

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 239/2021 de 17 Mar. 2021, Rec. 2293/2019

Ponente: Magro Servet, Vicente.

Nº de Sentencia: 239/2021

Nº de Recurso: 2293/2019

Jurisdicción: PENAL

Cabecera

ABANDONO DE FAMILIA, MENORES E INCAPACES. ALZAMIENTO DE BIENES.
PENALIDAD. Ejecución de las penas. Suspensión de la ejecución (remisión condicional).

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. 239/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 17 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de los acusados D. ALFONSO y Dña. SARA, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, que les condenó por delitos de abandono de familia y de alzamiento de bienes, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por la Procuradora Dña. Ana Belén Gómez Murillo y bajo la dirección Letrada de D. Diego Coronado.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Palma de Mallorca incoó Procedimiento Abreviado con el nº 1248/13 contra ALFONSO, SARA y otra, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, que con fecha 17 de abril de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Probado y así se declara: PRIMERO.- ALFONSO y LAURA contrajeron matrimonio en fecha 14 de agosto de 1986 en el Juzgado de Paz de Lluchmajor. GOURMET BALEAR SL fue constituida como compañía mercantil de responsabilidad limitada, mediante Escritura de 18 de febrero de 1999, por ALFONSO, cuyo objeto social era la comercialización, incluidos comercio interior y exterior, distribución, compra y venta de toda clase de productos alimenticios: carnes animales y subproductos derivados; productos envasados, enlatados y congelados agrícolas, ganaderos y marinos; bebidas de todas clases y refrescos. El Sr. Alfonso era, en la fecha de constitución, socio único y administrador único de dicha entidad. Se inscribe el 31 de marzo de 1999 en el Registro Mercantil. Mediante Escritura de 3 de mayo de 2001, se cambia el sistema de administración y pasan a ser nombrados administradores solidarios el Sr. Alfonso y Dña. Laura. Deja de ser sociedad unipersonal, habiendo vendido el Sr. Alfonso parte de sus participaciones en escritura de 14 de mayo de 2001, quedando éste con el 51% y la Sra. Laura con el 49%. El nombre comercial de EL GOURMET BALEAR estaba a nombre de ALFONSO. SUMINISTROS ESCALDES SL fue constituida por Escritura de 7 de agosto de 1991, constando como administrador único ALFONSO en virtud de Escritura de 3 de abril de 1992, rectificada por otra de 1 de octubre de 1992. Mediante Escritura de 3 de mayo de 2001, se nombran Administradores solidarios a ALFONSO y a LAURA y socios al 50% y 50% respectivamente. El objeto social era distribución y representación de productos alimenticios y de limpieza en general. SUMINISTROS ESCALDES SL era dueña de la vivienda sita en CALLE001 en Pont D'Inca (Marratxí) en virtud de Escritura pública de compra de 14 de diciembre de 1994. Y de la finca rústica sita en Buñola, CALLE002 por compra mediante Escritura pública de 21 de abril de 1994. SEGUNDO.- En fecha

16 de julio de 2001, mediante escritura pública autorizada por el Notario Sr. Feliu Bauzá, se constituye crédito abierto por la entidad La Caixa a favor de GOURMET BALEAR SL con garantía hipotecaria, nº NUM001, hasta el límite de 138.232,68 euros, siendo hipotecada la vivienda sita en CALLE001 en Pont D'Inca (Marratxí), propiedad de SUMINISTROS ESCALDES SL. Comparecieron ALFONSO en su propio nombre y como administrador solidario de GOURMET BALEAR SL; Laura, en su propio nombre y como administradora solidaria de SUMINISTROS ESCALDES SL, titular del bien que se hipotecaba, y se constituyó afianzamiento solidario con la parte prestataria (Gourmet Balear SL) por Alfonso y Laura, ambos en su propio nombre y derecho y, además, la Sra. Laura en nombre de SUMINISTROS ESCALDES SL. En ese acto, la parte prestataria, GOURMET BALEAR SL, recibe 138.232,68 euros, como primera disposición. En fecha 21 de agosto de 2003, mediante escritura pública autorizada por el Notario D. Enrique Terrasa Comas, en sustitución de D. Ciriaco Corral García, se constituyó hipoteca de máximo a favor del BBVA sobre la finca sita en Buñola, propiedad en esa fecha de SUMINISTROS ESCALDES SL, en garantía de la póliza de contrato mercantil de arrendamiento financiero -leasing- de bienes muebles, formalizada en la misma escritura, entre el BBVA y a favor de GOURMET BALEAR SL, por cantidad máxima de 97.500 euros de principal, más intereses, costas y gastos, por plazo hasta el 21 de diciembre de 2007. En dicho acto compareció ALFONSO en nombre y representación de SUMINISTROS ESCALDES SL en calidad de administrador solidario. TERCERO.- En fecha 9 de septiembre de 2003, por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca, en el procedimiento de separación de mutuo acuerdo nº 960/2003, se dictó Sentencia por la que se fallaba lo siguiente: "1.- Se concede la separación legal del matrimonio formado por ALFONSO y LAURA, celebrado en Lluçmajor el 14 de agosto de 1986. 2.- Asimismo, se aprueba la propuesta de convenio regulador suscrito por los cónyuges en fecha 3 de julio de 2003 (...)" El Convenio regulador que se aprobaba databa de 3 de julio de 2003. En dicho Convenio se establecía: En su manifestación segunda: "SEGUNDA. Que de su unión han nacido y viven dos hijos, Mateo, nacido el día 00/00/00 y Lidia, nacida el 00/00/00 (...)" "TERCERA. El régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes, no obstante, los comparecientes ostentan la condición de Administradores solidarios de dos entidades denominadas SUMINISTROS ESCALDES SL y EL GOURMET BALEAR SL, además de la titularidad de participaciones sociales en ambas sociedades. A fin de regular el estado actual de estas sociedades tras la separación del matrimonio deberá estarse a lo dispuesto en el apartado Segundo y Sexto de este documento." En los apartados relativos a los pactos ("convienen") se recogían, entre otros, los siguientes: "SEGUNDO. ATRIBUCIÓN DE LA PROPIEDAD, USO Y DISFRUTE DEL DOMICILIO CONYUGAL. "La vivienda que constituye el domicilio conyugal y residencia habitual de la pareja en compañía de los hijos menores, pertenece a la entidad SUMINISTROS ESCALDES SL(...)". Dicha vivienda familiar era la sita en CALLE001

(Marratxí). Se atribuía el uso del domicilio conyugal a la Sra. Laura y los hijos menores de edad, quienes quedaban bajo su cuidado. En el apartado B de este SEGUNDO CONVIENEN se acordaba: "B. EN CUANTO A LA ADJUDICACIÓN DE LA EXCLUSIVA Y PLENA PROPIEDAD DEL DOMICILIO CONYUGAL se atribuye a la entidad S'TRAMUNTANA RESTAURACION SL, Sociedad de responsabilidad limitada, que se constituirá por tiempo indefinido en un plazo de quince días hábiles desde la firma del presente documento y, la cual estará integrada por los siguientes socios: la entidad SUMINISTROS ESCALDES SL, doña Laura y los menores Mateo y Lidia, debidamente autorizados por sus progenitores. Los esposos, en su condición de administradores solidarios de SUMINISTROS ESCALDES SL se comprometen a realizar cuantas gestiones fueran necesarias tanto en documento público o privado, así como a formalizar los acuerdos sociales necesarios a fin de que la exclusiva propiedad de la vivienda sea atribuida a la entidad S'TRAMUNTANA RESTAURACION SL". "C. EN CUANTO A LA HIPOTECA QUE TIENE SUSCRITA LA VIVIENDA. La vivienda que hasta ahora venía siendo el domicilio conyugal, tiene constituida una hipoteca inmobiliaria con la entidad bancaria La Caixa, con el número de crédito NUM002 y código cuenta cliente número NUM003; la fecha de vencimiento de la misma es agosto de 2021. Dicha hipoteca viene siendo satisfecha por la entidad EL GOURMET BALEAR SL, con domicilio en la CALLE002 de Bunyola, provista de CIF B-07938814. La cuota mensual que se viene abonando por la misma es de 896,28 euros, quedando pendiente de abonar por el préstamo hipotecario, al día de la firma de este documento, la cantidad de 195.389,04 euros; los esposos, en su condición de administradores solidarios, pactan de mutuo acuerdo que la entidad EL GOURMET BALEAR SL, seguirá abonando en su totalidad el pago de la meritada hipoteca hasta la fecha de finalización". En relación con los menores Mateo y Lidia, se acordaba la guarda y custodia a favor de la madre, patria potestad conjunta, un régimen de visitas a favor del padre y la obligación del Sr. Alfonso de abonar, en concepto de pensión de alimentos, la cantidad de 360,61 euros mensuales, actualizables conforme al IPC de forma anual, y los gastos extraordinarios de dichos menores, se sufragarían por ambos progenitores por mitad. En el apartado SEXTO de los pactos se acordó: "SEXTO. MODIFICACIÓN, CONSTITUCIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES, EMPRESAS Y SOCIEDADES DE LOS ESPOSOS. INVENTARIO DE LAS SOCIEDADES Y PACTOS SOCIETARIOS. "SUMINISTROS ESCALDES S.L." -SUMINISTROS ESCALDES sal", Sociedad de Responsabilidad Limitada creada por tiempo indefinido mediante escritura pública otorgada ante el Notario de esta ciudad, don Miguel Mulet Ferragut, el día 7 de agosto de 1991, bajo número de protocolo 140, provista de C.I.F B-07542319. Inscrita en el Registro Mercantil de Baleares, al Folio 170, del tomo 852 de Sociedades, hoja núm. PM-2202, Inscripción I a . El cargo de Administradores Solidarios de la Sociedad lo ostentan ambos esposos de forma solidaria, mediante escritura pública de fecha 3 de mayo de 2001, otorgada ante el Notario de esta ciudad don Eduardo Urios Camarasa, bajo

número de protocolo 1.109; Las participaciones sociales de la entidad se distribuyen de la siguiente manera: El Sr. Alfonso el 50% de las participaciones y la Sra. Laura el 50% de las participaciones. A pesar de la separación del matrimonio los esposos seguirán ostentando la titularidad de las participaciones en la proporción establecida. "SUMINISTROS ESCALDES S.L." tiene como inmovilizado patrimonial dos bienes inmuebles, la vivienda sita en la CALLE001 (Marratxi) descrita en la estipulación segunda de este documento. El segundo consiste en la finca que se detalla a continuación: RÚSTICA: Porción de tierra sita en el término de Bunyola procedente de la denominada XY, secano e indivisible, de cabida, según el Registro, CINCUENTA Y TRES ÁREAS y VEINTISIETE CENTIÁREAS y una fracción, y, en realidad según reciente medición practicada, su cabida es de CINCO MIL, SETECIENTOS VEINTISÉIS METROS Y CUARENTA Y TRES DECÍMETROS CUADRADOS . Linda: norte, finca de don Ignacio; Sur, CALLE003; Este, CALLE004 y Oeste, CALLE005 INSCRITA al Folio 48 del Torno 5.209 del Archivo, Libro 101 de Bunyola, FINCA001, inscripción 6 a TITULO por compra a don Francisco y don Arturo mediante escritura pública de compra venta de fecha 21 de abril de 1994 ante el Notario de esta ciudad, don Francisco de Asis Sánchez — Ventura Ferrer, bajo número de protocolo 1. 211 . " Según escritura pública de fecha 26 de julio de 1999, otorgada ante el Notario de esta ciudad, don Pedro Garrido Chamorro y, bajo número de protocolo 1. 699 se suscribió DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA sobre la finca descrita con anterioridad y que señala: "Que sobre dicha finca la sociedad propietaria ha construido, sin que adeude nada a la dirección, obra, materiales u otros conceptos, la siguiente edificación: Nave, destinada a usos agrícolas, con planta baja y planta superior de altillos, con superficie construida de CIENTO SETENTA Y OCHO metros cuadrados por cada una de las dos plantas. Está enclavada dentro del terreno sobre el que se sitúa, lindando con él por sus cuatro lados, y teniendo una superficie en planta de CIENTO SETENTA Y OCHO metros cuadrados, por lo que el resto del terreno está destinado a zona de paso o descubiertas". S'TRAMUNTANA RESTAURACIÓN S.L.", Sociedad de Responsabilidad Limitada que se creará por tiempo indefinido, dicha sociedad tendrá como socios los siguientes: "SUMINISTROS ESCALDES S.L.", que aportará como inmovilizado patrimonial la vivienda sita en la calle CALLE001 en Pont d 'Inca (Marratxi doña Laura que aportará bienes muebles por el valor que en el momento de la constitución de la misma se determinará y los menores Mateo y Lidia a con un porcentaje del 2% sobre las participaciones sociales cada uno y con idéntico porcentaje sobres los beneficios anuales de la nueva sociedad. "SUMINISTROS ESCALDES S.L." acordó mediante Junta General de 23 de junio del corriente formar parte como socio mayoritario de la nueva sociedad "S 'TRAMUNTANA RESTAURACIÓN S.L." y con la aportación descrita con anterioridad. "EL GOURMET BALEAR S.L". • EL GOURMET BALEAR S.L., creada por tiempo indefinido mediante escritura pública otorgada ante el Notario de esta ciudad don Eduardo Urios Camarasa, el día 18 de febrero de 1999, bajo número de protocolo

382, provista de C.I.F. núm. B-07938814. Inscrita en el Registro Mercantil de Mallorca, al Folio 94, del Tomo 1.631 de la Sección 8 a de Sociedades, hoja PM-31391, Inscripción I a. El cargo de Administradores solidarios de la Sociedad lo ostentan ambos esposos de forma solidaria, mediante escritura pública de fecha 3 de mayo de 2001, otorgada ante el Notario de esta ciudad, don Eduardo Urios Camarasa, bajo número de protocolo 1.111. Las participaciones sociales de la entidad se distribuyen de la siguiente manera: El Sr. Alfonso 51% y la Sra. Laura 49%. • TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES DE LA ENTIDAD " EL GOURMET BALEAR S.L." DE LA CUAL ES TITULAR DOÑA LAURA A FAVOR DE SU CÓNYUGE. Doña Laura de conformidad con lo establecido en el artículo 9 a). de los Estatutos de la Entidad efectúa la transmisión voluntaria del 49% de sus participaciones sociales a favor del esposo cediéndole todos los derechos y beneficios inherentes a las mismas. Ambos esposos se comprometen en un plazo no superior a QUINCE DÍAS hábiles desde la firma del presente documento a realizar cuantas gestiones fueren necesarias así como a elevar a pública la comunicación de la transmisión de participaciones sociales debiéndose hacer constar en el Registro Mercantil de esta ciudad. • CESIÓN DEL SUBARRIENDO DEL LOCAL DE NEGOCIO DENOMINADO S' ALTELL. La entidad EL GOURMET BALEAR S.L." mantiene en la actualidad un contrato de Subarriendo de local de negocio de fecha 1 de agosto de 2002, dedicado a la actividad de restauración y denominado S 'Altell sito en CALLE006 en Pond d 'Inca (Marratxi). Mediante Junta General de fecha 23 de junio del corriente, se acordó ceder el Subarriendo del citado local a la entidad S 'Tramuntana Restauración S.L. La entidad EL GOURMET BALEAR S.L., se compromete en el plazo de un mes a partir de la firma de este documento a realizar cuantas gestiones fueran necesarias y en concreto a prestar su conformidad a fin de modificar el contrato de subarriendo del restaurante denominado S 'Altell pasando el mismo a ser explotado en su totalidad por la sociedad S 'TRAMUNTANA RESTAURACIÓN S.L." • ADJUDICACIÓN DE LA EXCLUSIVA Y PLENA PROPIEDAD DE LA FINCA001 SITA EN BUNYOLA a la entidad EL GOURMET BALEAR S.L.". La anterior entidad acordó en Junta General celebrada el día 23 de junio del corriente realizar una AMPLIACIÓN DE CAPITAL consistente en la inclusión como socio de la misma a la entidad "SUMINISTROS ESCALDES S.L." que aportará a la entidad el segundo de sus inmovilizados patrimoniales, consistente en la finca inscrita al folio 48, tomo 5209, libro 101, de Bunyola, FINCA001 y descrita anteriormente; Los esposos, en su condición de administradores solidarios de la entidad EL GOURMET BALEAR S.L." se comprometen a realizar cuantas gestiones, acuerdos u operaciones societarias fueran necesarios para adjudicar la plena y exclusiva propiedad de la finca anterior a la empresa "EL GOURMET BALEAR S.L.". Asimismo se acordó incluir como socios a las menores Mateo y Lidia con un porcentaje del 2% sobre las participaciones sociales cada uno y con idéntica participación de porcentaje sobre los beneficios anuales de la entidad. • INGRESO DE LAS CANTIDADES OBTENIDAS DEL BENEFICIO DEL

2% DE LOS MENORES. Las cantidades obtenidas por este beneficio serán ingresadas en las cuentas corrientes núm. NUM004 y núm. NUM005 de las cuales son titulares los menores, autorizados por sus progenitores. Se pacta de forma expresa que para efectuar reintegros de dichas cuentas es preceptiva la firma de ambos esposos.

INVENTARIO Y ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES MUEBLES.

- VEHÍCULO CITROEN XARA PICASSO, MATRICULA000, dicho vehículo se le adjudica a la empresa S 'TRAMUNTANA RESTAURACIÓN S.L." El mismo está sometido a un contrato de Leasing con fecha de finalización 9 de febrero de 2005. En la actualidad es propiedad de la entidad EL GOURMET BALEAR S.L." quién continuará abonando las cuotas mensuales que se devenguen del mismo. El cambio de titularidad de dicho vehículo queda condicionado a la finalización del Leasing. El esposo, en su condición de administrador solidario de la entidad EL GOURMET BALEAR S.L." se compromete a realizar cuantas gestiones y acuerdos sociales fueran necesarios para efectuar el cambio de titularidad.
- VEHÍCULO PEUGEOT EXPERT, MATRICULA001, dicho vehículo es propiedad de la entidad EL GOURMET BALEAR S.L." y se mantiene la titularidad del mismo.
- VEHÍCULO PEUGEOT BOXER, MATRICULA002, dicho vehículo es propiedad de la entidad EL GOURMET BALEAR S.L." y se mantiene la titularidad del mismo.
- ORDENADOR sito en el Restaurante S' Altell, Se atribuye su uso a la entidad 'TRAMUNTANA RESTAURACIÓN S.L." si bien mantiene un "contrato de renting" del cual es titular la entidad EL GOURMET BALEAR S.L." se pacta de forma expresa por el administrador solidario de dicha empresa que la cuota correspondiente la continuará abonado dicha entidad, mientras el meritado ordenador continúe en el Restaurante, no obstante al finalizar el contrato de renting el ordenador deberá ser reintegrado a la entidad bancaria siempre facultando a la entidad titular del restaurante para que opte la continuidad del renting o su adquisición definitiva".

CUARTO.- En ejecución de los pactos recogidos en el Convenio judicialmente aprobado, mediante Escritura pública de 29 de julio de 2003, se crea S'TRAMUNTANA RESTAURACION SL, con objeto social la actividad de restauración, la comercialización, incluidos comercio interior y exterior, distribución, compra y venta de toda clase de productos alimenticios, carnes animales y subproductos derivados, productos envasados, enlatados y congelados agrícolas, ganaderos y marinos, bebidas de todas clases y refrescos, siendo administradora única Laura. SUMINISTROS ESCALDES SL aporta a S'TRAMUNTANA DE RESTAURACION SL el inmueble sito en CALLE001 de Pont D'Inca (Marratxí) en virtud de Escritura de aportación de 29 de julio de 2003. Mediante Junta General y Universal de socios, celebrada el 29 de septiembre de 2003, en la sociedad GOURMET BALEAR SL, se acepta la dimisión de los cargos de administradores solidarios del Sr. Alfonso y de la Sra. Laura, y se nombra administrador único al Sr. Alfonso. En Junta General y Universal de socios de la misma fecha se acuerda la ampliación de capital, de las participaciones 178 a 2.579, siendo totalmente asumidas y desembolsadas de la 178 a la 2.577, por SUMINISTROS ESCALDES SL, mediante la

aportación de la finca sita en Buñola, CALLE002, representada en el acto por Laura, como administradora única; la participación social 2.578 la asume y desembolsa Mateo, y la participación 2.579, Lidia. Tales acuerdos se inscriben en el Registro Mercantil en fecha 13 de noviembre de 2003, en virtud de Escritura de 29 de septiembre de 2003, rectificadora por Escritura de 26 de enero de 2004. Y la titularidad de la finca de Buñola a favor de Gourmet Balear SL se inscribe en el Registro de la Propiedad el 12 de enero de 2005. QUINTO.- Mediante Escritura pública de 21 de octubre de 2004, ALFONSO y ROBERTO constituyen la compañía mercantil de responsabilidad limitada ANAKOS MANAGEMENT SL, cuyo objeto social era la explotación de negocio de hoteles, restaurantes, bares, cafeterías, salas de fiesta, pubs y espectáculos de todo tipo en directo o bien a través de cualquier medio de emisión; así como la gestión y asesoramiento de catering, hostelería y restauración. El domicilio social se estableció en CALLE002 (Buñola). El Sr. Alfonso y el Sr. Roberto son nombrados administradores mancomunados. SEXTO.- En fecha 30 de septiembre de 2005 se celebra Junta General y Universal de Socios de ANAKOS MANAGEMENT SL, en la que se acepta la renuncia de los administradores mancomunados, Sres. Alfonso y Roberto, y se nombra como administrador único al Sr. RAUNO SEVILLA, elevándose a público el acuerdo mediante escritura de 4 de octubre de 2005 y se inscribe en el Registro Mercantil el 10 de enero de 2006 (presentada el 20.12.2005). En fecha 28 de octubre de 2005, la Entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) otorga préstamo a interés variable, número NUM007, por importe de 224.000 euros a ANAKOS MANAGEMENT SL, representada en el acto por el Sr. Alfonso y el Sr. Roberto, siendo afianzada dicha operación por ISBA Sociedad de garantía recíproca. En la misma fecha, 28 de octubre de 2005, se procede entre ISBA, ANAKOS MANAGEMENT SL, GOURMET BALEAR SL, ALFONSO Y ROBERTO a constituir hipoteca en garantía de obligación eventual y futura a favor de ISBA, en atención al afianzamiento del préstamo del BBVA, sobre la finca de Buñola, CALLE002, propiedad de GOURMET BALEAR SL. En dicha constitución de hipoteca comparece el ISBA, Alfonso en nombre y representación, como administrador único de GOURMET BALEAR SL, a su vez como parte hipotecante no deudora, y el Sr. Alfonso y el Sr. Roberto, en nombre y representación de ANAKOS MANAGEMENT SL, como administradores mancomunados, siendo ANAKOS la parte deudora no hipotecante. En el contrato mercantil entre ISBA y ANAKOS MANAGEMENT SL, aparecen como fiadores solidarios el Sr. Alfonso y el Sr. Roberto, como personas físicas. Y, en esa misma fecha de 28 de octubre de 2005, queda totalmente cancelada la hipoteca existente en la finca de Buñola a favor del BBVA otorgando carta de pago al deudor GOURMET BALEAR SL, mediante escritura pública de la fecha mencionada. En este mismo año 2005, el Sr. ALFONSO constaba en el Registro Mercantil Central, en la entidad Illes Balears Hospitalidad & Gestión SL, con inicio de operaciones el 26 de octubre de 2005. Durante los años 2004 y 2005, GOURMET BALEAR SL, contaba, como uno de sus clientes principales, con la

entidad SOL MELIA SA, que, por causas que no han quedado acreditadas, deja de serlo aproximadamente en marzo de 2005. Durante el año 2005, GOURMET BALEAR SL tuvo una facturación muy inferior a años anteriores, sin embargo, rondaba el medio millón de euros.

SÉPTIMO.- En el año 2004, sin constar fecha determinada, fue incoado contra GOURMET BALEAR SL, expediente de infracción urbanística por el Ayuntamiento de Buñola. Se impuso una sanción de 173.208 euros (importe con recargo reducido de 158.774 euros). En fecha 12 de julio de 2006, se anota embargo en el Registro de la Propiedad sobre la finca de Buñola, propiedad en esa fecha de GOURMET BALEAR SL, acordado en virtud de Diligencia de embargo de 5 de junio de 2006, dictada en el Expediente administrativo de apremio nº 010/06/00298 seguido en la Recaudación de Tributos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, Consellería de Economía, Hacienda e Innovación, Recaudación de Tributos contra GOURMET BALEAR SL en virtud de infracción urbanística, ejercicio 061C, por un total de 203.995,98 euros. ALFONSO estuvo dado de alta como autónomo desde el 1 de mayo de 1993 hasta el 30 de abril de 2008 y desde el 1 de septiembre de 2008 hasta el 31 de octubre de 2009. Con la finalidad de que GOURMET BALEAR SL no fuera objeto de más embargos consecuencia de la infracción urbanística mencionada, en fecha 30 de octubre de 2006, ALFONSO se dio de alta en la actividad de otros servicios de alimentación y restauración hasta el 30 de abril de 2008. A partir de este momento, el Sr. Alfonso comienza a realizar la actividad económica por cuenta propia, siendo dicha actividad la misma que venía realizando GOURMET BALEAR SL, y utilizando para ello tanto los vehículos de dicha sociedad así como las instalaciones e infraestructuras de la misma sitas en Buñola. De igual manera, la mayor parte de los clientes de GOURMET BALEAR SL pasaron a ser, a partir de finales de 2006, clientes del Sr. Alfonso como autónomo, dejando de ser clientes de dicha entidad. De este modo el Sr. Alfonso deja voluntariamente sin actividad a GOURMET BALEAR SL y, por tanto, sin capacidad para generar ingresos económicos con los que hacer frente a las deudas que tenía o a eventuales reclamaciones de dichas deudas, así como sin activos para hacer frente a tales deudas. Actuación que continuará en los años siguientes. SARA, trabajó para GOURMET BALEAR SL, por cuenta ajena, desde el 6 de junio de 2002 hasta el 6 de noviembre de 2006. Desde el 7 de noviembre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007, SARA trabajó para ALFONSO por cuenta ajena, realizando la misma actividad que venía desempeñando cuando trabajaba para GOURMET BALEAR SL y en las mismas instalaciones en que lo hacía cuando trabajaba para dicha empresa. A finales del año 2006, se produjeron despidos de trabajadores de GOURMET BALEAR SL por parte del Sr. Alfonso como administrador. Al igual que hizo con la Sra. Sara, el Sr. Alfonso, como autónomo, dio de alta como trabajadores por cuenta ajena, a trabajadores que, hasta esa fecha, lo fueron de GOURMET BALEAR SL. En el año 2006, GOURMET BALEAR SL tuvo una facturación aún inferior al año anterior, sin embargo, rondaba los cuatrocientos mil de euros. Ello fue debido a que el Sr.

Alfonso, desde al menos octubre de 2006, inicia su actividad como autónomo, facturando para sí y no para GOURMET BALEAR SL, pero llevando a cabo la misma actividad que realizaba cuando trabajaba a través de GOURMET BALEAR SL, y coincidiendo parte de la cartera de clientes, utilizando sus infraestructuras y sus bienes, así como despidiendo los trabajadores de GOURMET BALEAR SL y dándolos de alta para sí mismo, para el Sr. Alfonso como autónomo. En fecha 2 de noviembre de 2006, se celebra Junta General Extraordinaria y Universal de socios de la entidad ANAKOS MANAGEMENT SL, en la que ALFONSO dimite de su cargo de administrador único, y se nombra administrador único a ROBERTO, y se traslada el domicilio social de Buñola a CALLE007 de Palma. Los anteriores acuerdos se elevan a Escritura pública en fecha 27 de noviembre de 2006 y se inscribe en el Registro Mercantil en fecha 4 de enero de 2007 (presentada el 7.12.2006). OCTAVO.- Durante el año 2007, el Sr. Alfonso continúa realizando la actividad económica como autónomo, siendo dicha actividad la misma que venía realizando GOURMET BALEAR SL, utilizando sus infraestructuras y bienes, así como clientela, pero facturando a nombre del Sr. Alfonso. Ello llevó a que en este año 2007, las ventas de GOURMET BALEAR SL cayeran de manera absoluta hasta un importe de ventas de poco más de mil quinientos euros y, por tanto, la imposibilitó para hacer frente a sus deudas impidiendo u obstaculizando cualquier reclamación de sus acreedores. En este año 2007, la Sra. Sara y el Sr. Alfonso inician una relación sentimental. Durante este año la Sra. Sara trabajó realizando la misma actividad que realizaba cuando trabajaba para GOURMET BALEAR SL, pero por cuenta del Sr. Alfonso. Mediante Escritura pública de 7 de noviembre de 2007, otorgada ante el Notario de Palma de Mallorca, Rafael Zaragoza Tafalla, se constituye la compañía mercantil de responsabilidad limitada JADE 15 GESTION SL, con objeto social la comercialización interior y exterior, distribución y compraventa al mayor y menor de toda clase de productos alimenticios, productos envasados, enlatados, congelados, agrícolas, ganaderos y marinos, y bebidas de toda clase; la explotación de cafeterías y bares, con y sin comida, restaurantes, salas de baile y discotecas; así como el servicio de hospedaje en hoteles, moteles, hotelesapartamentos, hostales, pensiones, fondas y casas de huéspedes; la compraventa y arrendamiento de toda clase de bienes inmuebles. El domicilio social se establecía en CALLE008 de Palma. El capital social, de 3.100 euros, dividido en 100 participaciones, se dividían entre las dos socias de dicha sociedad: SARA con el 80% de las participaciones, de la 1 a la 80, y PILAR, con el 20% de las participaciones, de la 81 a la 100. Se designaba como administradora única por tiempo indefinido a SARA. Fue inscrita en el Registro Mercantil en fecha 26 de noviembre de 2007. El 31 de diciembre de 2007, SARA deja de trabajar para ALFONSO como autónomo. El mismo día 31 de diciembre de 2007, el Sr. ALFONSO presenta la baja censal GOURMET BALEAR SL. NOVENO.- EL 1 de enero de 2008, SARA se da de alta como autónoma e inicia su actividad mercantil a través de la entidad JADE 15 GESTION SL, realizando una actividad similar a la que realizó

cuando trabajaba para GOURMET BALEAR SL y para el Sr. ALFONSO, dado que conocía el negocio. Siguió manteniendo su relación sentimental con el Sr. Alfonso. El 22 de abril de 2008, GOURMET BALEAR SL fue dada de alta en la actividad 861.2, alquiler de locales industriales, dándose de baja el 30 de septiembre de 2008. En este año 2008, el Sr. Alfonso sigue con la actividad iniciada en 2006, como autónomo, facturando para sí y no para GOURMET BALEAR SL que, si bien había sido dada de baja censal, mantenía bienes e infraestructura a su nombre pero que eran utilizados por el Sr. Alfonso para su actividad propia. GOURMET BALEAR SL, a pesar de la situación en la que se encontraba, no consta que el Sr. Alfonso, en tanto administrador, la disolviera, liquidara o presentara procedimiento de regularización de dicha situación, salvo la baja censal, manteniendo de este modo su imposibilidad de hacer frente a sus deudas. ALFONSO, en fecha 4 de septiembre de 2008 se dio de alta en la actividad de puestos alimenticios y bebidas, sin que conste fecha de cese. En este año, el Sr. Alfonso, a pesar de tener capacidad económica para ello y siendo consciente de su obligación de pago, dejó de abonar las pensiones de alimentos a partir de la que debía ingresar en octubre de 2008 hasta el final de esta anualidad, siendo su importe actualizado a dicha fecha de 382,20 euros. Tampoco hizo frente al abono de la mitad de los gastos extraordinarios de los menores. A partir de septiembre de 2008, GOURMET BALEAR SL, por falta de capacidad económica, dejó de abonar las cuotas hipotecarias que gravaban la vivienda sita en CALLE001, es decir, la vivienda familiar atribuida a la Sra. Laura y sus hijos en el Convenio regulador. La última cuota abonada por dicha entidad fue el 1 de agosto de 2008 por importe de 967 euros. Los problemas de liquidez que presentaba GOURMET BALEAR SL en estas fechas, lo eran como consecuencia de la actuación del Sr. Alfonso que decidió llevar a cabo la misma actividad como autónomo que venía realizando con GOURMET BALEAR SL, utilizando sus infraestructuras, bienes y parte de la clientela. Sin embargo, el Sr. Alfonso sí tenía ingresos para hacer frente a dichos pagos, pero imposibilitaba cualquier reclamación contra GOURMET BALEAR SL. Paralelamente, en ese mismo mes, septiembre de 2008, el Sr. Alfonso insta una demanda de modificación de medidas de separación, que se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma, en los Autos 786/2008, cuya pretensión principal era que se modificara la obligación de GOURMET BALEAR SL de abonar la cuota del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar, solicitando, además, tal modificación como medida coetánea de modificación de medidas. Ambas pretensiones, tanto la cautelar como la definitiva, fueron íntegramente desestimadas por Auto de 14 de octubre de 2008 y Sentencia de 7 de enero de 2009. En este mismo año, y también a partir de septiembre de 2008, la entidad ANAKOS MANAGEMENT SL, deja de abonar la cuota de préstamo al BBVA, quien, a su vez, la reclama al ISBA en tanto la existencia del afianzamiento firmado a tal fin.

DÉCIMO.- Durante el año 2009, el Sr. Alfonso continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener

capacidad económica para realizar dichos pagos. En esta anualidad, únicamente hizo los siguientes pagos a la cuenta bancaria establecida para tal finalidad: 16 de noviembre de 2009, 110 euros, 18 de noviembre de 2009, 50 euros, 24 de noviembre de 2009, 50 euros, 26 de noviembre de 2009, 100 euros, 30 de noviembre de 2009, 100 euros, 2 de diciembre de 2009, 60 euros, 4 de diciembre de 2009, 200 euros, 9 de diciembre de 2009, 200 euros, 14 de diciembre de 2009, 100 euros, 17 de diciembre de 2009, 100 euros. En el año 2009, el Sr. Alfonso sigue con la actividad iniciada en 2006, como autónomo, facturando para sí y no para GOURMET BALEAR SL que, si bien había sido dada de baja censal, mantenía bienes e infraestructura a su nombre pero que eran utilizados por el Sr. Alfonso para su actividad propia. GOURMET BALEAR SL, a pesar de la situación en la que se encontraba, no consta que el Sr. Alfonso, en tanto administrador, la disolviera, liquidara o presentara procedimiento de regularización de dicha situación, salvo la baja censal, consolidando el Sr. Alfonso con su actuar, la imposibilidad de GOURMET BALEAR SL, para hacer frente a sus deudas. El 31 de octubre de 2009, el Sr. Alfonso se da de baja como autónomo, y, de este modo deja de generar ingresos declarados, con los que hacer frente a eventuales reclamaciones de las posiciones deudoras que mantenía y podían reclamársele. Como consecuencia de los impagos de GOURMET BALEAR SL de las cuotas del préstamo de la Caixa, a fecha 23 de diciembre de 2009, contaba con un saldo deudor de 97.223,80 euros. La entidad La Caixa requirió de dicho pago al Sr. Alfonso y a la Sra. Laura, en tanto fiadores de dicho préstamo, a GOURMET BALEAR SL, en tanto deudor, a SUMINISTROS ESCALDES SL, en tanto fiador e inicial hipotecante no deudor, y a S´TRAMUNTANA DE RESTAURACIO SL, titular registral del inmueble a dicha fecha, sobre el que se había constituido hipoteca en garantía del préstamo de La Caixa, es decir, sobre la vivienda familiar de la CALLE001, comunicando que dan por vencido dicho crédito y procederán a su inmediata reclamación judicial. Como consecuencia de los impagos de ANAKOS MANAGEMENT SL de las cuotas del préstamo con el BBVA, éste reclama al ISBA, en tanto fiador, los impagos de dicha entidad. El ISBA regulariza tales impagos y, en fecha 1 de julio de 2009, interpone demanda de ejecución sobre bienes hipotecados, contra ANAKOS MANAGEMENT SL, ALFONSO, ROBERTO y GOURMET BALEAR SL, en cumplimiento del contrato de contra-aval suscrito a su favor y en ejecución de la garantía hipotecaria de dicho afianzamiento, por importe de 24.426,24 euros correspondientes a regularización de cuotas pendientes, intereses y gastos, a fecha 2 de junio de 2009, dando lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria nº 1142/2009, contra ANAKOS MANAGEMENT SL y GOURMET BALEAR SL, no admitiéndose dicha demanda frente al Sr. Alfonso y el Sr. Roberto, por Auto de 29 de julio de 2009. En este procedimiento se convoca subasta sobre la finca de Buñola, propiedad de GOURMET BALEAR SL, mediante diligencia de 9 de noviembre de 2009 para su celebración el 2 de febrero de 2010, señalándose el valor de la finca en 457.534,50 euros. Debido a la existencia de nuevos impagos de las cuotas del préstamo con el BBVA y su

pago por el ISBA, éste interesa, en el procedimiento mencionado, la ampliación de la ejecución por importe de 21.447,70 euros, de principal, intereses y gastos, a fecha 26 de noviembre de 2009, mediante escrito de 23 de diciembre de 2009. UNDÉCIMO.- El Sr. Alfonso, en el año 2010, continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos. En esta anualidad, únicamente hizo los siguientes pagos a la cuenta bancaria establecida para tal finalidad: el 7 de enero de 2010, 200 euros, 26 de enero de 2010, 500 euros. En el año 2010, y a pesar de haberse dado de baja como autónomo el 31 de octubre de 2009, el Sr. Alfonso sigue con la actividad que inició como autónomo en el año 2006, facturando para sí, aunque no formalmente, es decir, no declarados, y no para GOURMET BALEAR SL que, si bien había sido dada de baja censal, mantenía bienes e infraestructura a su nombre pero que eran utilizados por el Sr. Alfonso para su actividad propia. Tampoco en este año y a pesar de la situación en la que se encontraba GOURMET BALEAR SL, no consta que el Sr. Alfonso, en tanto administrador, la disolviera, liquidara o presentara procedimiento de regularización de dicha situación, salvo la mencionada baja censal. Y en esta situación GOURMET BALEAR SL seguía sin poder hacer frente a sus deudas. Comienza en este año 2010 el Sr. Alfonso, puesto de común acuerdo con la Sra. Sara, a traspasar la actividad que, originariamente era de GOURMET BALEAR SL, que siguió el Sr. Alfonso como autónomo, hacia JADE 15 GESTIÓN SL, con la finalidad de evitar hacer frente a las deudas tanto de GOURMET BALEAR SL como las propias del Sr. Alfonso persona física. Durante el período comprendido entre el 18 de noviembre de 2010 al 17 de octubre de 2011, el Sr. Alfonso, percibió subsidio por desempleo. Ante el impago del préstamo de La Caixa por parte de GOURMET BALEAR SL y el requerimiento de ésta a las partes mencionadas, notificando que da por vencido el crédito y procederán a su reclamación judicial, la Sra. Laura, en su propio nombre, y en nombre y representación de S'TRAMUNTANA DE RESTAURACIO SL, en fecha 22 de enero de 2010, presenta ante el Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, comunicación del art. 5.3 de la LC con motivo de insolvencia, dando lugar al procedimiento Concurso abreviado nº 22/2010 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca, que admite la solicitud por Auto de 10 de febrero de 2010. En fecha 10 de marzo de 2010 la Sra. Laura inicia negociaciones con La Caixa para refinanciar la deuda existente, y evitar la ejecución del bien hipotecado, es decir, la vivienda familiar, lo que culmina el 14 de mayo de 2010, con un acuerdo de carencia abonando una primera cuota de amortización de la primera cuota de carencia en fecha 1 de julio de 2010, por importe de 61,86 euros, y doce cuotas de carencia desde el 1 de junio de 2010 a 1 de junio de 2011, por importe de 210,51 euros. Cuotas que la Sra. Laura procede a abonar. En su virtud interesa el archivo del procedimiento de concurso y así se acuerda por Auto de 28 de mayo de 2010, en el procedimiento Concurso Abreviado 22/2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de

Mallorca. En estas fechas GOURMET BALEAR SL no podía hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias frente a LA CAIXA debido a la falta de liquidez producida por el actuar del Sr. Alfonso durante los años previos. En el procedimiento de ejecución hipotecaria 1142/2009, se acuerda en fecha 26 de enero de 2010, tener por ampliada la ejecución y se suspende la subasta que estaba señalada para el 2 de febrero de dicho año. Se vuelve a convocar subasta mediante diligencia de 9 de junio de 2010, para el 19 de octubre de 2010, que vuelve a suspenderse a petición del ISBA. El 26 de octubre de 2010, el ISBA interesa nueva ampliación de la ejecución por importe de 167.930,73 euros de principal, intereses y gastos, a fecha 23 de julio de 2010, por nuevos impagos de ANAKOS MANAGEMENT SL al BBVA. Se tiene por ampliada la ejecución en fecha 10 de noviembre de 2010, por importe total de 213.804,67 euros de principal y 64.141,40 euros de intereses y costas. DUODÉCIMO.- En el año 2011, el Sr. Alfonso continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos. El Sr. Alfonso siguió realizando la misma actividad que en los años anteriores. Durante el año 2011, y dado que el período de carencia pactado con La Caixa finalizaba en julio de dicho año, y como GOURMET BALEAR SL seguía sin poder pagar la cuota hipotecaria debido al actuar del Sr. Alfonso, la Sra. Laura mantiene negociaciones con dicha entidad para hacer frente a la deuda existente y evitar la ejecución de la hipoteca que pesaba sobre la vivienda familiar. Dichas negociaciones culminan en una nueva refinanciación, con período de carencia, de julio y agosto de 2011, hasta que, finalmente, se procede a llevar a cabo una novación modificativa del crédito hipotecario, mediante Escritura pública de 28 de septiembre de 2011, ante la Notaria Dña. M^a Jesús Ortuño Rodríguez, haciéndose cargo de las nuevas cuotas hipotecarias, ya sin carencia, la Sra. Laura bien en su propio nombre, bien por cuenta de la misma o bien en nombre y representación de S^TRAMUNTANA DE RESTAURACION SL, hasta la actualidad. El vencimiento final del crédito no podrá exceder del día 31 de julio de 2021. En el procedimiento de ejecución hipotecaria 1142/2009, se vuelve a convocar la subasta de la finca de Buñola, mediante diligencia de 22 de marzo de 2011, para su celebración el 21 de junio de 2011, en reclamación de 213.804,67 euros de principal y 64.141,40 euros de intereses y costas. El Sr. Alfonso y la Sra. Sara, puestos de común acuerdo, con la finalidad de hacer suyo el inmueble de la finca de Buñola que iba a ser subastado, donde el Sr. Alfonso desempeñó la actividad que fue de Gourmet, que siguió él y que habían ido derivando a JADE 15 GESTION SL, comparecen a la subasta señalada. Y así, el 21 de junio de 2011, se celebra la subasta de la finca de Buñola compareciendo a dicho acto el ISBA, como ejecutante, quien manifiesta su propósito de intervenir en la licitación, reservándose el derecho de ceder el remate a tercero y JADE 15 GESTION SL, que presenta aval bancario por importe de 137.260,35 euros. JADE 15 GESTION SL ofrece la postura de 180.000 euros y el ISBA la de 228.768 euros. Se acuerda la devolución del aval, dado que la mejor postura fue la de

la parte ejecutante. Dado que por la parte ejecutada no se presentó tercero que mejorara la postura de la parte ejecutante, ésta interesó que se aprobara el remate a su favor por importe de 228.768 euros, en fecha 25 de julio de 2011. Así se hizo mediante Decreto de 14 de septiembre de 2011. DECIMOTERCERO.- En el año 2012, el Sr. Alfonso continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado, así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos. En fecha 1 de febrero de 2012 a 31 de marzo de 2012, el Sr. Alfonso volvió a estar dado de alta como autónomo y, a partir del 1 de mayo de 2012, fue dado de alta en régimen de trabajador por cuenta ajena por JADE 15 GESTION SL. En el ejercicio del año 2012, se hallaba de alta en la actividad de intermediarios de comercio sin constar fechas de alta y baja. Dado que la finca de Buñola no fue adjudicada a JADE 15 GESTION SL, la Sra. Sara inicia negociaciones con el ISBA, de común acuerdo con el Sr. Alfonso, para adquirir dicho inmueble y, con ello, definitivamente el negocio originario de Gourmet Balear SL, dejando de abonar cualquier deuda que ésta pudiera tener. Y así, en el procedimiento de ejecución hipotecaria 1142/2009, mediante Decreto de 2 de febrero de 2012, se decreta la cancelación de la anotación de la hipoteca sobre la finca de Buñola a favor del ISBA así como de todas las anotaciones e inscripciones posteriores a la inscripción de aquélla. Se acuerda la entrega de la posesión al ejecutante mediante Diligencia de 1 de junio de 2012, acordándose como fecha de lanzamiento el 2 de julio de 2012, procediéndose a dicho lanzamiento en la fecha señalada, hallándose en la finca tres perros de los que se hace cargo el letrado D. Diego Coronado Mansilla y se declaran abandonados los muebles y objetos hallados. Se procede a inscribir la finca de Buñola a favor del ISBA en fecha 29 de junio de 2012. En fecha 2 de julio de 2012, mediante escritura pública autorizada ante la Notaria Dña. M^a Jesús Ortuño Rodríguez, ISBA vende la finca de Buñola a JADE 15 GESTION SL, por importe de 190.000 euros. A partir de este momento, el Sr. Alfonso y la Sra. Sara, desempeñan su actividad comercial en la finca de Buñola, a través de JADE 15 GESTION SL, la Sra. Sara en tanto administradora única de dicha sociedad y el Sr. Alfonso en tanto contratado por dicha sociedad por cuenta ajena, pero realizando las mismas actividades que vino realizando GOURMET BALEAR SL y luego el Sr. Alfonso como autónomo, así como utilizando bienes que todavía seguían a nombre de GOURMET BALEAR SL y las instalaciones que fueron originarias de ésta. De este modo GOURMET BALEAR SL quedó vacía de actividad, de infraestructuras y de la propiedad que fue su sede, la finca de Buñola, haciendo ilusoria cualquier reclamación frente a dicha sociedad por parte de la Sra. Laura y las sociedades participadas por la misma, como consecuencia de haber hecho frente al pago de las cuotas hipotecarias de las que era deudora GOURMET BALEAR SL, y que pesaban sobre la vivienda familiar de la CALLE001, en tanto fiadora/avalista de dicha operación. DECIMOCUARTO.- En el año 2013, el Sr. Alfonso continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado, así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a

pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos. Se inscribe en el RP la venta del ISBA a JADE 15 GESTION SL en fecha 18 de junio de 2013, al presentarse la escritura pública en fecha 27 de mayo de 2013. En este año, JADE 15 GESTION SL, tiene una cifra de negocios de un 43% superior al año 2012. DECIMOQUINTO.- En el año 2014, el Sr. Alfonso continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado, así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos. En Junta General y Universal de socios de JADE 15 GESTION SL, celebrada el 24 de marzo de 2014, se procede a modificar el domicilio social de la entidad que pasa a ser CALLE002, elevándose dicho acuerdo a público mediante escritura de fecha 2 de abril de 2014, autorizada por el Notario D. Francisco Moreno Clar, e inscrita en el Registro Mercantil en fecha 13 de junio de 2014. La cifra de negocios de JADE 15 GESTION SL es en el año 2014 un 47% superior al año 2012. DECIMOSEXTO.- En fecha 5 de enero de 2015, el Sr. Alfonso insta demanda de divorcio y modificación de las medidas acordadas en el procedimiento de separación, interesando la disolución del matrimonio y la supresión/extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos comunes o, subsidiariamente, la reducción de la misma. Dicha demanda da lugar al procedimiento divorcio contencioso nº 49/2015, ante el Juzgado de Primera Instancia nº16 de Palma de Mallorca, que terminó por Sentencia de fecha 2 de diciembre de 2015 en la que se disuelve el matrimonio y, habiendo llegado los litigantes a un acuerdo, se establecen como efectos derivados del divorcio: se mantenía la pensión de alimentos a favor de ambos hijos con el límite temporal de un año a favor de Mateo, y hasta la edad de 25 años a favor de Lidia, siempre que continuara sus estudios hasta cumplir dicha edad. Dicha pensión debía abonarse y actualizarse conforme a lo establecido en el convenio regulador de 3 de julio de 2003. Durante el año 2015, el Sr. Alfonso continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado, así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos. El 24 de diciembre de 2015, efectuó un ingreso en concepto "pensión Mateo y Lidia" de 196 euros. DECIMOSEPTIMO.- Durante el año 2016, 2017 y hasta julio de 2018, mes en que Lidia cumplía los 25 años, el Sr. Alfonso no abonó por completo la pensión de alimentos a favor de sus hijos. En el año 2016, debía abonar de enero a diciembre, la cantidad de 196 euros mensuales a favor de Mateo y de enero a diciembre, 196 euros mensuales a favor de Lidia. En fecha 4 de febrero de 2016, abonó 196 euros; el 3 de marzo de 2016, 196 euros; el 5 de abril de 2016, 196 euros; el 6 de mayo de 2016, 196 euros; el 6 de junio de 2016, 195 euros; el 6 de julio de 2017, 195 euros; el 8 de agosto de 2016, 195 euros; el 6 de septiembre de 2016, 195 euros; el 6 de octubre de 2016, 195 euros; el 7 de noviembre de 2016, 195 euros; el 6 de diciembre de 2016, 195 euros. El año 2017, el Sr. Alfonso abonó la pensión de alimentos a favor de Lidia, si bien en la cantidad de 195 euros mensuales y no de 196 euros mensuales. Durante el año 2018, abonó los meses de enero, febrero y marzo, a razón de 195 euros mensuales, dejando

de abonar los meses de abril, mayo y junio. Todo ello a pesar de que el Sr. Alfonso sabía de la obligación de pago de dicha pensión de alimentos y tenía capacidad económica para su pago. DECIMOCTAVO.- La Sra. Laura ha abonado hasta noviembre de 2018, la cantidad de 102.861,22 euros por la hipoteca que grava la vivienda familiar a la entidad La Caixa y continúa abonando las cuotas hipotecarias. DECIMONOVENO.- No queda cumplidamente acreditado que PILAR haya intervenido en los hechos expuestos, más allá de firmar las actas de las Juntas relativas a JADE 15 GESTION SL, que le pasaba a firmar su madre, MANUELA, que era la única que tomaba decisiones respecto a dicha sociedad".

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

FALLAMOS:

"I.- Que ABSOLVEMOS a ALFONSO, a SARA y a PILAR del delito de estafa por el que venían provisionalmente acusados. Que ABSOLVEMOS A PILAR del delito de alzamiento de bienes por el que venía acusada, con todos los pronunciamientos favorables. Declaramos de oficio 4/7 partes de las costas del presente procedimiento. II.- CONDENAMOS a ALFONSO como autor responsable de un delito de abandono de familia, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de prisión de un año, accesoria de accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. En concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar a Laura, Mateo y Lidia en la cantidad de 34.639,04 euros por las pensiones de alimentos impagadas. A dicha cantidad le serán de aplicación los intereses legales del art. 576 LEC. III.- CONDENAMOS A ALFONSO y a SARA como autores responsables de un delito de alzamiento de bienes, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: - A Alfonso, la pena de prisión de tres años, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 20 meses con cuota diaria de 10 euros por día se sanción, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago. - A Sara, la pena de prisión de dos años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 16 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago. En concepto de responsabilidad civil, el Sr. Alfonso y la Sra. Sara, deberán indemnizar, conjunta y solidariamente, a la Sra. Laura en la cantidad de 102.861,33 euros, más las cuotas hipotecarias que vaya pagando la Sra. Laura por el préstamo de La Caixa nº NUM001 y que acredite en ejecución de sentencia, hasta la total satisfacción de dicho préstamo, cuyo vencimiento final no podrá exceder del día 31 de julio de 2021. A dicha cantidad le serán de aplicación los intereses legales del art. 576 LEC. El Sr. Alfonso y la Sra. Sara

responderán, entre sí, por cuotas de 75% el Sr. Alfonso y 25% la Sra. Sara. IV.- Condenamos a ALFONSO al pago de 2/7 partes de las costas causadas, incluyendo las de la Acusación particular. Condenamos a SARA al pago de 1/7 parte de las costas causadas, incluyendo las de la Acusación particular. Para el cumplimiento de las penas impuestas será de abono a los condenados el tiempo durante el cual hubiesen estado privados de libertad por razón de esta causa. Una vez firme la presente, procédase al alzamiento de cuantas medidas cautelares no se vean afectadas por la presente resolución. Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndolas que la misma no es firme y contra ella podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, recurso que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la notificación. Llévase testimonio de la presente resolución a los autos principales".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación de los acusados D. Alfonso y Dña. Sara, 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.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados D. ALFONSO y DÑA. SARA, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido el artículo 257 del Código Penal.

Segundo.- Por infracción de ley del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al existir error en la valoración de la prueba.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española que, con rango de derecho fundamental, reconoce el derecho a la presunción de inocencia de cada acusado refiriéndose al delito de alzamiento de bienes del artículo 257 del CP, expresando que no se ha practicado prueba de cargo válida en el juicio oral.

Cuarto.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido el artículo 66 en relación con el artículo 257, ambos del Código Penal.

Quinto.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido el artículo 109 del Código Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, 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 16 de marzo de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación de los acusados ALFONSO y SARA, contra la sentencia de 17 de abril de 2019, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

RECURSO DE ALFONSO y DOÑA SARA

SEGUNDO.- 1.-Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido el artículo 257 del Código Penal.

La base de la queja del recurrente se centra en que "tiene aún bienes para responder de la deuda, no puede apreciarse intención defraudatoria en las actuaciones que ponen de manifiesto las acusaciones, ni intención de causar perjuicio a aquella. Los bienes titularidad del Sr. Alfonso a que nos referimos son las participaciones sociales de la sociedad patrimonial familiar denominada SUMINISTROS ESCALDES, S.L., que a su vez participa con un 96% en la sociedad titular registral del inmueble que fue vivienda conyugal, S´TRAMUNTANA RESTAURACIÓN SL, y que en 2.001 fue valorada en más de 220.000€, a buen seguro tendrá hoy un valor superior a los 440.000€, por lo que el Sr. Alfonso, condenado por una deuda de 34.639,04€ por pensión de alimentos y de 102.861,33€ por cuotas hipotecarias, ostenta un patrimonio sustancialmente superior, de 220.000€ frente a 137.500,37€. Este bien no está oculto, es de sobra conocido por la acreedora Sra. Laura, ex mujer del Sr. Alfonso, pues al fin y al cabo es la cotitular de las restantes participaciones sociales en la sociedad patrimonial matriz, SUMINISTROS ESCALDES, S.L.

Consta expresamente a los Hechos Probados 3º y 4º, páginas 10 y siguientes de la sentencia recurrida, que el condenado Sr. Alfonso ostenta el 50% de las participaciones sociales de la sociedad patrimonial SUMINISTROS ESCALDES, S.L., y que ésta participa o es socia del 96%

de la sociedad patrimonial S´TRAMUNTANA RESTAURACIÓN, S.L., que es titular de la vivienda sita en la CALLE001".

Al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Ha que señalar que circunscribe el recurrente su disponibilidad de bienes con los que pagar sus deudas en que "Consta expresamente a los Hechos Probados 3º y 4º, páginas 10 y siguientes de la sentencia recurrida, que el condenado Sr. Alfonso ostenta el 50% de las participaciones sociales de la sociedad patrimonial SUMINISTROS ESCALDES, S.L., y que ésta participa o es socia del 96% de la sociedad patrimonial S´TRAMUNTANA RESTAURACIÓN, S.L., que es titular de la vivienda sita en la CALLE001."

Pues bien, consta en los hechos probados que:

- 1.- SUMINISTROS ESCALDES SL era dueña de la vivienda sita en CALLE001 en Pont D'Inca (Marratxí).
- 2.- Se constituye crédito abierto por la entidad La Caixa a favor de GOURMET BALEAR SL con garantía hipotecaria, nº NUM001, hasta el límite de 138.232,68 euros, siendo hipotecada la vivienda sita en CALLE001 en Pont D'Inca (Marratxí), propiedad de SUMINISTROS ESCALDES SL.
- 3.- En fecha 9 de septiembre de 2003, por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca, en el procedimiento de separación de mutuo acuerdo nº 960/2003, se dictó Sentencia.

En el convenio se fija que "La vivienda que constituye el domicilio conyugal y residencia habitual de la pareja en compañía de los hijos menores, pertenece a la entidad SUMINISTROS ESCALDES SL(...)". Dicha vivienda familiar era la sita en CALLE001 de Pont D'Inca (Marratxí). Se atribuía el uso del domicilio conyugal a la Sra. Laura y los hijos menores de edad, quienes quedaban bajo su cuidado.

(Esta vivienda era sobre la que había una hipoteca que había que seguir pagando).

4.- EN CUANTO A LA ADJUDICACIÓN DE LA EXCLUSIVA Y PLENA PROPIEDAD DEL DOMICILIO CONYUGAL se atribuye a la entidad S'TRAMUNTANA RESTAURACIÓN SL, Sociedad de responsabilidad limitada, que se constituirá por tiempo indefinido en un plazo de quince días hábiles desde la firma del presente documento y, la cual estará integrada por los siguientes socios: la entidad SUMINISTROS ESCALDES SL, doña Laura y los menores Mateo y Lidia, debidamente autorizados por sus progenitores.

5.- Con respecto a la hipoteca: La cuota mensual que se viene abonando por la misma es de 896,28 euros, quedando pendiente de abonar por el préstamo hipotecario, al día de la firma de este documento, la cantidad de 195.389,04 euros; los esposos, en su condición de administradores solidarios, pactan de mutuo acuerdo que la entidad EL GOURMET BALEAR SL, seguirá abonando en su totalidad el pago de la meritada hipoteca hasta la fecha de finalización".

En consecuencia, los elementos sobre los que gira la condena por alzamiento de bienes giran sobre los siguientes datos que constan en los hechos probados y sobre los que no puede tener viabilidad alguna el alegato del recurrente de que existían bienes sobre los que cobrarse la deuda, ya que la conducta que va desplegando es tendencial dirigida a ocultar y dificultar la conducta de sus acreedores para cobrar sus deudas, centrando la conducta del recurrente en:

1.- Cesar la actividad de GOURMET BALEAR SL, en el año 2006, y proceder a continuar dicha actividad, el negocio en el sentido amplio del término, dándose de alta en la actividad que realizaba GOURMET BALEAR SL, pues ya estaba dado de alta como autónomo.

2.- Utiliza todos los bienes, infraestructuras y clientes de GOURMET BALEAR SL pero los resultados se los imputa a sí mismo, no destinando dichos resultados a hacer frente a las deudas de GOURMET BALEAR SL.

3.- Descapitalización de la sociedad al cederse, de modo fraudulento, medios personales, materiales, clientes etc, dejando a la empresa en situación estática, desorganizada y despatrimonializada y, por tanto, sin posibilidad alguna de sostenerse y generar ingresos, con

claro perjuicio de sus acreedores. En definitiva, el Sr. Alfonso provoca la desaparición de GOURMET BALEAR SL sin seguir ningún trámite legal de disolución o liquidación.

4.- La Sra. Sara era consciente de las deudas tanto de GOURMET BALEAR SL como de su pareja el Sr. Alfonso.

5.- De manera fraudulenta, trasvasa el negocio originario de GOURMET BALEAR SL, que luego hizo propio, a JADE 15 GESTION SL, que, a la postre, era de su pareja la Sra. Sara.

6.- En definitiva, inicia a finales de 2006 un camino tendente a obstaculizar y/o impedir que los acreedores de GOURMET BALEAR SL puedan reclamar sus créditos, cesando voluntariamente la actividad de dicha sociedad para hacer la actividad propia, continuando la misma como autónomo, con utilización de todos los bienes, medios personales, infraestructuras y clientes de aquélla, pero en beneficio propio, facturando para sí.

7.- El elemento subjetivo del tipo, el ánimo de frustrar las expectativas de cobro de los acreedores, se infiere del propio relato del modo de acontecer los hechos pues el Sr. Alfonso, conecedor, sabedor y consciente de las deudas existentes de GOURMET BALEAR SL, de manera voluntaria, la deja inactiva; de manera voluntaria asume el negocio como propio, pero sin liquidar ni disolver aquella sociedad, que la deja sin posibilidad de hacer frente a sus deudas; de manera voluntaria, el propio Sr. Alfonso se da de baja como autónomo, aunque continua la actividad para, finalmente, con la necesaria cooperación de la Sra. Sara, derivar el negocio a JADE 15 GESTION SL, siendo consciente la Sra. Sara de que GOURMET BALEAR SL tenía deudas, y de que el Sr. Alfonso también podía responder frente a ellas.

8.- Cuando el recurrente descapitaliza Gourmet Balear sabía que no se iba a poder seguir cumpliendo lo previsto en el convenio de separación de que se siguiera pagando la hipoteca sobre la vivienda que había sido el domicilio familiar. Existe ya un ámbito tendencial que determina el dolo como elemento subjetivo tendencial que determina la comisión del ilícito.

9.- No puede pretender el recurrente que la deuda existente se pague con el 50% de una empresa que es la titular del bien inmueble sobre el que recaía la hipoteca que tuvo que seguir pagando la ex esposa perjudicada en la hipoteca y pensiones alimenticias no pagadas. No puede pretenderse una ejecución sobre los derechos del recurrente sobre el inmueble sobre el que recae una hipoteca que él mismo ha provocado dejar de pagar.

10.- S'TRAMUNTANA RESTAURACIÓN S.L.", Sociedad de Responsabilidad Limitada se creó ex profeso con la separación y se formó por "SUMINISTROS ESCALDES S.L.", que aportará como

inmovilizado patrimonial la vivienda sita en la calle CALLE001 en Pont d 'Inca (Marratxi) doña Laura, que aportará bienes muebles por el valor que en el momento de la constitución de la misma se determinará y los menores Mateo y Lidia con un porcentaje del 2% sobre las participaciones sociales cada uno y con idéntico porcentaje sobre los beneficios anuales de la nueva sociedad."... SUMINISTROS ESCALDES SL aporta a S'TRAMUNTANA DE RESTAURACION SL el inmueble sito en CALLE001 de Pont D'Inca (Marratxí) en virtud de Escritura de aportación de 29 de julio de 2003.

Pues bien, la base de la quema casacional se ubica, pues, en que existían otros bienes con los que poder ejecutar la deuda existente por parte del acreedor y que, por ello, no existiría ocultación o desaparición de los bienes del deudor como elementos utilizados en la sentencia para la condena. Pero resulta inviable construir esa "posibilidad" de perseguir "otros bienes" cuando estos están centrados en sociedades constituidas ad hoc y de las que forma parte la perjudicada como mecanismo para cobrar las deudas.

Hay que recordar que es cierto que si, en efecto, existen otros bienes con los que poder satisfacer el deudor su deuda frente al acreedor desaparece la ilicitud de su conducta, pero no olvidemos que nos encontramos con delito que se puede ubicar en los de ánimo tendencial, en orden a dificultar al acreedor la persecución al deudor para hacer efectivos sus créditos, recordando el tribunal en el FD nº 3 los elementos típicos del delito del art. 257.1 CP, a saber:

a) La existencia de uno o más créditos contra el sujeto activo, generalmente preexistentes y reales, y, de ordinario, vencidos, líquidos y exigibles, si bien es frecuente que los defraudadores, ante la inminencia del advenimiento de un crédito, se adelanten a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, frustrando las legítimas expectativas de los acreedores, mediante la adopción de medidas de desposesión de sus bienes, tendente a burlar los derechos de aquéllos y eludir su responsabilidad patrimonial.

b) Un elemento dinámico consistente en destruir u ocultar su activo, real o ficticiamente.

c) Un elemento tendencial o ánimo específico de defraudar las legítimas expectativas generadas en el acreedor de poder cobrar sus créditos.

d) Que como consecuencia de las maniobras defraudatorias, devenga el deudor total o parcialmente insolvente, o experimente una acusada, aunque ficticia, disminución de su patrimonio, imposibilitando o dificultando a sus acreedores el cobro de sus créditos (Sentencias

del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1.989, de noviembre de 1.990, 21 de enero y 14 de febrero y 23 de octubre de 1.992).

El Tribunal de enjuiciamiento llega a concluir los datos de la prueba practicada que confluyen para entender concurrentes los elementos del tipo, aunque dado que se ha ubicado el motivo de vulneración de la presunción de inocencia al nº 3 de los motivos del presente recurso, en lugar de hacerlo en primer lugar, trataremos la existencia de la prueba de cargo bastante apreciada por el tribunal en el examen del tercer motivo.

En este caso podemos sistematizar lo expuesto por el Tribunal para admitir la existencia de los elementos del tipo penal para el dictado de la condena en los siguientes extremos, a saber:

a.- Maniobra del recurrente de carácter tendencial a dificultar el cobro de las deudas sobre sus bienes. Conciencia de las deudas y ejecución de movimientos de modificaciones societarias para evitar el seguimiento de la trazabilidad de sus titularidades y desembocar en una imposibilidad de ejecución de deudas.

Existencia de débitos por él conocidos que debía asumir:

1.- Pago de hipoteca sobre vivienda familiar.

2.- Infracción administrativa.

3.- Pensiones alimenticias.

El Sr. Alfonso, consciente de las deudas que tenía GOURMET BALEAR SL, a saber, el pago de la hipoteca que pesaba sobre la vivienda familiar, y la derivada de la infracción urbanística del Ayuntamiento de Buñola, con la finalidad de eludir, obstaculizar o impedir que los acreedores de dichas deudas pudieran reclamarlas, decide voluntariamente cesar la actividad de GOURMET BALEAR SL, en el año 2006, y proceder a continuar dicha actividad, el negocio en el sentido amplio del término, dándose de alta en la actividad que realizaba GOURMET BALEAR SL, pues ya estaba dado de alta como autónomo.

De este modo, comienza a facturar en su propio nombre, procede a despedir a trabajadores de GOURMET BALEAR SL, pero los da de alta a su nombre, en tanto autónomo, mantiene y utiliza todos los bienes, infraestructuras y clientes de GOURMET BALEAR SL pero los resultados se los imputa a sí mismo, no destinando dichos resultados a hacer frente a las deudas de GOURMET BALEAR SL, al menos desde finales de 2008.

Y así realiza la misma actividad que GOURMET BALEAR SL desde finales de 2006 y hasta, al menos, principios del año 2012; en 2010 y 2011, como hemos expuesto, seguía en la actividad, sin estar dado de alta en régimen alguno y, a partir de 2012, sin solución de continuidad, ya bajo JADE 15 GESTION SL.

La baja censal de GOURMET BALEAR SL la solicita a finales de 2007, sin embargo, el negocio lo sigue realizando él, en su propio nombre. De este modo se produce una descapitalización de la sociedad al cederse, de modo fraudulento, medios personales, materiales, clientes etc, dejando a la empresa en situación estática, desorganizada y despatrimonializada y, por tanto, sin posibilidad alguna de sostenerse y generar ingresos, con claro perjuicio de sus acreedores. En definitiva, el Sr. Alfonso provoca la desaparición de GOURMET BALEAR SL sin seguir ningún trámite legal de disolución o liquidación.

Y lo mismo acontece respecto del negocio desempeñado por el Sr. Alfonso, en tanto autónomo, hacia JADE 15 GESTION SL, sin perjuicio de lo que se dirá respecto al bien inmueble, la finca de Buñola.

b.- Corresponsabilidad de los Sres. Alfonso y Sara.

Así, el Sr. Alfonso y la Sra. Sara eran pareja desde el año 2007. La Sra. Sara era consciente de las deudas tanto de GOURMET BALEAR SL como de su pareja el Sr. Alfonso.

El propio Sr. Alfonso manifestó en sede civil que el pago de los atrasos de la hipoteca en 2008 que pesaba sobre la vivienda familiar, fue sufragado con dinero que le prestó su "pareja actual", es decir, la Sra. Sara. Si bien inicialmente la Sra. Sara pudo iniciar su actividad con JADE 15 GESTION SL de manera desconectada del Sr. Alfonso y de GOURMET BALEAR SL, al menos durante los años 2007 a 2009, no puede afirmarse lo mismo a partir del año 2010.

En primer lugar, como hemos analizado ampliamente, porque conforme consta en las operaciones con terceros, modelo 347, de JADE 15 GESTION SL, coinciden clientes que lo fueron de GOURMET BALEAR SL, después del Sr. Alfonso, y aparecen con JADE 15 GESTION SL;

En segundo lugar, no puede desconocerse que la actividad llevada a cabo por JADE 15 GESTION SL y GOURMET BALEAR SL, y el propio Sr. Alfonso, es una actividad análoga o similar, por no decir la misma, aunque formalmente las altas sean en distintos epígrafes, pero coinciden en parte los objetos sociales.

En tercer lugar, durante el año 2010, como ha quedado dicho, el Sr. Alfonso no aparece de alta como autónomo pero, sin embargo, sigue realizando su actividad como se ha probado con la testifical del detective durante ese año 2010, a pesar de hallarse formalmente en situación de desempleo desde finales de 2010 y hasta octubre del año 2011. Año 2011 en el que aparecen coincidentes clientes entre JADE 15 GESTION SL y los que lo fueron de GOURMET BALEAR SL, sin olvidar que en 2009 y 2010 aparece en las relaciones de dominio de JADE 15 GESTION SL.

En el año 2010, al Sr. Alfonso no le interesaba tener facturación propia, tampoco de GOURMET BALEAR SL por cuanto, La Caixa ya le había requerido de pago de la hipoteca; la Sra. Laura había asumido las cuotas derivadas de dicha hipoteca; el ISBA ya había interesado la subasta de la finca de Buñola, apareciendo en dichas operaciones no sólo GOURMET BALEAR SL como deudor, sino el propio Sr. Alfonso como fiador.

Pero ello no le impedía, de manera fraudulenta, trasvasar el negocio originario de GOURMET BALEAR SL, que luego hizo propio, a JADE 15 GESTION SL, que, a la postre, era de su pareja la Sra. Sara. Y así, en la subasta instada por el ISBA comparece como única postora distinta de la parte ejecutante, JADE 15 GESTION SL, en el intento desesperado de no perder la finca en la que se hallaban todos los bienes e infraestructura del negocio de GOURMET BALEAR SL, que, en esa fecha, seguía sin estar liquidada ni disuelta.

c. Objetivo de hacerse con el inmueble originario del negocio de Gourmet Balear SL pero a nombre de sociedad distinta impidiendo su persecución.

De este modo, si se hacían con el inmueble, en definitiva, se hacían con el negocio originario de GOURMET BALEAR SL. Y obteniendo dicho inmueble, a nombre de una sociedad distinta, JADE 15 GESTION SL, impedían que los acreedores de GOURMET BALEAR SL e incluso los del Sr. Alfonso, pudieran obtener la satisfacción de sus créditos en tanto podrían continuar con el negocio, pero a nombre de JADE 15 GESTION SL, como así se hizo.

Tras la adquisición de la finca de Buñola por parte de JADE 15 GESTION SL, en una operación de compra venta con el ISBA, que no entendemos fraudulenta como luego se expondrá, JADE 15 GESTION SL se instala en dicha finca, y continúa con la actividad, bienes, infraestructuras y clientes que lo fueron de GOURMET BALEAR SL, como lo demuestra la coincidencia de algunos clientes y el aumento del volumen del negocio en un 43% en el año 2013 respecto al año en que dicha finca se adquiere y de un 47 % en el año 2014. Siendo que JADE 15 GESTION SL es de la Sra. Sara, pareja del Sr. Alfonso, y éste es dado de alta por dicha entidad en régimen general, de tal manera que, en realidad, siguen la misma actividad, pero a nombre de otra persona jurídica,

obstaculizando cualquier posible reclamación de acreedores frente a GOURMET BALEAR SL y el propio SR. ALFONSO.

d. Conducta tendencial y con objetivo de dificultar la persecución de sus bienes. Si Gourmet era el deudor, su objetivo era descapitalizarlo y aprovecharse, sin embargo, de lo "que había generado comercialmente". El recurrente dejó inactiva Gourmet Balear, que era el deudor. Y lo hizo con dolo tendencial.

En definitiva, el Sr. Alfonso inicia a finales de 2006 un camino tendente a obstaculizar y/o impedir que los acreedores de GOURMET BALEAR SL puedan reclamar sus créditos, cesando voluntariamente la actividad de dicha sociedad para hacer la actividad propia, continuando la misma como autónomo, con utilización de todos los bienes, medios personales, infraestructuras y clientes de aquella, pero en beneficio propio, facturando para sí.

Cuando en el año 2008 se producen los impagos de GOURMET BALEAR SL, como consecuencia de esa despatrimonialización voluntariamente efectuada por el Sr. Alfonso, y ante las eventuales reclamaciones que pudieran recaer sobre él, en tanto fiador de varias de las operaciones declaradas probadas, decide darse de baja como autónomo a finales del año 2009, pero continuando la actividad durante gran parte del año 2010. Año en el que "entra en juego" JADE 15 GESTION SL, administrada por su pareja, la Sra. Sara, dedicada a análoga actividad a la que se dedicó GOURMET BALEAR SL y el propio Sr. Alfonso, siendo que en el año 2011 intenta pujar en la subasta de la finca de Buñola, sede inicial de Gourmet y sede de la actividad que el Sr. Alfonso hizo en tanto autónomo, aunque finalmente no se le adjudica el inmueble.

Sin embargo, conscientes ambos de que la pérdida del inmueble supondría la pérdida del negocio que en dicha finca se realizaba, compran la finca de Buñola al ISBA, a través de JADE 15 GESTION SL, recuperando de esta manera el único bien inmueble que pertenecía a GOURMET BALEAR SL, pero, con ello, también haciéndose definitivamente (pues ya se había ido trasvasando parte de la actividad como hemos analizado) con el negocio de la misma, que seguía sin estar liquidada ni disuelta, impidiendo definitivamente cualquier reclamación de acreedores frente a ésta, como lo es la Sra. Laura en relación con las pensiones de alimentos, siendo deudor el Sr. Alfonso, y la hipoteca de La Caixa, siendo deudor GOURMET BALEAR SL.

Finalmente, el elemento subjetivo del tipo, el ánimo de frustrar las expectativas de cobro de los acreedores, se infiere del propio relato del modo de acontecer los hechos pues el Sr. Alfonso, conocedor, sabedor y consciente de las deudas existentes de GOURMET BALEAR SL, de manera voluntaria, la deja inactiva; de manera voluntaria asume el negocio como propio, pero sin

liquidar ni disolver aquella sociedad, que la deja sin posibilidad de hacer frente a sus deudas; de manera voluntaria, el propio Sr. Alfonso se da de baja como autónomo, aunque continua la actividad para, finalmente, con la necesaria cooperación de la Sra. Sara, derivar el negocio a JADE 15 GESTION SL, siendo consciente la Sra. Sara de que GOURMET BALEAR SL tenía deudas, y de que el Sr. Alfonso también podía responder frente a ellas (consta embargo sobre la finca de Buñola por parte de Recaudación Tributaria; le dejó dinero al Sr. Alfonso para hacer frente a impagos de la hipoteca de la vivienda familiar a finales de 2008), de tal manera que si el negocio se adquiría por JADE 15 GESTION SL, se imposibilitaría a los acreedores de GOURMET BALEAR SL, la satisfacción de sus créditos.

Es cierto y verdad que esta Sala ha fijado una doctrina tendente a no entender concurrente el delito del art. 257 CP ante la evidencia objetiva y clara de otros bienes públicos en los que de forma sencilla se puedan perseguir para cobrar sus deudas el acreedor. 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 194/2018, 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."

Sin embargo, no es viable reconducir la "designación" de esos bienes en los que efectúa el recurrente, como se ha expuesto, en orden a la situación que él mismo había creado de dificultad de perseguir bienes por el intercambio de empresas y las constituciones hipotecarias que lleva a cabo, así como la copropiedad con la perjudicada.

Se recoge, así, que al Sr. Alfonso no le interesaba tener facturación propia, tampoco de GOURMET BALEAR SL por cuanto, La Caixa ya le había requerido de pago de la hipoteca; la Sra. Laura había asumido las cuotas derivadas de dicha hipoteca. No puede pretenderse que sobre la sociedad en la que tenía porcentaje que, a su vez, era cotitular del bien sobre el que

estaba la hipoteca pudiera la perjudicada dirigirse para el cobro de la deuda. Esta opción podría ser entendida con respecto a bienes de la exclusiva titularidad del deudor y de sencilla ejecución, pero no ante un diseño que el propio recurrente había fijado para complicar su persecución.

Se añade por el Tribunal que "cuando en el año 2008 se producen los impagos de GOURMET BALEAR SL, como consecuencia de esa despatrimonialización voluntariamente efectuada por el Sr. Alfonso, y ante las eventuales reclamaciones que pudieran recaer sobre él, en tanto fiador de varias de las operaciones declaradas probadas, decide darse de baja como autónomo a finales del año 2009, pero continuando la actividad durante gran parte del año 2010. Año en el que "entra en juego" JADE 15 GESTION SL, administrada por su pareja, la Sra. Sara, dedicada a análoga actividad a la que se dedicó GOURMET BALEAR SL y el propio Sr. Alfonso". La conducta de los recurrentes, sobre todo del sr. Alfonso, fue tendencial y destinada a ocultar patrimonio, hacerlo desaparecer y "proponer" ahora que sea la perjudicada la que le reclame sobre una parte societaria constituida ad hoc en todo el entramado que él mismo ha diseñado para hacer difícil la trazabilidad de movimientos y dificultar la acción de los acreedores, entre ellos su ex pareja.

Concurren los elementos del tipo penal por el que se condena a los recurrentes y sin viabilidad alguna del alegato formulado dado el carácter tendencial del operativo diseñado y la dificultad propia de la propuesta que expone en orden a entender que existen bienes sobre los que cobrarse la deuda, dado el sistema diseñado para dificultar ese cobro, incluido a quien fue su familia.

Se producen una serie de creaciones de sociedades que repercuten en las dificultades constantes para la perseguibilidad de los bienes. Pero la operativa llega al punto que en la separación matrimonial se verifica una voluntad de la constitución de otra sociedad. Nótese que consta en los hechos probados que "La vivienda que constituye el domicilio conyugal y residencia habitual de la pareja en compañía de los hijos menores, pertenece a la entidad SUMINISTROS ESCALDES SL(...)". *Dicha vivienda familiar era la sita en CALLE001 de Pont D'Inca (Marratxí).*

EN CUANTO A LA ADJUDICACIÓN DE LA EXCLUSIVA Y PLENA PROPIEDAD DEL DOMICILIO CONYUGAL se atribuye a la entidad S'TRAMUNTANA RESTAURACIO SL, Sociedad de responsabilidad limitada, que se constituirá por tiempo indefinido en un plazo de quince días hábiles desde la firma del presente documento y, la cual estará integrada por los siguientes socios: la entidad SUMINISTROS ESCALDES SL, doña Laura y los menores Mateo y Lidia, debidamente autorizados por sus progenitores. Los esposos, en su condición de administradores solidarios de SUMINISTROS ESCALDES SL se comprometen a realizar cuantas gestiones fueran necesarias tanto en documento público o privado, así como a formalizar los acuerdos sociales

necesarios a fin de que la exclusiva propiedad de la vivienda sea atribuida a la entidad *S´TRAMUNTANA RESTAURACION SL*".

"C. EN CUANTO A LA HIPOTECA QUE TIENE SUSCRITA LA VIVIENDA. La vivienda que hasta ahora venía siendo el domicilio conyugal, tiene constituida una hipoteca inmobiliaria con la entidad bancaria La Caixa, con el número de crédito NUM002 y código cuenta cliente número NUM003; la fecha de vencimiento de la misma es agosto de 2021. Dicha hipoteca viene siendo satisfecha por la entidad EL GOURMET BALEAR SL, con domicilio en la CALLE002 de Bunyola, provista de CIF B-07938814. La cuota mensual que se viene abonando por la misma es de 896,28 euros, quedando pendiente de abonar por el préstamo hipotecario, al día de la firma de este documento, la cantidad de 195.389,04 euros; los esposos, en su condición de administradores solidarios, pactan de mutuo acuerdo que la entidad EL GOURMET BALEAR SL, seguirá abonando en su totalidad el pago de la meritada hipoteca hasta la fecha de finalización".

Es decir, que ese pacto lo inhabilita el propio recurrente, por cuanto al descapitalizar a El Gourmet Balear y hacerlo inoperativo para cumplir sus obligaciones y dejar sus deudas sin posibilidad de cobro acaba perjudicando a la propia perjudicada y a sus hijos. Es la conducta del recurrente la que "potencia" y permite el impago, por lo que no puede verificarse que sea elemento exonerador de la responsabilidad penal la existencia de participaciones sociales de la sociedad patrimonial familiar denominada SUMINISTROS ESCALDES, S.L., que a su vez participa con un 96% en la sociedad titular registral del inmueble que fue vivienda conyugal, *S´TRAMUNTANA RESTAURACIÓN SL*.

La constante creación societaria supone una práctica habitual que en este caso tenía a la propia vivienda habitual como uno de los objetos del diseño societario creado ad hoc y que dificultaba la perseguibilidad de sus acreedores, provocando un vacío en el pago de sus deudas con la perjudicada ante la descapitalización de Gourmet Balear SL como se ha declarado probado.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por infracción de ley del artículo 849.2º de la ley de Enjuiciamiento Criminal, al existir error en la valoración de la prueba.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que

obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Como ya hemos expuesto en otras resoluciones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 182/2000 de 8 Feb. 2000, Rec. 404/1999) la propia relevancia de los dictámenes periciales, justifica la consolidada doctrina de la Sala relativa a la excepcionalidad de los mismos para entenderlos incluibles en el apartado segundo del artículo 849, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

a) La existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos; y

b) Dándose lo anterior, tratándose de hechos relevantes en relación con los efectos jurídicos pretendidos por las partes, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ello. Concurriendo los requisitos anteriores la prueba pericial debe ser incluida en el supuesto del artículo 849.2 (también S.T.S. de 22/11/1999).

Se alega por el recurrente que "en referencia a los Hechos Probados SÉPTIMO y siguientes, no es dable advertir finalidad defraudatoria en el Sr. Alfonso en referencia a la deuda a favor de la Sra. Laura, pues la deuda hipotecaria de la vivienda familiar y la pensión de alimentos se pagó íntegramente hasta septiembre de 2008".

Hay que señalar que en los hechos probados en el nº 10 se incide en que "Durante el año 2009, el Sr. Alfonso continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos" exponiendo el tribunal cuáles fueron los pagos que se habían hecho. Se añade que "sigue con la actividad iniciada en 2006, como autónomo, facturando para sí y no para GOURMET BALEAR SL". Es decir, que utilizó la estructura de la empresa que iba descapitalizando dificultando el cobro de sus deudas.

Ello da lugar a que conste en los hechos probados que:

"El 31 de octubre de 2009, el Sr. Alfonso se da de baja como autónomo, y, de este modo deja de generar ingresos declarados, con los que hacer frente a eventuales reclamaciones de las posiciones deudoras que mantenía y podían reclamársele.

Como consecuencia de los impagos de GOURMET BALEAR SL de las cuotas del préstamo de la Caixa, a fecha 23 de diciembre de 2009, contaba con un saldo

deudor de 97.223,80 euros. La entidad La Caixa requirió de dicho pago al Sr. Alfonso y a la Sra. Laura, en tanto fiadores de dicho préstamo, a GOURMET BALEAR SL, en tanto deudor, a SUMINISTROS ESCALDES SL, en tanto fiador e inicial hipotecante no deudor, y a S´TRAMUNTANA DE RESTAURACIO SL, titular registral del inmueble a dicha fecha, sobre el que se había constituido hipoteca en garantía del préstamo de La Caixa, es decir, sobre la vivienda familiar de la CALLE001, comunicando que dan por vencido dicho crédito y procederán a su inmediata reclamación judicial. "

Se añade en los hechos probados en el nº 11 que:

"El Sr. Alfonso, en el año 2010, continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos."Y relaciona cuáles fueron los pagos que hizo de la citada pensión.

En este operativo es cuando se relaciona en los hechos probados que entra la intervención de la Sra. Sara, al exponer que:

"Comienza en este año 2010 el Sr. Alfonso, puesto de común acuerdo con la Sra. Sara, a traspasar la actividad que, originariamente era de GOURMET BALEAR SL, que siguió el Sr. Alfonso como autónomo, hacia JADE 15 GESTION SL, con la finalidad de evitar hacer frente a las deudas tanto de GOURMET BALEAR SL como las propias del Sr. Alfonso persona física."

Esta mecánica del recurrente Sr. Alfonso que había dificultado la perseguibilidad de su deuda obliga a la perjudicada Sra. Laura a que, como consta en los hechos probados:

"En fecha 10 de marzo de 2010 la Sra. Laura inicia negociaciones con La Caixa para refinanciar la deuda existente, y evitar la ejecución del bien hipotecado, es decir, la vivienda familiar, lo que culmina el 14 de mayo de 2010, con un acuerdo de carencia"

En todo este diseño que había organizado obliga a la perjudicada Sra. Laura a actuar para salvar lo que fue su vivienda habitual, a fin de evitar la ejecución hipotecaria, constando en los hechos probados que:

"En estas fechas GOURMET BALEAR SL no podía hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias frente a LA CAIXA debido a la falta de liquidez producida por el actuar del Sr. Alfonso durante los años previos".

Es decir, el recurrente estaba dificultando acudir frente a su patrimonio por todo el trazado societario diseñado y que culminaba en el llevado a cabo con la Sra. Sara.

En los hechos probados se incide en el nº 12 que:

"En el año 2011, el Sr. Alfonso continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos. El Sr. Alfonso siguió realizando la misma actividad que en los años anteriores."

Esta conducta obliga a que la Sra. Laura gestione con el acreedor hipotecario, como se ha expuesto, constando en los hechos probados que:

"Durante el año 2011, y dado que el período de carencia pactado con La Caixa finalizaba en julio de dicho año, y como GOURMET BALEAR SL seguía sin poder pagar la cuota hipotecaria debido al actuar del Sr. Alfonso, la Sra. Laura mantiene negociaciones con dicha entidad para hacer frente a la deuda existente y evitar la ejecución de la hipoteca que pesaba sobre la vivienda familiar", añadiendo que "haciéndose cargo de las nuevas cuotas hipotecarias, ya sin carencia, la Sra Laura bien en su propio nombre, bien por cuenta de la misma o bien en nombre y *representación de S'TRAMUNTANA DE RESTAURACION SL, hasta la actualidad*".

Todo el diseño del recurrente había propiciado que la perjudicada Sra. Laura se viera obligada a actuar, ya que los movimientos del mismo tendentes a eludir sus obligaciones de pago hubiera determinado en caso contrario la pérdida del bien inmueble que era la vivienda familiar.

Se añade en el Hecho probado nº 13 que:

"En el año 2012, el Sr. Alfonso continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado, así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos."

En el hecho probado nº 14 que:

En el año 2013, el Sr. Alfonso continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado, así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos.

En el hecho probado nº 15 que:

En el año 2014, el Sr. Alfonso continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado, así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos.

En el hecho probado 16 se añade que:

En fecha 5 de enero de 2015, el Sr. Alfonso insta demanda de divorcio y modificación de las medidas acordadas en el procedimiento de separación... y, habiendo llegado los litigantes a un acuerdo, se establecen como efectos derivados del divorcio: se mantenía la pensión de alimentos a favor de ambos hijos con el límite temporal de un año a favor de Mateo, y hasta la edad de 25 años a favor de Lidia, siempre que continuara sus estudios hasta cumplir dicha edad. Dicha pensión debía abonarse y actualizarse conforme a lo establecido en el convenio regulador de 3 de julio de 2003.

Durante el año 2015, el Sr. Alfonso continuó sin abonar la pensión de alimentos a la que venía obligado, así como la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, a pesar de tener capacidad económica para realizar dichos pagos

En el hecho probado nº 17 se añade que:

Durante el año 2016, 2017 y hasta julio de 2018, mes en que Lidia cumplía los 25 años, el Sr. Alfonso no abonó por completo la pensión de alimentos a favor de sus hijos.

Se expone cuál es la cantidad que abonó de lo que estaba obligado.

Y por último en el hecho probado nº 18 se recoge que:

La Sra Laura ha abonado hasta noviembre de 2018, la cantidad de 102.861,22 euros por la hipoteca que grava la vivienda familiar a la entidad La Caixa y continúa abonando las cuotas hipotecarias.

Por todo ello, frente a la queja casacional por la vía del art. 849.2 LECRIM hay que señalar la extensión prolongada en el tiempo en la que se ha desarrollado la actitud de impago de

pensiones y de propiciar el impago de la cuota hipotecaria a que se había obligado, pero que dificulta mediante la descapitalización de Gourmet Balear SL. Además, no hay una restricción de los impagos hasta 2008, sino que se prolongan como se expone en los hechos probados ya expuestos.

Asimismo, el tribunal ha dispuesto de otros elementos probatorios en los que se ha basado igualmente para al alcanzar el fallo condenatorio que es objeto de impugnación en este trámite, lo que inutiliza la vía casacional emprendida.

Pretende el recurrente la modificación de los hechos probados en base a documentos que cita, pero hay que tener en cuenta que el tribunal ha valorado los extremos ya expuestos por el recurrente en conjunto con la prueba practicada y lo que resulta es el débito real y existente, tanto de la deuda hipotecaria, como del impago de pensiones cuantificado. Y ello, pese a que por el recurrente se hubieran hecho pagos parciales.

El recurrente construye un alegato pretendiendo hacer desaparecer la realidad de las operaciones llevadas a cabo con la Sra. Sara, otorgándole apariencia de buena fe a los movimientos societarios que lleva a cabo, pero la construcción de la sentencia en cuanto a la prueba con la que se ha contado evidencia que los constantes pasos del recurrente tenían un ámbito tendencial de dificultar su perseguibilidad. Y la prueba es el recurso al que tiene que acudir la perjudicada para salvar el inmueble que constituía la vivienda familiar. Pretende alterar los hechos probados con una personal valoración del conjunto de la prueba que se ha practicado, olvidando que la valoración de la prueba es conjunta, y no aislada de aquellos extremos que el recurrente expone con unilateralidad y con abstracción hecha del conjunto del material probatorio.

El resultado de la valoración probatoria que a continuación se expone desvirtúa el alegato del recurrente ante el carácter restrictivo que se ofrece en la vía utilizada del art. 849.2 LECRIM en torno a que los que cita quedan contradichos con la prueba que ha valorado el Tribunal.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española que, con rango de derecho fundamental, reconoce el derecho a la presunción de inocencia de cada acusado refiriéndose al delito de alzamiento de bienes del artículo 257 del CP expresando que no se ha practicado prueba de cargo válida en el juicio oral.

Sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada, (STS. 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12, STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se

practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Las alternativas planteadas por la defensa hacen referencia a:

"La imposibilidad real de pago, tanto de GOURMET BALEAR como del Sr. Alfonso

No había negocio susceptible de ser traspasado a partir del año 2009

Tampoco hay prueba suficiente de trasvase de negocio a favor de JADE 15 GESTION SL, ni en 2010 ni en 2012, por cuanto:

- los datos de Clientes o proveedores que se señalan no son relevantes en comparación con el total de las discrepancias existentes, más bien todo lo contrario.
- Tampoco hay identidad entre los productos comercializados por más que se trate del mismo sector.

— No hay referencia a bienes materiales concretos y que estos fueran de titularidad del GOURMET BALEAR, incluso que tuvieran valor alguno.

— El incremento de volumen de negocio que se aprecia en JADE 15 GESTION SL tras la adquisición de la finca de Bunyola se debe a la inversión realizada y al aprovechamiento de las instalaciones, se trata de una nave.

La adquisición por JADE 15 GESTION SL de la finca que fue de GOURMET BALEAR es un negocio jurídico válido".

Pues bien, destaca el Tribunal en el FD nº 1 los extremos sobre los que basa la condena y los que niega el recurrente que sean ciertos que han ocurrido, para, luego, ir desgranando cada hecho probado y la prueba que lo sustenta, lo cual podemos sistematizar: Realizar en este sentido una sistematización de la valoración que lleva a cabo el Tribunal enumerando los extremos que se consideran relevantes en orden a desglosar la conclusión que se obtiene de la valoración probatoria que lleva a cabo el tribunal, explicitada al comienzo de cada uno de los extremos que expone el mismo y su ponderación por esta Sala en esa sistematización secuencial.

"1.- Eje central de la prueba tenida en cuenta:

El acervo probatorio lo constituye la declaración de los acusados, las declaraciones testificales de la Sra. Laura, de los hijos de ésta y del acusado Sr. Alfonso, Mateo y Lidia, la de Natalia, de Guillermo, del detective con TIP000, la pericial de Rafael y la abundante documental debidamente introducida en el debate del plenario.

2.- Negativa del recurrente de ser ciertos determinados extremos.

a.- En esencia, el Sr. Alfonso no niega el impago de las pensiones de alimentos que se atribuyen por las acusaciones, sino que afirma que dichos impagos se debieron a su imposibilidad económica de hacer frente a los mismos.

b.- En relación con el devenir de la entidad GOURMET BALEAR SL, tampoco se niega por el Sr. Alfonso el declive de la misma y el impago del préstamo hipotecario que pesaba sobre la vivienda familiar.

c.- Lo que se afirma es que dicho impago, así como las operaciones posteriores que han sido declaradas probadas, lo fueron por imposibilidad real de pago de GOURMET BALEAR SL.

d.- Y se niega rotundamente que la compra por parte de JADE 15 GESTION SL del inmueble de Buñola lo fuera para impedir a la parte querellante poder ejercitar cualquier tipo de reclamación derivada de la asunción, en tanto fiadora, de la mencionada deuda hipotecaria.

e.- Negación que también realiza la Sra. Sara, a la postre, titular de la finca de Buñola a través de JADE 15 GESTION SL.

f.- También se niega por el Sr. Alfonso que realizara un trasvase del negocio de GOURMET BALEAR SL a su propio nombre y, posteriormente, a JADE 15 GESTION SL, a través de la Sra. Sara. Negación de esto último que también realiza la Sra. Sara".

3.- Desarrollo de los hechos probados y la prueba que a juicio del tribunal lleva a la convicción de su declaración por el Tribunal.

a.- Hecho probado 1º:

"El hecho probado PRIMERO se desprende de la declaración del Sr. Alfonso y de la Sra. Laura más junto con la siguiente documental: Convenio regulador, folios 36 a 45 y Sentencia de separación, folios 29 y 30. En relación con GOURMET BALEAR SL, la nota del Registro Mercantil, folios 2513 A 2518, documento 2 del escrito de defensa del Sr. Alfonso y escritura de constitución de dicha entidad que obra en el pen drive aportado por ISBA en la carpeta denominada "EL GOURMET BALEAR SL". Que el nombre comercial de EL GOURMET BALEAR estaba a nombre de ALFONSO se acredita con el documento 10 del escrito de Defensa del Sr. Alfonso.

En relación con SUMINISTROS ESCALDES SL. El objeto social aparece en la información general del Registro Mercantil, al folio 237; así como al folio 222 vuelto (escritura de novación con La Caixa). En relación con los cargos, hay discordancia en las fechas de cargos de administración. En la Escritura de Hipoteca de Gourmet, del año 2001, folios 1083 a 1114, aparece la Sra. Laura como administradora solidaria por escritura de 3 de mayo de 2001 (junta general de 2 de mayo) (folio 1083) pero luego en la novación (año 2011) dice que es administradora única por

junta de 1 de julio de 1999 (folio 222 vuelto y folio 237 información del Registro General Mercantil, que pone lo mismo). La propiedad de SUMINISTROS ESCALDES SL del inmueble de CALLE001 y CALLE002, aparece en los folios 754 (del 749 a 764), notas del Registro de la Propiedad y en los folios 1082 y 1083 aparece que Suministros era la dueña inicial de la vivienda familiar, por compra, folio 1084. Es la escritura de hipoteca de Gourmet-La Caixa, folios 1083 a 1114, también aparece así".

b.- Hecho probado 2º:

"El hecho probado SEGUNDO se desprende de la documental consistente en la escritura de hipoteca inicial sobre la vivienda de la CALLE001, obrante a los folios 10077 a 1114; y la hipoteca sobre finca de Buñola, la nota del Registro de la Propiedad de dicho inmueble, obrante a los folios 902 a 904, inscripción 13, así como su referencia en la escritura de garantía hipotecaria con el ISBA, a los folios 810 y 811".

c.- Hecho probado 3º:

"El hecho probado TERCERO se acredita, además de mediante la declaración del Sr. Alfonso y la Sra. Laura, en virtud de Sentencia de 9 de septiembre de 2003, dictada el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca, en el procedimiento de separación de mutuo acuerdo nº 960/2003, folios 29 y 30; y el Convenio regulador de 3 de julio de 2003, folios 36 a 45. En relación con los acuerdos recogidos en ese Convenio, las declaraciones tanto del Sr. Alfonso como de la Sra. Laura, no han aportado nada respecto a lo que consta documentado, pues o bien no recordaban exactamente lo acordado o lo que recordaban ya consta en dicho documento."

d.- Hecho probado 4º:

"El hecho probado CUARTO en relación con la constitución de S'TRAMUNTANA DE RESTAURACIO SL, mediante la documental obrante a los folios 221 vuelto y 236 y la aportación de SUMINISTROS ESCALDES SL a S'TRAMUNTANA DE RESTAURACIO SL del inmueble de la CALLE001, consta en la escritura de novación, al folio 226. Igualmente aparece S'TRAMUNTANA DE RESTAURACIO SL

como propietaria del inmueble de la CALLE001 a los folios 218 a 241 de la escritura de novación de hipoteca.

En relación con la ampliación de capital de GOURMET BALEAR SL, y la aportación de SUMINISTROS ESCALDES SL del inmueble de Buñola como desembolso de esa ampliación de capital, consta tanto en la nota del Registro de la Propiedad de la finca de Buñola, folios 749 a 764, en concreto al folio 758, así como al folio 905, y en la nota del Registro Mercantil relativa a GOURMET BALEAR SL, folio 2517 y 2518. La escritura de nombramiento del Sr. Alfonso como administrador único, de 29.9.2003, obra en el pen drive aportado por ISBA en el documento rotulado como "ANAKOS (BIENES, HIPOTECA)".

e. Hecho probado 5º:

"El hecho probado QUINTO, consta documentalmente en la nota del Registro Mercantil referente a ANAKOS MANAGEMENT SL, obrante a los folios 2524 y siguientes así como a los folios 733 y 734 del Registro Mercantil Central".

f.- Hecho probado 6º:

"El hecho probado SEXTO, consta acreditado mediante la documental siguiente: el nombramiento del Sr. Alfonso como administrador único de ANAKOS MANAGEMENT SL, obra en la nota del Registro Mercantil de dicha sociedad, a los folios 2527 y siguientes. El préstamo del BBVA a ANAKOS MANAGEMENT SL afianzado por el ISBA consta a los folios 790 a 795; la constitución de hipoteca a favor del ISBA a los folios 786 a 789 y 796 a 829 así como su anotación en el Registro de la Propiedad de la finca de Buñola, inscripción 15, a los folios 905 a 908. A los folios 908 y 909, consta la cancelación de la hipoteca de la inscripción 13, relativa a la hipoteca de 21 de agosto de 2003 (hecho segundo).

En este mismo año 2005, el Sr. ALFONSO constaba en el Registro Mercantil Central, en la entidad Illes Balears Hospitalidad & Gestión SL, con inicio de operaciones el 26 de octubre de 2005, así consta al folio 745.

Durante los años 2004 y 2005, GOURMET BALEAR SL, contaba, como uno de sus clientes principales, con la entidad SOL MELIA SA, que, por causas que no han quedado acreditadas, deja de serlo aproximadamente en marzo de 2005, así consta a los folios 115 a 122.

Durante el año 2005, GOURMET BALEAR SL tuvo una facturación muy inferior a años anteriores, sin embargo rondaba el medio millón de euros. Así se desprende de las cuentas anuales de GOURMET BALEAR SL, recogidas en el informe pericial obrante a los folios 61 a 77 del Rollo de Sala y en la documental aportada por la Agencia Tributaria obrante a los folios 462 a 467. "

g.- Resto de hechos probados:

"El resto de los hechos probados se desprende del análisis conjunto de los medios probatorios practicados en el Juicio oral, en los términos que a continuación expondremos."

1.- Infracción urbanística de Gourmet Balear SL:

"En el año 2004, sin que conste fecha determinada, el Ayuntamiento de Buñola incoa expediente de infracción urbanística por una nave construida en la finca de Buñola. Así se desprende de los folios 129 a 135 y 759 y 760 de la nota del Registro de la Propiedad de la finca de Buñola, donde se inscribe la anotación de embargo por dicho expediente y en relación con dicha finca, acordada por Diligencia de 5 de junio de 2006. El importe de la sanción se cifra en 203.995,98 euros. Dicha sanción recae sobre GOURMET BALEAR SL.

El Sr. Alfonso, en su declaración en el acto de juicio oral, explicó que, debido a dicha infracción urbanística, la Agencia Tributaria requería a sus clientes que retuvieran, para el pago de la sanción, los importes que debieran abonar a GOURMET BALEAR SL. Que esto motivó la pérdida de clientes, en especial, la cadena MELIA que representaba el 60% de la facturación de GOURMET BALEAR SL, porque esos clientes "no querían problemas", perdiendo GOURMET BALEAR SL el 80% de sus clientes en el año 2005. Que entonces, ante esta situación, le asesoraron que tenía que seguir trabajando para pagar lo que debía y lo tuvo que hacer "por su cuenta". Que inició su actividad como persona física, a su nombre. Que el nombre comercial de GOURMET estaba a su nombre, a nombre de Alfonso, y que podía utilizarlo. Que GOURMET BALEAR SL no se dio de baja sino que cesó en la actividad. Que desde 2006, Gourmet ya no tenía actividad. Negó que la actividad de Gourmet "se la traspasara" a él mismo como persona física, explicando que la pérdida de clientes de Gourmet hizo que tuviera que buscar nuevos clientes. Que utilizaba la furgoneta que estaba a nombre de Gourmet porque no tenía una

propia. Negó el trasvase de clientes de Gourmet a su nombre como autónomo. Al ser preguntado sobre por qué en el procedimiento de modificación de medidas instado por él en el año 2008, afirmó que realizaba la misma actividad que Gourmet, con los mismos clientes, pero como persona física, dijo en el juicio que no recordaba lo que había dicho en aquel momento. Que como autónomo trabajaba desde la finca de Buñola porque vivía allí; que allí tenía su centro de trabajo y también las furgonetas. También afirmó que la Agencia Tributaria no le reclamó nada a él como persona física. Que, a partir del año 2006, lo que hizo fue buscar clientes nuevos e ir comprando y vendiendo a medida que iba el día a día ."

2.- El proyecto de Anakos Management

"En relación con ANAKOS MANAGEMENT SL, afirmó que era un proyecto nuevo y que era necesario porque el proyecto de Gourmet "había muerto". Explicó que ANAKOS pretendía explotar instalaciones del Ayuntamiento de Palma, en concreto, se presentó a un concurso y consiguieron la explotación de Son Hugo y Germans Escales. Que había que modificar todas las instalaciones por lo que hicieron una inversión fuerte. Que, para esta inversión, se pidió el préstamo al BBVA y se hipotecó la finca de Buñola, no recordando las fechas ni el importe del préstamo. Continuó explicando que, a raíz de su salida como administrador de esta entidad, los otros dos socios, sin saber por qué, decidieron dejarle al margen. Que estos socios, montaron una sociedad paralela con sus esposas y el género de Son Hugo y Germans Escales, y la Foradada, y lo hicieron desaparecer y se montaron por su cuenta. Que por estos hechos interpuso querrela por estafa. Que no tuvo retorno, absolutamente nada. Explicó que como Gourmet Balear era proveedor de productos de alimentación, conoció a un cocinero para montar una empresa de catering y que Gourmet fuera su proveedor principal. Que Anakos se creó después de su separación. Respecto al préstamo con el BBVA explicó que estaba afianzado por el ISBA pero que no negociaron este afianzamiento sino que el BBVA fue quien les dijo que para poder otorgar el préstamo necesitaban la garantía de ISBA. Por ello, se formalizó contrato con ISBA y un contra aval por el que se hipotecó la finca de Buñola, así como un inmueble del otro socio, haciéndose constar así en el contrato. Continuó explicando que el préstamo se dejó de pagar, desconociendo cuándo, pero en 2006 dejó de ser administrador y se quedaron otros dos socios como administradores y eran ellos quienes se encargaban del pago de todo. Que era socio pero no le daban explicaciones. Que el ISBA le llamó y le dijo que no se

pagaba el préstamo. Que el ISBA se hizo con la finca de Buñola. Y, después, el ISBA le vendió la finca a JADE 15 GESTION SL. Afirmó que en el año 2008 se inicia la ejecución de ISBA, siendo él avalista también. Que no pagó su casa porque no podía pero que en esas fechas pagó la pensión de alimentos y la hipoteca que pesaba sobre la vivienda familiar, pero no podía con dos cosas".

3.- Préstamo hipotecario de La Caixa sobre el inmueble que era vivienda familiar y en el que era deudor Gourmet.

"Respecto al préstamo hipotecario de La Caixa, el Sr. Alfonso afirmó que GOURMET BALEAR SL dejó de pagar porque no podía. Que hasta finales de 2009 lo estuvo pagando como pudo, prestándole dinero sus familiares y rescatando el plan de pensiones para hacer frente a dicho pago y también a las pensiones de alimentos. Que cuando Gourmet Balear SL deja de pagar él era administrador único. Que le dijo a La Caixa que no tenía capacidad para pagar, desconociendo cómo iba a actuar La Caixa respecto a la Sra. Laura. Que tanto él como la Sra. Laura estaban de avalistas en ese préstamo. Que no le dijo a Natalia, Directora de La Caixa, que no iba a pagar sino que le dijo que no tenía capacidad para pagar. Que él no instó una nueva refinanciación del préstamo. Que hubo una novación y él fue a firmar el documento pero que no lo recordaba y lo ha tenido que revisar. Negó haber negociado la novación con La Caixa y la ampliación en 80.000 euros, así como los gastos derivados de ello, insistiendo en que él no negoció nada de todo esto con La Caixa. También negó haber dicho a la Sra. Laura o sus hijos que no pensaba pagar en ningún momento".

4.- Procedimiento de modificación de medidas.

"En relación con el procedimiento de modificación de medidas del año 2008, el Sr. Alfonso manifestó que lo instó él, pero no recordaba que hubiera habido dos vistas. Afirmó no recordar el listado de ingresos y gastos aportado en aquel procedimiento ni que manifestara que tenía unos ingresos de 3.200 euros mensuales. Recordaba que el importe de la pensión de alimentos eran trescientos y pico euros mensuales, y que los estuvo pagando hasta 2010, no teniendo constancia que la cantidad actualizada era de 382 euros cada mes. Que después del año 2010 no pagó la pensión porque no tenía capacidad económica para ello. Que sabía que en el procedimiento de modificación de medidas no le dieron la razón afirmando que no debió explicarse bien ante el juez, pues no tenía capacidad para seguir pagando.

Insistió en que tras ese procedimiento, tuvo que pedir dinero prestado para seguir pagando, dos años más. En relación con los ingresos que afirmó en aquel procedimiento, el Sr. Alfonso en el juicio dijo que aunque conste así por escrito, a ese importe hay que descontarle los gastos y que, por eso, es por lo que no debió explicarse bien. Que el margen comercial sobre ventas es el 25% y, de ahí, hay que descontar los gastos. Que, en el año 2008, había meses que tenía que pedir dinero a su familia, a sus padres. Que hasta el año 2015, no paga. Que a partir de la sentencia de divorcio, la cantidad a pagar era menor y sí podía ir aportando dicha cantidad. Que instó él el divorcio no recordando si solicitaba la modificación o supresión de la pensión de alimentos. Que lo que recordaba era que el primer año, a partir del divorcio, tenía que pagar por los dos hijos, y luego sólo por su hija hasta que cumpliera 25 años, no recordando la cantidad exacta. Que estas pensiones sí las ha pagado hasta julio de 2018, en que su hija ha cumplido los 25 años. Sobre el planteamiento de la modificación de medidas, afirmó que lo hizo porque no tenía nada, que estuvo cuatro años en el paro. Que desestimada la modificación, no la recurrió, lo asumió y siguió pagando hasta 2010".

5.- La sanción urbanística no puede ser la determinante de todo el operativo que él mismo diseña para hacer inhábil cualquier intento de dirigirse contra Gourmet para cobrar la deuda que tuviere frente a sus acreedores. Es el recurrente el que acaba dejando "muerta" a la sociedad.

"La declaración del Sr. Alfonso viene desvirtuada por el resultado de la prueba practicada. En relación con la afirmación del Sr. Alfonso de que la sanción por la infracción urbanística causó que el 80% de los clientes de GOURMET BALEAR SL dejaran de serlo, se contradice con las cuentas anuales de GOURMET BALEAR SL tanto del año 2005 como las del año 2006. Es cierto que, en la documentación aportada por la AEAT, folios 462 a 469, en el año 2004, GOURMET BALEAR SL tiene unos ingresos de explotación de 914.141,33 euros; en el año 2005, de 497.815,60 euros y en el año 2006, de 400.714,26 euros. Por tanto, si bien hubo una disminución considerable de la facturación, no dejaba a GOURMET BALEAR SL "muerta" como ha afirmado el Sr. Alfonso, respecto de finales de 2005. Y tampoco lo estaba a finales de 2006, cuando el Sr. Alfonso decide comenzar a trabajar "por su cuenta".

La creación de ANAKOS MANAGEMENT SL es a finales del año 2004, época en la que GOURMET BALEAR SL tenía una facturación de casi un millón de euros (documental de la AEAT antes mencionada), por lo que difícilmente podía ser ese

"nuevo proyecto" porque el proyecto Gourmet "estaba muerto". Consta, además, el contrato de adjudicación de 29 de junio de 2005, de Son Hugo y Germans Escales en el pen drive remitido por el ISBA en la carpeta "EL GOURMET BALEAR SL", por 20 años, a favor de ANAKOS MANAGEMENT SL, por lo que siendo GOURMET BALEAR SL proveedora de la anterior, supondría importantes ingresos. Consta que ANAKOS es cliente de GOURMET BALEAR SL al folio 121, en diciembre de 2005".

6.- Actuación del recurrente por su cuenta al margen de Gourmet Balear cuando esta tenía débitos, pese a lo cual no los afronta y la deja al margen actuando comercialmente por su cuenta provocando paulatinamente que aquella "agonizara".

"A finales del año 2006, el Sr. Alfonso decide dejar de operar en el tráfico mercantil a través de GOURMET BALEAR SL, y hacerlo "por su cuenta" como él mismo ha afirmado. Estuvo dado de alta como autónomo desde el 1 de mayo de 1993 hasta el 30 de abril de 2008 y desde el 1 de septiembre de 2008 hasta el 31 de octubre de 2009, como se desprende de los folios 2547 y 2548; y en fecha 30 de octubre de 2006, se dio de alta en la actividad de otros servicios de alimentación y restauración hasta el 30 de abril de 2008. En fecha 4 de septiembre de 2008 se dio de alta en la actividad de puestos alimenticios y bebidas, sin que conste fecha de cese, folio 325. Así se desprende de la documental de la AEAT, folios 321 A 327, del folio 2547, y también en el documento 9 aportado junto a su escrito de defensa; aparece el alta en la actividad de otros servicios de alimentación y restauración al folio 322. Durante este año 2006, el Sr. Alfonso tiene ingresos como administrador de GOURMET BALEAR SL, como consta a los folios 358 a 361, 332 Y 334, y el documento 9 aportado con su escrito de defensa.

En este momento, año 2006, GOURMET BALEAR SL, no sólo tiene que hacer frente a la sanción por infracción urbanística, sino también a la hipoteca sobre la vivienda familiar y, además, hay otro préstamo a favor de GOURMET BALEAR SL de 28 de abril de 2006, por importe de 30.000 euros del BBVA, afianzada por ISBA (doc. "EL GOURMET BALEAR SL" del pen drive del ISBA). Hay otros dos préstamos, en el listado de gastos que aporta el Sr. Alfonso al procedimiento de modificación de medidas, folios 147 y 148, con el BBVA y BANESTO, pero se desconoce si lo son de GOURMET BALEAR SL o del Sr. Alfonso persona física ."

7.- Se utiliza en su gestión unipersonal al margen de Gourmet la infraestructura de la misma, pero no "ayuda" a Gourmet a salir de la crisis, sino que la acaba estrangulando.

"A partir de este momento, el Sr. Alfonso comienza a realizar la actividad económica por cuenta propia, siendo dicha actividad similar o análoga a la que venía realizando GOURMET BALEAR SL, y utilizando para ello tanto los vehículos de dicha sociedad así como las instalaciones e infraestructuras de la misma sitas en Buñola. La furgoneta MATRICULA003 consta a nombre de GOURMET BALEAR SL, folio 1236, así como otros dos vehículos, folios 1234 y 1235. Es utilizada por el Sr. Alfonso como él mismo ha reconocido. Además, aparece en el informe del detective que ha depuesto en el acto del juicio, obrante a los folios 286 a 308, en cuyas fotografías se ve al Sr. Alfonso utilizando dicha furgoneta para trabajar.

8.- Utiliza para ello la finca de Buñola que es luego la que se adquiere por JADE 15 GESTION en ejecución de su diseño de "aprovechamiento" de los bienes y proyección de Gourmet Balear, aunque sin asumir lo que ésta debía. No se trata, por ello, de imposibilidad de pagar, sino de "provocación final de imposibilidad de pagar.

"Pero es que, además, sigue utilizando la finca de Buñola para ejercer su actividad que, no ha de olvidarse, es prácticamente la misma que la realizada por GOURMET BALEAR SL, destinada a proveer de productos alimenticios, misma actividad en la que se da de alta el Sr. Alfonso en este año 2006. En relación con los clientes, el Sr. Alfonso ha negado que "los suyos" fueran los mismos que los de GOURMET BALEAR SL.

9.- Desempeñó la misma o parecida actividad que Gourmet Balear y utilizó su espacio para su actuación personal y luego introduciendo a JADE 15 GESTION en su operativo.

Pero esta afirmación es inverosímil por cuanto el Sr. Alfonso desempeña la misma actividad o similar que Gourmet, utiliza sus infraestructuras y medios materiales, y resulta que según van aumentando sus facturaciones en los años 2007 a 2009, la facturación de GOURMET BALEAR SL, disminuye siendo que ya a finales de 2007 tiene un volumen de ventas de poco más de mil quinientos euros, cuando en 2006 llega a los cuatrocientos mil euros y en 2005 había llegado al medio millón de euros. Así se desprende de la documentación aportada por la AEAT folios 471 y 472, y el documento 9 aportado junto al escrito de defensa del Sr. Alfonso, consistente en las declaraciones y modelos tributarios del mismo. Pero es que, además, parte de los clientes que aparecían en GOURMET BALEAR SL, folio 310 y 311 del pdf del pen drive del ISBA en la carpeta "EL GOURMET BALEAR SL", y folios 115 a 122, aparecen luego en JADE 15 GESTION SL, en los modelos 347, folios 1260 a 1270, 1419 a 1425, como son Grupotel SA, Servis Tenerife, Conservas La Gaviota SA, La Mallorquina de Apais SL, Ahumados Mare Nostrum SL, Ibéricos Torreón Salamanca SL. De igual manera que se hace con la actividad de GOURMET BALEAR SL y utiliza sus bienes materiales, el Sr. Alfonso a finales del año 2006, procede a despedir a de

trabajadores de GOURMET BALEAR SL, en tanto administrador de dicha sociedad, folios 458 a 461 de la documentación aportada por la AEAT, y los da de alta a su nombre, como autónomo, como trabajadores por cuenta ajena. Trabajadores que, hasta esa fecha, lo fueron de GOURMET BALEAR SL. Así se desprende de la comparación de los datos obrantes a los folios 340 a 351 y 459 a 461 de la documentación aportada por la AEAT. Igualmente se desprende de la vida laboral de la Sra. Sara, folios 2552 a 2555, folios 340 y 345 y de su propia declaración, que afirmó que hasta finales de 2006 trabajó para GOURMET BALEAR SL y luego en 2007 para el Sr. Alfonso como autónomo. Y la Sra. Sara ha venido a afirmar que siguió realizando en ambos períodos, tanto el tiempo en que trabajó para Gourmet como el que trabajó para el Sr. Alfonso como autónomo, la misma actividad de comercial. Y que, además, seguía trabajando en las mismas instalaciones.

Conclusión que también se ve corroborada por la declaración del testigo Guillermo, pareja de la Sra. Laura, que ha manifestado que fue trabajador de Gourmet Balear SL. Que ha podido ver al Sr. Alfonso en Merca Palma, lugar donde él también acude por su trabajo, cargando mercancía y utilizando la furgoneta de Gourmet".

10.- Corroboración de la declaración del detective TIP000.

"Igualmente, el informe y la declaración del detective con TIP000, acreditan la actividad del Sr. Alfonso, la utilización de toda la infraestructura, medios personales y materiales, de Gourmet Balear SL, en definitiva, el negocio.

En los documentos aportados por el detective junto al informe, tras la entrevista que mantiene el Sr. Alfonso con unas personas en un bar, en la que el Sr. Alfonso ofrece ser proveedor, según ha relatado el testigo, puede observarse no sólo la utilización del nombre de Gourmet Balear, folio 302, sino que los productos que aparecen a los folios 303 a 308, y que ofreció a sus tertulianos, son alimenticios, igual que los productos que comercializaba GOURMET BALEAR SL.

El logo del documento era igual que el de la furgoneta, así lo afirmó el detective. Seguimientos realizados en el mes de mayo y junio del año 2010. Año en el que el Sr. Alfonso estaba dado de baja como autónomo, desde el 31.10.2009 (folio 2547) y no vuelve a darse de alta como tal hasta el 1.2.2012 y vuelve a causar baja el 31.3.2012, folio 2546. Durante el período de 18.11.2010 a 17.10.2011, folio 2547, percibe subsidio por desempleo. Por tanto, el Sr. Alfonso trabajaba en el año 2010, realizando la misma actividad que inició en el año 2006, pero sin constar

formalmente dado de alta en ningún régimen y, por tanto, tampoco constanding formalmente como generador y perceptor de ingresos, pero sí de hecho. El plan de pensiones a que ha hecho referencia el Sr. Alfonso se rescata el 13 de marzo de 2007, por importe de 4000 euros y el 29 de septiembre de 2008, por importe de 1308,45 euros, como consta en el documento 14 de su escrito de defensa, pero se desconoce el destino de dichos importes".

11.- Informe pericial del Sr. Rafael.

"En el mismo sentido se ha pronunciado el perito Sr. Rafael al exponer que Gourmet sufrió una caída drástica desde el momento en que el Sr. Alfonso se da de alta como autónomo en 2006."

12.- El procedimiento de modificación de medidas.

"Aunque en el acto del juicio oral el Sr. Alfonso haya negado la coincidencia de clientes entre los de GOURMET BALEAR SL y los propios como autónomo, no negó en el procedimiento de modificación de medidas del año 2008, como se hace constar en el auto de medidas y en la sentencia dictada en dicho procedimiento (folios 70 a 179, auto a los folios 143 y 146 y sentencia a los folios 174 a 179). En el CD que obra en la causa sobre dicho procedimiento, únicamente consta la vista de la modificación y no la vista de la medida cautelar; sin embargo, en dicha grabación, visionada ahora, el Juez ya hace constar que el Sr. Alfonso en la vista anterior había reconocido realizar la misma actividad que la empresa en razón a que ésta había sido objeto de un embargo por infracción urbanística, por lo que decidió gestionar su negocio como persona física y dándose de alta como autónomo. Y así lo hace constar cuando declara la innecesariedad de algunas preguntas que se realizan al Sr. Alfonso por entender que éstas ya fueron contestadas en la vista anterior, haciendo mención el Juez a cuáles fueron las respuestas del Sr. Alfonso en la vista anterior.

Pretendió en aquella modificación que se dispensara a GOURMET BALEAR SL de la obligación del pago de la hipoteca que recaía sobre la vivienda familiar, alegando la imposibilidad de pago. Y el Juez civil desestimó tal pretensión por cuestiones jurídicas y, además, por entender que si GOURMET BALEAR SL se hallaba, en el año 2008, en una situación de iliquidez, lo había sido como consecuencia del actuar del Sr. Alfonso, que continuó realizando la misma actividad, el mismo negocio que

realizaba para GOURMET BALEAR SL, pero como autónomo, de tal manera que fue ésta la causa generadora de tal iliquidez. Argumentos que, desde luego, comparte esta Sala."

13.- Deja sin actividad a Gourmet Balear. Es quien provoca la imposibilidad de pagar que el propio recurrente alega en su motivo.

"En definitiva, de los hechos objetivos acreditados y expuestos, se infiere de manera lógica y racional, además de haber reconocido en parte el Sr. Alfonso la continuación de la actividad con medios de GOURMET BALEAR SL, que éste a finales de 2006, decide dejar sin actividad a GOURMET BALEAR SL, para evitar más embargos por la infracción urbanística, y continuar él la actividad, sin disolver ni liquidar la sociedad, y facturando para sí. Y la intención es clara: evitar que GOURMET BALEAR SL tuviera más embargos, es decir, evitar a sus acreedores y no sólo por la sanción urbanística pues, como ha quedado expuesto, GOURMET BALEAR SL, a finales de 2006 ya tenía otras deudas que pagar. Y aunque no existiera una coincidencia total de los clientes de Gourmet con los del Sr. Alfonso, éstos eran la gran mayoría, pues esa actividad la inicia el Sr. Alfonso sin solución de continuidad respecto de Gourmet Balear SL".

14.- Pese a todo, el recurrente sigue actuando de forma unilateral al margen de Gourmet Balear.

"De este modo, el Sr. Alfonso sigue facturando para sí durante los años 2007 a 2009; continúa en la actividad, sin estar dado de alta el régimen alguno, los años 2010 a 2012 y, a partir de mayo de 2012, es contratado por JADE 15 GESTION SL, por cuenta ajena. Dato que también relacionaremos más adelante.

Y consecuencia de este actuar del Sr. Alfonso es que GOURMET BALEAR SL, ya a finales de 2007, se hallaba en una situación de crisis económica que, obviamente, le impedía hacer frente a sus deudas. Pero sin olvidar que esta situación fue provocada y buscada por el propio Sr. Alfonso. Y, el 2 de enero de 2008, Sr. Alfonso presenta la baja censal de GOURMET BALEAR SL, con efecto 31 de diciembre de 2007 (folios 2602 y folios 443 a 447). Misma fecha que la Sra. Sara deja de trabajar para el Sr. Alfonso como autónomo.

En ese mismo año que el Sr. Alfonso decide iniciar la actividad por su cuenta, año 2006, en fecha 2 de noviembre de 2006, se celebra Junta General Extraordinaria y

Universal de socios de la entidad ANAKOS MANAGEMENT SL, en la que ALFONSO dimite de su cargo de administrador único, y se nombra administrador único a ROBERTO, y se traslada el domicilio social de Buñola a CALLE007 de Palma. Los anteriores acuerdos se elevan a Escritura pública en fecha 27 de noviembre de 2006 y se inscribe en el Registro Mercantil en fecha 4 de enero de 2007 (presentada el 7.12.2006). Así se desprende de la Escritura de 27.11.2006, de la Junta de 2.11.2006, folios 2603 a 2607, y la nota del Registro Mercantil, folio 2528. No le echaron del cargo, como ha afirmado en el juicio, sino que renunció al cargo. Y que hubo problemas entre los socios, debió ser así, pues consta la querrela interpuesta por el Sr. Alfonso contra los socios de ANAKOS MANAGEMENT SL en fecha 23 de julio de 2009, en el documento 8 del escrito de defensa, pero no consta el estado actual de dicho procedimiento."

15.- Inicio de la intervención de la recurrente. Sra. Sara, también condenada por su cooperación con el diseño del Sr. Alfonso. Creación de JADE 15 GESTION.

"En el año 2007, el Sr. Alfonso y la Sra. Sara, inician una relación sentimental. Así lo han afirmado ambos. Y, durante ese año 2007, la Sra. Sara, como hemos dicho, trabaja para el Sr. Alfonso como autónomo, pero realizando la misma actividad de comercial que realizaba para GOURMET BALEAR SL.

Pues bien, en este mismo año, 2007, se crea JADE 15 GESTION SL. Mediante Escritura pública de 7 de noviembre de 2007, otorgada ante el Notario de Palma de Mallorca, Rafael Zaragoza Tafalla, se constituye la compañía mercantil de responsabilidad limitada JADE 15 GESTION SL, con objeto social la comercialización interior y exterior, distribución y compraventa al mayor y menor de toda clase de productos alimenticios, productos envasados, enlatados, congelados, agrícolas, ganaderos y marinos, y bebidas de toda clase; la explotación de cafeterías y bares, con y sin comida, restaurantes, salas de baile y discotecas; así como el servicio de hospedaje en hoteles, moteles, hoteles-apartamentos, hostales, pensiones, fondas y casas de huéspedes; la compraventa y arrendamiento de toda clase de bienes inmuebles. El domicilio social se establecía en CALLE008 de Palma. El capital social, de 3.100 euros, dividido en 100 participaciones, se dividían entre las dos socias de dicha sociedad: SARA con el 80% de las participaciones, de la 1 a la 80, y PILAR, con el 20% de las participaciones, de la 81 a la 100. Se designaba como administradora única por tiempo indefinido a SARA. Fue inscrita en el Registro Mercantil en fecha 26 de noviembre de 2007, así se desprende de la

nota del Registro Mercantil, relativa a JADE 15 GESTION SL, obrante a los folios 2519 a 2523, y de los folios 737 a 739, información del Registro Mercantil Central. Y el 1 de enero de 2008, la Sra. Sara se da de alta como autónoma, folios 2551 a 2555 (vida laboral), y folios 340 y 345 de la AEAT.

Respecto a JADE 15 GESTION SL, el Sr. Alfonso en el acto de juicio oral, nos ha dicho que cuando se crea JADE él y la Sra. Sara eran pareja, pero que cada uno iba por su lado. Que la Sra. Sara y Marta, su hija, eran administradoras. Que, en el año 2012, JADE adquirió la finca de Buñola por compra al ISBA. Que su relación con JADE es que le contrataron en mayo de 2012 cuando ya estaba en la ruina. Que JADE necesitaba un repartidor y le contrataron."

16.- Declaración de la Sra. Sara. Era consciente de que la propiedad de la finca era de Gourmet y que Gourmet eran el Sr. Alfonso y la Sra. Laura, pues trabajó para ellos.

"Por su parte, la Sra. SARA en el juicio manifestó que el Sr. Alfonso y ella eran pareja desde el año 2007 y que se habían casado el año pasado (2018). Afirmó que no vivió en la finca de Buñola hasta que la compró en el año 2012. Que anteriormente, tenía un piso en Palma, donde vivía y estaba empadronada. Que constituyó JADE 15 GESTION SL con su hija y el domicilio social inicial era el de Palma. Que el domicilio social se cambia después de comprar la finca de Buñola. Afirmó que la actividad que hacía con JADE no era la misma que hacía con GOURMET. Respecto a los pantallazos obrantes a los folios 525 y 526, explicó que JADE GOURMET BALEAR era el nombre comercial y que JADE 15 GESTION SL, era el nombre fiscal. Que la nave que sale en el folio 526 es la que construyó el Sr. Alfonso y también es su furgoneta. Que, el contacto que sale en esas páginas es a partir del año 2012. También se le preguntó si los productos que comercializaba, obrantes al folio 529 y siguientes, eran los mismos que los de GOURMET BALEAR SL, a lo que la Sra. Sara contestó que en 2002 trabajó en Gourmet Balear de comercial. Que, cuando al Sr. Alfonso le fueron mal las cosas, había meses que no le podía pagar la nómina. Que, entonces, decidió montar una sociedad, con su hija, porque el asesor le dijo que era mejor con otra persona para hacer una sociedad limitada por su cuenta. Que, todo lo tenía yo en Palma, en el piso. Que, lo que hacía era sobre pedidos, y fue haciendo clientes nuevos. Que, lo congelado se lo repartía Matias que tenía cámara; lo otro lo llevaba ella en su coche. Y así, hasta que cuando le quitaron la finca al Sr. Alfonso, pensó que como allí estaba la nave y todo, pues le iba bien. Que, habló con ISBA y le dieron un precio. Que, un mes antes, se

instaló allí, en el almacén, pero seguía teniendo su piso en Palma. Que luego, el Sr. Alfonso estaba en el paro y le dijo de trabajar de repartidor para no depender de Matias. Que, en mayo habló con ISBA y le dijeron que la podía comprar. Que, en julio la compró ante notario, previo desahucio de su marido. Sobre la actividad que realizaba desde el año 2007 hasta el 2012, negó rotundamente que ella y el Sr. Alfonso fueran en esos años traspasando el fondo de comercio de Gourmet. Explicó que en el año 2002, ella empezó en Gourmet, y eran muchos trabajadores. Que, cuando se fue Meliá de Gourmet, se despidió a mucha gente. Que, cuando el Sr. Alfonso se puso de autónomo, no le podía pagar la comisión ni nada, por lo que decidió montar una sociedad porque necesitaba una nómina para mantener a sus hijas. Que, aunque ella y el Sr. Alfonso fueran pareja, no lo quería de socio, que no quería problemas. Reiteró que su actividad y clientes no tenían que ver con el Sr. Alfonso. En relación con el ISBA, la Sra. Sara dijo que sabía que el ISBA había iniciado una ejecución contra el Sr. Alfonso. Que éste tenía problemas con los socios y le iban a quitar la finca. Que la negociación con el ISBA fue entre la entidad, ella y su abogado. Que, posteriormente, han presentado las cuentas anuales de JADE a través de su gestor. Que, después de la compra por JADE de la finca de Buñola, el Sr. Alfonso sí ha vivido en la finca, pero matizó que estuvo una temporada en un piso alquilado de Buñola.

Continuó especificando que habló con el ISBA unos tres meses antes de comprar, sobre mayo de 2012 y que, antes, no habló.

Que era consciente de que la propiedad de la finca era de Gourmet y que Gourmet eran el Sr. Alfonso y la Sra. Laura, pues trabajó para ellos.

Que el pago de la compra de la finca lo hizo mediante hipoteca del piso de Palma; piso que luego perdió al no poder hacer frente al pago de la hipoteca. Que, para la gestión de su negocio le pareció lo más adecuado, el adquirir la finca pues había trabajado allí y las instalaciones eran las que ella necesitaba.

Sobre ANAKOS dijo no saber nada. Negó rotundamente que permitiera al Sr. Alfonso participar en su negocio de JADE pues la gestión la llevaba ella para sí. Finalmente expuso que el negocio se encuentra actualmente en venta por problemas de salud de ella y que no se la da al Sr. Alfonso porque no quiere".

17.- Similitudes entre JADE 15 GESTION y GOURMET BALEAR. Espacio y clientes. Adquisición del inmueble donde operaba ésta última para seguir su negocio.

"Como puede observarse en la constitución de JADE 15 GESTION SL, el objeto social es muy similar al que tenía GOURMET BALEAR SL y también en relación con la actividad que, a partir de finales de 2006, realiza el Sr. Alfonso. También, los productos que comercializa, folios 529 a 534, vienen a coincidir, en esencia, con los que se relacionan en el documento aportado junto al informe del detective, folios 303 a 308. Al folio 526, aparece la nave que fue utilizada por GOURMET BALEAR SL, primero, y luego por el Sr. Alfonso para la actividad, así como también la furgoneta de GOURMET BALEAR SL, a pesar de ser la fotografía ya de fechas en las que es JADE 15 GESTION SL quien desempeña el negocio en dicho lugar. En Junta General y Universal de socios de JADE 15 GESTION SL, celebrada el 24 de marzo de 2014, se procede a modificar el domicilio social de la entidad que pasa a ser CALLE002, elevándose dicho acuerdo a público mediante escritura de fecha 2 de abril de 2014, autorizada por el Notario D. Francisco Moreno Clar, e inscrita en el Registro Mercantil en fecha 13 de junio de 2014. Así se desprende de la nota del Registro Mercantil a los folios 2522 y 2523. Durante los años 2010 y 2011, como ha quedado expuesto, aparecen clientes coincidentes de GOURMET BALEAR SL en los modelos 347 de JADE 15 GESTION SL. Años 2010 y 2011 en los que el Sr. Alfonso no aparece dado de alta en ningún régimen, pero sigue trabajando. Y en los años 2013 y 2014, JADE 15 GESTION SL presenta una cifra de negocios superior al año 2012, cuando adquiere la finca, de un 43% y un 47% superior. Así se desprende de los folios 1360, cuentas anuales del año 2013; y folio 1378, cuentas anuales de 2014. Y que el negocio fue en aumento de manera considerable a partir de que la actividad la realizaran en la finca de Buñola, se desprende del Informe Fiscal obrante a los folios 1924 a 1929, donde aparece que, de 9 proveedores en 2009, pasan a 28 en 2013 y 21 en 2014; o que de 14 clientes en el 2009 pasan a 38 en 2013 y 39 en 2014.

Analizada la documentación fiscal de JADE 15 GESTION SL, resulta que, en el año 2010, folios 1420 a 1425, en el modelo 347, además de aparecer algunos clientes que lo fueron de Gourmet Balear, vemos que al folio 1422 aparece Ibéricos Torreón Salamanca SL, que es, precisamente, el mismo que aparece al folio 305, en los documentos que el Sr. Alfonso entregó a sus contertulios en la reunión que refirió el detective que ha depuesto en el acto del juicio oral. Y, resulta, que en ese año 2010,

el Sr. Alfonso no estaba dado de alta en ningún régimen. En el año 2011, también consta igual resultado, en el modelo 347, folios 1260 a 1270 y, en concreto, al folio 1262, donde también aparece Ibéricos Torreón Salamanca SL; año en el que el Sr. Alfonso seguía sin estar dado de alta en ningún régimen. Y este cliente/proveedor sigue apareciendo en los modelos 347 de JADE 15 GESTION SL en los años 2012 y 2013, folios 2000 y siguientes, folios 1989 y siguientes, en concreto a los folios 2000 vuelto y 1992, respectivamente. Siguen en esos años apareciendo las relaciones con sociedades que también aparecen en el listado de Gourmet obrante al pdf 310 y 311 del pen drive del ISBA (carpeta "El Gourmet Balear SL"), incluso otro que ya lo fue también de Gourmet, Carnes Félix, folio 1990, en el año 2013. Y la Sra. Sara ha manifestado que contrató al Sr. Alfonso para no depender de Matias. Sin embargo, Matias sigue apareciendo en los modelos 347 de los años 2012, folio 2001, 2013, folio 1992 vuelto y 2014, folio 1857. Por tanto, no debió ser ese el motivo por el que contrató a su pareja en mayo de 2012.

Continuando con la información fiscal de JADE 15 GESTION SL, resulta que en las "Relaciones de dominio" de JADE 15 GESTION SL, durante los años 2009 y 2010, aparece el Sr. Alfonso como "autorizaciones", en tanto que en 2008, 2011, 2012 y 2013 sólo aparecen la Sra. Sara y su hija (folio 1929). Por tanto, el Sr. Alfonso no era tan ajeno a JADE 15 GESTION SL como se nos ha pretendido presentar, tanto por él como por la Sra. Sara. Piénsese que, a partir del 2011, ya no aparece con esa relación de dominio, puesto que es el año en que se produce la negociación con el ISBA para adquirir la finca de Buñola, no siendo muy prudente que la sociedad que quiere adquirir la finca, JADE 15 GESTION SL, que compareció a la subasta de ese año, tuviera en relación de dominio al Sr. Alfonso, que era el administrador único de la sociedad cuyo bien inmueble salía a subasta, como hipotecante no deudor, pero parte ejecutada en el procedimiento judicial.

De lo anterior se desprende que, en el año 2010, JADE 15 GESTION SL, comienza, a través del Sr. Alfonso y de su pareja Sra. Sara, que no podía ser ajena a ello por cuanto tiene de autorizado al Sr. Alfonso, a ir recibiendo poco a poco lo que venía realizando el Sr. Alfonso que, a su vez, había realizado Gourmet Balear, es decir, otro trasvase.

En relación con las conversaciones de la Sra. Sara con el ISBA, éstas no pudieron tener lugar en las fechas que la Sra. Sara ha manifestado, es decir, tres meses antes de la compra, sobre el mes de mayo de 2012. Y no puede ser por cuanto

JADE 15 GESTION SL ya compareció a la subasta llevada a cabo en la ejecución hipotecaria 1142/2009, instada por ISBA. Consta que el 21 de junio de 2011, se celebra la subasta de la finca de Buñola compareciendo a dicho acto el ISBA, como ejecutante, quien manifiesta su propósito de intervenir en la licitación, reservándose el derecho de ceder el remate a tercero y JADE 15 GESTION SL, que presenta aval bancario por importe de 137.260,35 euros. JADE 15 GESTION SL ofrece la postura de 180.000 euros y el ISBA la de 228.768 euros. Se acuerda la devolución del aval, dado que la mejor postura fue la de la parte ejecutante (folios 1001 y 1002). Dado que por la parte ejecutada no se presentó tercero que mejorara la postura de la parte ejecutante, ésta interesó que se aprobara el remate a su favor por importe de 228.768 euros, en fecha 25 de julio de 2011 (folio 1014). Así se hizo mediante Decreto de 14 de septiembre de 2011 (folios 1016 a 1018). Y consta, en el pen drive aportado por el ISBA un email en la carpeta "ANAKOS(OTROS)", de fecha 12 de diciembre de 2011, del letrado de la Sra. Sara, en el que hablan de conversaciones previas y ofrecen, en compra del inmueble adjudicado, 180.000 euros.

Consta al folio 663 que la Comisión Ejecutiva del ISBA de fecha 29 de junio de 2012, autoriza al ISBA a la venta del inmueble por importe de 190.000 euros.

Mismo día en que se inscribe la titularidad a favor del ISBA (folio 761 y 762). Es decir, se autoriza la operación cuando todavía no se ha producido la entrega efectiva de la posesión del inmueble que se producirá el 2 de julio de 2012 (folios 1046 a 1056), mismo día en que se produce la venta en escritura pública a favor de JADE 15 GESTION SL (folios 653 a 678).

Por tanto, tampoco es cierto, como dice el Sr. Alfonso, que se quedó de "okupa", pues como puede verse la entrega de la posesión al ISBA y la venta a JADE 15 GESTION SL es el mismo día, por tanto, sin solución de continuidad, quedando el Sr. Alfonso en la finca que, en ese día, adquiere su pareja a través de JADE 15 GESTION SL. En el lanzamiento se hace constar que se hallan en la finca tres perros de los que se hace cargo el letrado D. Diego Coronado Mansilla, que es el letrado de la Sra. Sara, y se declaran abandonados los muebles y objetos hallados, es decir, todo lo que había en la finca, incluyendo por tanto bienes que hasta ese momento eran de GOURMET BALEAR SL, formalmente. Y la compra por JADE 15 GESTION SL no se inscribe en el Registro hasta casi un año después de efectuarla, en fecha 18 de junio de 2013, al presentarse la escritura pública en fecha 27 de mayo de 2013 (folios 762 y 763 inscripción de la venta en el RP)".

18.- Al adquirir el inmueble que ocupaba Gourmet Balear "adquirían el negocio".

"Todas estas operaciones han de ponerse en relación con los hechos acontecidos entre finales de 2008 y hasta la adquisición de la finca por JADE 15 GESTION SL, pues, en definitiva, adquiriendo el inmueble se adquiría el negocio que había sido de GOURMET BALEAR".

19.- Impago de pensiones por el Sr. Alfonso.

"Así, en el año 2008, el Sr. Alfonso, dejó de abonar las pensiones de alimentos a partir de la que debía ingresar en octubre de 2008 hasta el final de esta anualidad, siendo su importe actualizado a dicha fecha de 382,20 euros. Tampoco hizo frente al abono de la mitad de los gastos extraordinarios de los menores. Y en los años sucesivos, 2009 hasta finales de 2015, sigue sin abonar las pensiones de alimentos y la mitad de los gastos extraordinarios a los que venía obligado, salvo los pagos parciales que se han declarado probados y que son: 16 de noviembre de 2009, 110 euros, 18 de noviembre de 2009, 50 euros, 24 de noviembre de 2009, 50 euros, 26 de noviembre de 2009, 100 euros, 30 de noviembre de 2009, 100 euros, 2 de diciembre de 2009, 60 euros, 4 de diciembre de 2009, 200 euros, 9 de diciembre de 2009, 200 euros, 14 de diciembre de 2009, 100 euros, 17 de diciembre de 2009, 100 euros; el 7 de enero de 2010, 200 euros, 26 de enero de 2010, 500 euros. Todo ello se desprende de los documentos obrantes a los folios 46, 47 a 49 y documento 12 del escrito de defensa del Sr. Alfonso".

20.- Impago de cuotas hipotecarias sobre la vivienda familiar y perjuicio a la Sra. Laura. Consecuencias y devenir de los hechos.

"De igual manera, a partir de septiembre de 2008, GOURMET BALEAR SL, dejó de abonar las cuotas hipotecarias que gravaban la vivienda sita en CALLE001, es decir, la vivienda familiar atribuida a la Sra. Laura y sus hijos en el Convenio regulador. La última cuota abonada por dicha entidad fue el 1 de agosto de 2008 por importe de 967 euros. Así se desprende de los folios 90 A 112.

Paralelamente, en septiembre de 2008, el Sr. Alfonso insta una demanda de modificación de medidas de separación, que se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma, en los Autos 786/2008, cuya pretensión principal era que se modificara la obligación de GOURMET BALEAR SL de abonar la cuota del

préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar, solicitando, además, tal modificación como medida coetánea de modificación de medidas. Ambas pretensiones, tanto la cautelar como la definitiva, fueron íntegramente desestimadas por Auto de 14 de octubre de 2008 y Sentencia de 7 de enero de 2009. Y, ya hemos expuesto el motivo de la desestimación, que compartimos, como también hemos dejado dicho. Así consta a los documentos obrantes a los folios 70 a 179.

En este mismo año, y también a partir de septiembre de 2008, la entidad ANAKOS MANAGEMENT SL, deja de abonar la cuota de préstamo al BBVA, quien, a su vez, la reclama al ISBA en tanto la existencia del afianzamiento firmado a tal fin. Así consta al folio 841.

En el año 2009, como consecuencia de los impagos de GOURMET BALEAR SL de las cuotas del préstamo de la Caixa, a fecha 23 de diciembre de 2009, contaba con un saldo deudor de 97.223,80 euros. La entidad La Caixa requirió de dicho pago al Sr. Alfonso y a la Sra. Laura, en tanto fiadores de dicho préstamo, a GOURMET BALEAR SL, en tanto deudor, a SUMINISTROS ESCALDES SL, en tanto fiador e inicial hipotecante no deudor, y a S´TRAMUNTANA DE RESTAURACIO SL, titular registral del inmueble a dicha fecha, sobre el que se había constituido hipoteca en garantía del préstamo de La Caixa, es decir, sobre la vivienda familiar de la CALLE001, comunicando que dan por vencido dicho crédito y procederán a su inmediata reclamación judicial. Así se desprende de los folios 205, 206 y 268 a 287, como de la declaración del Sr. Alfonso y la declaración de la Sra. Laura, así como de la directora de la Entidad La Caixa en aquellas fechas, Sra. Natalia, que expuso en el plenario, que si bien no recordaba mucho sobre los hechos, sí recordaba que siempre había impagos de este crédito. Que, aunque no recordaba fechas exactas, ella llegó a esa sucursal en 2008, y siempre había morosidad. Recordaba haber intentado muchas veces la reclamación de los impagos, pero no recordaba bien las negociaciones habidas para este préstamo. En definitiva, esta testigo poco pudo aclarar sobre la situación existente en aquel momento y cómo se procedió al respecto. Pero la documental expuesta, permite concluir tanto los requerimientos de La Caixa como los impagos y el importe a finales de 2009.

A su vez, este mismo año 2009, como consecuencia de los impagos de ANAKOS MANAGEMENT SL de las cuotas del préstamo con el BBVA, éste reclama al ISBA, en tanto fiador, los impagos de dicha entidad. El ISBA regulariza tales impagos y, en fecha 1 de julio de 2009, interpone demanda de ejecución sobre bienes

hipotecados, contra ANAKOS MANAGEMENT SL, ALFONSO, ROBERTO y GOURMET BALEAR SL, en cumplimiento del contrato de contraaval suscrito a su favor y en ejecución de la garantía hipotecaria de dicho afianzamiento, por importe de 24.426,24 euros correspondientes a regularización de cuotas pendientes, intereses y gastos, a fecha 2 de junio de 2009, dando lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria nº 1142/2009, contra ANAKOS MANAGEMENT SL y GOURMET BALEAR SL, no admitiéndose dicha demanda frente al Sr. Alfonso y el Sr. Roberto, por Auto de 29 de julio de 2009. Así consta a los folios 770 a 777, demanda, 839, certificación de la deuda, y 880 a 882, auto.

En este procedimiento se convoca subasta sobre la finca de Buñola, propiedad de GOURMET BALEAR SL, mediante diligencia de 9 de noviembre de 2009 (folios 913 a 918) para su celebración el 2 de febrero de 2010, señalándose el valor de la finca en 457.534,50 euros. Debido a la existencia de nuevos impagos de las cuotas del préstamo con el BBVA y su pago por el ISBA, éste interesa, en el procedimiento mencionado, la ampliación de la ejecución por importe de 21.447,70 euros, de principal, intereses y gastos, a fecha 26 de noviembre de 2009, mediante escrito de 23 de diciembre de 2009, así consta a los folios 919 a 934."

21.- Problemas de liquidez de Gourmet Balear que había generado el recurrente frente al alegato que expone en su motivo en razón al desarrollo de los extremos antes referidos. Impagos alegando que no podía pagar, pero utilización de sus infraestructuras.

"Por tanto, a finales de 2009 nos encontramos que GOURMET BALEAR SL, deja de pagar la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar. En esa fecha, ya no tenía ingresos con los que hacer frente a tales cuotas. Sin embargo, estos problemas de liquidez que presentaba GOURMET BALEAR SL en estas fechas lo eran como consecuencia de la actuación del Sr. Alfonso que decidió llevar a cabo la misma actividad como autónomo que venía realizando con GOURMET BALEAR SL, utilizando sus infraestructuras, bienes y parte de la clientela. Sin embargo, el Sr. Alfonso sí tenía ingresos para hacer frente a dichos pagos, pues durante los años 2008 y 2009 facturó para sí la actividad que había venido desempeñando a través de GOURMET BALEAR SL. Y, no obstante esos problemas de iliquidez, el Sr. Alfonso no hace nada al respecto, sólo manifestar que "no puede pagar".

Era su responsabilidad, en tanto administrador único de GOURMET BALEAR SL, llevar a cabo los procedimientos necesarios para regularizar esa situación, en

especial, constando la existencia de acreedores. No ha de olvidarse, que también constaban préstamos del BBVA y de Banesto. Y es cuando menos curiosos, que hallándose dada de baja censal desde finales de 2007, el Sr. Alfonso dé de alta a GOURMET BALEAR SL el 22 de abril de 2008, en la actividad 861.2, alquiler de locales industriales, dándola de baja en esa actividad el 30 de septiembre de 2008, como consta a los folios 448 a 450 de la documentación de la AEAT. "

22.- Deudas por pensiones alimenticias.

"Pero es que, además, el Sr. Alfonso, en tanto persona física, adeuda a finales de 2009, las pensiones de alimentos de sus hijos, la mitad de los gastos extraordinarios, y aparece como fiador tanto en la hipoteca sobre la vivienda familiar como en la hipoteca del ISBA por el préstamo de ANAKOS MANAGEMENT SL. ¿Y qué hace el Sr. Alfonso? Pues el 31 de octubre de 2009, se da de baja como autónomo, así consta al folio 2546. Es decir, igual que hizo con GOURMET BALEAR SL, en lugar de proceder a solicitar, si no tenía liquidez, un procedimiento concursal, simplemente "escurre el bulto", "se quita del medio", y deja de pagar. Pero, como ha quedado dicho, en 2010 sigue trabajando, a pesar de estar dado de baja, y constar como perceptor de subsidio de desempleo. Y así también el año 2011. Sigue trabajando, sigue teniendo ingresos, pero, voluntariamente, decide que no va a pagar. Por tanto, obstaculiza e impide cualquier reclamación de sus acreedores. Y no sólo los propios sino también los de GOURMET BALEAR SL".

23.- No hay actuación del recurrente para regularizar la deuda de ANAKOS MANAGEMENT SL,

"Respecto de ANAKOS MANAGEMENT SL, se desconocen las causas por las que dejó de pagar el préstamo frente al BBVA. Pero lo cierto es que no consta una sola actuación del Sr. Alfonso intentando regularizar, refinanciar o buscar una solución a dichos impagos. Simplemente, lo deja pasar, lo deja estar. En el pen drive del ISBA, consta procedimiento de ejecución hipotecaria nº 1081/2009, del ISBA por el préstamo de ANAKOS contra la finca del otro socio, Sr. Roberto, en el Juzgado de primera instancia nº 2 de Palma de Mallorca. De ello se desprende que los impagos de ANAKOS MANAGEMENT SL fueron generalizados".

24.- Necesidad de la Sra Laura de evitar la actuación del banco frente a la vivienda familiar.

"En el año 2010, ante el impago del préstamo de La Caixa por parte de GOURMET BALEAR SL y el requerimiento de ésta a las partes mencionadas, notificando que da por vencido el crédito y procederán a su reclamación judicial, la Sra. Laura, en su propio nombre, y en nombre y representación de S'TRAMUNTANA DE RESTAURACIO SL, en fecha 22 de enero de 2010, presenta ante el Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, comunicación del art. 5.3 de la LC con motivo de insolvencia, dando lugar al procedimiento Concurso abreviado nº 22/2010 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca, que admite la solicitud por Auto de 10 de febrero de 2010. Así consta a los folios 189 a 193.

En fecha 10 de marzo de 2010 la Sra. Laura inicia negociaciones con La Caixa para refinanciar la deuda existente, y evitar la ejecución del bien hipotecado, es decir, la vivienda familiar, lo que culmina el 14 de mayo de 2010, con un acuerdo de carencia abonando una primera cuota de amortización de la primera cuota de carencia en fecha 1 de julio de 2010, por importe de 61,86 euros, y doce cuotas de carencia desde el 1 de junio de 2010 a 1 de junio de 2011, por importe de 210,51 euros (folios 196 y 197). Cuotas que la Sra. Laura procede a abonar (folios 244 a 266). En su virtud interesa el archivo del procedimiento de concurso (folio 194) y así se acuerda por Auto de 28 de mayo de 2010, en el procedimiento Concurso Abreviado 22/2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca (folios 199 a 201). Las negociaciones con La Caixa las hace la Sra. Laura. Así se desprende de los folios 196 y 197, 194, 199 a 201.

En este punto, si bien la Sra. Laura y el Sr. Alfonso han prestado declaraciones contradictorias sobre las negociaciones con La Caixa, y la directora de la sucursal, Sra. Natalia no ha podido aclarar qué es lo que aconteció realmente, de los documentos expuestos se desprende que la Sra. Laura realizó tales negociaciones. Sin embargo, ello no exime al Sr. Alfonso de responsabilidad alguna, pues era él el administrador del deudor principal, GOURMET BALEAR SL, y, como ha quedado expuesto, su conducta es la de "dejar pasar", "no pago", pero nada intentó al respecto.

Durante el año 2011, y dado que el período de carencia pactado con La Caixa finalizaba en julio de dicho año, y como GOURMET BALEAR SL seguía sin poder pagar la cuota hipotecaria debido al actuar del Sr. Alfonso, la Sra. Laura mantiene negociaciones con dicha entidad para hacer frente a la deuda existente y evitar la ejecución de la hipoteca que pesaba sobre la vivienda familiar. Dichas

negociaciones culminan en una nueva refinanciación, con período de carencia, de julio y agosto de 2011, hasta que, finalmente, se procede a llevar a cabo una novación modificativa del crédito hipotecario, mediante Escritura pública de 28 de septiembre de 2011, ante la Notaria Dña. M^a Jesús Ortuño Rodríguez, haciéndose cargo de las nuevas cuotas hipotecarias, ya sin carencia, la Sra. Laura bien en su propio nombre, bien por cuenta de la misma o bien en nombre y representación de S'TRAMUNTANA DE RESTAURACIÓN SL, hasta la actualidad.

Estableciéndose que la fecha de vencimiento no podrá exceder del día 31 de julio de 2021. Así se desprende de los documentos obrantes a los folios 574 a 597 recibos de pago, escritura de novación 218 a 241, carencia de agosto y septiembre, folios 215 a 217, folios 1117 a 1134, y el informe pericial del Sr. Rafael, en concreto, las páginas 6, 7 y 8 de dicho informe (folios 63 y 64 del Rollo de Sala). De este modo, el Sr. Alfonso se desentiende de esta deuda, a pesar de ser el administrador único del deudor principal y fiador como persona física; deuda que asume la Sra. Laura en tanto fiadora, bien en nombre propio bien de las sociedades que representaba, con la finalidad de evitar quedarse sin la vivienda familiar. Y, en este año, 2010, el Sr. Alfonso, como ha quedado expuesto, formalmente no constaba trabajando, aunque sí trabajaba como ya hemos dicho. GOURMET BALEAR SL tenía una situación de iliquidez que le impedía hacer frente a dichos pagos. Así, el Sr. Alfonso impide a su acreedor el reclamo de la deuda; deuda que asume la Sra. Laura, en tanto fiadora, siendo acreedora frente a Gourmet Balear SL, a través de la acción de repetición".

25.- No había posibilidad de acudir frente a Gourmet Balear. El recurrente había propiciado que ello no fuera posible. No se trataba de imposibilidad de pagar, sino, como decimos, de "provocación de imposibilidad de pagar".

"Sin embargo, cualquier reclamación era ilusoria, pues el Sr. Alfonso ya se había encargado de "vaciar" la sociedad de todo posible ingreso, actividad, etc... y frente a él mismo, dándose de baja como autónomo, no constándole ingresos declarados".

26.- Ejecución sobre la finca de Buñola de Gourmet Balear.

"En estos años 2010 y 2011, en el procedimiento de ejecución hipotecaria 1142/2009, se acuerda en fecha 26 de enero de 2010, tener por ampliada la ejecución y se suspende la subasta que estaba señalada para el 2 de febrero de

dicho año, folio 935. Se vuelve a convocar subasta mediante diligencia de 9 de junio de 2010, para el 19 de octubre de 2010, folios 950 a 957), que vuelve a suspenderse a petición del ISBA, folios 958 y 959. El 26 de octubre de 2010, el ISBA interesa nueva ampliación de la ejecución por importe de 167.930,73 euros de principal, intereses y gastos, a fecha 23 de julio de 2010, por nuevos impagos de ANAKOS MANAGEMENT SL al BBVA, folios 961 a 977. Se tiene por ampliada la ejecución en fecha 10 de noviembre de 2010, por importe total de 213.804,67 euros de principal y 64.141,40 euros de intereses y costas, folio 978. Se vuelve a convocar la subasta la finca de Buñola, mediante diligencia de 22 de marzo de 2011, para su celebración el 21 de junio de 2011, en reclamación de 213.804,67 euros de principal y 64.141,40 euros de intereses y costas, folios 986 a 1000. El 21 de junio de 2011, se celebra la subasta de la finca de Buñola compareciendo a dicho acto el ISBA, como ejecutante, quien manifiesta su propósito de intervenir en la licitación, reservándose el derecho de ceder el remate a tercero y JADE 15 GESTION SL, que presenta aval bancario por importe de 137.260,35 euros. JADE 15 GESTION SL ofrece la postura de 180.000 euros y el ISBA la de 228.768 euros. Se acuerda la devolución del aval, dado que la mejor postura fue la de la parte ejecutante, folios 1001 y 1002. Dado que por la parte ejecutada no se presentó tercero que mejorara la postura de la parte ejecutante, ésta interesó que se aprobara el remate a su favor por importe de 228.768 euros, en fecha 25 de julio de 2011, folio 1014. Así se hizo mediante Decreto de 14 de septiembre de 2011, folios 1016 a 1018".

27.- Actuación de los recurrentes por medio de JADE 15 GESTION.

"Y en esta situación, entra en juego JADE 15 GESTION SL. El Sr. Alfonso y la Sra. Sara, eran pareja en estas fechas. La Sra. Sara era plenamente conocedora de las deudas de GOURMET BALEAR SL (en el juicio de modificación de medidas el Sr. Alfonso afirmó que su pareja le dejó el dinero para hacer frente a cuotas de la hipoteca de La Caixa), así como también era conocedora de la existencia de la ejecución del ISBA por la que su pareja se iba a quedar sin la finca de Buñola, sede de todo el negocio que fue de Gourmet y que se trasvasó el propio Sr. Alfonso como venimos exponiendo, de tal manera que, en definitiva, si se adquiría el inmueble de Buñola, se iba a adquirir la actividad que se venía desempeñando en la misma, aunque en estas fechas esa actividad la realizara el Sr. Alfonso sin estar dado de alta en ningún régimen. Pero la Sra. Sara también debía saber que, aun adquiriendo el inmueble, las deudas de Gourmet seguían existiendo, pues Gourmet se dio de

baja en la actividad a finales de 2007, y, en el 2008 es cuando la Sra. Sara le presta dinero, según el Sr. Alfonso, para pagar la hipoteca de La Caixa. Además, la Sra. Sara fue trabajadora de Gourmet hasta que dejó de serlo para darse de alta con el Sr. Alfonso, pero realizando la misma actividad y en el mismo sitio. Todo esto hace que la Sra. Sara no fuera desconocedora de lo que estaba pasando".

28.- JADE 15 GESTIÓN era ajena a las deudas anteriores, pero detrás de ella estaba el propio recurrente con la colaboración de la Sra. Sara. El diseño era apropiado para volver a la finca sin posibilidad de ejecuciones de deudas previas y continuación de la actividad.

"Si se adquiría la finca de Buñola, por una sociedad "limpia de polvo y paja", como lo era JADE 15 GESTION SL, los acreedores de Gourmet no iban a tener posibilidad alguna de reclamar nada a Gourmet, pero el Sr. Alfonso iba a poder seguir desempeñando la actividad como lo había venido haciendo desde años anteriores, habiendo dejado "morir" a Gourmet. Ya en este año 2010, aparecen clientes que fueron de Gourmet en el modelo 347 de JADE 15 GESTION SL; y también en el año 2011. El Sr. Alfonso está en el apartado "autorizaciones" en las relaciones de dominio de JADE 15 GESTION SL, en los años 2009 y 2010, aunque desaparece como tal en 2011, porque no interesaba que apareciera así, como ya hemos dejado dicho. Años 2010 y 2011, en los que el Sr. Alfonso está "sin trabajar formalmente". JADE 15 GESTION SL comparece a la subasta del inmueble de Buñola y, aunque no se le adjudica, tiene negociaciones con el ISBA para comprar el inmueble de manera inmediata, como hemos expuesto antes. Y otro dato importante, es que el Sr. Alfonso se vuelve a dar de alta como autónomo del 1 de febrero de 2012 al 31 de marzo de 2012, folio 2546 a 2550; fechas en las que JADE 15 GESTION SL ya había entablado negociaciones para la compra del inmueble. Y, aunque esta compra del inmueble al ISBA fuera una operación que no puede considerarse delictiva, lo cierto es que suponía, de facto, trasvasar toda la actividad a una nueva sociedad en la que la administradora única era la pareja del Sr. Alfonso y éste, en definitiva, "no se iba a mover de donde estaba" ni iba a dejar de hacer lo que, hasta ese momento, estaba haciendo: llevar a cabo la actividad que fue de Gourmet, impidiendo a los acreedores cualquier reclamación frente a ésta e, incluso, frente a él mismo, al no tener nada a su nombre. De hecho, el 1 de mayo de 2012, JADE 15 GESTION SL, da de alta al Sr. Alfonso en régimen general por cuenta ajena, folio 2546 a 2550. Y, en el momento del lanzamiento, que ya se ha dicho fue sin solución de continuidad, se declaran abandonados los bienes allí existentes, muchos de los

cuales, como la furgoneta, lo fueron de Gourmet. Mayor obstáculo para los acreedores. Es decir, el Sr. Alfonso, a la fecha de lanzamiento, 2 de julio de 2012, está trabajando para JADE 15 GESTION SL, manteniendo su actividad en la finca de Buñola, que, ese mismo día, pasa a JADE 15 GESTION SL, sociedad administrada por su pareja. Consta que en fecha 2 de julio de 2012, el ISBA vende a JADE 15 GESTION SL, la finca de Buñola por 190.000 euros, folios 653 a 678.

La propia Sra. Sara manifestó que la operación de compra le pareció lo más adecuado. Obvio, pues su sociedad realizaba, si no idéntica, sí análoga actividad a la que hizo en su momento Gourmet, de tal manera que adquiriendo el inmueble adquiriría algo más que el "suelo" de dicha finca. Y así, en los años 2013 y 2014 su facturación fue de un 43% y un 47% superior al año de la compra. Aumentaron los proveedores y los clientes, como hemos dejado dicho, desprendiéndose así del Informe fiscal de JADE 15 GESTION SL.

Ello supone que la actividad que llevaba a cabo Gourmet, primero, y luego el Sr. Alfonso, no era tan ruinosa como ha pretendido hacer ver el Sr. Alfonso.

Y todo lo anterior relativo a JADE 15 GESTION SL, lo realizan la Sra. Sara y el Sr. Alfonso de común acuerdo, no pudiendo desconocer la Sra. Sara que el trasvase del negocio, actividad de Gourmet Balear originario, y luego del Sr. Alfonso, que se iba iniciando desde 2010 (recuérdese que el Sr. Alfonso trabajaba aunque no formalmente, y estaba autorizado en JADE 15 GESTION SL, en 2009 y 2010, ofreciendo productos de un cliente/proveedor de JADE 15 GESTION SL, Ibéricos Torreón Salamanca SL, ya en ese año 2010) iba a impedir a Gourmet Balear hacer frente a sus propias deudas, pues quedaba vacía; y, de igual forma, en relación con el Sr. Alfonso, que aparecía en varias operaciones como fiador de deudas de Gourmet. Y ello a pesar de que JADE 15 GESTION SL, pudo crearse como ha afirmado la Sra. Sara para comenzar una nueva etapa y dar de comer a sus hijas, en ese año 2007 e incluso los sucesivos. Sin embargo, a partir del año 2010, se utiliza para "ayudar" al Sr. Alfonso a continuar en esa línea de "dejar de pagar", de trasvasar la actividad y dejar atrás las deudas, sin hacer frente a las mismas.

A partir de este momento, el Sr. Alfonso y la Sra. Sara, desempeñan su actividad comercial en la finca de Buñola, a través de JADE 15 GESTION SL, la Sra. Sara en tanto administradora única de dicha sociedad y el Sr. Alfonso en tanto contratado por dicha sociedad por cuenta ajena, pero realizando las mismas actividades que

vino realizando GOURMET BALEAR SL y luego el Sr. Alfonso como autónomo, así como utilizando bienes que todavía seguían a nombre de GOURMET BALEAR SL y las instalaciones que fueron originarias de ésta. De este modo GOURMET BALEAR SL quedó vacía de actividad, de infraestructuras y de la propiedad que fue su sede, la finca de Buñola, haciendo ilusoria cualquier reclamación frente a dicha sociedad por parte de la Sra. Laura y las sociedades participadas por la misma, como consecuencia de haber hecho frente al pago de las cuotas hipotecarias de las que era deudora GOURMET BALEAR SL, y que pesaban sobre la vivienda familiar de la CALLE001, en tanto fiadora/avalista de dicha operación".

29.- Divorcio y medidas.

"Finalmente, en fecha 5 de enero de 2015, el Sr. Alfonso insta demanda de divorcio y modificación de las medidas acordadas en el procedimiento de separación, interesando la disolución del matrimonio y la supresión/extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos comunes o, subsidiariamente, la reducción de la misma, así se desprende de la documental obrante a los folios 1136 a 1201. Dicha demanda da lugar al procedimiento divorcio contencioso nº 49/2015, ante el Juzgado de Primera Instancia nº16 de Palma de Mallorca, que terminó por Sentencia de fecha 2 de diciembre de 2015 en la que se disuelve el matrimonio y, habiendo llegado los litigantes a un acuerdo, se establecen como efectos derivados del divorcio: se mantenía la pensión de alimentos a favor de ambos hijos con el límite temporal de un año a favor de Mateo, y hasta la edad de 25 años a favor de Lidia, siempre que continuara sus estudios hasta cumplir dicha edad. Dicha pensión debía abonarse y actualizarse conforme a lo establecido en el convenio regulador de 3 de julio de 2003. Así consta al documento 15 del escrito de defensa del Sr. Alfonso, que es la sentencia de divorcio".

30.- Continuidad con los impagos de pensiones.

"Durante el año 2016, 2017 y hasta julio de 2018, mes en que Lidia cumplía los 25 años, el Sr. Alfonso no abonó por completo la pensión de alimentos a favor de sus hijos. En el año 2016, debía abonar de enero a diciembre, la cantidad de 196 euros mensuales a favor de Mateo y de enero a diciembre, 196 euros mensuales a favor de Lidia. El 24 de diciembre de 2015, efectuó un ingreso en concepto "pensión Mateo y Lidia" de 196 euros; en fecha 4 de febrero de 2016, abonó 196 euros; el 3 de marzo de 2016, 196 euros; el 5 de abril de 2016, 196 euros; el 6 de mayo de

2016, 196 euros; el 6 de junio de 2016, 195 euros; el 6 de julio de 2017, 195 euros; el 8 de agosto de 2016, 195 euros; el 6 de septiembre de 2016, 195 euros; el 6 de octubre de 2016, 195 euros; el 7 de noviembre de 2016, 195 euros; el 6 de diciembre de 2016, 195 euros. El año 2017, el Sr. Alfonso abonó la pensión de alimentos a favor de Lidia, si bien en la cantidad de 195 euros mensuales y no de 196 euros mensuales. Durante el año 2018, abonó los meses de enero, febrero y marzo, a razón de 195 euros mensuales, dejando de abonar los meses de abril, mayo y junio. Así se desprende del documento 13 del escrito de defensa del Sr. Alfonso.

Todo ello a pesar de que el Sr. Alfonso sabía de la obligación de pago de dicha pensión de alimentos y tenía capacidad económica para su pago, como hemos venido exponiendo a lo largo del presente fundamento.

En definitiva, por todo lo hasta aquí expuesto, la Sala entiende que el anterior acervo probatorio ha de tenerse como verdadera prueba incriminatoria obtenida legítimamente, suficiente y hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia de los acusados Sres. Alfonso y Sara, llegando la Sala a la plena convicción de la realidad de los hechos declarados probados."

Con ello, se ha sistematizado el devenir de los acontecimientos en el que el Tribunal argumenta con prueba referenciada y sólida que ha habido alzamiento de bienes y que ha habido impago de pensiones, lo que es determinante, por la concurrencia de prueba de cargo hábil y suficiente para el dictado de la condena.

Existe prueba bastante y suficiente para entender concurrente el delito de alzamiento de bienes ocultando y dificultando las posibilidades de cobro de deudas, y existe delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo.

Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Y ello, por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos.

Pero, sin embargo, por los incumplimientos que se producen debe ser el legislador el que configure esta obligación ex lege, y los tribunales los que resuelvan estos conflictos que no deberían existir, por la exigencia moral y natural del progenitor obligado a no dejar desabastecidas las necesidades de sus propios hijos, y sin anteponer nunca sus deseos y/o preferencias a las de aquellos, ya que respecto a éstos no son deseos o preferencias, sino necesidades de los mismos.

Además, si no se satisface la pensión alimenticia en la cuantía que se estipuló en convenio o resolución judicial será el progenitor que se queda con ellos en custodia quien tiene que sustituir con su esfuerzo personal, como hemos expuesto, el incumplimiento del obligado, con lo que, al final, se ejerce una doble victimización, a saber: sobre los hijos como necesitados de unos alimentos que no reciben y sobre el progenitor que debe sustituir al obligado incumplidor por tener que cubrir los alimentos que no presta el obligado a darlos.

Así, probado el impago de pensiones también lo es el alzamiento de bienes, ya que, pese al alegato del recurrente, debe concluirse que a tenor de las pruebas practicadas en el juicio oral ha habido ocultación y sustracción de los bienes y activos pertenecientes a la sociedad GOURMET BALEAR SL, con la consiguiente imposibilidad de que los mismos quedaran afectados al pago de las deudas, así como la intencionalidad con la que actuaron los recurrentes en las maniobras de despatrimonialización, en el caso del Sr. Alfonso desde el principio, y en el caso de la Sra. Sara desde que puso a disposición del plan delictivo la sociedad JADE 15 GESTION SL.

La imposibilidad real de impago la articula el propio recurrente con las maniobras de despatrimonialización que va llevando a cabo. Puede que, en principio, viera que existía una situación complicada, pero es él quien lo "resuelve" con el trasvase de su línea de negocio y el cierre de toda posibilidad de que Gourmet Balear SL pudiera recuperarse y asumir lo que debía. Lejos de intentarlo, lo que lleva a cabo es un trasvase de ese potencial para articular él mismo como autónomo para aprovecharse de la clientela que había obtenido, y, finalmente, perfeccionado con la utilización de la otra recurrente, Sra. Sara, que le permite ultimar el plan diseñado para imposibilitar los cobros.

Pudiera ser cierto, como decimos, y así lo sería a buen seguro, como puede ocurrir en cualquier negocio, que hubiera dificultades de hacer frente inicialmente a sus deudas. Pero en lugar de afrontarse esta situación con una línea de actuación de buena fe, diseña un plan para acabar despatrimonializar a la sociedad y acabar frustrando las expectativas de cobro de su directo perjudicado, que lo era la Sra. Laura en la doble modalidad de afección dirigida a lo que constituía una deuda real y relevante de la sociedad, cuál era el pago de la deuda hipotecaria que deja de pagar al despatrimonializar a la sociedad, e ir dejando impagados respecto al pago de la pensión. Estos hechos son incontestables, y no pueden dejarse al devenir de una mala situación, sino a una provocación o forzamiento derivado de la conducta del recurrente Sr. Alfonso con la posterior colaboración de la Sra. Sara en este quehacer delictivo que es objeto de condena.

La dificultad de pago inicial es transformada en imposibilidad real, pero, y esto es lo importante, porque es lo que se consigue mediante el iter que se diseña. Cuando el recurrente incide en que "existe imposibilidad de pago", ello lo es porque provoca el estrangulamiento de Gourmet Balear SL para hacer frente a sus pagos, aunque derivara de unas iniciales dificultades. Y esta situación final provocada por el recurrente la que se califica como ocultación y dificultar el cobro de las deudas.

Pese a que el recurrente niega que "hubiera negocio para traspasar" de suyo y de hecho se va traspasando en un diseño organizativo que acaba despatrimonializando a la sociedad Gourmet Balear, con lo que la inferencia a la que llega el tribunal por la coexistencia del dolo por parte de los recurrentes es evidente. Desde el principio por parte del Sr. Alfonso y una vez que entra en escena la Sra. Sara por necesitar de su colaboración también aquél. De ahí la diferencia del reproche penal al que más tarde aludiremos.

El negocio se va traspasando paulatinamente a su control poco a poco, desde su actuación como autónomo hasta la ejecución final con la colaboración de la Sra. Sara, y entre este diseño era necesario adquirir la finca que fue de Gourmet Balear para acabar ejecutando el plan diseñado, que inicialmente se le complica al recurrente, pero que acaba adquiriendo. No son delictivas las conductas llevadas a cabo para afrontar en las sociedades momentos difíciles mediante movimientos para afrontar las deudas y hacer pago a los acreedores o, en su defecto, provocar el cierre por las vías adecuadas. Pero sí lo son cuando estas situaciones difíciles se afrontan mediante mecanismos para ir paulatinamente llevando a cabo operaciones para "ahogar" la sociedad mediante el aprovechamiento de sus recursos para ir traspasándolos a otras, o por la vía del ejercicio personal de su objeto social por quien ha afrontado sus deudas, despatrimonializándola dolosamente para hacer ineficaz cualquier intento de que los acreedores puedan dirigirse contra la misma, y, pese a la oposición de los recurrentes, ello ha quedado

acreditado y debidamente valorado por el Tribunal y expuesto en la extensa y detallada motivación realizada antes referida, pese a la impugnación valorativa que realiza el recurrente, ofreciendo un alegato de valoración unilateral que no puede desvirtuar el expuesto por el Tribunal de forma motivada.

Existe prueba bastante acerca de la comisión del ilícito penal de alzamiento de bienes y la reiterada conducta del recurrente de dejar de pagar las pensiones alimenticias.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido el artículo 66 en relación con el artículo 257, ambos del Código Penal.

Se queja el recurrente de la pena impuesta.

Así, el Tribunal fija la siguiente:

"ALFONSO como autor responsable de un delito de abandono de familia, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de prisión de un año

ALFONSO y a SARA como autores responsables de un delito de alzamiento de bienes, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

- A Alfonso, la pena de prisión de tres años, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 20 meses con cuota diaria de 10 euros por día se sanción, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago.

- A Sara, la pena de prisión de dos años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 16 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago".

Pues bien, el Tribunal impone con respecto al delito de impago de pensiones del art. 227 CP la pena máxima de 1 año de prisión sin que concurra agravante alguna cuando el arco de la pena es de tres meses a un año de prisión. Y respecto al delito de alzamiento de bienes del art. 257 CP la pena de tres años de prisión cuando el arco de la pena es de entre uno y cuatro años de prisión.

El Tribunal motiva la pena en el FD nº 5 señalando que:

"La Sala no observa que concurra ninguna por lo que, en el marco del principio acusatorio y de acuerdo con lo previsto en la regla 6ª del artículo 66 CP, el órgano judicial puede recorrer toda la extensión de la pena, individualizándose en atención a las circunstancias personales del acusado y la mayor o menor gravedad del hecho.

Respecto al delito de abandono de familia, del art. 227 CP, y dentro del marco delimitado por el principio acusatorio, partiendo de la horquilla penológica establecida en dicho precepto, de tres meses a un año de prisión o multa de seis a veinticuatro meses, entiende la Sala que ha de optarse por la pena de prisión, toda vez que la reiteración de los impagos lo ha sido durante casi ocho años, lo que supone una gravedad del hecho que justifica optar por dicha pena. Y dentro de la extensión de la pena de prisión, entendemos que procede imponer la pena solicitada por las acusaciones, de un año de prisión, porque, además de la reiteración durante tantos años, llegó a un acuerdo en el año 2015, dando lugar a una sentencia que homologaba dicho acuerdo para, de manera inmediata, también incumplirlo.

Respecto al delito de alzamiento de bienes, partiendo de la penalidad prevista en el art. 257.1 del CP, esto es, prisión de uno a cuatro años y multa de 12 a 24 meses, y de las penas solicitadas por las acusaciones, procede imponer:

- Al Sr. Alfonso, la pena de prisión de tres años y multa de 20 meses con cuota diaria de 10 euros por día se sanción, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago, en atención a que si bien no se estima la continuidad delictiva, sin embargo, el número de actos que realiza, primero respecto de Gourmet y después respecto de sí mismo, para no hacer frente a sus deudas, así como su duración en el tiempo, determina una mayor antijuridicidad del injusto que justifica la imposición de la pena en la mitad superior, sin olvidar el quantum de las cantidades debidas al tiempo de los hechos, que también suponen mayor gravedad del hecho.

- A la Sra. Sara, la pena de prisión de dos años y multa de 16 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago, en atención a que interviene en la acción ya iniciada por el Sr. Alfonso en su etapa que podemos llamar final, lo que nos lleva a imponer la pena en su

mitad inferior, pero su intervención supone la culminación de esas acciones, haciendo definitiva la imposibilidad de Gourmet de hacer frente a sus deudas, lo que determina que la pena no se imponga en su mínimo legal.

La cuota de multa se impone en 10 euros por día, pues tanto el Sr. Alfonso como la Sra. Sara, tienen ingresos y no se hallan en situación de indigencia o necesidad. De conformidad con el art. 56 CP, la pena de prisión llevará como accesoria la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, para ambos condenados".

Pues bien, sobre la exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena hay que señalar que la exigencia de motivación no constituye, pues, un mero requisito formal, sino un imperativo de la racionalidad de la decisión, por lo que la mayor o menor amplitud del marco punitivo que se ofrece al juzgador debe ser concretado con arreglo a criterios razonados que expliquen el sentido de la solución adoptada; es decir, explicitando el por qué en la sentencia se fija una determinada cantidad de pena y no otra diferente.

La facultad de individualizar la pena dentro del marco legalmente establecido no es absolutamente discrecional, sino que está jurídicamente vinculada a los criterios de gravedad del hecho y personalidad del delincuente.

Ya dijo al respecto esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 183/2018 de 17 Abr. 2018, Rec. 10713/2017 que:

"La individualización judicial de la pena, actuando el arbitrio judicial en función de los presupuestos que lo regulan, ha sido denominada "La tercera función autónoma del Juez, representando el cenit de su actuación". El Juez, tras la valoración de la prueba y la subsunción del hecho probado en las normas penales, declara qué calidad y cantidad de pena impone dentro del marco legal ejercitando una función jurisdiccional en la que ha de observar, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE), además de los preceptos penales específicos que la regulan.

A través de la necesaria motivación no solo se va a satisfacer la necesaria tutela judicial efectiva, objeto de la actual impugnación casacional, explicando las razones que lleva al Tribunal sentenciador a la imposición de una concreta penalidad, sino

que va a permitir que esta Sala en virtud de la impugnación sobre el ejercicio de la individualización, pueda comprobar la lógica y la racionalidad de ese apartado de la función jurisdiccional. Además, a través de la motivación, el propio Tribunal de instancia podrá comprobar, a manera de autocontrol jurisdiccional, si la penalidad concretamente impuesta responde a los presupuestos legales por su acomodación a la culpabilidad del autor y a las necesidades de prevención general y especial, pues la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la individualización judicial.

Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, iniciada en la STS de 25 Feb. 1989, señaló que una ausencia de fundamentación deviene absolutamente recusable y añadía "ha de ser la individualización judicial y no reducible a simples espacios de recusables prácticas estereotipadas.

La motivación de la individualización de la pena requiere, desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la ley para el delito.

El control casacional de la corrección de la pena aplicada se limita a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta las circunstancias que le hayan permitido imponer una pena acorde a la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. Este control no se extenderá, sin embargo, a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria".

También hemos señalado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 919/2016 de 7 Dic. 2016, Rec. 428/2016 dos aspectos en relación a:

"1.- El grado de discrecionalidad

Es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso

concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley. En el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando el Tribunal sentenciador " haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria " (STS 677/2013 de 24 de septiembre).

2.- La motivación en el mínimo legal.

No se establece la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto -necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen- que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena: en la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la infracción de Ley (SSTS 1169/2006 de 30 de noviembre; 809/2008 de 26 de noviembre; 854/2013 de 30 de octubre; 800/2015 de 17 de diciembre o 215/2016 de 23 de febrero)."

Y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 413/2015 de 30 Jun. 2015, Rec. 10829/2014 hacemos mención a:

En cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

En cuanto a las circunstancias personales del delincuente son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito.

Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer.

Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuridicidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca).

Así, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

- 1.- En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.
- 2.- En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.
- 3.- En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuridicidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.
- 4.- Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Pues bien, como señala la doctrina más autorizada, el punto de partida de la individualización penal es la determinación de los fines de la pena, pues sólo arrancando de unos fines claramente definidos cabe pronunciarse sobre qué hechos sean de importancia para esa individualización en el caso concreto. Puede concluirse, así, que la pena es un concepto complejo y que hay que considerar diversos fines penales. Las consideraciones precedentes permiten sostener en la actualidad que la individualización de la pena depende fundamentalmente y en primer término de

la compensación de la culpabilidad, la pena se destina a retribuir la culpabilidad, entendida como justa retribución del injusto y la culpabilidad.

Recuerda, de igual modo, la doctrina que la jurisprudencia alemana formula de esta manera la teoría del margen de libertad: «No se puede determinar con precisión qué pena se corresponde a la culpabilidad. Existe aquí un margen de libertad (Spielraum) limitado en su grado máximo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. El juez no puede traspasar el límite máximo».

Ahora bien, dentro del arco de la pena puede fijar la que entienda ajustada al grado de culpabilidad, sin que tenga que imponerse a los partícipes la misma pena, sino que ésta puede ser graduada en atención a la mayor o menor relevancia de la acción de cada partícipe en los hechos.

Bajo esta tesis del margen de libertad, aunque con exigente motivación de la pena, incide la doctrina en que no se admite la tesis de quienes sostienen que a la culpabilidad sólo puede corresponder una pena exactamente determinada (Punktstrafe), por cuanto ello dependerá de las circunstancias de cada caso y de la motivación del grado de intervención en los hechos de cada uno de los intervinientes.

Insiste por ello la doctrina en que la culpabilidad es una magnitud básicamente mensurable, y, por ello, puede hablarse de más o menos culpabilidad, en cuanto un hecho puede ser susceptible de una mayor o menor reprochabilidad, aunque, como hemos expuesto antes, no es posible una cuantificación exacta de la culpabilidad, y los Tribunales deben plantearse la función de determinación de la gravedad de la culpabilidad en términos de conseguir un máximo de acercamiento, teniendo en cuenta los criterios que permitan valorar la gravedad del hecho, que en este caso se exponen de forma detallada en la sentencia.

Además, se añade que la gravedad de la culpabilidad dependerá en primer término de la gravedad del injusto, comprensiva tanto de la gravedad de la acción, como de la gravedad del resultado, teniendo en cuenta que el concepto de culpabilidad que se maneja no se limita, pues, a la culpabilidad en sentido estricto, sino que comprende la gravedad del injusto en cuanto el hecho puede ser más o menos reprochable según sea mayor o menor el desvalor de acción y del resultado. Y todo ello influirá en la individualización judicial de la pena que en este caso el Tribunal ha motivado en el grado de suficiencia ya explicado, pese al distinto parecer del recurrente.

En el presente caso entiende esta Sala que se produce una exasperación pronunciada de la pena, ya que al Sr. Alfonso se le impone por el delito del art. 227 CP la máxima pena, y sin concurrir agravante alguna, y por el del art. 257 CP cerca del máximo, al imponer la de tres años de prisión y siendo el arco de la multa de entre 12 y 24 meses, se le impone la de 20 meses de multa, mientras que a la Sra. Sara se le impone la pena de dos años de prisión y multa de 16 meses de prisión.

No existe en la motivación la suficiente argumentación acerca de las razones por las que se produce una fijación punitiva tan elevada, cuando no concurren circunstancias agravantes, y la conducta de los recurrentes, pese a que se trate del reproche penal que ha tenido, ello se evidencia por la condena que se ha impuesto, pero en el marco de la pena ajustada al delito se exige una motivación en estos casos mayor donde se evidencie la justificación de irse, nada menos, a la máxima pena en el impago de pensiones y a la mitad superior, rozando la máxima pena de cuatro años en el alzamiento de bienes, y en el de la Sra. Sara en la de dos años cuando tampoco concurre agravante alguna.

El reproche penal existe en tanto en cuanto se dicta la condena, pero la individualización judicial de la pena exige una motivación mayor que acredite y evidencia la exasperación que se verifica en el quantum de pena impuesto.

Por todo ello, debe ajustarse la penalidad a imponer de forma más proporcional a la inexistencia de circunstancias agravantes, con la imposición al recurrente Sr. Alfonso por el delito del art. 227 CP de la pena de seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y al mismo, por el delito de alzamiento de bienes, la pena de un año y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 14 meses con cuota diaria de 10 euros por día se sanción, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago.

Y a la Sra. Sara por el delito de alzamiento de bienes la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago.

Por otro lado, dado que la pena impuesta no es superior a los dos años de prisión y el tribunal sentenciador podría acudir, si así lo estima, a la vía de los arts. 80 y ss CP en cuanto a la posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución de la pena, sí que debe considerarse en este

caso, dado el perjuicio causado y cuantificado, que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 80.2.3º CP en cuanto a la exigencia del pago de las responsabilidades civiles, y llevarlo a cabo en breve plazo, para supeditarlo a la fijación de la posible suspensión de la ejecución de la pena, dado el retraso grave que se ha producido ya en el impago, y, por lo tanto, sin mayores dilaciones en el cumplimiento de su responsabilidad civil y pago a los perjudicados, asociado a, en su caso, el marco de la suspensión de la ejecución de la pena. Aspecto y medida aplicable a ambos condenados que lo son, también, en materia de responsabilidad civil con cuotas aplicadas a cada uno entre ellos, aunque con solidaridad ante el acreedor.

El motivo se estima.

SEXTO.- 5.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido el artículo 109 del Código Penal.

La queja del recurrente se cifra en dos direcciones, a saber: "que no opera límite alguno a la cantidad indemnizable y se equipara a la deuda. Tampoco toma en consideración que la Sra. Sara no interviene de ninguna manera en el cese de la actividad de la sociedad GOURMET BALEAR y en el vaciamiento patrimonial de esta sociedad.

Pues bien, con respecto al quantum de la responsabilidad civil fijado es el producido por el incorrecto proceder del recurrente Sr. Alfonso, y así se fija en los hechos probados que: La Sra. Laura ha abonado hasta noviembre de 2018, la cantidad de 102.861,22 euros por la hipoteca que grava la vivienda familiar a la entidad La Caixa y continúa abonando las cuotas hipotecarias.

De no descapitalizarse la actividad del deudor que era Gourmet Balear por el recurrente se hubiera podido hacer frente a las deudas, pero consta acreditado que la constante actuación del mismo para el vaciamiento de la empresa deudora de la hipoteca coadyuva a la situación que debe salvar la perjudicada para evitar la pérdida del inmueble que constituía la vivienda familiar. Además, la intervención de la Sra. Sara tiene la relevancia que determina una menor pena impuesta y una menor cuota por razón de su concreta participación, que lo es en un momento posterior, pero que coadyuva en el resultado final.

Señala el Tribunal en el FD 6º que:

"Dado que no es dable restituir el orden jurídico perturbado por las acciones realizadas por el Sr. Alfonso y al Sra. Sara y reintegrar todo el negocio a GOURMET BALEAR SL, así como tampoco es posible declarar la nulidad de la constitución de JADE 15 GESTION SL, primero, porque inicialmente no se crea con la finalidad

exclusiva de traspasar todo el negocio de GOURMET BALEAR SL a aquélla, sino que se utiliza después aprovechando que ya estaba constituida y "en marcha", y, segundo, porque puede afectar a terceros ajenos que mantengan o hayan mantenido relaciones con JADE 15 GESTION SL, es por lo que la condena a la responsabilidad civil, debe ser por la deuda acreditada a favor de la Sra. Laura, esto es, los importes abonados de la hipoteca de La Caixa y los sucesivos hasta el completo pago. La Sra. Laura, en tanto fiadora de dicha operación, ha tenido que hacerse cargo de una deuda que, de no haber existido el delito, hubiera pagado GOURMET BALEAR SL. El Sr. Alfonso, realizó unos actos que vaciaron patrimonialmente a la sociedad impidiendo el pago por ésta de la hipoteca de La Caixa. Con esos actos menoscabó las posibilidades de resarcirse de la Sra. Laura, haciendo ilusoria sus posibilidades de cobro e incluso de reclamación. Ha contribuido con su actuación personal al perjuicio derivado del impago de la deuda y en esa medida se hace co-responsable, con una responsabilidad civil que ha nacido de su delito. E idénticos argumentos son predicables de la Sra. Sara, aunque haya intervenido sólo en una parte del íter delictivo descrito en los hechos, pero contribuyendo de manera necesaria a la realización del alzamiento de bienes.

Tanto el Sr. Alfonso como la Sra. Sara han de responder de esta responsabilidad civil con carácter solidario frente a la Sra. Sara. No obstante, conforme establece el art. 116.1 CP, consideramos que la cuota de cada uno en esa responsabilidad solidaria, y entre ellos, no puede ser la misma. Y ello, como expone la STS de 7 de marzo de 2003 "(...)"^{1º} . En estos casos de pluralidad de responsables civiles, cuando esta responsabilidad admite su división en cuotas -en las reparaciones o indemnizaciones-, el tribunal habrá de determinar la que tenga que abonar cada uno de los diversos responsables penales por el mismo hecho, y ello de modo forzoso por mandarlo así el art. 116.1. No hacerlo puede corregirse en casación (STS 23-12-1978 y 21-3-1979 [RJ 1979, 1377] , entre otras). El Código Penal no nos dice qué criterios han de seguirse para esa determinación de cuotas. Parece lógico entender que esa cuantía venga determinada, al menos como criterio principal, por la incidencia de la conducta de cada uno de los responsables penales en la producción del daño a reparar o a indemnizar.(...)". Reproduciendo los mismos argumentos que hemos expuesto para la determinación de las penas, concluimos que debe responder el Sr. Alfonso en un 75% y la Sra. Sara en un 25%. Pero frente a la Sra. Laura responden solidariamente. La división de cuotas lo es en la relación interna entre el Sr. Alfonso y la Sra. Sara.

La cantidad por indemnizar, conforme se desprende de los recibos abonados por la Sra. Laura a los que ya nos hemos referido, así como al informe pericial aportado, al que también hemos hecho referencia, asciende a la cantidad de 102.861,33 euros, más las cuotas hipotecarias que vaya pagando la Sra. Laura y que acredite en ejecución de sentencia, hasta la total satisfacción de dicho préstamo, cuyo vencimiento final no podrá exceder del día 31 de julio de 2021. Sin embargo, no procede atender a la pretensión de la Acusación particular de que se incluyan los gastos que puedan derivarse de nuevos impagos, pues éstos lo serían por la Sra. Laura, así como tampoco pueden incluirse los gastos derivados de eventuales modificaciones solicitadas o causadas por la Sra. Laura, y no por los condenados ahora. A dichas cantidades les serán de aplicación los intereses del art. 576 LEC".

En efecto, es acertada la referencia que cita el Tribunal de que "no es dable restituir el orden jurídico perturbado por las acciones realizadas por el Sr. Alfonso y al Sra. Sara y reintegrar todo el negocio a GOURMET BALEAR SL, así como tampoco es posible declarar la nulidad de la constitución de JADE 15 GESTION SL, primero, porque inicialmente no se crea con la finalidad exclusiva de traspasar todo el negocio de GOURMET BALEAR SL a aquélla, sino que se utiliza después aprovechando que ya estaba constituida y "en marcha", y, segundo, porque puede afectar a terceros ajenos que mantengan o hayan mantenido relaciones con JADE 15 GESTION SL".

Ello determina que la responsabilidad civil provocada por la actuación ilícita deba resarcirse por los que han cometido el delito de alzamiento de bienes, y frente a la queja de la Sra. Sara de su no participación del vaciamiento de Gourmet Balear hay que señalar que la solución dada por el Tribunal de la fijación por cuotas de la responsabilidad civil es una medida acertada que prevé el art. 116.1 CP para los casos, como el actual, en donde hay una diferente responsabilidad en el daño y perjuicio producido por los condenados. Y ello por cuanto la fijación de cuotas a los responsables penales en orden a graduar la responsabilidad civil entre ellos responde a que el mayor o menor reproche penal por la ilícita conducta debe tener, a su vez, un reflejo en la determinación del quantum en la responsabilidad civil.

Pero no puede admitirse lo que propone el recurrente de no fijar la responsabilidad civil "realmente causada" y hacerlo tan solo de un daño moral, por cuanto esa es la determinación de la responsabilidad civil causada, pero no como daño moral, sino como daño real y perfectamente causado, habiendo colaborado la sra. Sara en este operativo aunque en menor medida que el Sr Alfonso, lo que hace que su cuota sea menor, pero no siendo posible hacerla desaparecer.

No puede negarse que el delito de alzamiento de bienes tiene responsabilidad civil ex arts 116 y ss CP. Pero cuando la reintegración de los actos que han determinado el alzamiento no son "reintegrables" no puede entenderse que no existe responsabilidad civil, sino que en estos casos debe procederse a fijar como responsabilidad civil el verdadero daño y perjuicio causado que es cuantificable, como aquí ha ocurrido.

Así, hemos señalado, entre otras, en Sentencia del Tribunal Supremo, 224/2019 de 29 Abr. 2019, Rec. 1424/2018 que:

"En materia de responsabilidad civil derivada de los delitos de alzamiento de bienes, esta Sala, como se declara en la Sentencia de 15 de octubre de 2002 , ha sentado como regla general que la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que la misma no nace del delito y su consumación no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial sino a la de un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores...

Ahora bien, cuando la restitución deviene jurídicamente imposible nada impide que puedan entrar en juego los medios subsidiarios y sustitutorios previstos en el art. 110 CP, es decir, la reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales.

El artículo siguiente, 111, precisa que la restitución del mismo bien procederá, siempre que sea posible, con la excepción de que un tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable.

En este sentido surge el problema de que el importe de la deuda no es consecuencia del delito sino que preexiste al mismo y por ello podría sostenerse la imposibilidad de una declaración como la pretendida por los ahora recurrentes. Sin embargo, la reparación e indemnización es también un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulenta cuando la reintegración es imposible, con la salvedad de que la obligación de indemnizar (importe de la deuda pendiente) debe estar comprendida en el valor del bien existente en el patrimonio cuyo desplazamiento de la acción de los acreedores constituye su verdadero perjuicio, luego en la medida que la indemnización no exceda del valor del bien sustraído a la ejecución debe aplicarse como remedio subsidiario la indemnización correspondiente de daños y perjuicios. La Sentencia

2055/2000, de 29 de diciembre, con cita de otras precedentes, resuelve en este sentido cuando afirma en su fundamento de derecho quinto que "la restitución de los mismos bienes es la primera vía de reparación, con carácter general, en los delitos contra el patrimonio, pero no la única (art. 101 CP 1973, hoy 110 del Código vigente). Su fracaso por imposibilidad puede dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria, como reconoció para el delito de alzamiento de bienes la sentencia de 14 de julio de 1986 , citada por el Ministerio Fiscal, cuando el crédito preexistente al delito se ha perjudicado irreparablemente y es "líquido y exigible hasta el punto de haberse declarado en vía civil sin que la ejecución pudiera llevarse adelante precisamente por el alzamiento del deudor" (en el mismo sentido SSTS 16-3-92 y 12-7-96)".

Se ha fijado en este caso que no es posible la nulidad de las operaciones diseñadas de forma constante por el Sr. Alfonso utilizando un entramado societario para cualquier operación que fuera a llevar a cabo, hasta en cuestiones estrictamente personales, al margen de las operaciones mercantiles, como se ha visto. Y en estos casos, al cuantificarse el daño y perjuicio, o la suma que debía pagar y no hizo por la comisión del delito del art. 257 CP, debe procederse a fijar ese quantum de la responsabilidad civil.

Si no se fijara la responsabilidad civil en el quantum de perjuicio derivado del delito ello supondría un enriquecimiento ilícito del autor del tipo penal cuando se ha declarado que comete el delito del art. 257 CP, pero que la imposibilidad de declarar la nulidad de las operaciones diseñadas conllevaría ese beneficio si no se aplica en sus justos términos la responsabilidad civil derivada de un hecho que es delito, por existir cuantificación sobre la que ha girado el daño, o la imposibilidad de cobro de la deuda que existía y que ha imposibilitado perseguir el condenado por su ilícito proceder.

Por ello, pese a que por naturaleza en este delito lo que procede es la restauración del orden jurídico alterado por las acciones fraudulentas, declarando la nulidad de los negocios jurídicos así otorgados, con la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, reponiendo los inmuebles objeto de la disposición a la situación jurídica preexistente, reintegrando de esta forma al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sustraídos del mismo (TS SS núms. 238/2001, de 19 Feb., o 17162001, de 25 Sep., y las citadas en la misma), cuando ello es imposible, la responsabilidad civil da la vuelta y "vuelve a sus orígenes", ciñéndose al daño y perjuicio causado o deuda dejada de abonar con su proceder por el autor. En caso contrario, como decimos, existiría una especie de rentabilidad económica delictiva por no asociarse la estricta responsabilidad civil al delito cometido.

En la misma línea la sentencia del Tribunal Supremo 1662/2002 de 15 Oct. 2002, Rec. 4042/2000:

"La restitución de los mismos bienes es la primera vía de reparación, con carácter general, en los delitos contra el patrimonio, pero no la única (art. 101 CP 1973, hoy 110 del Código vigente). Su fracaso por imposibilidad puede dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria, como reconoció para el delito de alzamiento de bienes la sentencia de 14 Jul. 1986, citada por el Ministerio Fiscal, cuando el crédito preexistente al delito se ha perjudicado irreparablemente y es "líquido y exigible hasta el punto de haberse declarado en vía civil sin que la ejecución pudiera llevarse adelante precisamente por el alzamiento del deudor" (en el mismo sentido SS 16 Mar. 1992 y 12 Jul. 1996)."

En este caso existe una clara y directa incidencia del vaciamiento de Gourmet Balear en no atender los pagos que tenía pendientes y el propio Sr. Alfonso con su delictivo proceder.

No existe en este caso una vía por la que mediante la condena penal se cree un nuevo título de pedir distinto al que originó el crédito. La deuda que existía se hubiera pagado de no llevarse a cabo el vaciamiento de la sociedad, por lo que fijar la responsabilidad civil en el quantum dejado de pagar no supone en modo alguno un riesgo alto de enriquecimiento injusto, (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 688/2020 de 14 Dic. 2020, Rec. 181/2019 y Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 680/2019 de 23 Ene. 2020, Rec. 1914/2018) ya que se ajusta a la deuda que la conducta delictiva propicia que se quede sin abonar al perjudicado. La conducta del recurrente debió dirigirse a buscar la fórmula para satisfacer la deuda que existía sobre el inmueble que era vivienda familiar y las pensiones, pero lejos de ello los hechos probados describen un diseño de constitución societaria y actuaciones tendentes a dejar sin posibilidades de recuperación a Gourmet Balear, que era, además, la deudora del inmueble sobre el que la entidad bancaria podría ejecutar la hipoteca y dejar sin hogar a su familia.

El agotamiento de las posibilidades de pagar a Gourmet es forzado por el recurrente descapitalizándola, pero, por otro lado, el esfuerzo se centró en no perder la finca de Buñola para poder seguir desempeñando la actividad aunque bajo otra sociedad, para lo que recurrió a la colaboración de la Sra. Sara. La responsabilidad civil existe y debe ser satisfecha en este procedimiento no pudiendo exigirse a la acreedora a acudir a otro procedimiento judicial prolongando el "peregrinaje jurisdiccional" para el cobro de un crédito que, por encima de todos, el recurrente debió hacer lo posible por cubrir antes de otros por las especiales características del

mismo en razón a que se trataba de la vivienda familiar y subvenir las necesidades económicas y, por ende, alimenticias de su propia familia.

Aunque la deuda preexistía al delito, lo cierto y verdad es que se asienta y perfecciona por los movimientos del recurrente, que inhabilita la posibilidad de ser pagada. Es el alzamiento de bienes que lleva a cabo el que es causa eficiente del impago y de la necesidad de la Sra. Laura de tomar medidas para cubrir la evitación de la ejecución hipotecaria. Si la diligencia debida del recurrente hubiera sido la de potenciar Gourmet Balear en lugar de descapitalizarla y actuar al margen de la misma para dejarla inoperativa no hubiera existido el riesgo de esa ejecución sobre el inmueble, como así ocurrió. El daño de su conducta existió y la responsabilidad civil lo fue dimanante del delito, ya que sin su conducta ilícita y con el cuidado en potenciar la empresa que era mediante la que se satisfacía la deuda ésta se hubiera extinguido.

La restauración del orden jurídico alterado por las acciones fraudulentas, declarando la nulidad de los negocios jurídicos así otorgados resultaba imposible como declara el Tribunal, por lo que deviene necesario responder por la imposibilidad de pago que ha generado con su conducta, que es lo que constituye su responsabilidad civil debidamente cuantificada respecto a lo que tenía que pagar y no pagó por su ilícito proceder. Existió una voluntad simulada cuyo único propósito era deshacerse del patrimonio de Gourmet Balear, para aprovecharse por él por otra vía, con objeto de impedir, u obstaculizar, la aprehensión de los bienes como cobertura del pago en metálico de las obligaciones contraídas. Y la consecuencia lógica de todo ello, como se ha dicho, no podía ser la nulidad de los negocios jurídicos como se ha expuesto, y, por ello, sí la responsabilidad civil subsistente.

Además, la reparación e indemnización es también un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulenta cuando la reintegración es imposible, con la salvedad de que la obligación de indemnizar (importe de la deuda pendiente) debe estar comprendida en el valor del bien existente en el patrimonio cuyo desplazamiento de la acción de los acreedores constituye su verdadero perjuicio, luego en la medida en que la indemnización no exceda del valor del bien sustraído a la ejecución debe aplicarse, lo que ocurre en este caso. Por ello, hemos señalado que cuando la restitución deviene jurídicamente imposible nada impide que puedan entrar en juego los medios subsidiarios y sustitutorios previstos en el art. 110 CP, es decir, la reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales. Y no puede sujetarse ello a los morales cuando los materiales están perfecta y debidamente cuantificados.

Nótese que la responsabilidad civil ha sido fijada para el Sr. Alfonso en la cantidad de 34.639,04 euros por las pensiones de alimentos impagadas y para éste y la Sra. Sara en indemnizar a la

Sra. Laura en la cantidad de 102.861,33 euros, más las cuotas hipotecarias que vaya pagando la Sra. Laura por el préstamo de La Caixa nº NUM001 y que acredite en ejecución de sentencia, hasta la total satisfacción de dicho préstamo, cuyo vencimiento final no podrá exceder del día 31 de julio de 2021. A dicha cantidad le serán de aplicación los intereses legales del art. 576 LEC. El Sr. Alfonso y la Sra. Sara responderán, entre sí, por cuotas de 75% el Sr. Alfonso y 25% la Sra. Sara.

Como señala la mejor doctrina, la conducta del alzamiento incide sobre el orden jurídico civil, perturbándolo, alterándolo o lesionándolo de alguna manera. A su aquietamiento, reparación o restauración ha de propender la responsabilidad civil a decretar en la sentencia condenatoria cuando, como en casos como el presente resulta imposible el retorno a su patrimonio de aquellos bienes ilícitamente extraídos, como aquí ha ocurrido con la definitiva desaparición de Gourmet Balear y la intervención de JADE 15 GESTIÓN.

Esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de octubre de 2002 supuso un vuelco fundamental en la consideración de las responsabilidades civiles en el delito de alzamiento de bienes, ya que en la medida que la indemnización no exceda del valor del bien sustraído a la ejecución debe aplicarse como remedio subsidiario la indemnización correspondiente de daños y perjuicios.

Recuerda, a su vez, la sentencia de esta Sala 2055/2000, de 29 de diciembre, cuando afirma en su Fundamento de Derecho quinto que «la restitución de los mismos bienes es la primera vía de reparación, con carácter general, en los delitos contra el patrimonio, pero no la única (art. 110 del Código Penal). Su fracaso por imposibilidad puede dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria, como reconoció para el delito de alzamiento de bienes la sentencia de 14 de julio 1986, citada por el Ministerio Fiscal, cuando el crédito preexistente al delito se ha perjudicado irreparablemente y es «líquido y exigible hasta el punto de haberse declarado en vía civil sin que la ejecución pudiera llevarse adelante precisamente por el alzamiento del deudor" (en el mismo sentido las sentencias de 16 de marzo de 1992 y de 12 de julio de 1996).

Pues bien, del resultado de hechos probados se evidencia una mayor responsabilidad civil del Sr. Alfonso y menor de la Sra. Sara, pero responsabilidad al fin en su aportación al proyecto inicialmente diseñado por el Sr. Alfonso, pero en el que ella decide colaborar. Así, podemos sistematizar los extremos relevantes al efecto de los hechos probados, dado que el motivo se articula por infracción de ley, a saber:

"1.- En el año 2006, GOURMET BALEAR SL tuvo una facturación aún inferior al año anterior, sin embargo, rondaba los cuatrocientos mil de euros. Ello fue debido a que el Sr. Alfonso, desde al menos octubre de 2006, inicia su actividad como autónomo, facturando para sí y no para GOURMET BALEAR SL, pero llevando a cabo la misma actividad que realizaba cuando trabajaba a través de GOURMET BALEAR SL, y coincidiendo parte de la cartera de clientes, utilizando sus infraestructuras y sus bienes, así como despidiendo los trabajadores de GOURMET BALEAR SL y dándolos de alta para sí mismo, para el Sr. Alfonso como autónomo.

2.- Durante el año 2007, el Sr. Alfonso continúa realizando la actividad económica como autónomo, siendo dicha actividad la misma que venía realizando GOURMET BALEAR SL, utilizando sus infraestructuras y bienes, así como clientela, pero facturando a nombre del Sr. Alfonso. Ello llevó a que en este año 2007, las ventas de GOURMET BALEAR SL cayeran de manera absoluta hasta un importe de ventas de poco más de mil quinientos euros y, por tanto, la imposibilitó para hacer frente a sus deudas impidiendo u obstaculizando cualquier reclamación de sus acreedores.

3.- Mediante Escritura pública de 7 de noviembre de 2007, otorgada ante el Notario de Palma de Mallorca, Rafael Zaragoza Tafalla, se constituye la compañía mercantil de responsabilidad limitada JADE 15 GESTION SL, El capital social, de 3.100 euros, dividido en 100 participaciones, se dividían entre las dos socias de dicha sociedad: SARA con el 80% de las participaciones, de la 1 a la 80, y PILAR, con el 20% de las participaciones.

4.- En este año 2008, el Sr. Alfonso sigue con la actividad iniciada en 2006, como autónomo, facturando para sí y no para GOURMET BALEAR SL que, si bien había sido dada de baja censal, mantenía bienes e infraestructura a su nombre pero que eran utilizados por el Sr. Alfonso para su actividad propia. GOURMET BALEAR SL.

5.- A partir de septiembre de 2008, GOURMET BALEAR SL, por falta de capacidad económica, dejó de abonar las cuotas hipotecarias que gravaban la vivienda sita en CALLE001, es decir, la vivienda familiar atribuida a la Sra. Laura y sus hijos en el Convenio regulador.

6.- Los problemas de liquidez que presentaba GOURMET BALEAR SL en estas fechas, lo eran como consecuencia de la actuación del Sr. Alfonso que decidió llevar a cabo la misma actividad como autónomo que venía realizando con GOURMET

BALEAR SL, utilizando sus infraestructuras, bienes y parte de la clientela. Sin embargo, el Sr. Alfonso sí tenía ingresos para hacer frente a dichos pagos, pero imposibilitaba cualquier reclamación contra GOURMET BALEAR SL.

7.- Comienza en este año 2010 el Sr. Alfonso, puesto de común acuerdo con la Sra. Sara, a traspasar la actividad que, originariamente era de GOURMET BALEAR SL, que siguió el Sr. Alfonso como autónomo, hacia JADE 15 GESTION SL, con la finalidad de evitar hacer frente a las deudas tanto de GOURMET BALEAR SL como las propias del Sr. Alfonso persona física.

8.- En fecha 10 de marzo de 2010 la Sra. Laura inicia negociaciones con La Caixa para refinanciar la deuda existente, y evitar la ejecución del bien hipotecado, es decir, la vivienda familiar, lo que culmina el 14 de mayo de 2010.

9.- En estas fechas GOURMET BALEAR SL no podía hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias frente a LA CAIXA debido a la falta de liquidez producida por el actuar del Sr. Alfonso durante los años previos.

10.- (2011) El Sr. Alfonso y la Sra. Sara, puestos de común acuerdo, con la finalidad de hacer suyo el inmueble de la finca de Buñola que iba a ser subastado, donde el Sr. Alfonso desempeñó la actividad que fue de Gourmet, que siguió él y que habían ido derivando a JADE 15 GESTION SL, comparecen a la subasta señalada.... Dado que la finca de Buñola no fue adjudicada a JADE 15 GESTION SL, la Sra. Sara inicia negociaciones con el ISBA, de común acuerdo con el Sr. Alfonso, para adquirir dicho inmueble y, con ello, definitivamente el negocio originario de Gourmet Balear SL, dejando de abonar cualquier deuda que ésta pudiera tener.

... En fecha 2 de julio de 2012, mediante escritura pública autorizada ante la Notaria Dña. M^a Jesús Ortuño Rodríguez, ISBA vende la finca de Buñola a JADE 15 GESTION SL, por importe de 190.000 euros.

A partir de este momento, el Sr. Alfonso y la Sra. Sara, desempeñan su actividad comercial en la finca de Buñola, a través de JADE 15 GESTION SL, la Sra. Sara en tanto administradora única de dicha sociedad y el Sr. Alfonso en tanto contratado por dicha sociedad por cuenta ajena, pero realizando las mismas actividades que vino realizando GOURMET BALEAR SL y luego el Sr. Alfonso como autónomo, así como utilizando bienes que todavía seguían a nombre de GOURMET BALEAR SL y

las instalaciones que fueron originarias de ésta. De este modo GOURMET BALEAR SL quedó vacía de actividad, de infraestructuras y de la propiedad que fue su sede, la finca de Buñola, haciendo ilusoria cualquier reclamación frente a dicha sociedad por parte de la Sra. Laura y las sociedades participadas por la misma, como consecuencia de haber hecho frente al pago de las cuotas hipotecarias de las que era deudora GOURMET BALEAR SL, y que pesaban sobre la vivienda familiar de la CALLE001, en tanto fiadora/avalista de dicha operación".

Existe, pues, una corresponsabilidad de la Sra. Sara que ha sido cuantificada por el Tribunal en una aminoración del quantum en la opción que marca el art. 116 CP de fijar "cuotas de responsabilidad civil" cuando intervienen dos o más autores, lo cual es una medida acertada en tanto en cuanto permite extender en la responsabilidad civil el quantum real de responsabilidad, no fijando una responsabilidad por el todo, cuando la contribución causal al resultado es diferente, lo cual equilibra la respuesta compensatoria que debe darse cuando esa "aportación delictiva" es graduable, como aquí ha ocurrido.

En consecuencia, para concluir, son dos los aspectos a destacar en este punto, a saber:

- 1.- La determinación de la responsabilidad civil por cuotas entre los declarados responsables penalmente, y
- 2.- La admisibilidad de la fijación por el Tribunal penal de la responsabilidad civil en el delito de alzamiento de bienes, ligado al "quantum" del daño y perjuicio.

En este sentido:

- 1.- La determinación de la imposición de la responsabilidad civil en cuotas que responde a la "justicia material" de la imposición del "quantum" de esta responsabilidad civil distribuido en atención a la propia culpa penal que se "traduce" en un "quantum" de responsabilidad civil en base al ajuste de responsabilidad que, en el reproche penal, el Tribunal ha fijado en la sentencia y que "traslada" a la cuantificación económica de la que debe responder cada responsable penal.

Así las cosas, recordemos que el art. 116 CP señala que: 1. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

La redistribución de la responsabilidad civil entre los declarados responsables es un elemento de "justicia distributiva" entre los distintos condenados por sus grados de participación delictiva, lo que supone una plasmación de una más justa "redistribución equitativa" del reproche civilístico relacionado con el reproche penal de cada partícipe en el delito, al punto de que cuando se pueda proceder a esa fijación el juez o Tribunal debe llevar a cabo un esfuerzo en la determinación de la cuota correspondiente a cada partícipe, así como a la explicación, como motivación, de cada graduación en su ajuste individual, porque pueden existir casos, y de suyo existen como en el presente, en los que la responsabilidad de los partícipes puede ser distinta en sus diferentes modalidades. Y ello requiere un esfuerzo de fijación y motivación a la hora de ajustar las cuotas de la responsabilidad civil en lugar de fijar una "solidaridad genérica" entre todos que no responde al tanto de culpa real que debe adjudicarse a cada uno de los declarados responsables penales.

Así, la fijación de la responsabilidad civil por cuotas en el proceso penal puede ser, incluso, un mecanismo subsidiario de la defensa en algunos casos en los que de forma alternativa a la petición de absolución pueda reclamarse una menor fijación del "quantum", cuando la responsabilidad penal del partícipe, -como aquí ocurre- sea menor en algunos acusados en el proceso penal, a fin de huir de la declaración sistemática de la solidaridad en la responsabilidad civil.

2.- La viabilidad de la declaración de la responsabilidad civil en el delito de alzamiento de bienes.

Queda justificada debidamente esta determinación por el Tribunal en su sentencia.

Sabemos, así, que la reparación e indemnización es también un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulenta cuando la reintegración es imposible, y es por ello, como hemos señalado en la doctrina jurisprudencial, y, también, la doctrina penal, la ineficacia reparadora de la posible restitución del orden jurídico alterado con el delito de alzamiento de bienes, por lo que existen ocasiones, como la presente, en las que se estima la procedencia de la indemnización, como aquí fijó el Tribunal.

Además, como afirma la doctrina en estos casos, para que sea viable la respuesta de la nulidad de los negocios jurídicos determinantes del alzamiento de bienes, las partes deben solicitar expresamente la nulidad de los actos fraudulentos y la indemnización por los perjuicios causados, no pudiendo ser declaradas de oficio. Y ello, porque en el aspecto de la acción civil rige plenamente el principio de justicia rogada, dispositivo y de congruencia.

Pues bien, no admitir la procedencia de la indemnización en estos supuestos en los que resulta difícil apreciar la viabilidad económica de los resultados de la nulidad de los negocios jurídicos y mantener la restitución jurídica como única vía de reparación, afirma la mejor doctrina que supondría reducir la condena civil a una mera declaración de intenciones, sin eficacia alguna, inaceptable para quien ya ha visto burladas, en la vía correspondiente, sus legítimas expectativas de crédito con la conducta dolosa del acusado.

Por otro lado, para hacer viable que en estos casos la respuesta sea la condena a la responsabilidad civil que se ha producido la deuda debe estar incuestionablemente cuantificada, y en este sentido debe resultar incontrovertida su existencia y su cuantía, como aquí se ha detallado por el Tribunal. Y se incide por la doctrina que, a pesar de su aptitud en abstracto para eliminar las consecuencias desfavorables del delito, no siempre la acción de nulidad es idónea para hacerlo del modo más perfecto: y ello porque en ocasiones, a pesar del reingreso patrimonial, los bienes han perdido parte de su valor y, con él, de su aptitud para satisfacer al acreedor.

Por ello, se incide en esta línea por un sólido cuerpo doctrinal que en que en estos casos cabe pensar en la admisibilidad, para la "reparación" o "restauración", del importe líquido y cuantificado de la responsabilidad civil existente de la indemnización de los daños y perjuicios que esta circunstancia haya provocado al acreedor, más que por la vía de la declaración de nulidad del negocio traslativo.

Cierto es que no es la comisión del delito la que ha generado esta deuda, sino que preexistía a aquél, pero provoca y permite el impago de la deuda que existía y deja a los perjudicados en difícil situación para el cobro. La solución por la que aboga la sentencia evita el "peregrinaje jurisdiccional" y se ajusta a una justicia material de determinación de la responsabilidad civil cuantificada en el delito de alzamiento de bienes cuando existen serias dificultades ante la nulidad de los negocios jurídicos existentes, y terceros que pueden quedar afectados, así como dudas de su eficacia real reparadora.

El delito de alzamiento de bienes se consuma pese al impago, pero éste está conectado con aquél de forma indisoluble, y viene asociado de forma inherente, ante las dificultades de la nulidad de los negocios jurídicos determinantes del alzamiento, o la previsibilidad constatada de las difíciles consecuencias que la producción de estas nulidades puede provocar en las legítimas aspiraciones del acreedor que como perjudicado reclama en el procedimiento serlo y que se le reconozca. Además, el resto de acreedores no quedan privados de su derecho a dirigirse contra los negocios jurídicos no anulados cumpliendo los requisitos de litisconsorcio exigidos a tal efecto.

El motivo se desestima

SÉPTIMO.- Al proceder la estimación parcial del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional, junto a la posición institucional del Ministerio Fiscal en el ámbito de este recurso de casación (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de los acusados Alfonso y Sara, con estimación de su motivo cuarto y desestimación del resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, de fecha 17 de abril de 2019, en causa seguida contra los mismos y otra por delitos de alzamiento de bienes y abandono de familia. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, 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.

Julián Sánchez Melgar

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz

Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 2293/2019

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

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 17 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 62/18, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 1248/2013 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Palma de Mallorca, seguido por delitos de abandono de familia y alzamiento de bienes contra los acusados ALFONSO, con DNI000, nacido en Bilbao (Vizcaya), el 00/00/00, hijo de Fernando e Inmaculada, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, cuya solvencia no consta; SARA, con DNI001, nacida en Manacor (Baleares), el 00/00/00, hija de Ricardo y Rosa, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, cuya solvencia no consta y contra PILAR, con DNI002, nacida en Manacor (Baleares), el 00/00/00, hija de Nicanor y Manuela, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, cuya solvencia no consta; y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 17 de abril de 2019, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, haciendo constar lo siguiente:

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar a ALFONSO por el delito del art. 227 CP a la pena de seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y por el delito de alzamiento de bienes, la pena de un año y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 14 meses con cuota diaria de 10 euros por día se sanción, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago.

Y a SARA por el delito de alzamiento de bienes la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago. Se mantiene la responsabilidad civil ya fijada en la sentencia en los mismos términos.

FALLO

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

Debemos condenar a ALFONSO por el delito del art. 227 CP a la pena de seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y por el delito de alzamiento de bienes, la pena de un año y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 14 meses con cuota diaria de 10 euros por día de sanción, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago.

Y a SARA por el delito de alzamiento de bienes la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago. Se mantiene la responsabilidad civil ya fijada en la sentencia en los mismos términos. Todo ello, sin costas en esta instancia y con las particularidades ya expuestas en orden a la posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz

Ángel Luis Hurtado Adrián