

Roj: **STS 1305/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1305**Id Cendoj: **28079120012017100262**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/04/2017**Nº de Recurso: **1588/2016**Nº de Resolución: **260/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 6 de abril de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación nº 1588/2016 interpuestos por Genaro y Responsable Civil subsidiario SL PCI OBRA CIVIL, SA, representados por los Procuradores Sres. D. Ignacio Aguilar Fernández, y Dª Mª Jesús Fernández Salagre, bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Revilla Rodríguez y Pedro Blas Gañán González, contra sentencia de fecha 2 junio 2016, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó por un delito de apropiación indebida. Y como parte recurrida D. Moises representado por el Procurador Sr. D. Guzmán de la Villa de la Serna, bajo dirección letrada de D. Jorge Navarro Massip. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 1 de Sabadell, instruyó Procedimiento Abreviado nº 106/2015 contra D. Genaro y otro, por un delito de apropiación indebida y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava, que en la causa nº 106/2015J dimanante de Diligencias Previas nº 2761/07, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

**<<hechos.-** Los acusados, Genaro, mayor de edad y sin antecedentes penales, e Moises, mayor de edad, sin antecedentes penales, en su condición de administradores mancomunados de la sociedad WAKEFIELD SL, propusieron a va a personas la suscripción de participaciones. para un aumento de capital de dicha entidad, eón. el fin de llevar a cabo actuaciones propias de promoción inmobiliaria, que era su objeto social.

Por Junta General Extraordinaria y Universal de 28 de marzo de 2006 se recoge el acuerdo de aumento de capital que, en junto, alcanzó 1.000.000 de euros, en virtud de las diferentes aportaciones de todos los socios, que ya se habían ido produciendo mediante ingresos en la cuenta bancaria de WAKEFIELD, gestionada por los acusados, entre los meses de febrero y marzo de ese año, aunque el acuerdo social de aumentó de capital se inscribió el 10 de mayo de 2006.

El 20 de enero de 2006, los acusados, como administradores de WAKEFIELD S.L., ya habían suscrito un contrato de compraventa privado entre esta sociedad y la mercantil PCI OBRA SOCIAL S.A., representada por su administrador, el acusado Sr. Genaro, por el que esta última vendía a la primera un solar edificable sito en la Rambla Iberia de Sabadell, por un importe de 1.215.000 euros más IVA.

La titularidad de PCI sobre dicha finca traía causa del contrato firmado el 11 de noviembre de 2405 con la mercantil. COBALI 3000, por el que ésta, titular del solar, le había vendido a PCI (en cuyo interés intervenía el acusado, Sr. Genaro) la meritada finca de Rambla Iberia en Sabadell, de la que COBALI 3000 estaba pendiente, todavía, de satisfacer, en concepto de precio; la sume. de 668.82.6,38 duros a sus anteriores propietarios.

En este contrato de 11 de noviembre se había fijado un precio de 1.157.154,05 ,euros más IVA, pagaderos; 300.000 euros a la firma del contrato -que PCI satisfizo mediante cheque bancario, con más 185,144 euros,



que debían pagarse en fecha 7 de marzo de 2006, y el resto, mediante la emisión de varios pagarés, hasta el 30 de enero de 2007.

Entre WAKEFIELD y PCI en el contrato de 20 de enero de 2006, se acuerdan pagos aplazados, hasta la completa satisfacción del precio, conforme a los cuales, 330.000 euros fueron satisfechos por WAKEFIELD S.L. a PCI S.L. mediante transferencia bancaria el 2 de febrero de 2006, ordenada por los dos acusados, administradores mancomunados de WAKEFIELD; otros 300.000 euros, también por transferencia, ordenada por los dos referidos administradores, fueron pagados el 20 de marzo, quedando pendiente el pago de 779.400 euros al momento de la escrituración de la venta, que se fijó para el 31 de marzo de 2007.

Recibidas las dos dichas sumas por PCI, cuyo único administrador era el acusado, Sr. Genaro, ninguna de ellas se destinó a entregar a COBALI 3000 las sumas pendientes de pago de la finca de Rambla Iberia de Sabadell -la primera de ellas, de 185.144 euros, pagadera el 7 de marzo de 2006- habiéndose previsto en el contrato de 11 de noviembre de 2005 que el impago a su vencimiento de cualquiera de las sumas referenciadas privaría al contrato de efecto jurídico alguno, reteniendo la vendedora (COBALI) las cantidades ya abonadas por la compradora (PCI) en concepto de cláusula penal.

Genaro, en su condición de administrador único de PCI S.L, dispuso de las antedichas cantidades a favor de dicha entidad, sin darles el destino previsto, que era la adquisición de la finca comprada a su día a COBALI, y sabedor de que las condiciones del contrato firmado con aquélla -en el que el acusado había intervenido como administrador de PCI- significarían su revocación automática y la pérdida de la finca y de las sumas ya pagadas, con el consecuente perjuicio de los socios de WAKEFIELD, como así ocurrió.

La finca de la Rambla Iberia de Sabadell fue inscrita a nombre de COBALI 3.000 consecuencia de la escritura autorizada ante Notario de fecha 4 de noviembre de 2005, complementada el 20 de diciembre de ese mismo año, sin que conste que a fecha de hoy, haya dejado de pertenecer a dicha entidad.

No se ha acreditado que Moises interviniera en el desvío de las sumas de dinero recibidas en WAKEFIELD hacia las arcas de PCI, ni que supiera que el otro acusado, como administrador único de PCI, no fuera a dar a dichas sumas el destino previsto de adquisición del solar de Sabadell. >>

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

**<<Fallo.** Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Genaro como autor de un delito de apropiación indebida del artículo 252 C.P. en relación con el artículo 250.1.6° C.P., en su redacción anterior a la L.O. 5/2010, a la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 9 meses con cota diaria de 8 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

En concepto de responsabilidad el acusado satisfará a WAKEFIELD S.L. la suma de 630.000 euros con más los intereses legales.

Se declara, asimismo, la responsabilidad civil subsidiaria de PCI OBRA CIVIL S.A,

Asimismo, satisfará la mitad de las costas causadas en el presente procedimiento incluidas las de la acusación particular.

Debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Moises del delito de apropiación indebida por el que venía acusado, declarando respecto de su persona, de oficio, las costas causadas y las de la acusación particular >.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose en tiempo y forma los recursos interpuestos en nombre del acusado D. Genaro y PCI Obra Civil SA, y por la Acusación Particular en representación de Wakefield Investments SL, dictándose por esta Sala Auto de fecha 29 septiembre 2017, por el que se declaraba desierto el recurso anunciado por éste dos último (Acusación Particular), Auto que adquirió firmeza.

**CUARTO.-** La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de Genaro

**Motivo primero** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del art. 252 y 250.1.6 CP . **Motivo segundo** .- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (predeterminación del fallo) **Motivo tercero** .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.



## Motivos aducidos en nombre de RECURSO DE PCI OBRA SOCIAL SA

**Motivo primero** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECriminal , por aplicación indebida del art. 120.4 CP . **Motivo segundo** .- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del principio acusatorio.

**QUINTO**.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO**.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día cinco de abril de dos mil diecisiete.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Genaro

**PRIMERO**.- El motivo primero al amparo del artículo 849.1 LECrim , por infracción de Ley, en relación con el artículo 252 y 250.1.6 CP , en su redacción anterior a la LO. 5/2010.

Como necesarios antecedentes habrá que señalar que la sentencia de instancia condenó al señor Genaro como autor de un delito de apropiación indebida del artículo 252 en relación con el artículo 250.1.6 (por la cuantía de lo apropiado) redacción anterior a la LO. 5/2010 a las penas de dos años de prisión y multa de nueve meses con cuota diaria de ocho euros.

El tribunal a "quo" fundamenta tal condena en que el acusado Genaro , administrador de la mercantil PCI Obra Social,SA, entidad que había adquirido de la mercantil COBALI 3000 un solar edificable sito en la Rambla Iberia de Sabadell contratos de 11 noviembre 2005, por un precio de 1.157.154,05 euros más IVA procedió a vender dicho solar a la sociedad WAKEFIELD SL, de la que esté acusado era administrador mancomunado junto con el inicial acusado Moises -finalmente absuelto sentencia-, en fecha 20 enero 2006 por un precio de 1.215.000 € más IVA.

Wakefield abono como parte del precio a PCI un total de 630.000 € (330.000 por transferencia de 2 febrero 2006, y 300.000 € también por transferencia de 2 marzo 2006), cantidades que recibidas por PCI no fueron destinadas por el acusado Genaro como administrador de la misma, a abonar a Cobali las sumas pendientes de pago del solar-la primera de ellas de 185.144 € que debían pagarse el 7 marzo 2006-, lo que determinó que Cobali ejercitarse las acciones derivadas del contrato de 11 noviembre 2005, que posibilitaban su revocación automática, la pérdida de la finca y de las sumas ya pagadas, en concepto de clausura penal.

Y por ello, la sentencia recurrida sitúa el hecho típico en la modalidad de apropiación indebida por distracción, al recoger en el relato fáctico que PCI recibido de Wakefield el pago de parte del precio del solar-un total de 630.000 €, y que el acusado Genaro , administrador de las dos entidades- dispuso de las antedichas cantidades a favor de dicha entidad (PCI), sin darles el destino previsto que era la adquisición de la finca comprada en su día a Cobali, y sabedor de que las condiciones del contrato firmado con aquella-en el que el acusado había intervenido como administrador de PCI-significarían su revocación automática y la pérdida de la finca y de las sumas ya pagadas, con el consecuente perjuicio de los socios de Wakefield, como así ocurrió.

El recurrente discrepa de tal conclusión partiendo de que el pago de las cantidades que fueron transferidas obedecían al cumplimiento de las obligaciones adquiridas en su contrato de compra-venta, por tanto la recepción de las mismas lo fueron en concepto de obtención legítima del precio de dicha operación, no existiendo título válido para la comisión del delito de apropiación indebida.

Y argumenta que los hechos objeto de la causa se basan en los pagos realizados por Wakefield a PCI por un total de 630.000 €, en cumplimiento del contrato de compraventa, formando parte del precio aplazado, restando otro pago que se realizaría al tiempo de la elevación del contrato a público por un importe 779.400 €, por lo que PCI adquirió el dominio de aquellas cantidades y no la posesión con la obligación de dar al dinero un destino determinado.

A su vez PCI era previamente titular del derecho que facultaba la posibilidad de realizar la referida transmisión en virtud del contrato de compra-venta que había suscrito con la mercantil Cobali 3000 SL, el 11 noviembre 2005, y a la firma de dicho contrato PCI abono a Cobali a cuenta del precio la cantidad de 300.000 €.

Añade que se produjo un "paso" en la titularidad de una finca que inicialmente era de Cobali, que la adquirió de un tercero, estando pendiente de satisfacer el precio 668.826,38 E. Posteriormente Cobali vende a PCI y finalmente PCI a Wakefield. Y ello con base jurídica en contratos de compra-venta que se suceden en el tiempo, 4 noviembre 2005 se compró por Cobali, el 11 noviembre 2005 se compra por PCI, y el 20 enero 2006 se compra por Wakefield.



Y concluye con cita de la jurisprudencia relativa a que la compra-venta como título traslativo de propiedad no es apto para configurar el delito de apropiación indebida.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo es necesario recordar la doctrina de esta Sala -por todas SSTS. 737/2016 el 5 octubre y 86/2017 de 16 febrero - que para solventar el problema de la inclusión del dinero o cosas fungibles, la jurisprudencia de esta Sala vino diferenciando dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal: apropiarse y distraer, con notables diferencia en la estructura típica. En las SSTS. 9.5.2014 y 2.3.2016 , recordamos que, en definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor.

La doctrina del TS. SS. 513/2007 de 19.6 , 218/2012 de 28.3 , 664/2012 de 12.7 , entre otras muchas, resumió la interpretación jurisprudencial de este delito proclamando que el art. 252 de 1995, sancionaba dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro o que niega haberlas recibido y **la distracción de dinero o cosas fungibles** cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darles un destino específico.

Es doctrina de esta Sala -entre otras SS. 2182/2002 de 24 de mayo , 1289/2002 de 9 de julio , 1708/2002 de 18 de octubre y 1957/2002 de 26 de noviembre - que en el delito de apropiación indebida, como sostiene acertadamente la sentencia impugnada, el título por el que se recibe la cosa ha de originar la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario. Esa jurisprudencia también ha establecido que la obligación surge cualquiera que sea la relación jurídica que la genere, pues los títulos que el precepto relaciona específicamente, como el depósito, la comisión y la administración no constituyen un **numerus clausus** sino una fórmula abierta como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto ("o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos"), de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionada "incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver.

El delito de apropiación indebida se caracteriza, en suma, por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos. En el **iter criminis** se distinguen dos momentos, el inicial cuando se produce la recepción válida y el subsiguiente cuando se produce la apropiación con ánimo de lucro, de lo recibido, lo que constituye deslealtad o incumplimiento del encargo recibido, como ocurre en el caso paradigmático de la comisión, que colma el "tipo de infidelidad" que, tras una importante evolución doctrinal y jurisprudencial, es una de las modalidades de apropiación indebida ( STS. 4.2.2003 ).

Y en cuanto al dinero, por mucho que haya desaparecido la voz distracción del art. 253 CP actual, y por mucho que el Preámbulo de la LO. 1/2015 quiera desviar siempre su tipicidad a la administración desleal es evidente que sigue siendo posible la apropiación indebida de dinero.

Como muy bien explica la STS. 2.3.2016 esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art 252 CP como "distracción", constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta específica de "distracción" ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Por el contrario esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 433/2013, de 2 de julio (conducta apropiatoria de dinero en el ámbito societario), STS 430/2015, de 2 de julio (apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal), STS 414/2015, de 6 de julio (apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015, de 7 de julio (apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015, de 16 de julio , (apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015, de 5 de octubre , (apropiación indebida de dinero por Director General de





una empresa), STS 615/2015, de 15 de octubre (apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre, (apropiación de dinero por apoderado), STS 732/2015, de 23 de noviembre (apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015, de 1 de diciembre (apropiación indebida de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (apropiación indebida de dinero por intermediario), STS 65/2016, de 8 de febrero (apropiación indebida de dinero por agente de viajes), STS 80/2016, de 10 de febrero, (apropiación indebida de dinero por el patrono de una fundación), STS 89/2016, de 12 de febrero (apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc. etc.

En realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253.

**TERCERO.-** Es cierto que esta Sala, de modo uniforme constante-ver SSTS. 165/2005 del 10 diciembre, 1020/2006 del 5 octubre, 914/2007 de 6 noviembre, 815/2015 del 9 diciembre, 736/2016 de 5 octubre, 817/2016 y 24 noviembre - ha venido sosteniendo y declarando que, en las hipótesis en las que el título no es sólo capaz de transmitir la legítima posesión de los bienes, sino también el dominio de los mismos, esto es, cuando se trate de un título traslativo de la propiedad, tal como, por ejemplo, el mutuo, la compraventa - salvo la venta a plazos con reserva de dominio-, la permuta o la donación, no es posible incardinar la conducta del "accipiens" en el artículo 535, pues no dispone sino de lo que es suyo ni enajena, en su caso, más que lo que está en disposición legal de hacer, puesto que ostenta la facultad de transferir su derecho propia de todo dueño.

Siendo así en el hecho probado se recoge como acción constitutiva de delito que "Recibidas las dos dichas sumas por PCI, cuyo único administrador era el acusado, Sr. Genaro, ninguna de ellas se destinó a entregar a COBALI 3000 las sumas pendientes de pago de la finca de Rambla Iberia de Sabadell -la primera de ellas, de 185.144 euros, pagadera el 7 de marzo de 2006- habiéndose previsto en el contrato de 11 de noviembre de 2005 que el impago a su vencimiento de cualquiera de las sumas referenciadas privaría al contrato de efecto jurídico alguno, reteniendo la vendedora (COBALI) las cantidades ya abonadas por la compradora (PCI) en concepto de cláusula penal".

Por ello, si se entendiese que el fundamento de la condena reside en que tras el pago por Wakefield a PCI como parte del precio de la compraventa del solar de 330.000 y 300.000 €, esta última no destino tales cantidades para pagar a Cobali la parte pendiente del precio de la compra por su parte de dicho solar, el motivo debería estimarse, por cuanto lo pagado por Wakefield a PCI pasa a integrarse en el patrimonio de esta en propiedad, y la forma en que lo emplee esta última sociedad, bien en satisfacer a Cobali los pagos pendientes, bien en atender otras obligaciones de la empresa, no podría subsumirse en el delito de apropiación indebida.

Abonaría esta tesis tal como el Ministerio Fiscal señala en su escrito de impugnación del motivo- el hecho de que no consta que los sucesivos contratos de compraventa las (tercero-Cobali, Cobali-PCI y PCI-Wakefield) fuesen irreales, y que cuando se realizan no se hace con ánimo distinto del de adquirir la propiedad solar, lo que implicaría encontrarnos ante un incumplimiento civil por el hecho de que algún comprador no hubiera pagado los platos pendientes, SSTS. 830/2004 de 24 junio, 790/2005 de 16 junio, 447/2006 de 11 abril, que fijan la línea diferencial entre incumplimiento contractual y el delito de apropiación indebida, en que, en el primer supuesto no existe voluntad apropiativa sino solamente un retraso o imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones.

Varios datos apoyarían esta conclusión:

-todas las sociedades que intervienen en los hechos (Cobali, PCI y Wakefield) tenían como objeto social la promoción inmobiliaria y no solo PCI debía parte del precio de compra, según el relato fáctico ninguno de los sucesivos compradores pago todos los plazos-Cobali adeudaba a los primeros compradores 668.826,38 E, PCI del precio de 1.157.154,05 más IVA, sólo había 300.000 € a la firma del contrato, y Wakefield abono de los plazos de 330.000 y 300.000 € y debía aun 779.400 E.

-los hechos probados no cuestiona la realidad de las sucesivas compraventas y defienden que los 630.000 € pagados por Wakefield a PCI, no se destinará, a su vez, por esta a pagar a Cobali, pero no afirma que el acusado se apropiaría de esa cantidad personalmente, sólo se recoge que "en su condición de administrador de PCI



SL, después de las cantidades antedichas a favor de dicha entidad, sin darles el destino previsto que era la adquisición de la finca comprada en su día por Cobali".

-que como señala el recurrente, recibido el dinero como parte del precio de la compraventa se integra en el activo de la sociedad cuya actividad se desarrolla en numerosas operaciones de construcción con obligaciones de diversa índole (compra materiales, pago salarios, impuestos, etc.), lo que motivó que PCI no pudiera cumplir con todas sus obligaciones y que consecuencia de impagos de sus clientes, se declarase en concurso necesario de acreedores, y el incumplimiento no sólo de su obligación con Wakefield, sino con otras muchas empresas, trabajadores, administraciones, etc.

Por ello que PCI "no guardara en una caja aparte" ese precio percibido de Wakefield y lo destinara de forma individualizada y concreta al pago de su obligación adquirida con Cobali, todo ello entendido en el seno de su funcionamiento como una empresa compleja, con multitud de derechos y obligaciones, no puede constituir reproche penal alguno y mucho menos ser constitutivo de un delito de apropiación indebida.

En esta dirección el propio Ministerio Fiscal en la instancia en sus conclusiones definitivas (folio 177 rollo Sala) señaló en la primera "los dos aludidos pagos fueron transferidos a cuentas de PCI OBRA CIVIL SA, y destinados a pagos corrientes dentro del giro de la empresa, no constando, conforme a análisis necesario de la citada sociedad, salida fraudulenta de bienes de la misma, concluyéndose no habiéndose producido, en consecuencia, a la apertura de la pieza de calificación del concurso".

-El aumento de capital de Wakefield con el fin de llevar a cabo actuaciones propias de su actividad inmobiliaria se llevó a cabo entre los meses de febrero y marzo 2006, recogiendo dicho aumento en Junta General Extraordinaria y Universal de 28 marzo 2006, y el contrato de compra con PCI, se realizó con anterioridad el 20 enero 2006, efectuándose el primer pago de 330.000 €, el 2 febrero 2006, y el segundo de 300.000 € el 20 marzo 2006. Y si bien la sentencia se dice que ninguno de los acusados aportó dinero a la ampliación de capital de Wakefield, al no constar que la empresa Monagrimendi estuviera participada y administrada por los acusados, de modo que no arriesgaron nada en la ampliación del capital, lo cierto es que la propia acusación particular en su escrito de conclusiones (folio 661 Tomo III) admite que ambos interesados, a través de dicha empresa- Monagrimendi- acudieron a la citada ampliación con 240.000 €.

**CUARTO.-** Ahora bien no obstante la solidez de estos argumentos deben compartirse las conclusiones de la sentencia recurrida que fundamenta la condena, no en la compra-venta entre Wakefield y PCI, sino en la administración de ambas sociedades, compradora y vendedora respectivamente que ostentaba el recurrente, y en la disposición-apropiación de los fondos de la primera a la segunda al no darles el destino adecuado-

Así la sentencia en su fundamento jurídico primero indica con claridad que "es obvio que asistimos a una actuación del administrador, Sr. Genaro , fuera de lo que el título por el que se les entregó el dinero permite, ya que absolutamente nada de las importantes sumas cuya administración les fue encargada se destinó a lo previsto. Actuó con exceso extensivo, porque dispuso de unos bienes cuya administración le había sido encomendada para un concreto fin: la adquisición de inmuebles, objetivo que no se cumple, por la distracción de las sumas percibidas, con el consecuente perjuicio a WAKEFIELD".

Y termina señalando: "En definitiva, asistimos a la comisión de un delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción, porque no se dio el destino previsto al capital aportado por los socios de WAKEFIELD para la adquisición de bienes inmuebles; y esa distracción fue definitiva, en el sentido de que, a la vista de todo lo examinado, se impidió de forma definitiva y permanente la posibilidad de entregarlo a COBALI o devolverlo a WAKEFIELD".

Lo deja más claro la sentencia cuando señala en el FJ segundo: " Genaro administrador de WAKEFIELD, consigue de la mercantil un incremento de capital en el que él, lo hemos visto, no participa, y que se destina a un fin distinto a su objeto social, pues pasa a las arcas de PCI, y se diluye en varias operaciones, ninguna de ellas consistente en el pago del inmueble adquirido a COBALI".

Consecuentemente no nos encontramos ante la mera recepción por parte de PCI del importe de los pagos de una compraventa que, en principio, no tendría por qué destinar a su fin concreto que no se determina en el contrato, sino que concurren unas circunstancias que el Tribunal "a quo" valora para estimar cometido el delito de apropiación indebida.

1º que el acusado Genaro el administrador mancomunado con el otro acusado absuelto ( Moises ) de la entidad Wakefield, y también administrador único de PCI, de modo que autocontrato la compraventa entre ambas sociedades, y al abonar la primera a la segunda los pagos de la compra del solar, conocía y tenía el dominio del hecho de que el impago por PCI a Cobali de la parte del precio pendiente de su compraventa-en la que también intervino como administrador único de la primera-imposibilitaría y haría ineficaz la compra de Wakefield.



2º que al tiempo de los hechos Wakefield efectuó una ampliación de capital de 1 millón de euros, en virtud de aportaciones en la cuenta bancaria de Wakefield gestionada por los acusados.

3º que de las declaraciones de los suscriptores de ese aumento de capital y por ello nuevos socios de Wakefield, se desprende que se les había anunciado la compra de un solar de la plaza Valles de Sabadell, pero nada sobre la adquisición del terreno en la Rambla Iberia, lo que la sentencia califica de "extraño", dado que antes de ese aumento de capital formalmente considerado (Junta de 28 marzo 2006) e antes de las primeras aportaciones dinerarias de los -futuros- socios, ya el 20 enero 2006, los acusados señores Genaro y Moises, en nombre y representación de Wakefield celebraron el contrato privado de compra-venta con la entidad PCI Obra Civil SA, representado por el acusado Genaro que actuaba también en nombre e interés de la misma como su administrador único, por el que la primera-que contaba en ese momento con un capital social de 3000 €-compraba la finca sita en Rambla Iberia de Sabadell por el precio de 1.215.000 € más IVA, estableciéndose un primer pago de 330.000 €, antes del 15 febrero 2006, un segundo pago de 300.000 € antes de 31 marzo 2006, y un último pago de 779.400 € a la firma de la escritura pública el 31 julio 2007.

Circunstancias éstas que determinan el título configurador de la apropiación indebida no la compraventa sino en la administración del acusado de Wakefield destinando fondos de la misma al pago de la compraventa y en la administración de PCI, al ser consciente que el envío de los mismos-las dos transferencias de 330.000 y 300.000 €-para el pago del solar no llegaría a buen fin, sino se destinaban por PCI a abonar, a su vez a Cobali la parte del precio pendiente de pago- PCI sólo habría abonado a la firma del contrato, 11 noviembre 2005, 300 1000 € y el primer plazo de 185.000 € vencía el 7 febrero 2006, decisión que sólo dependía del acusado por su condición de administrador único, dado que Cobali podía rescindir el contrato-tal como estaba hasta estipulado en el celebrado entre estas dos últimas sociedades y en el que también intervino el recurrente como administrador de PCI-.

Así tal actuación permitió al recurrente disponer en su provecho o en el de la sociedad PCI, que sólo había abonado el precio de 300.000 € de un total de 630.000 € del capital de Wakefield quien resultó perjudicada en tal cantidad.

Apropiación que intentó encubrir haciendo que figurará como pago del precio de compra a PCI en el contrato de 20 enero 2006, con pleno conocimiento-se insiste que sólo de él dependía-de que si PCI no abonaría a Cobali las cantidades pendientes. Por ello la sentencia resalta que el primer pago de 185.000 € a abordar el 7 marzo 2006, no se verificó pese a que en 2 febrero 2006 Wakefield, ya había ingresado los 330.000 €, manteniendo no obstante la cuenta corriente en la que se hizo la transferencia, el día anterior 6 marzo 2006 un saldo negativo de 158.000 €, del que el acusado no dio explicaciones satisfactorias, y al recibirse el segundo pago de Wakefield de 300.000 € el 20 marzo 2006 en la cuenta de PCI se alcanzó un saldo de 482.524 €, que hubiera permitido el pago, con un retraso poco significativo, de los 183.000 € y sin embargo al día siguiente se libraron por el acusado cheques por un total de 475.574,62 E, dejando un saldo sólo de 6929 €.

Siendo así al encontrarnos ante un apoderamiento definitivo de cantidades de Wakefield, extraídas de su patrimonio social sin darles el destino que el acusado, como administrador de ambas sociedades, conocía tenía que dárselas, se cometió por su parte el delito de apropiación indebida-y no el de administración desleal-conforme la doctrina jurisprudencial expuesta en el fundamento jurídico segundo.

**QUINTO.- El motivo segundo al amparo del artículo 851.1 LECrim, por quebrantamiento de forma al haberse consignado como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico, impliquen predeterminación del fallo.**

Señalan como expresiones que constituyen tal quebrantamiento de forma las de **"dispuso de las cantidades antedichas a favor de dicha entidad sin darles el que el destino previsto"** y la referida al otro coacusado **"no se ha acreditado que Moises interviniera en el desvío de las sumas de dinero recibidas"**.

El motivo se desestima.

En relación a la predeterminación el motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo exige para su estimación, según reiterada doctrina jurisprudencial ( SSTS. 23.10.2001, 14.6.2002, 28.5.2003, 18.6.2004, 11.1.2005, 1112.2006, 26.3.2007, 2.10.2007 y 28.11.2007 ).

- a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;
- b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;
- c) que tengan valor causal respecto al fallo, y



d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio sentencial denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4 -, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos. No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal. O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio ( STS. 28.5.2002 ). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente determinante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio formal ( SSTS. 429/2003 de 21.3, 249/204 de 26.2, 280/2004 de 8.3, 409/2004 de 24.3, 893/2005 de 6.7 ).

En esta dirección la STS. 7.11.2001, nos dice: "En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determine la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

En este motivo la jurisprudencia no ha considerado determinante del fallo "para repartirse el dinero percibido" ( STS 3 julio 2007 ); "animado por la idea de obtener un beneficio ilícito" ( STS 17 noviembre 2001 )" valiéndose de la situación y de la confianza que habían depositado los clientes a su persona" ( STS 23 septiembre 2009 ).

Expresiones similares a las utilizadas en el caso presente y que conlleva la desestimación del motivo.

**SEXO.- El motivo tercero al amparo del artículo 852 LECrim, infracción preceptos constitucionales, tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 CE ), y derecho a la presunción de inocencia ( artículo 24.2 CE ), al afirmarse que hubo desvío o distracción de las cantidades sin que exista prueba o indicio de tal hecho.**

Argumenta que no ha podido acreditarse un enriquecimiento ilícito del recurrente ni de su empresa a la postre declarada en concurso necesario y que de la tentación obrante en autos correspondiente a los extractos bancarios de las cuentas de PCI, a las que fueron a parar las transferencias realizadas se constata, a través de los movimientos producidos, la existencia de numerosos impagos de efectos -se supone de cargo de clientes- que es lo que producen los vacíos de las cuentas y como consecuencia no poder atender las obligaciones que la sociedad tenía contraídas de forma generalizada.

El motivo se desestima.

Como esta Sala ha repetido de forma constante -por todas STS. 86/2017 de 16 febrero - que el ámbito de control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además,





haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio-y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

En el caso presente el tribunal de instancia llega a la convicción que plasma en los hechos probados de la documental consistente en los sucesivos contratos de compraventa entre Cobali y PCI, ésta última con Wakefield; en el aumento de capital de esta sociedad y testifical de los nuevos socios; las transfencias efectuadas por el acusado desde Wakefield y los movimientos de las cuentas de esta sociedad a fines distintos de abonar el precio pendiente de la compraventa entre Cobali y PCI.

Consecuentemente como el delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción lo comete el administrador -el acusado-cuando perjudica patrimonialmente a su principal - Wakefield- distrayendo el dinero cuya disposición tiene su alcance, no es necesario que se pruebe que el mismo ha quedado incorporado a su patrimonio sino únicamente el perjuicio patrimonial del administrado, como consecuencia de la gestión desleal, infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función. Es decir, el tipo no conlleva necesariamente el "animus rem sibi habendi", aunque tampoco lo excluya, sino que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal ( SSTS, 954/2005 de 28 junio , 1526/2005 de 19 diciembre , 204/2006 de 24 febrero ).

Por ello la cuestión básica no es que se acredite en que gasto PCI (o el acusado) el dinero percibido por las transferencias realizadas desde Wakefield por el propio acusado sino, si por no haberse destinado al pago del precio pendiente de PCI - lo que era decisión del acusado- a Cobali, se produjo una imposibilidad de adquirir por Wakefield el solar y la pérdida de aquellas cantidades.

#### **Recurso interpuesto por PCI Obra Civil SA.**

**SEPTIMO.- El motivo primero por inflación legal y al amparo de los artículos 847.1.b LECrim , en relación con los artículos 849.1 LECrim , y demás concordantes de la misma, por indebida aplicación de los artículos 120.4 CP , en relación con el artículo 252 del mismo texto legal .**



El recurrente expone determinadas circunstancias acaecidas antes de la presentación de la querrela, que han sido omitidas en la investigación de los hechos y en la sentencia recurrida pese a su notoria relación con estos y la importancia que pudiera haber tenido para el esclarecimiento y averiguación de lo verdaderamente sucedido, no sólo en orden a la fundamentación de la responsabilidad civil decretada contra PCI, sino de la propia comisión del delito de apropiación indebida por el que fue su administrador único, señor Genaro .

Refiere la recurrente así que tales circunstancias imposibilitaban el control por parte de PCI de las actuaciones de su administrador único, lo que explica el hecho de que haya sido la primera perjudicada por tan inexplicables actos y sus consecuencias. Niega la responsabilidad subsidiaria de PCI ya

que señala que para ello es necesario que exista una cierta dependencia, de modo que la actuación del administrador esté potencialmente sometida a una posible intervención del responsable civil. Y dice que no cabe afirmar que esa posibilidad de intervención la tuviera PCI respecto de los actos del ahora condenado Genaro . Afirma que aquél la controlaba a su antojo y para sus propios intereses y fines particulares; tan ajenos, por lo demás, y contrarios a los de PCI en el primer contrato suscrito en su nombre (el 11 de noviembre de 2005. folios 61 a 64), como lo fueran en el segundo (de 20 de enero de 2006. folios 65 a 69) respecto de los fines e intereses de la propia querellante, a la que igualmente representó y administró a la vez. Administración que tilda de nefasta y que afirma llevó a PCI al borde de la quiebra, y por la que fue declarada en concurso necesario de acreedores menos de un año después del cese del Sr. Genaro como su administrador único (folios 332 y ss).

Concluye afirmando que tales circunstancias demuestran la no concurrencia en este caso de los dos requisitos básicos que la jurisprudencia viene exigiendo para la imputación de la responsabilidad civil subsidiaria en base al art. 120.4º del C Penal : pues aunque formalmente existiese un vínculo entre el autor de la infracción y PCI en el momento de suceder los hechos, ésta nunca tuvo ninguna posibilidad de controlar sus actos ni es posible afirmar que estos se realizaran con su anuencia o conformidad, o que fuesen realizados siquiera como parte del ejercicio normal o anormal de su cargo, conforme exige dicha jurisprudencia. Especialmente cuando no se trata, como sucede en este caso, de una extralimitación del administrador en las funciones que pudiera tener encomendadas, sino de una actuación realizada completamente al margen de sus legítimos cometidos societarios y, presuntamente, en su propio y particular provecho.

El artículo 120.4 CP , establece que son responsables civilmente, en defecto de los que sean criminalmente "las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometidos sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios".

A primera vista podría pensarse que la relevancia criminal del empleado la aleja, normalmente de las funciones que le son propias, pero ello no siempre es así, debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario. Son muy frecuentes las resoluciones jurisprudenciales que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria. Y esto es así porque el requisito exigido para la aplicación del art. 120.4, nada tiene que ser con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida es que el acusado ha de haber actuado con cierta dependencia en relación con la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones ( STS. 47/2006 de 26.1 ).

Pero también debe descartarse que el empresario deba responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo. Relación que según los casos habría que atender al dato espacial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa); temporal (en el horario o tiempo de trabajo); instrumental (con medios de la empresa); formal (con el informe de la empresa); o final. Por ello, tratándose de una responsabilidad objetiva, en clara línea aperturista, habrá que analizar especialmente si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia sobre el hecho delictivo, si lo favorece. Según la doctrina de esta Sala para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria en el caso del art. 120.4 CP , es preciso, de un lado que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallan ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo su dependencia onerosa o gratuita, duradera o puramente circunstancial y esporádica, de su principal o, al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad o cometido a tener confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación.



Estos requisitos dada la naturaleza jurídico privada de la responsabilidad civil admite una interpretación extensiva, que no aparece limitada por los principios "in dubio pro reo" ni por la presunción de inocencia propias de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito, la dependencia -se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito, y en segundo -la funcionalidad- la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extravase el ámbito o esfera de actuación que constituye la relación entre el responsable penal y el civil subsidiario ( SSTS. 89/2007 de 9.2 , 51/2008 de 6.2 . Aún más, como precisa la STS. 28.5.2014 .

"Que debe existir una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas es obvio, pero ello no excluye de responsabilidad subsidiaria, pues el ejercicio normal de las obligaciones o servicios encomendados a los dependientes de una empresa no incluye ordinariamente la realización de acciones delictivas, por lo que, como señala entre otras muchas la STS 1557/2002 , "extralimitaciones siempre hay cuando se cometen acciones penales".

Lo relevante es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente precisamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando).

Por ello, la interpretación de aquellos requisitos debe efectuarse con amplitud, apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo "en los pilares tradicionales de la culpa in eligiendo y la culpa in vigilando", sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio qui sentire commodum, debet sentire incomodum" ( Sentencias 525/2005 de 27.4 ; 948/2005 de 19.7 ), de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados. La STS nº 1987/2000, de 14 de julio , admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en su principal, «bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma», lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo antes mencionada ( STS. 47/2007 de 26.1 ).

Por tanto, la interpretación de los requisitos mencionados ha de hacerse con un criterio amplio que acentúe el criterio objetivo de la responsabilidad civil subsidiaria, fundamentada no solo en los pilares tradicionales de la culpa, sino también en la teoría del riesgo, interés o beneficio.

En definitiva para delimitar los supuestos en que el empleado o subordinado vincula la responsabilidad civil subsidiaria de su principal puede atenderse a la doctrina de la apariencia. Así la STS. 348/2014 de 1.4 , precisa que "el principal ha de responder si el conjunto de funciones encomendadas al autor del delito le confieren una apariencia externa de legitimidad en su relación con los terceros, **en el sentido de permitirles confiar en que el autor del delito está actuando en su condición de empleado o dependiente del principal, aunque en relación a la actividad concreta delictiva el beneficio patrimonial buscado redundase exclusivamente en el responsable penal y no en el principal.**

Siendo así el motivo deviene improsperable.

Necesariamente habrá que recordar que no está siendo objeto de la presente causa si la actuación del acusado señor Genaro , como administrador único de la mercantil PCI fue o no nefasta en su conjunto y perjudicó los intereses de la administrada hasta el punto de ser declarada en concurso necesario de acreedores menos de un año después del cese de aquel administrador único, sino su concreta actuación en el caso analizado en el que el responsable penal señor Genaro , era a su vez, administrador único de la sociedad PIC, cuya responsabilidad civil subsidiaria cuestiona, y de la sociedad Wakefield querellante y perjudicada. Y en tal condición cuando las transferencias realizadas por el acusado en nombre de esta última ingresaron en las cuentas de la recurrente PCI, como administrador único de esta, dispuso del importe recibido 630.000 € en total, destinando a fines distintos para el que fue ingresado-pago por PCI a Cobali precio aplazado de la primera compraventa para evitar su resolución y la de la segunda entre PCI y Wakefield-.

De esta forma si bien PCI perdió los 300.000 € que abono a la firma del contrato de compraventa con Cobali el 11 noviembre 2005, se benefició de 630.000 E, importe de las transferencias de fechas 2 febrero y 20 marzo 2006, por importe respectivo de 330.000 y 300.000 €, realizadas por Wakefield, única sociedad perjudicada en toda la trama urdida por el responsable penal.



Consecuentemente concurren los presupuestos para la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria exigidos por la jurisprudencia en base al artículo 120.4 CP .

**OCTAVO: El motivo segundo al amparo del artículo 852 LECrim , por vulneración del principio acusatorio e indebida aplicación de los preceptos que rigen el procedimiento penal (783.2, 788,789.3 LECrim, y 650 y ss. de la misma) en relación con lo establecido en los artículos 9 y 24 y concordantes de la Constitución , respecto de la interdicción de arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos y su sometimiento a las Leyes, así como por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica en general.**

Se sostiene por la recurrente que acudió al juicio oral como responsable penal, sin que la sentencia se pronuncie sobre este extremo, declarándola responsable civil subsidiaria sin petición de parte alguna.

El motivo deviene improsperable.

Es cierto que el Ministerio Fiscal no formuló acusación al interesar el sobreseimiento de la causa, pero la acusación particular Wakefield formuló acusación por delito de apropiación indebida a los Sres. Genaro y Moises , pero no contra PCI -los hechos ocurrieron en el año 2006 y la reforma del artículo 31 bis del CP , que estableció la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas, LO. 5/2010 de 22.6, entro en vigor el 23 diciembre 2010-. Y consecuente con ello en el apartado cinco de las conclusiones provisionales (folio 664 tomo II) sólo se interesó pena de prisión de tres años y nueve meses multa, para los dos acusados, y no para PCI.

La acusación particular en el apartado 6º - responsabilidad civil- del referido escrito de conclusiones interesó expresamente la declaración del responsable civil subsidiaria de PCI (folio 664 tomo III).

Siendo así la recurrente que ha sido declarada responsable civil subsidiaria tuvo puntual conocimiento de la relación jurídica establecida desde la acusación y a través de ese conocimiento de la imputación pudo defenderse, como de hecho lo hizo y lo hace en el recurso de casación.

**NOVENO:** Desestimándose los recursos las costas se imponen a los recurrentes art. 901 LECrim .

## FALLO

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

Debemos **desestimar los recursos de casación**, interpuestos por **Genaro y Responsable Civil subsidiario SL PCI OBRA CIVIL, SA**, contra sentencia de fecha 2 junio 2016, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona , que condenó por un delito de apropiación indebida; **Imponer** las costas causadas a los recurrentes. Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gomez D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Pablo Llarena Conde D. Juan Saavedra Ruiz