

III. MOTIVOS DE CASACIÓN

Único.- Por infracción de ley conforme al art. 849, 1° LECr., por entender que se han infringido los artículos 110 y 111 del Código Penal

A) Extracto del motivo de casación

Entendemos que el Tribunal de instancia ha errado en la aplicación de los artículos 110 y 111 del Código Penal, a la hora de fijar los criterios por los que ha de determinarse la responsabilidad civil derivada del delito cometido.

En efecto, esta parte solicitaba como responsabilidad civil en el escrito de acusación, conforme al art. 110 CP, la “declaración a restituir los bienes y reparar el daño causado”. El Tribunal de instancia prescinde de la primera petición –restitución de los bienes- para centrarse únicamente en la reparación del daño causado y, específicamente, analiza la cuestión del eventual lucro cesante.

Consideramos, con todos los respetos, que dicha sentencia se equivoca cuando centra su argumentación (Fundamento jurídico cuarto) en el análisis del lucro cesante, cuando lo que se pide por esta parte con carácter principal es la restitución de los bienes que fueron objeto de desposesión ilícita por parte del encausado y que, en consecuencia, debería haberse condenado al autor de delito a restituir los bienes de los que se apropió ilícitamente.

B) Desarrollo del motivo

El art. **109 CP** establece que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados. El **art. 110** establece que:

“La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1.º **La restitución.**

2.º La reparación del daño.

3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales.”

Finalmente, el **art. 111**, se ocupa de la restitución, al indicar que:

“**Deberá restituirse**, siempre que sea posible, **el mismo bien**, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito.”

Tal y como se indica en la declaración de hechos probados, el encausado recibió en depósito **bitcoins** para su gestión. Esos bitcoins fueron objeto de apropiación fraudulenta por parte del condenado, dado que, tal y como destaca la sentencia, “No consta que [el condenado] haya realizado operación alguna” sobre los mismos.

Por ello, esta parte solicitaba la restitución de los bitcoins que fueron los bienes de los que se apropió ilícitamente el condenado.

En cambio, la Sentencia de instancia, en vez de estimar de aplicación el párrafo primero del art. 110, estima que el condenado “*deberá indemnizar a Y, a M, a J, a O y a S en el valor de la cotización del bitcoin en el momento de la finalización de cada uno de sus respectivos contratos, que se determine en ejecución de sentencia, con el interés legal previsto en el art. 576 LEC.*”

Como hemos indicado, los artículos 110 y 111 del Código Penal ordenan la restitución de la cosa como primera medida reparadora de los efectos del delito en el orden civil, puesto que es la que mejor realiza la búsqueda *restitutio in pristinum*, esto es, la restauración del *status quo ante*. Pensemos que la sentencia considera que se ha producido una estafa, porque “En el momento de concertar los expresados contratos el acusado tenía la intención de apoderarse de los bitcoins recibidos sin ánimo de cumplir sus obligaciones.” Ello determina que, en el ámbito civil, los contratos en virtud de los cuales se entregaron los bitcoins en depósito han de considerarse nulos, de lo cual nace necesariamente la obligación de restituir los bienes que fueron entregados.

La restitución supone la devolución a su propietario o legítimo poseedor de la cosa en su estado originario, al punto que la tradicional doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo la ha entendido como el ejercicio de la acción reivindicatoria dentro del propio proceso penal. O sea, consiste la *restitutio in pristinum* en la reintegración del estado de cosas preexistente al delito (STS 13/12/1991).

La Ley no distingue entre bienes muebles o inmuebles, con la única diferencia de que el desplazamiento posesorio de las cosas muebles tiene lugar de modo ostensible y material, de modo que el retorno a su propietario implica un reintegro de iguales características.

Esta parte entiende, por tanto, que lo procedente habría sido una condena a restituir los bienes (bitcoins sustraídos) pues eso es perfectamente posible. Y si en fase de ejecución, no se restituyen esos bienes, entonces proceder a su valoración, pero en ese momento, es decir, en fase de ejecución. De otra manera se podría dar un **flagrante enriquecimiento injusto** del condenado que se quedó con unos bitcoins que han ido aumentando de valor para acabar teniendo que satisfacer como indemnización en Euros un importe sensiblemente inferior a su valor actual, por lo que **la estafa, a pesar de la condena, le habría salido completamente rentable.**

Es preciso tener en cuenta que el acusado no ha proporcionado ninguna información sobre la situación actual de esos bitcoins, por lo que la opción más plausible, ante la ausencia de aportación de esa información, es que todavía está en posesión de los mismos. El mismo Tribunal en la sentencia, advierte que el condenado tenía a su disposición la posibilidad de haber acreditado las operaciones de forma efectiva, para saber qué ha pasado con los Bitcoins, pero no lo hizo:

“Por otro lado, los mencionados informes carecen por completo de valor probatorio en relación a las operaciones que aparecen reseñadas. No son otra cosa que una relación de operaciones unilateralmente elaborada, pero a la que falta el único dato objetivo que resultaría inequívocamente demostrativo de la realidad de dichas operaciones, que no es otro que el código de identificación de cada una de ellas, dado que Bitcoin mantiene un listado de todas las transacciones que se han realizado en la red desde su comienzo, sin que los registros de las transacciones realizadas puedan ser alterados. Dicha prueba se encuentra exclusivamente al alcance del acusado, que debe operar con su clave privada asociada, de manera que su decisión de omitirla sólo a él puede perjudicar.”

Es doctrina consolidada de la Sala 2ª del Tribunal Supremo y así es claro, con carácter general, que dicha jurisprudencia ha venido distinguiendo entre la "apropiación" en sentido estricto, referida generalmente a la ilícita incorporación al patrimonio del autor del delito de bienes muebles u otros efectos sobre los que pendía, en razón al título jurídico por el que se recibieron, la obligación de la restitución de la misma cosa recibida, y la "distracción", introducida en nuestro ordenamiento para

posibilitar la punición de quienes, adquiriendo la propiedad de lo recibido por tratarse de bienes fungibles, fundamentalmente dinero, incumplen posteriormente su obligación de devolver, **no tanto la misma cosa recibida sino su equivalente, en la misma especie y calidad** (en este sentido, SSTS como las de 23 de Mayo de 2007 (RJ 2007, 4815) , 30 de Septiembre de 2008 o 18 de Noviembre de 2009 (RJ 2010, 704) , entre otras), tratándose éste último, por consiguiente, no tanto de un supuesto de verdadera " apropiación" en sentido estricto sino, más bien, de "comportamiento infiel" (SSTS de 19 de Junio de 2007 y 20 de Noviembre (RJ 2008, 7133) o 31 de Diciembre de 2008, por citar algunas).

Ciertamente, la regla general que prevalece es la de que la responsabilidad civil se materializa a través de la restitución o reintegración del patrimonio del autor del delito al estado anterior a la acción fraudulenta. Con este criterio se pronuncia la reciente Sentencia de del Tribunal Supremo, 93/2017, de 16 de febrero, en la que se expresa que en el delito de alzamiento de bienes la responsabilidad civil presenta características peculiares porque el desplazamiento patrimonial no permite, sin más, como reparación del daño el reintegro de la cuantía exacta de los créditos burlados, ya que, en línea de principio, **la restauración del orden jurídico perturbado debe restablecerse, cuando sea posible, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente extraídos** del mismo incluso con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor, sin embargo, se exceptúan los supuestos en que los bienes, hallándose en poder de terceras personas que no hayan participado en el consilium fraudis, sean considerados irreivindicables (SSTS 2555/2000, de 29-12 ; 1536/2001, de 23-7 ; 1662/2002, de 15-10 ; 430/2005, de 11-4 ; y 498/2013, de 11-6).

La Sentencia 270/2015 de 25 mayo de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 8ª, indica que:

“En materia de Responsabilidad Civil diamante del delito, hemos de tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 109 y S. S del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), **imponiéndose en el art. 110 del mismo, la restitución de la cosa, la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios sufridos por la víctima del hecho**, en este caso los Sres. Hugo Laura. Es procedente desde luego la condena a los acusados a indemnizarles en el modo solicitado por las acusaciones, esto es, en los beneficios dejados de obtener como consecuencia de la sustracción de la finca de la que han sido objeto, a determinar

en Ejecución de Sentencia, por Perito que pueda designarse al efecto, y en todos los demás perjuicios económicos que tal acción les haya producido.

La restitución de la cosa, es solicitada por las acusaciones por medio de la declaración de nulidad de los contratos y Escrituras Públicas otorgadas, partiendo del contrato privado simulado obrante al folio 91 de las actuaciones, de la Escritura de Aportación a la Sociedad de Gananciales suscrito entre Cecilio y su esposa (Folio 177 y s.s.), la suscrita entre Cecilio y José Pedro , obrante al folio 106 y s.s. de las actuaciones, la nulidad igualmente de las Escrituras de compraventa otorgadas entre el acusado José Pedro y las Entidades Mercantiles representadas por Benito , así como cualquier otra posterior transmisión que se haya podido realizar sobre la " FINCA000 " o cualquiera de sus partes, y la consiguiente cancelación de todas las inscripciones, anotaciones y notas incompatibles con dichas declaraciones de nulidad , que entren en contradicción con la finca Registral nº NUM003 , hasta el Reintegro y devolución de la Finca a sus legítimos propietarios, los Sres. Hugo Laura , ordenando si fuera necesario el desalojo de las fincas ocupadas por terceras personas, todo ello en ejecución de sentencia y reservándose a los perjudicados el derecho de repetición contra quien corresponda.

La Sala , en aplicación de las normas penales citadas, art. 109 y s.s. del Código Penal , y en atención a lo ya expuesto, consideramos que procede y es ajustado a derecho acceder a la solicitud de **restitución e indemnización**, formulada por las acusaciones , y así lo acordamos, si bien en orden a la restitución, hemos de excluir la que pueda afectar a terceras personas que no hayan sido oídas ni hayan sido parte en este procedimiento, reservándose las acciones civiles que correspondan a los principales perjudicados.”

En virtud de lo expuesto,

AL TRIBUNAL SUPREMO SUPLICO que, teniendo por presentado este escrito, se sirva tener por interpuesto el Recurso de Casación en su día anunciado frente a la sentencia referenciada y, en su virtud, estimándolo, acuerde dictar Sentencia por la que acuerde fijar la responsabilidad civil derivada del delito cometido en la restitución de los bienes originalmente sustraídos y, en su defecto, la valoración que de los mismos se efectúe en fase de ejecución de sentencia, con lo demás que en Derecho proceda.

Por ser de Justicia que pido en Madrid a 17 de abril de 2018.

Fdo. Javier Maestre Rodríguez