinista, en temporada de mayo a septiembre, desde el 2014, percibiendo al menos unos 900 euros mensuales. e).- Cirilo y la acusada, representada por un tercero, el 19 de junio de 2009 vendieron una vivienda de su propiedad por el precio de 259.000 euros, finca que estaba gravada con una hipoteca que se canceló con una parte del precio retenida por el comprador. La acusada percibió mediante cheque bancario la suma de 76.562,00 euros (folios 863 y ss.). f).- Visitacion presta servicios como Abogada. para ADMIPYME CORTES, S.L., desde mayo de 2007, percibiendo inicialmente un salario de unos 1.200 euros y después salario bruto inferior a los 800 euros, teniendo decretado un embargo por el Juzgado de Primera Instancia n° 10 de Zaragoza, Autos de Ejecución de Títulos no Judiciales 583/2012 seguido a instancia de Banco de Valencia, reteniéndole la empresa una cantidad en torno a los 19-26 euros al mes (Folios 113 a 117 del Rollo de Sala). Este embargo es causa de una deuda contraída

por AZOQUE 2005 S.L. Así mismo, tiene otro embargo a instancias de La Zaragozana S.A. g).- En las cuentas corrientes abiertas en Caa de Ingenieros, con los números NUM009 y NUM010 , desde agosto de 2008 hasta diciembre de 2011 se hicieron ingresos por parte de ADMIPYME CORTES S.L. y AZOQUE 2005, S.L. (folios 152 a 155 del Rollo de Sala)

.

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

ABSOLVEMOS a los acusados Celso y Visitacion del delito de insolvencia punible que les imputan las acusaciones pública y particular, declarando de oficio las costas causadas por el enjuiciamiento de los citados por el delito referido, con inclusión en esa porción de las originadas por la Acusación Particular. Se dejan sin efecto las medidas cautelares que se hubieran podido adoptar sobre su persona o bienes. CONDENAMOS al acusado Celso , como autor responsable de un delito de abandono de familia en la modalidad de impago de pensiones, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a que abone a Ángeles la suma de diecisiete mil quinientos cincuenta euros, más los intereses del artículo 576 desde la fecha de la sentencia, Abonará las costas causadas por el enjuiciamiento de tal delito, con inclusión de la parte correspondiente de las ocasionadas por la Acusación Particular. Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes. Contra esta sentencia cabe recurso de casación a resolver por el Tribunal Supremo, recurso que podrá prepararse mediante escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación

.

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 la Acusación Particular Dña. Ángeles y del acusado D. Celso , 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 la Acusación Particular Dña. Ángeles , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN

Primero.- Infracción de preceptos constitucionales, por la vía del nº 4 del art. 5 de la L.O.P.J ., en relación con el artículo 852 L.E.Cr ., se denuncia el quebrantamiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, previsto en el art. 24.1 C.E .

Segundo.- Infracción de preceptos constitucionales, por la vía del nº 4 del art. 5 de la L.O.P.J ., en relación con el art. 852 L.E.Cr ., se denuncia quebrantamiento del principio de legalidad, contenido en el art. 25.1 C.E ., en relación con el art. 9.1 y 9.3 C.E .

Tercero.- Infracción de precepto legal. Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., en relación con el art. 847 de la misma norma legal (redacción anterior al 6 de diciembre de 2015) por haberse infringido en la mentada resolución preceptos de carácter sustantivo.

II. El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Celso , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de ley, por inaplicación de lo dispuesto en el art. 228 del vigente C. Penal . Ello toda vez que no existió denuncia previa del delito por parte de la denunciante, lo que resulta ser un requisito de procedibilidad ineludible, por lo que no debió abrirse juicio oral por el delito que en definitiva es título de condena.

Segundo.- Infracción de ley, por aplicación indebida del art. 227 del vigente C. Penal , al no concurrir dolo por parte del autor, toda vez que carecía de posibilidades económicas para cubrir el importe total de la pensión, sin que pueda fundarse la condena en una pretendida despatrimonialización previa por la que ha sido absuelto

QUINTO

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la inadmisión de los mismos, impugnándolos subsidiariamente, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida e impugnando también los mismos 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 29 de junio de 2017, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Celso

PRIMERO

El primero de los dos motivos que formula, lo residencia en el art. 849.1º L.E.Cr . (corriente infracción de ley) por no dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 228 C.P ., al no existir denuncia previa por parte de la querellante, faltando un requisito de procedibilidad de indudable relevancia, cuando se denuncian hechos relativos a los delitos previstos en el art. 226 y 227 C.P . Consecuentemente no debió abrirse el juicio oral por el delito que se le condena.

1. El impugnante refiere que en la querella formalmente presentada no se hace mención a la calificación expresa del impago de pensiones por alimentos "en favor del hijo". Tampoco se ha practicado instrucción sobre tal delito, ni se halla contenido en el auto de acomodación de procedimiento dictado por el juez de instrucción.

   La Audiencia considera que al solicitar indemnización por dicho impago de pensiones, en el fondo estaba denunciando el delito del art. 227, cuando no es posible una interpretación extensiva en contra del reo, ya que la inclusión de tal indemnización pretendía resarcirse en el campo de la responsabilidad civil de las pensiones atrasadas, pero no como generadoras de un delito de abandono de familia, sino como una parte de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes que "expliciter" se denuncia.

   El instructor inició el proceso por ese solo delito, y en base a él se acomodó el procedimiento. En definitiva no hubo la denuncia exigida por el art. 227 C.P .

2. El motivo no debe prosperar. Hemos de partir de que la querellante es la madre del menor y representante legal del mismo y en los folios 33 y 34 de la querella que inicia el proceso se alude expresamente al impago de pensiones del hijo y en el ámbito de la responsabilidad civil se solicitó indemnización por las pensiones no abonadas.

   No obstante y sin desconocer que el motivo se articula por corriente infracción de ley (art. 849.1º L.E.Cr .) lo que obliga a aceptar en todo su contenido, orden y significación el relato de hechos probados (art. 884.3 L.E.Cr .), de él y de su desarrollo en la fundamentación jurídica y sus referencias al proceso, se evidencian los siguientes hitos o datos determinantes:

   1) En la declaración prestada por el acusado en el juzgado de instrucción (primera que emite) se le preguntó si era cierto que no había pagado la pensión de 800 euros para su hijo desde el mes de mayo de 2013 hasta febrero de 2014 (folio 632).

   Con ello se cumplió la exigencia impuesta por el nº 779.1.4º L.E.Cr. de que se hubiese "tomado previa declaración al investigado sobre los hechos", en los términos establecidos en el art. 775 L.E.Cr ., en el que se exige informar al querellado de los hechos que se le imputan , no de la calificación jurídica que puedan merecer, por lo que el acusado supo desde el primer momento que contra él se dirigía la querella por el delito de impago de pensiones.

   2) En el auto de apertura del juicio oral dictado por el instructor se especifica de forma absolutamente concreta que la acusación se formula:

   - Por un delito de insolvencia punible del art. 257.1.1º, 2º, 2 y 4 en relación al 250.1 y 5º.

- Por el delito de abandono de familia por impago de pensiones del art. 227.1 del C. Penal .

3) En el trámite de calificaciones las partes acusadoras, calificaron los hechos también por el delito de impago de pensiones. Esta calificación fue elevada a definitiva, llegado el trámite correspondiente.

4) En el trámite de cuestiones previas al inicio de las sesiones del juicio oral, la contraparte no realizó alegación alguna en relación al tema que constituye hoy el motivo del recurso.

5) El conocimiento por el encausado del alcance objetivo y subjetivo de la imputación desde un principio por delito de abandono de familia en la modalidad de impago de pensiones por alimentos, queda fuera de toda duda. Los hechos atribuidos desde un principio reunían los elementos objetivos y subjetivos de este tipo delictivo:

- Conducta consistente en el impago reiterado de esta prestación económica, durante los plazos exigidos en el precepto legal.

- Comportamiento doloso del denunciado, que con conocimiento de la obligación de pagar desatiende dicha obligación a pesar de tener capacidad económica para afrontar la prestación debida.

Por lo expuesto el motivo debe declinar.

SEGUNDO

También por corriente infracción de ley (art. 849.1º L.E.Cr .), al considerar indebidamente aplicado el art. 227 C.P ., por no concurrir dolo de parte del autor, en tanto carecía de posibilidades económicas para cubrir el importe total de la pensión, sin que pueda fundarse la condena en una pretendida despatrimonialización previa, por la que ha sido absuelto.

1. La absolución por carencia de posibilidades económicas para hacer efectiva la pensión de alimentos se apoyaba en los siguientes argumentos:

   - El Sr. Celso carecía por completo de patrimonio.

   - Las empresas que un día tuvo, se hallaban no solo sin actividad, sino cargadas de deudas, lo que hacía inviable económicamente a las mismas.

   - Sus únicos ingresos se reducían a la cantidad de 900 euros mensuales y solo durante la temporada de verano, trabajaba cuatro o cinco meses al año como monitor de submarinismo.

   - Tiene además otra hija menor de su segundo matrimonio.

   Así pues, el impago parcial no es debido a una voluntad obstativa del acusado, sino a una imposibilidad material de atender el pago completo.

Nos dice que la Audiencia reconoce esa imposibilidad, aunque añade que ello no se hubiera producido si no hubiera realizado los actos de disposición que realizó.

Si se considera que el impago es consecuencia de la despatrimonialización el tipo sería el de alzamiento de bienes, pero en este punto la sentencia es absolutoria. Sostener que si no se hubieran producido las transmisiones patrimoniales, el acusado hubiera podido pagar la pensión, es una afirmación carente de toda certeza.

Tal cuantioso patrimonio aparente, no suponía garantía para el pago de la pensión futura.

2. La pretensión no puede prosperar. Los hechos probados (sexto a noveno) recogen todos y cada uno de los negocios jurídicos celebrados entre los acusados o con terceros, sin que se haya discutido la realidad y fechas en que se llevaron a cabo los mismos, ni tampoco el hecho de que la acusada Visitacion no haya abonado dinero alguno a su actual esposo y acusado Sr. Celso por la adquisición y consiguiente incorporación a su patrimonio privativo del 50% de la vivienda de URBANIZACIÓN000 , las participaciones de la Sociedad Azoque 2005, S.L., el 100% de la vivienda de Alcalá de Xibert (Alcossebre), o el 100% de la titularidad del piso sito en la CALLE001 de Zaragoza, planta NUM007 puerta DIRECCION002 , que recibió por donación del hoy acusado Sr. Celso en virtud de escritura pública de 22 de enero de 2013 (vid. Hecho Probado Séptimo de la sentencia de instancia).

   La sentencia recoge una despatrimonialización total del acusado, que tuvo como hito de inicio el matrimonio de los dos acusados.

   Por otro lado, cuanto se afirma que la acusada Visitacion se subrogaba en los préstamos hipotecarios, tal subrogación no tuvo lugar ni formal ni materialmente.

   A su vez la segunda fase de despatrimonialización tiene lugar en relación a los inmuebles que le fueron adjudicados al acusado en la C/ CALLE001 , consistentes en tres viviendas y varios trasteros. Además en enero de 2013 el acusado dona a la acusada otra de las viviendas valoradas en 132.630'94 euros y un trastero tasado en 12.997'82 euros.

   Item más, en febrero de 2013 el acusado vende la tercera vivienda y varios trasteros a la mercanitl AFTERWORK GESTION, S.L. por el precio de 153.000 euros. Es cierto que tuvo que pagar gastos en relación con el inmueble de la CALLE001 -nos dice la sentencia- pero lo cobrado en efectivo supone una elevada suma de dinero cuyo destino concreto se ignora. Con la donación hecha a la acusada no hay justificación posible, y precisamente si existían también deudas y obligaciones dinerarias, tal y como afirman los hechos probados, no podía donarse ese bien a la acusada que no era acreedora de ninguna de ellas.

   Remitiéndonos en todo a lo argumentado en el fundamento noveno de la sentencia, es patente el vaciamiento consciente del patrimonio que imposibilitó el pago de la pensión, circunstancia que nada tiene que ver con la absolución por alzamiento de bienes. Efectivamente se enajenó fraudulentamente parte del patrimonio, impidiendo el pago de la pensión, pero ello no empece que no se cometiera alzamiento de bienes al no existir ningún acreedor efectivo.

En favor de la mujer pudo establecerse la obligación del acusado de seguir satisfaciendo la hipoteca que a ella le correspondía satisfacer hasta que se enajenase el bien inmueble, pero no se acredita un concreto crédito en favor de la misma como "pensión compensatoria" al existir razones que no lo permitían, especialmente por falta de desequilibrio económico o por no haberle impedido el matrimonio realizar a la mujer actividades lucrativas, etc., etc., y en ausencia de fijación de un crédito y no ser acreedora, no se producía defraudación a acreedor alguno como consecuencia del impago de la hipoteca.

Posteriormente la entidad bancaria ejecutó su crédito hipotecario, sin que existiera remanente a favor del deudor, y la hipoteca y el crédito quedarían extinguidos.

Son por tanto compatibles los conceptos de despatrimonialización, y ausencia de acreedores defraudados que impiden la condena por alzamiento de bienes o insolvencia punible (frustración de la ejecución).

El motivo, por todo ello, ha de rechazarse.

RECURSO DE Ángeles

TERCERO

En el motivo primero al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . y 852 L.E.Cr ., la recurrente denuncia el quebrantamiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al haberse realizado por la Audiencia un juicio de inferencia que se aparta de la doctrina jurisprudencial relativa al delito comprendido en el art. 257.1.1 º y 2º C.P .

1. La recurrente delimita el ámbito típico del delito de alzamiento tratando de justificar que el Tribunal de instancia se apartó de tales criterios que podemos resumir del modo siguiente:

    a. El tipo penal no exige que el crédito sea líquido, vencido y exigible, es suficiente ante una deuda ya nacida, pero todavía no ejercitable, que alguien realice un verdadero y propio alzamiento.

    b. Producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acusados la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia del delito.

    c. Según el hecho probado 9º, la sentencia considera acreditada la ocultación de bienes con la finalidad de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos.

    d. Dicho relato probatorio debemos enlazarlo con el fundamento jurídico 4º, que concluye que las enajenaciones hechas a Visitacion , buscaban la exclusiva finalidad de sacar de su patrimonio los bienes de los que era titular a fin de resguardarlos de las acciones de sus acreedores .

    e. El delito del art. 257.1 es de tendencia, no de resultado, que se consuma desde que se produce la situación de insolvencia, aun parcial del deudor, de ahí que el tipo no

requiera la cuantificación de un perjuicio efectivo para entenderse consumado, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase de ejecución, sino a la de agotamiento del delito.

f. 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 y exigibilidad por parte de los acreedores .

2. La recurrente con el contenido de la queja se desvía de lo que realmente integra una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Realmente, el motivo se adentra y asume de lleno el juicio de subsunción , al que dedica el motivo 3º.

   Como bien apunta el Fiscal el derecho a la tutela judicial efectiva solo puede producirse en los siguientes aspectos, ninguno de los cuales se ha visto afectado por las argumentaciones impugnativas.

   Así, las manifestaciones fundamentales de este derecho, como nos enseña el Tribunal Constitucional, y nos recuerda el Fiscal, afectarían o integrarían:

   a. El derecho de acceder a los jueces y tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos.

   b. El de tener la oportunidad de alegar y probar las propias pretensiones en un proceso legal y en régimen de igualdad con la parte contraria, sin sufrir en ningún caso indefensión.

   c. El de alcanzar una respuesta razonada y fundada en derecho dentro de un plazo razonable.

   d. El de ejercitar los recursos establecidos por la ley frente a las resoluciones que estiman desfavorables.

   e. El de obtener la ejecución del fallo judicial.

3. Comprobado que nada del contenido del motivo afecta a tal derecho, resulta adecuado centrar la cuestión, que la recurrente ha desviado a otra materia.

   Son oportunas algunas de las manifestaciones emitidas por la parte recurrida Visitacion que esquematizamos del modo siguiente:

   1) La absolución se basa y fundamenta en la falta de la condición de acreedor de la recurrente en el procedimiento de ejecución de sentencia derivada de una obligación de hacer y no de una obligación dineraria , lo que hace que resulte indiferente que la deuda que se reclama ahora en vía penal revista los caracteres de líquida, vencida o exigible.

   2) A la recurrente, Ángeles no se le concedió pensión compensatoria en el proceso de divorcio derivada del desequilibrio económico ocasionado con la ruptura matrimonial, que importaron 428.350 euros, que es lo que se reclama ahora.

   3) La sentencia de 3 de enero de 2010 dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza en

el procedimiento de divorcio explica en sus fundamentos que nos encontramos ante un matrimonio que apenas ha durado 3 años y medio, en el que se pactó como régimen económico legal la separación de bienes, y además la esposa no dejó su trabajo por razón del matrimonio sino que tenía ingresos propios. De esta manera la Audiencia razona que se ha desechado la pensión compensatoria en matrimonios de corta duración por cuanto en tal caso no cabe apreciar la consolidación de un status que merezca la protección de este sistema compensatorio, y tampoco cuando se da el régimen de separación de bienes como este caso.

4) Aún así, y puesto que el Sr. Celso se ofreció al pago de la cuota hipotecaria de la vivienda que había constituido el domicilio familiar hasta la liquidación y venta de la misma, la Audiencia procedió a acoger tal pretensión y acordó como sucedáneo de la pensión compensatoria a cargo del esposo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Código Civil una prestación; pero una prestación de hacer y consistente en: abono de las cuotas hipotecarias de esta vivienda hasta que la misma se vendiera.

5) La Audiencia argumenta que no existe resolución alguna que condene al Sr. Celso a abonar a la recurrente la suma de 428.350 euros como pensión compensatoria.

6) El basamento jurisprudencial lo obtiene la Audiencia Provincial de algunas sentencias, en particular, la nº 667/2002 de 15 de abril, en la que se exige para alumbrar el delito del art. 257 "que se trate en todo caso, de obligaciones de dar, ya que las obligaciones de hacer no son susceptibles inicialmente, de ser exigidas mediante embargo o procedimiento ejecutivo o de apremio". Solo a través de su cumplimiento sustitutorio se pueden transformar en obligaciones de dar.

4. Sentado lo anterior y descendiendo al caso que nos ocupa resulta lo siguiente:

   "La señora Ángeles ante el impago por parte del Sr. Celso -por justificadas causas económicas- de las cuotas hipotecarias instó el correspondiente procedimiento de ejecución ante el Juzgado de Familia nº 6 de Zaragoza formulando demanda ejecutiva suplicando se despachara ejecución contra los bienes del Sr. Celso por la suma de 297.881,57 € en concepto de principal más la suma de 69.364,47 €, en concepto de intereses y costas derivadas de esta ejecución.

   Sin embargo, el propio Juzgado no accedió a esta petición, en el correcto entendimiento que no nos encontrábamos ante una obligación dineraria sino ante una obligación de hacer y por tanto el auto por el que se acordaba despachar ejecución requirió al Sr. Celso a cumplir la sentencia dictada en sus propios términos, incluyendo en sus fundamentos jurídicos que nos encontrábamos ante una obligación de hacer, y por tanto se le requirió para que procediera al pago de las cuotas, pero no al abono de las cantidades solicitadas de contrario".

5. Por lo expuesto podemos concluir que para la comisión del delito de insolvencia pubible (frustración de la ejecución), en el presente supuesto y como premisa fundamental, deberíamos hallarnos ante una frustración de la ejecución de una resolución previa que condenase al Sr. Celso en calidad de deudor a abonar a la acreedora, la Sra. Ángeles , una suma de dinero. Es evidente que en el presente caso ni existe tal declaración de

condena ni está determinada su cuantía.

Consecuentemente no ha habido ejecución ni procedimiento de apremio frustrado pues efectivamente, como razona la sentencia impugnada, aunque el acusado hubiera seguido siendo titular de todos los bienes que tuvo, el resultado de la ejecución hubiese sido el mismo.

El motivo ha de rechazarse.

CUARTO

Por la vía del nº 4 del art. 5 L.O.P.J . en relación con el art. 852 L.E.Cr., denuncia en el motivo 2º quebrantamiento del principio de legalidad, contenido en el art. 25.1 de la Constitución Española, en relación con el art. 9.1 y 9.3 de dicha Norma Fundamental. En estricta aplicación del principio de legalidad positivizado por el art. 25.1 C.E ., en relación con el art. 9.1 y 9.3 de la Norma Fundamental, considera el recurrente que el órgano jurisdiccional no puede realizar interpretaciones de la norma jurídica que se aparten del tenor de la misma, máxime cuando dicha interpretación se hubiere realizado con carácter restrictivo.

1. La recurrente insiste en que la interpretación que hace la Audiencia del art. 257.1 y 2 C.P . vulnera el principio de legalidad, ya que concurren todos los elementos configuradores de ese tipo penal.

   Discrepa total y absolutamente de la argumentación de la sentencia, que sobre este particular nos dice: "La condición de acreedora de la querellante frente al acusado no puede ser declarada en esta jurisdicción, ni en su carácter abstracto ni en el concreto de fijarse el importe de la deuda, y por ello no puede entenderse cometido el delito del art. 257 del C. Penal , ni en su párrafo 1.2º pues falta el procedimiento de ejecución o apremio, ni en el 1.1º al no tener la querellante esa condición de acreedora para ser incluida en ese concepto de acreedores" del que habla el Código Penal al decir "al que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores". Por lo tanto, en base a la doctrina citada anteriormente procede declarar que no hay delito en relación con el impago de las cuotas hipotecarias".

   Considera la recurrente que hacer un pago de una cantidad mensual concreta y determinada en concepto de cuota hipotecaria, por cuenta de la querellante Ángeles , constituye un crédito, ya que conforme al art. 257.3 C.P ., "cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, integraría el tipo delictivo".

2. La recurrente nos recuerda que la acusación se realizó por una insolvencia punible derivada de la frustración de una ejecución y que no existe resolución ni sentencia alguna ni en procedimiento declarativo ni en procedimiento de ejecución o apremio que condene al Sr. Celso al pago de cantidad alguna de dinero a la Sra. Ángeles . De ahí que en base al art. 257 C.P ., solicita el pago de la mitad del valor de la vivienda y no el abono de las cuotas dejadas de pagar, y además que sea esta instancia penal la que se pronuncie si el Sr. Celso es deudor frente a la Sra. Ángeles , y por tanto ésta ostenta la condición de

acreedora y más aún entre a determinar esta Sala y ahora el T. Supremo la cuantía que se debe a la recurrente.

La Audiencia explica que el primer requisito para hacer nacer el tipo del art. 257 es la condición de acreedora de la Sra. Ángeles .

De ahí que conforme a lo ya explicado la recurrente en el momento de instar la ejecución y según el auto de 8 de enero de 2013 dictado por el Juzgado de Familia, no era acreedora del Sr. Celso por el impago de las cuotas hipotecarias, y ni siquiera lo es en la actualidad pues no se ha producido la sustitución de la obligación de hacer en dineraria, pero ni siquiera el banco, que sí era acreedor legal del Sr. Celso declarado en la ejecución hipotecaria, tras el procedimiento de esta ejecución interpuso procedimiento alguno para exigir el cumplimiento de la cantidad debida.

Así pues, conforme a una interpretación de los requisitos de este delito la Sala concluye que la condición de acreedora de la querellante frente al acusado no puede ser declarada en esta jurisdicción, extremo éste totalmente lógico, ni en su carácter abstracto ni en el concreto de fijarse el importe de la deuda, y por ello no puede entenderse cometido el delito del art. 257 en su párrafo segundo, pues efectivamente, como llevamos recordando a lo largo de todo este recurso, falta el procedimiento de ejecución, pero tampoco del párrafo primero del art. 257 del mismo cuerpo legal pues la querellante no tiene la condición de acreedora según la concepción de acreedores de que habla el Código Penal y concretamente "en perjuicio de sus acreedores" y por tanto no hay delito en relación con el impago de la cuota de las hipotecas.

El motivo no puede estimarse.

QUINTO

En el tercer y último motivo, por infracción de precepto legal: al amparo del art. 849.1º L.E.Cr ., en relación con el art. 847 de la misma norma legal (redacción anterior al 6 de diciembre de 2015) por haberse infringido en la mentada resolución preceptos de carácter sustantivo, inaplicación indebida e interpretación errónea del art. 257.1.1 º y 2º del C. Penal por parte del Tribunal de instancia en sentencia. La única diferencia entre la obligación de "hacer un pago" de la cuota hipotecaria en concepto de pensión compensatoria y "la obligación de pagar" a la Sra. Ángeles esa misma cuantía por el mismo concepto de pensión compensatoria no estriba en la naturaleza de la obligación -nos dice la recurrente-, sino en la persona a quién se efectúa el pago ("Caixabank" en un caso, la Sra. Ángeles en otro). Entiende que esta conceptuación formal (contraria por lo demás, no solo a lo previsto ex art. 257.3 del C. Penal , sino también a la consideración doctrinal de este delito como de "tendencia" y no de "resultado"), no puede amparar la conducta de quienes, según reconoce la propia sentencia de instancia, voluntariamente le han llevado a una situación de insolvencia ficticia, con el fin de eludir sus obligaciones de pago no solo en favor de la recurrente, sino del hijo común del matrimonio habido entre querellante y acusado, y que ha supuesto a la Sra. Ángeles la pérdida del 50% de una vivienda que adquirió en régimen de separación de bienes constante matrimonio con el hoy acusado Sr. Celso ".

1. La recurrente -como bien apunta el Fiscal- reivindica la absoluta tipicidad de la conducta enjuiciada, por cuanto a ésta le resulta evidente, que el acusado era deudor de ella y con el fin de ponerse a cubierto de las responsabilidades derivadas de aquellos débitos inició un proceso de despatrimonialización, culminándolo con éxito.

   Sostiene la autora del recurso, que una reiterada doctrina de esa Excma. Sala, viene estableciendo que los créditos que se tratan de burlar con la comisión delictiva no es necesario que estén vencidos o fueran líquidos en el momento del alzamiento, basta con que sean existentes.

2. Debemos igualmente poner de manifiesto que ni la acusación particular ni el Mº Fiscal dirigieron formalmente la acusación ni contra el Sr. Celso , ni contra la acusada Visitacion por el delito de insolvencia punible en relación con el impago de la pensión de alimentos; tan solo se hizo en relación al impago de las cuotas hipotecarias.

   No es posible por tanto, en atención al principio acusatorio, pronunciarse si hubo delito de alzamiento de bienes en relación al impago de la pensión por alimentos.

   Debe también añadirse que cuando se realizan las transmisiones a favor de Visitacion , el Sr. Celso seguía siendo titular de otros inmuebles, por lo que en el caso se planteó la existencia de una infracción penal en los negocios jurídicos alzados, ya que el patrimonio del Sr. Celso no se agotó con las transmisiones efectuadas a la nueva esposa.

   Tampoco puede pretenderse una hipotética responsabilidad civil solicitada por la recurrente como perjuicio derivado de la comisión del alzamiento de bienes, y ello por dos razones:

   1) La primera de ellas, y ya reiterada, es que no existe sentencia alguna en ninguna jurisdicción que condene al Sr. Celso al pago de cantidad de dinero y consecuentemente la Audiencia no ha podido entrar a determinar la cuantía de este supuesto perjuicio y consecuentemente tampoco este Tribunal podría entrar a pronunciarse sobre la misma.

   Como nos recuerda el Fundamento Jurídico 7º de la recurrida no hubo procedimiento ejecutivo o de apremio y la ejecución entablada no quedó frustrada por una posible insolvencia del acusado Celso , sino porque se entendió que se trataba de una obligación de hacer y no de una obligación dineraria de la que fuera acreedora la beneficiaria de la pensión compensatoria, motivo por el cual el auto de fecha 8 de enero de 2013 dictado por el Juzgado de Primera Instancia, no dio lugar a la pretensión de Ángeles ni practicó los embargos solicitados por ésta para obtener el dinerario equivalente a las cuotas impagadas a ella correspondientes.

   2) La segunda, es que la defensa entiende que la recurrente no ha sufrido perjuicio económico alguno puesto que no ha existido y ello por el siguiente motivo:

   a. Consta aportado al presente procedimiento parte del procedimiento de ejecución hipotecaria instada por el banco ejecutante Caixa Bank S.A. seguidos ante el Juzgado nº 11 de Zaragoza referidos a la ejecución de la vivienda sita en URBANIZACIÓN000 y respecto a la que el Sr. Celso venía obligado al pago de las cuotas hipotecarias de la parte de la Sra. Ángeles hasta su definitiva venta o

liquidación.

b. En este procedimiento se dictó Decreto de fecha 8 de junio del 2015 por el que se aprobaba la cesión de remate adjudicando la vivienda familiar a favor de la mercantil Building Center por la suma de 543.159 € de principal, intereses y costas derivadas de esa ejecución hipotecaria.

c. En esa misma resolución se hacía constar expresamente que el importe de la cesión de remate era por la totalidad de las cantidades reclamadas en el presente procedimiento por lo que procedía al archivo definitivo de las actuaciones y a la cancelación de la hipoteca que gravaba a la vivienda.

d. Por ello entendemos que con esta adjudicación se canceló definitivamente la deuda que tanto la Sra. Ángeles como el Sr. Celso tenían con el banco, pagándose la hipoteca con el propio valor del bien, no derivándose ningún tipo de deuda que pudiera reclamarse posteriormente y por lo tanto ningún perjuicio.

3. Si a lo dicho añadimos que estamos en presencia -al menos en lo que respecta al delito de alzamiento de bienes- de una sentencia absolutoria, en materia de recurso de casación es de aplicación la doctrina largamente elaborada por esa Excma. Sala, siguiendo las pautas de la jurisprudencia del TEDH y nuestro T. Constitucional, que indica la extrema dificultad, si es que no absoluta imposibilidad de condenar, por causas distintas a un deficiente juicio subsuntivo, ante la falta de inmediación. En este sentido se han pronunciado, de forma uniforme gran cantidad de sentencias del T. Constitucional, entre las que cabe destacar: SS.T.C. 167/2002, 170/2002; 197/2002; 198/2002; 230/2002; 41/2003; 68/2003; 118/2003; 189/2003; 50/2004; 75/2004; 192/2004; 200/2004; 14/2005; 43/2005; 78/2005; 105/2005; 181/2005; 199/2005; 202/2005; 203/2005; 229/2005; 90/2006; 309/2006; 360/2006; 15/2007; 64/2008; 115/2008; 177/2008; 3/2009; 21/2009; 118/2009; 120/2009, 184/2009; 2/2010; 127/2010; 45/2011 y 142/2011. A todas ellas deben añadirse como más recientes las de, SS.T.S 450/2011, de 18 de mayo; 1217/2011, de 11 de noviembre; 1223/2011, de 18 de noviembre; 1385/2011, de 22 de diciembre; 209/2012, de 23 de marzo y 236/2012, de 22 de marzo.

   Nos hallamos ante un supuesto de imposible condena al encausado absuelto (art. 792.2 L.E.Cr .).

   Por lo expuesto el motivo tercero no puede prosperar.

SEXTO

La desestimación de todos los motivos hace que las costas se impongan a los recurrentes, de conformidad al art. 901 L.E.Cr .

FALLO

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

sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de la Acusación Particular Dña. Ángeles y del acusado D. Celso , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, de fecha 15 de julio de 2016 , en causa seguida contra el anterior acusado por delito de abandono de familia en la modalidad de impago de pensiones. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos, con pérdida del depósito constituido por la Acusación Particular. 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 coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia Juan Saavedra Ruiz