



Roj: **STS 3515/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3515**

Id Cendoj: **28079120012019100594**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2019**

Nº de Recurso: **1945/2018**

Nº de Resolución: **530/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 530/2019

Fecha de sentencia: 31/10/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1945/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1945/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 530/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 31 de octubre de 2019.



Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Valentín y D. Victoriano , y de la Acusación Particular D. Salvador y del Responsable Civil Subsidiario **Banco Sabadell, S.A.**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, que les condenó por delito de apropiación indebida, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por la Procuradora Sra. M^a Dolores Girón Arjonilla y con la defensa Letrada de Dña. Ana Estella Monteys respecto del acusado Valentín ; Procuradora Dña. Ana Villa Ruano y bajo la defensa Letrada de D. Joaquim Clavaguera Puigmiquel respecto del acusado Victoriano ; Procurador D. Roberto Antonio Granyo Palomeque y bajo la defensa Letrada de Dña. Silvia Iniesta Serantes respecto de la Acusación Particular y Procuradora Dña. Blanca M^a Grande Pesquero y bajo la defensa letrada de D. Jesús Pórfilo Trillo Navarro respecto del Responsable Civil Subsidiario.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción nº 14 de Barcelona incoó Diligencias Previas con el nº 463 de 2013 contra Valentín y Victoriano , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, que con fecha 26 de febrero de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO.- Ha resultado probado y así se declara que: 1.- En fecha 14 de septiembre de 2007 los dos acusados, Valentín y Victoriano , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, junto con Alfonso , constituyeron la sociedad mercantil CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., cuyo objeto social era la actividad inmobiliaria, nombrándose como administradores mancomunados a Victoriano y a Alfonso . A fin de acreditar el depósito dinerario de las aportaciones sociales, en total la suma de 3.030.- €, se abrió el día anterior una cuenta corriente en la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés, Oficina 0112 de Barcelona, nº NUM000 , en donde el primer acusado trabajaba como empleado de la misma. En la ficha bancaria de firmas de la sociedad (en constitución) se consignó con firma autorizada indistinta a Victoriano . El mismo día se dispuso de toda la expresada suma de 3.030.- €, quedando sin saldo la cuenta. 2.- Los dos acusados propusieron a Salvador que, en una finca urbana de propiedad de éste, sita en la CALLE000 nº NUM001 , de la localidad de Conesa (Tarragona), se realizara por CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. una promoción inmobiliaria consistente en cuatro viviendas y aparcamientos. 3.- En fechas 16 de julio de 2008 y 24 de julio de 2008 se materializaron los acuerdos alcanzados entre las partes, entre Victoriano , y Salvador , que en parte ya se habían reflejado en un contrato privado de fecha 11 de abril de 2008, y ello en los siguientes términos: a) En fecha 16 de julio de 2008 el hijo de Salvador , siguiendo instrucciones de su padre y con fondos pertenecientes a éste, realizó dos transferencias bancarias en la cuenta bancaria antes de consignada, siendo beneficiaria de ambas CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., por importes 63.000 €; en concepto de préstamo y 37.000 €; en concepto de aportación de capital. b) En 24 de julio de 2008 se otorgó de escritura pública de compraventa por la que las participaciones, que en su día habían suscrito Valentín y Alfonso en la constitución de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., fueron adquiridas por y Victoriano y por Salvador . c) A continuación se otorgó escritura pública en que se formalizó el cambio del administrador, cesando Alfonso y nombrándose Salvador en su sustitución, quedando por lo tanto como administradores mancomunados de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. éste último y Victoriano . b) Seguidamente se otorgó escritura pública en virtud de la que quedó materializado un aumento de capital de la citada CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. en la que Victoriano aportó la cantidad de 36.908 € y Salvador aportó la suma de 35.462 €, quedando, después de aquella compraventa de participaciones y de este aumento de capital, como únicos socios, ostentando aquel acusado aproximadamente el 51% del capital. A fin de acreditar la aportación dineraria realizada por Victoriano el director de la oficina bancaria de la Caixa del Penedés expidió, siguiendo las indicaciones del expresado y de su empleado el acusado Valentín , certificación en la que consignó literalmente: *A efectes d'alló disposat a l'article 189.1 del Reglament del Registre Mercantil, que a aquesta Oficina i al compt número NUM000 a nom de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. societat de responsabilitat limitada, a data VINT-I-QUATRE DE JULIOL DE DOS MIL VUIT s'ha ingresat per Victoriano , amb N.I.F. NUM002 , l'import de 36.908,00 Eur. En concepte d'aportació de capital*". Aunque en el momento de expedir dicho certificado en la expresada cuenta no había suma alguna que no procediera de las transferencias realizadas por el hijo de Salvador , se realizó por los dos acusados, Victoriano y Valentín una compensación de tal forma que la suma reflejada en dicho certificado representaba la aportación en especie del primero comprometida a favor de la sociedad que consistía en sus trabajos profesionales dirigidos al buen fin de la promoción de las cuatro viviendas y aparcamientos. Es decir, se dio por abonada por la sociedad dicha suma en pago de dicha actividad y seguidamente Victoriano la aportaba en concepto de aportación dineraria de capital. 4.- A fin de que la licencia municipal de obras no caducara



se procedió al derribo de lo que se hallaba construido en el solar de Salvador . 5.- Por razones que no han quedado determinadas (posiblemente malas perspectivas del negocio inmobiliario, problemas de financiación u otras) no se procedió a la materialización de la promoción inmobiliaria acordada entre Victoriano y Salvador . 6.- A pesar de ello, Victoriano , autorizado por sí solo en la cuenta antes consignada, cuando en realidad era administrador mancomunado con Salvador , efectuó una serie de disposiciones dinerarias, que a continuación se relacionarán, que hizo suyas en su propio provecho, lo que era sabido por Valentín pues la promoción se hallaba parada y la actividad profesional de aquél ya había sido retribuida. Victoriano precisó de la aportación de Valentín , que concertadamente con aquél y sabiendo, como lo sabía éste que para ello era necesario el concurso del otro administrador mancomunado, no exigió, en el ejercicio de sus funciones de empleado de la oficina bancaria de la Caixa del Penedés, la firma del otro administrador: Salvador , ni informó de ese importante particular al director de la oficina, ni a los demás empleados de la misma. Por lo que éstos, en las disposiciones en que él no estuviera presente en la oficina, actuaban de forma errada autorizando la disposición dineraria con la sola firma de Victoriano . Tales disposiciones, que este acusado hizo suyas en su propio provecho, con la necesaria colaboración de Valentín , son las siguientes: -El 24 de julio de 2008 la suma de 10.200.-€. -El 30 de julio de 2008 la suma de 25.752. €. - El 16 de diciembre de 2008 la suma de 3.000.€. -El 16 de enero de 2009 la suma de 2.700.€. - El 29 de enero de 2009 la suma de 12.000.€. - El 6 de mayo de 2009 la suma de 12.500.€. - El 30 de octubre de 2009 la suma de 3.000. €. -El 31 de diciembre de 2009 la suma de 2.000. €. -El 29 de junio de 2010 la suma de 1.500. €. -El 6 de julio de 2010 la suma de 1.000. €. -El 16 de julio de 2010 la suma de 1.000. €. -El 20 de julio de 2010 la suma de 1.400. €. -El 27 de julio de 2010 la suma de 900. €. -El 30 de julio de 2010 la suma de 1.200. €. -El 4 de agosto de 2010 la suma de 800. €. -El 17 de septiembre de 2010 la suma de 450. €. -El 10 de noviembre de 2010 la suma de 2.600. €. Estas disposiciones hacen un total de 82.002. €. Con la finalidad de justificar parte de las expresadas disposiciones de fondos, Victoriano giró contra CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. facturas por honorarios y trabajos realizados, que ya se hallaban retribuidos por la suma de aportación dineraria realizada a nombre de él en la ampliación de capital. En fecha 7 de mayo de 2012 Victoriano ingresó en la cuenta 6.000. €. 7.- En fecha 14 de septiembre de 2011 Caixa d'Estalvis del Penedés segregó y transmitió en bloque a Banco Mare Nostrum, S.A. el conjunto de elementos patrimoniales principales y accesorios que componían su negocio financiero, entendido en el sentido más amplio, esto es la totalidad de los activos, pasivos, derechos, obligaciones y expectativas con excepción de la participación de dicha Caja en el propio Banco cesionario y los activos y pasivos afectos a la obra social de aquella. Posteriormente, en fecha 31 de mayo de 2013, el referido Banco Mare Nostrum, S.A. cedió y transmitió a Banco de Sabadell, S.A. los activos, pasivos y demás elementos que integraban el negocio bancario de la Dirección Territorial de Cataluña y Aragón, en la modalidad de cesión global parcial de activos y pasivos prevista en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles".

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

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Victoriano y a Valentín como autores criminalmente responsables de un delito consumado y continuado de apropiación indebida de los artículos 25, 2 y 74, en relación con el artículo 250.1.5º, todos ellos del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos, a la pena de PRISIÓN DE DOS AÑOS, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de MULTA DE OCHO MESES, con una cuota diaria de seis euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e insolvencia de un día por cada dos cuotas diarias, con expresa imposición a cada uno de ellos de un cuarto de las costas del procedimiento, con inclusión de las de la acusación particular. Se condena a Victoriano y a Valentín a pagar, de forma solidaria, a CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. la suma de SETENTA Y SEIS MIL DOS EUROS, más el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Declaramos responsable civil subsidiario Banco de Sabadell, S.A, con respecto al acusado Valentín . Y para el cumplimiento de la responsabilidad principal y subsidiaria que se impone, se les abona el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa. DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Victoriano y a Valentín de toda responsabilidad criminal por los hechos por los que se ha seguido la presente causa con respecto al delito de falsedad, con declaración de la mitad de las costas de oficio. Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación dentro del plazo de cinco días".

Por Auto de fecha 24 de abril de 2018, se aclaró la anterior sentencia, conteniendo el siguiente fallo:

"HA LUGAR a ACLARAR la sentencia, dictada por este Tribunal en fecha 26 de febrero de 2018, en los términos contenidos en los anteriores apartados de la presente resolución, quedando desestimadas todas las restantes pretensiones de la representación de Salvador . Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes, haciéndoles saber que no cabe recurso alguno contra la presente resolución, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la citada sentencia".



TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Victoriano y D. Valentín, y por la de la Acusación Particular D. Salvador y del Responsable Civil Subsidiario **Banco Sabadell, S.A.**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Victoriano**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero y único.- Por infracción de ley, error en la apreciación de la prueba. Al amparo del art. 849.2 de la L.E.Criminal, se denuncia el error padecido por el Tribunal sentenciador en el hecho ÚNICO, número seis, cuando dice que Victoriano, autorizado por sí solo en la cuenta consignada, cuando en realidad era Administrador mancomunado con Salvador, efectuó una serie de disposiciones dinerarias que hizo suyas en su propio provecho, lo que era sabido por Valentín, pues la promoción se hallaba parada y la actividad profesional de aquél ya había sido retribuida, para más adelante relacionarlas desde el día 24 de Julio de 2008 al 10 de Noviembre de 2010, cuando dichas disposiciones están todas justificadas documentalmente con causa absolutamente legítima.

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

Primero.- Por infracción del artículo 852 de la LECrim, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia recogido en el artículo 24.2 CE.

Segundo.- Por infracción de los artículos 5.4 LOPJ, artículos 852 de la LECrim, artículo 25.1 y 9.3 de la CE, por infracción del principio de legalidad y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras.

Tercero.- Por infracción del artículo 849, apartado 1 de la LECrim, por indebida aplicación del artículo 252 del Código Penal, por no ser aplicable a quien no ostenta la condición jurídica de administrador del patrimonio o bienes que se pretenden apropiados.

Cuarto.- Por infracción del artículo 849, apartado 1 de la LECrim, por indebida aplicación del artículo 252 del Código Penal, por no ser aplicable a quien no ostenta la condición jurídica de administrador del patrimonio o bienes que se pretenden apropiados.

Quinto.- Por infracción del artículo 852 de la LECrim, debido a que omite recoger en hechos probados circunstancias fácticas que han quedado probadas y son relevantes para la calificación de los hechos.

Sexto.- Por infracción del artículo 849.2 LECrim por infracción de ley, por error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa, en cuanto a la intervención del Sr. Valentín en las disposiciones económicas realizadas.

Séptimo.- Por infracción del artículo 851, apartado 1, inciso 1 de la LECrim, ya que no expresa como probado que el Sr. Valentín se apropiara de cantidad alguna, ni tan siquiera de la necesidad de su intervención, o de que interviniera en cualquier forma en el registro inicial de firmas, o de que exista dolo en su actuación, para realizar o incluso conocer el error en el registro inicial de firmas.

Octavo.- Por infracción del artículo 851, apartado 1, inciso 2 de la LECrim, por existir contradicción entre los hechos probados, puesto que si bien se reconoce que el Sr. Valentín no realiza la apertura de cuenta, registro de firmas, validación de escrituras, no se lucrea con los hechos, ni interviene en los mismos, se valora connivencia. Igualmente, entre su no intervención en las escrituras de cambio de administrador o ampliación de capital, se valora su conocimiento.

Noveno.- Por infracción del artículo 849, apartado 1 de la LECrim en relación al artículo 28 CP en cuanto a la cooperación del Sr. Valentín.

Décimo.- Por infracción del artículo 849, apartado 1 de la LECrim por la cuantificación de la responsabilidad civil a la que se condena al Sr. Valentín.

Undécimo.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción del artículo 21.6 CP, en relación con el 66.1.2 CP, por inaplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, prevista en el artículo 21.6 CP, siendo que se ha sentenciado cinco años después de incoada la investigación, estimando que debe ser valorada como muy cualificada.

III.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **D. Salvador**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:



Motivos por infracción de ley: Primero.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., por considerar que se han infringido preceptos penales sustantivos y normas jurídicas de igual carácter.

Segundo.- Por indebida inaplicación del art. 392 en relación con el art. 390.1º, 2º, 3º y 77.2 del C. Penal por entender que no hay concurso de delitos entre apropiación indebida y falsedad en documento mercantil, por entender que los hechos no son constitutivos de un delito de falsedad en documental mercantil en concurso medial o real, con el de apropiación y en base a ello, absolver a los dos querellados del delito de falsedad en documento mercantil.

Tercero.- Por infracción por indebida inaplicación del art. 120.3 y 4 del C. Penal en cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria del Banco de Sabadell respecto de la responsabilidad penal de Valentín por incumplimiento de la normativa bancaria en la gestión de la cuenta mancomunada e infracción del art. 120.3 y 4 del Código Penal, por falta de imposición de las costas al responsable civil subsidiario respecto de los dos condenados.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del art. 849 al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, por la no ponderación racional de la prueba y omisión de razonamientos sobre pruebas obrantes en los autos, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Motivos por quebrantamiento de forma: Primero.- Al amparo de lo previsto en el art. 851.3. Incongruencia omisiva por indebida inaplicación de los arts. 110 y 113 del Código Penal y 742 de la L.E.Cr. por falta de pronunciamiento en la sentencia recurrida sobre petición de nulidad del contrato privado y escritura de modificación y ampliación del capital social para lograr la nulidad del negocio traslativo, con finalidad restauradora del orden jurídico alterado.

Segundo.- Al amparo del art. 851.1 por manifiesta contradicción entre los hechos probados y la consignación como hechos probados conceptos de carácter jurídico que implican la predeterminación del fallo.

IV.- El recurso interpuesto por la representación del Responsable Civil Subsidiario **BANCO SABADELL, S.A.**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr., en relación y por infracción del art. 120.4 C. Penal.

Segundo.- Infracción de ley por error en la apreciación de la prueba del art. 849.2º L.E.Cr.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, impugnó todos sus motivos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 29 de octubre de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Salvador, Valentín, Victoriano y BANCO DE SABADELL contra la Sentencia de fecha 26 de febrero de 2018, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con respecto a Victoriano Y Valentín se dictó sentencia condenándoles como autores criminalmente responsables de un delito consumado y continuado de apropiación indebida de los artículos 252 y 74, en relación con el artículo 250.1.5º, todos ellos del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos, a la pena de PRISIÓN DE DOS AÑOS, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de MULTA DE OCHO MESES, con una cuota diaria de seis euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e insolvencia de un día por cada dos cuotas diarias, con expresa imposición a cada uno de ellos de un cuarto de las costas del procedimiento, con inclusión de las de la acusación particular. Se condena a Victoriano Y Valentín a pagar, de forma solidaria, a CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. la suma de SETENTA Y SEIS MIL DOS EUROS, más el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se declara responsable civil subsidiario Banco de Sabadell, S.A, con respecto al acusado Valentín.

Al objeto de poder ubicarnos mejor en la queja casacional de cada uno de los recurrentes es preciso llevar a cabo un desglose de los hechos probados para centrar las operaciones llevadas a cabo y dónde se ubican los hechos que el Tribunal considera probados, a saber:

Constitución por Valentín, Victoriano y Alfonso de sociedad CONESA 2007

"1.- En fecha 14 de septiembre de 2007 los dos acusados, Valentín y Victoriano, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, junto con Alfonso, constituyeron la sociedad mercantil CONESA 2007 PROMOCIONS,



S.L., cuyo objeto social era la actividad inmobiliaria, nombrándose como administradores mancomunados a Victoriano y Alfonso .

Apertura de cuenta en Caixa d'estalvis donde trabajaba Valentín

A fin de acreditar el depósito dinerario de las aportaciones sociales, en total la suma de 3.030; se abrió el día anterior una cuenta corriente en la entidad Caixa d'Estalvis del Penedès, Oficina 0112 de Barcelona, en donde el primer acusado trabajaba como empleado de la misma.

Victoriano el mismo día se dispuso de toda la expresada suma de 3.030 euros quedando sin saldo la cuenta.

En la ficha bancaria de firmas de la sociedad (en constitución) se consignó con firma autorizada indistinta a Victoriano . El mismo día se dispuso de toda la expresada suma de 3.030, quedando sin saldo la cuenta.

Propuesta de ambos a Salvador de realizar promoción inmobiliaria

2.- Los dos acusados propusieron a Salvador que, en una finca urbana de propiedad de éste, sita en la CALLE000 nº NUM001 , de la localidad de Conesa (Tarragona), se realizara por CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. una promoción inmobiliaria consistente en cuatro viviendas y aparcamientos.

Acuerdo entre Victoriano Y Salvador en desarrollo de contrato de 11-4-2008 (aportación de Salvador de 63.000 y 37.000 euros)

3.- En fechas 16 de julio de 2008 y 24 de julio de 2008 se materializaron los acuerdos alcanzados entre las partes, entre Victoriano , y Salvador , que en parte ya se habían reflejado en un contrato privado de fecha 11 de abril de 2008, y ello en los siguientes términos:

a) En fecha 16 de julio de 2008 el hijo de Salvador , siguiendo instrucciones de su padre y con fondos pertenecientes a éste, realizó dos transferencias bancarias en la cuenta bancaria antes de consignada, siendo beneficiaria de ambas CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., por importes 63.000 euros; en concepto de préstamo y 37.000 euros; en concepto de aportación de capital.

Adquisición por Victoriano Y Salvador de las participaciones en CONESA 2007 de Valentín y Alfonso

b) En 24 de julio de 2008 se otorgó de escritura pública de compraventa por la que las participaciones, que en su día habían suscrito Valentín y Alfonso en la constitución de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., fueron adquiridas por y Victoriano , y Salvador

Cese como administrador de Alfonso y sustitución por Salvador

c) A continuación se otorgó escritura pública en que se formalizó el cambio del administrador, cesando Alfonso y nombrándose Salvador en su sustitución, quedando por lo tanto como administradores mancomunados de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. éste último y Victoriano .

Aumento de capital de CONESA 2007 por Victoriano (36.908 euros) y Salvador (35.462)

b) Seguidamente se otorgó escritura pública en virtud de la que quedó materializado un aumento de capital de la citada CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. en la que Victoriano aportó la cantidad de 36.908 EUROS; y Salvador aportó la suma de 35.462 euros, quedando, después de aquella compraventa de participaciones y de este aumento de capital, como únicos socios, ostentando aquél acusado aproximadamente el 51% del capital.

CERTIFICACIÓN EXPEDIDA POR CAIXA DE LA APORTACIÓN DE Victoriano

A fin de acreditar la aportación dineraria realizada por Victoriano el director de la oficina bancaria de la Caixa del Penedès expidió, siguiendo las indicaciones del expresado y de su empleado el acusado Valentín , certificación en la que consignó literalmente:

A efectes d'allò disposat a l'article 189.1 del Reglament del Registre Mercantil, que a aquesta Oficina i al compt número NUM006 a nom de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. societat de responsabilitat limitada, a data VINT-I-QUATRE DE JULIOL DE DOS MIL VUIT s'ha ingresat per Victoriano , amb N.I.F. NUM002 , l'ímport de 36.908,00 Eur. En concepte d'aportació de capital".

EN EL CERTIFICADO SE REFLEJAN LAS APORTACIONES NO DINERARIAS DE Victoriano POR SUS TRABAJOS PROFESIONALES AUNQUE NO CONSTE LA ENTREGA REAL.

Se dio por abonada por la sociedad dicha suma en pago de dicha actividad y seguidamente Victoriano la aportaba en concepto de aportación dineraria de capital.

Aunque en el momento de expedir dicho certificado en la expresada cuenta no había suma alguna que no procediera de las transferencias realizadas por el hijo de Salvador , se realizó por los dos acusados, Victoriano Y Valentín una compensación de tal forma que **la suma reflejada en dicho certificado representaba**



la aportación en especie del primero comprometida a favor de la sociedad que consistía en sus trabajos profesionales dirigidos al buen fin de la promoción de las cuatro viviendas y aparcamientos . Es decir, se dio por abonada por la sociedad dicha suma en pago de dicha actividad y seguidamente Victoriano la aportaba en concepto de aportación dineraria de capital.

4.- A fin de que la licencia municipal de obras no caducara se procedió al derribo de lo que se hallaba construido en el solar de Salvador

NO SE LLEVÓ A CABO LA PROMOCIÓN INMOBILIARIA

5.- Por razones que no han quedado determinadas (posiblemente malas perspectivas del negocio inmobiliario, problemas de financiación u otras) no se procedió a la materialización de la promoción inmobiliaria acordada entre Victoriano Y Salvador .

DISPOSICIONES EN PROVECHO PROPIO DE Victoriano EN LA CUENTA DE CONESA 2007 PESE A TENER FIRMA MANCOMUNADA CON Salvador

6.- A pesar de ello, Victoriano , autorizado por sí solo en la cuenta antes consignada, cuando en realidad era administrador mancomunado con Salvador , efectuó una serie de disposiciones dinerarias, que a continuación se relacionarán, que **hizo suyas en su propio provecho, lo que era sabido por Valentín pues la promoción se hallaba parada y la actividad profesional de aquél ya había sido retribuida** .

INTERVENCIÓN DE Valentín EN LA APROPIACIÓN INDEBIDA

Victoriano precisó de la aportación de Valentín , que concertadamente con aquél y sabiendo, como lo sabía éste que para ello era necesario el concurso del otro administrador mancomunado, **no exigió, en el ejercicio de sus funciones de empleado de la oficina bancaria de la Caixa del Penedès, la firma del otro administrador: Salvador , ni informó de ese importante particular al director de la oficina, ni a los demás empleados de la misma** . Por lo que éstos, en las disposiciones en que él no estuviera presente en la oficina, actuaban de forma errada autorizando la disposición dineraria con la sola firma de Victoriano .

RELACIÓN DE DISPOSICIONES POR Victoriano FACILITADO POR Valentín

Tales disposiciones, que este acusado hizo suyas en su propio provecho, con la necesaria colaboración de Valentín , son las siguientes:

- El 24 de julio de 2008 la suma de 10.200.
- El 30 de julio de 2008 la suma de 25.752.
- El 16 de diciembre de 2008 la suma de 3.000
- El 16 de enero de 2009 la suma de 2.700.
- El 29 de enero de 2009 la suma de 12.000.
- El 6 de mayo de 2009 la suma de 12.500.
- El 30 de octubre de 2009 la suma de 3.000.
- El 31 de diciembre de 2009 la suma de 2.000.
- El 29 de junio de 2010 la suma de 1.500.
- El 6 de julio de 2010 la suma de 1.000.
- El 16 de julio de 2010 la suma de 1.000.
- El 20 de julio de 2010 la suma de 1.400.
- El 27 de julio de 2010 la suma de 900.
- El 30 de julio de 2010 la suma de 1.200.
- El 4 de agosto de 2010 la suma de 800.
- El 17 de septiembre de 2010 la suma de 450.
- El 10 de noviembre de 2010 la suma de 2.600.

Estas disposiciones hacen un total de 82.002.

JUSTIFICACIÓN DE Victoriano DE APARIENCIA DE DISPOSICIONES CON FACTURAS POR TRABAJOS YA RETRIBUIDOS



Con la finalidad de justificar parte de las expresadas disposiciones de fondos, Victoriano giró contra CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. facturas por honorarios y trabajos realizados, que ya se hallaban retribuidos por la suma de aportación dineraria realizada a nombre de él en la ampliación de capital.

En fecha 7 de mayo de 2012 Victoriano ingresó en la cuenta 6.000

CAIXA D'ESTALVIS PASA A BANCO MARE NOSTRUM

7.- En fecha 14 de septiembre de 2011 Caixa d'Estalvis del Penedès segregó y transmitió en bloque a Banco Mare Nostrum, S.A. el conjunto de elementos patrimoniales principales y accesorios que componían su negocio financiero, entendido en el sentido más amplio, esto es la totalidad de los activos, pasivos, derechos, obligaciones y expectativas con excepción de la participación de dicha Caja en el propio Banco cesionario y los activos y pasivos afectos a la obra social de aquella

BANCO MARE NOSTRUM PASA A BANCO SABADELL

Posteriormente, en fecha 31 de mayo de 2013, el referido Banco Mare Nostrum, S.A. cedió y transmitió a Banco de Sabadell, S.A. los activos, pasivos y demás elementos que integraban el negocio bancario de la Dirección Territorial de Cataluña y Aragón, en la modalidad de cesión global parcial de activos y pasivos prevista en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles".

Valoración de la prueba por el Tribunal.

"Llega a la convicción el Tribunal de la existencia del delito de apropiación indebida en base a:

- a.- La declaración del testigo Salvador ,
- b.- Por la declaración de los testigos empleados de la oficina bancaria consignada en el apartado de hechos probados de la presente sentencia, y
- c.- Por la prueba documental que fue sometida a contradicción en el plenario.

Toda la expresada prueba ha logrado conformar la convicción de este Tribunal y es estimada suficiente para considerar enervada la presunción de inocencia que ampara a todo acusado en un juicio penal".

Acuerdos entre Victoriano Y Salvador para hacer promoción inmobiliaria

"SEGUNDO.- En primer lugar debemos fijar los acuerdos a los que llegaron, por un lado el acusado Victoriano y por el otro Salvador , en orden a llevar a buen fin una promoción inmobiliaria consistente en construir una edificación con cuatro viviendas y sus aparcamientos en la finca urbana de propiedad del segundo, a que se hace mención en el apartado de hechos probados de la presente sentencia, utilizando como instrumento jurídico la sociedad de responsabilidad limitada CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. que en su día fue constituida por el primero, por el también acusado Valentín y por Alfonso . En estos acuerdos intermedió el citado acusado Valentín que además de ser socio también era empleado de la oficina bancaria de constante referencia.

Naturaleza limitada vinculante del documento de fecha 11 de Abril de 2008

Aunque el **11 de abril de 2008 se otorgó por ambas partes un contrato privado (folio 200) relativo a dicha promoción inmobiliaria, en él únicamente se reflejó la inicial intención de ponerla en marcha, y se establecieron algunos de los términos del que debería ser el definitivo acuerdo asociativo .**

El expresado documento fue más un acuerdo de intenciones que un verdadero contrato , ya que no quedaron convenidas todas y cada de las prestaciones a las que se obligaban las partes y la forma de distribuir las ganancias o pérdidas que pudieran producirse como consecuencia de la ejecución y materialización de la repetida promoción inmobiliaria.

En efecto, no quedaron concretados ni determinados aspectos tan esenciales como:

-En cuanto a la aportación a la que se comprometió en dicho documento Salvador consistente en 100.000; y el solar, no se especificó si se trataba de una aportación que tendría como contraprestación participaciones en el capital social de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. o como aportación financiera, es decir como un préstamo de aquél a dicha entidad para poder atender el coste de la construcción.

Es cierto, que en cuanto a la finca se hace mención a que es aportación de capital, pero no se efectuó valoración de la misma, y además se estableció, en cuanto el precio de la compra de una de las futuras viviendas de la promoción, a la que se obligaría Salvador a adquirir (pacto séptimo) -con un precio tampoco determinado-, se consignó que quedaría compensado con el valor del solar (según tasación) y también con la aportación de efectivo.



-En cuanto a la aportación de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., según el referido documento, quedó integrada por la licencia de obras y el pago de las tasas correspondientes, y por el proyecto básico realizado por la empresa perteneciente al arquitecto, el acusado, Victoriano, sin que tampoco se valorase económicamente dicha aportación. Nótese, que en el momento de otorgamiento del referido documento, 11 de abril de 2008, las sumas dinerarias aportadas por los socios constituyentes (los dos acusados y Alfonso) que ascendían en junto a 3.030, ya habían sido dispuestas el mismo día de la constitución de la sociedad.

-Aunque en el repetido contrato no se reflejó, de acuerdo con lo declarado en el juicio oral por Victoriano, Y Salvador, aquél se obligó a efectuar una aportación no dineraria al proyecto inmobiliario consistente en: su actividad profesional como arquitecto y sin que tampoco quedara valorada.

-Y, finalmente, tampoco se estableció la concreta participación que tendría cada una de las partes, Victoriano, Y Salvador, en la sociedad CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L.

En definitiva, **no podemos llegar a la conclusión que se hubiera perfeccionado el contrato asociativo, ya que para ello el consentimiento de las partes tendría que haber versado sobre al menos los aspectos esenciales y básicos de toda sociedad**

ACUERDO DE Aportaciones a la sociedad de Victoriano Y Salvador

TERCERO.- Cuando sí existió ese acuerdo sobre algunos de los aspectos básicos del acuerdo societario, y en lo menester habrían quedado novados y modificados los términos del indicado contrato privado de intenciones de fecha 11 de abril de 2008, fue cuando en **fechas 16 de julio de 2008 y 24 de julio de 2008 se materializaron aportaciones a CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. por parte de Victoriano, Y Salvador y ello en los siguientes términos**

A.- Salvador aportó 100.0000, mediante dos transferencias bancarias realizadas por su hijo, actuando en interés y con fondos de aquél, **siendo beneficiaria CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L.** siendo la de importe 63.000; en concepto de préstamo (folio 225) y 37.000; (folio 224) en concepto de aportación de capital. Esta última en cuanto a 35.462; fue finalmente formalizada como aportación dineraria en el aumento de capital de dicha sociedad, que se formalizó en méritos de la correspondiente escritura pública (folio 211), quedando acreditada su efectiva aportación dineraria mediante certificación expedida por la entidad bancaria Caixa d'Estalvis del Penedès, que quedó unida en dicho instrumento público.

B.- A Victoriano se le reconoció una aportación dineraria en dicho aumento de capital de 36.908. Como no había realizado el ingreso de dicha suma en la cuenta bancaria de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., consideramos **se valoró en dicha suma la aportación de su actividad profesional al proyecto inmobiliario.**

ABSOLUCIÓN DE Victoriano Y Valentín DEL DELITO DE FALSEDAD

En definitiva, se debió considerar que CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. habría abonado -con los fondos dinerarios existentes (parte de la transferencia en concepto de préstamo realizada por el hijo de Salvador)- dicha suma a Victoriano por dicho concepto. Y se consideraba que seguidamente este acusado había ingresado dicha suma como aportación dineraria en el aumento de capital escriturado, y en este sentido **se reflejó en el segundo certificado bancario como ingreso en efectivo que también se unió a la escritura pública de aumento de capital.**

Así pues, valorados los hechos en estos términos consideramos que **no hubo intención por parte de Victoriano, ni de Valentín, de que se faltara a la verdad, al interesar el primero de Caixa d'Estalvis del Penedès la expedición del referido certificado, y el segundo lograr que el responsable de la oficina bancaria firmara dicho documento cuando estrictamente aquel acusado no había ingresado en la cuenta bancaria de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. la suma dineraria que reflejaba el repetido certificado.**

En definitiva, al no tener los dos acusados conciencia y voluntad de alterar la verdad, concluimos que los hechos declarados probados no son constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil -por el que se mantiene la acusación contra ambos únicamente por la acusación particular-, y en consecuencia les absolvemos de toda responsabilidad criminal por los hechos por los que se sigue la presente causa contra ellos con respecto al delito de falsedad, con declaración de la mitad de las costas de oficio.

RECONOCIMIENTO DE LA COMISIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

CUARTO.- No obstante, sí consideramos, como hemos adelantado, que los hechos que declaramos probados son constitutivos del consignado delito consumado y continuado de apropiación indebida con respecto a las **disposiciones dinerarias que hemos relacionado en el número 6 del referido apartado de hechos probados.**

En efecto, una vez asignada, en los términos expresados, **la aportación de Victoriano, consistente en su actividad profesional, a capital social valorada en la suma de 36.908;** lo que significaba lógicamente que era



titular de las correspondientes participaciones de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., que a su vez representaba aproximadamente el 51% de su capital social, **las expresadas disposiciones dinerarias, de la cuenta bancaria de dicha sociedad, hechas efectivas en su favor, no tenían justificación alguna, quedando en su provecho.**

La disposición dineraria realizada en fecha 5 de agosto de 2008, de importe 5.713,79, sirvió para abonar una factura girada por el acusado Valentín en concepto de sus honorarios por su intervención en la promoción inmobiliaria proyectada y acuerdo de intenciones firmado en fecha 11 de abril de 2008, según detalle que se consigna en la factura que éste giró contra la sociedad con fecha 25 de abril de 2008 (folio 612).

De la relación de disposiciones consignadas en las conclusiones del Ministerio Fiscal además de excluirse la expresada de fecha 5 de agosto de 2008 de importe 5.713,79; también excluimos la de 8 de octubre de 2008 por importe 1.500 por cuanto según el extracto bancario (folio 332) corresponde al pago de gastos escrituras públicas. También la de fecha 4 de mayo de 2012 de 3.016,86; pues la realizó Salvador cuando se enteró que la cuenta bancaria de la sociedad había sufrido una serie de disposiciones fraudulentas. Y finalmente debe aclararse que el importe de 6.000 de fecha 7 de mayo de 2012, corresponde a un abono efectuado por Victoriano .

En definitiva, estando la promoción inmobiliaria parada, con excepción de los trabajos de derribo que se hicieron para que no caducará la licencia municipal de obras, el acusado Victoriano fue disponiendo de las sumas, que se relacionan en el apartado de hechos probados de la presente sentencia, en su propio provecho, es decir apropiándose de las mismas, hasta dejar la cuenta en los indicados 3.016,86.

Agravación del art. 250.1.5º CP y 74 CP .

Como sea que la total suma que se apropió el expresado acusado asciende a 82.002, debemos aplicar el subtipo agravado de apropiación indebida del artículo 250.1 5º, en relación con el artículo 252, ambos del Código Penal , y la continuidad delictiva del artículo 74 del propio código al ser varias las disposiciones fraudulentas realizadas.

Estas disposiciones dinerarias realizadas por Victoriano no podrían haberse realizado con la sola firma de él, pues desde que la sociedad fue constituida la administración de la misma la ostentaban dos administradores con facultades mancomunadas, uno de ellos el referido acusado, y desde que se materializó el aumento de capital de constante referencia, el otro, el nuevo administrador, Salvador .

Resta señalar que en el delito de apropiación indebida la víctima/perjudicado no tiene un deber relevante penalmente de autotutela o de diligencia como ocurre en la estafa. Salvador estaba en la confianza, con buen criterio, de que la entidad bancaria no ejecutaría ninguna disposición de fondos sin la firma de los dos administradores mancomunados, máxime cuando en principio no debe dudarse de la seriedad en su actividad mercantil de toda entidad bancaria, y cuando la mancomunidad en la administración ya fue establecida desde la misma constitución de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., es decir no era fruto de una modificación estatutaria posterior, de la que debía ser informada dicha entidad, y además en la confianza de que en la oficina bancaria trabajaba precisamente el acusado Valentín que conocía la forma de administración de aquella por razones obvias.

QUINTO.- Del expresado delito son responsables, en concepto de autores, Valentín y Victoriano , por la ejecución directa, material y voluntaria que llevaron a cabo, conforme a los artículos 27 y 28 del Código Penal.

El día antes del otorgamiento de la escritura pública de constitución de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. (13.9.2007) se abrió su cuenta bancaria, en la oficina de la Caixa d'Estalvis del Penedès, cuando se hallaba en constitución, quedando registrada una sola firma autorizada para la misma, la del Victoriano (folio 327).

Pero ya una vez constituida la sociedad e inscrita en el Registro Mercantil, debería haber constado en la correspondiente Registro de firmas de la entidad bancaria, que su administración correspondía a dos administradores mancomunados, y por ello únicamente se podían efectuar disposiciones de la cuenta bancaria por Victoriano conjuntamente con el otro administrador, al tiempo de la constitución y hasta el día del aumento de capital de constante referencia: Alfonso , y después: Salvador

Responsabilidad de Valentín

Como el acusado Valentín era empleado de Caixa d'Estalvis del Penedès, siendo su centro de trabajo la oficina de constante referencia, tenía lógicamente asignado como cliente a CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., por lo que también resultaba normal que atendiera a su administrador Victoriano , cuando éste acudía a la oficina. Ello fue declarado en el plenario prácticamente por todos los testigos, empleados también de la misma oficina.

Valentín en su condición de trabajador de la repetida entidad bancaria debió hacer constar en la hoja de Registro de firmas, y en lo menester conseguir que en el programa informático de la misma constara que eran



precisas dos firmas para realizar actos de disposición, pues como socio de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. **sabía que la administración era mancomunada desde su constitución**. Nótese que según manifestó, y según facturó, él intervino en la constitución de la sociedad, y en la preparación del documento privado de 11 de abril de 2008, en el que también figura consignada dicha administración mancomunada, y además asistió a la firma de las escrituras públicas realizadas el 24 de julio de 2008, entre las que se hallaba la del cambio de administrador mancomunado de Alfonso a Salvador .

En definitiva, ya fuera visando personalmente los reintegros realizados con la única firma de Victoriano , ya fuera dándole a firmar los mismos a sus compañeros de oficina para que los visaran, o incluso manteniendo el registro de firmas en el estado originario del día anterior a la constitución de la sociedad, y sin interesar que en el proceso informático constase este importante particular, **aportó una conducta sin la que resultaba imposible que Victoriano pudiera hacer suyos los importes de las disposiciones que efectuaba, siendo consciente además que al estar la promoción inmobiliaria parada no obedecían a pagos en interés de la sociedad** . Esta forma de proceder consideramos que **fue concertada entre ambos acusados, debiendo obtener también Valentín el correspondiente beneficio económico, aunque no concretado, por su actuación desleal con Caixa d'Estalvis del Penedès y con CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. que era la clienta de dicha entidad bancaria**".

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR EJERCIDA POR Salvador

SEGUNDO.- 1.- Al amparo de los arts.849.1 y 852 de la LECR, por infracción de los arts.109, 110, 11, 115 y 116 del CP, así como de los arts. 1 A) i) y 16.1 y 2 de la Directiva 2012/291UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre el derecho de la víctima a ser indemnizado, e infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Alega el recurrente que tanto la sentencia como el auto de aclaración no acuerdan indemnización en favor del Sr. Salvador como persona física perjudicada, y que es la única persona perjudicada directa por el delito cometido de apropiación indebida.

Argumenta que al establecer el fallo la indemnización a favor de CONESA 2007 no sólo se priva a este recurrente de recuperar el perjuicio irrogado en la cantidad de 100.000 euros, sino que se da el contrasentido de que se beneficia a una sociedad gestionada y dirigida por el condenado Victoriano , por ser el socio mayoritario, y que, además, será abonada por la entidad bancaria responsable civil subsidiaria, al haber sido declarados insolventes los dos acusados, de modo que el resultado es que los dos acusados se libran del pago de la indemnización y se van a beneficiar de esa indemnización a través de su satisfacción por el responsable civil subsidiario por el delito de apropiación indebida, que como acusación particular ejercicio la acción civil y penal en reclamación de la suma defraudada.

Señala el Tribunal en el FD nº 8º que:

"OCTAVO.- De conformidad con los artículos 109 y siguientes del Código Penal , toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, naciendo a su cargo la obligación de resarcir los daños causados, que ascienden a la suma total de las disposiciones fraudulentas que se hallan consignadas en los hechos probados de la presente sentencia, menos la suma de 6.000; ingresadas por Victoriano Esta cantidad deberá ser abonada solidariamente por los dos acusados a la sociedad CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., que es quien sufrió directamente la defraudación, y devengará el interés legal del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

No hay que olvidar que, aunque sea el recurrente el querellante y acusación particular, su presencia lo es en la mercantil CONESA, en la que tiene una representación del 49%. No se trata, por ello, de quién la constituyó en su momento y de la participación que en ella tienen los acusados, sino de quién detenta la titularidad en la actualidad de las participaciones, por lo que el perjuicio lo es societario, ya que en el delito de apropiación indebida por distracción de fondos de una sociedad no puede atribuirse el perjuicio al socio, sino a la sociedad, debiendo acudir a la vía de la disolución, en su caso, pero la condena por delito de apropiación indebida no puede derivarse en una declaración de la responsabilidad civil directa al socio, salvo que éste por vía civil ejercite la acción personal, pero no en vía penal directamente atribuirse la condición de perjudicado.

No puede predicarse "per saltum" la condición de tercero perjudicado en el socio cuando se trata de una distracción de dinero procedente de los fondos societarios, ni aun cuando conste acreditada, que lo está, la aportación dineraria del socio al patrimonio social, ya que esta aportación no conlleva un derecho de reintegro de la misma aportación dineraria al patrimonio social, en el caso de que un administrador societario se apropie de fondos de la sociedad. El concepto de perjudicado es societario, porque el administrador mancomunado que realizó aportaciones dinerarias no puede atribuirles a éstas el carácter de "aportaciones sustraídas" por el otro administrador cuando éstas se han distraído de la cuenta societaria, ya que no existe un delito de



apropiación o distracción de las aportaciones dinerarias de un socio administrador societario, sino que la distracción lo es del patrimonio social.

En este sentido, el querellante no puede ejercitar una acción civil dimanante del delito de carácter personalísimo al margen de la sociedad, porque los fondos distraídos son de la sociedad. Incluso aunque lo que hubiera llevado a cabo el administrador condenado hubiera sido una unilateral restitución de aportaciones sociales con una aparente reducción del capital social, el perjudicado hubiera sido también la sociedad, no el administrador querellante que se queja de una restitución ilícita de aportaciones sociales, si la cuenta societaria común se ha dejado con "o" euros, o con una merma significativa.

La atribución de perjudicado directo en demérito de la sociedad mercantil en los casos de administradores societarios que alegan haber perdido su aportación dineraria por distracción de fondos de otro administrador no pueden ver resarcida esa pérdida de su aportación, porque el concepto de "pérdida de aportación dineraria" no puede asociarse con "importe sustraído por el administrador responsable penal", ya que, en su caso, con posterioridad debería procederse en la disolución y liquidación societaria tomando en cuenta este derecho de crédito social frente al condenado en la ejecutoria penal y su plasmación en la distribución del haber entre los socios en base a su aportación, y ahí es donde emerge el concepto de "perjudicado" que ahora se reclama, pero dentro del proceso de disolución.

Por ello, el alegato que se refiere en torno al carácter de insolvente que refiere de los condenados no tiene cabida para pretender una "agilización" de su aportación dineraria a la sociedad, sino que la no aportación de la responsabilidad civil a la que ha sido condenado podría, en su caso, tenerse en cuenta en la ejecutoria penal por el Tribunal en un hipotético planteamiento de la suspensión de la ejecución de la pena, pudiendo el recurrente plantear su oposición, en su caso, ante el impago de las responsabilidades civiles a las que han sido condenados, pero no adelantarse a la devolución de la aportación dineraria llevada a cabo al confundirla con el importe distraído, que lo es del patrimonio social, no de la personal aportación dineraria.

Nótese, también, que es hecho probado que:

"En fecha 16 de julio de 2008 el hijo de Salvador , siguiendo instrucciones de su padre y con fondos pertenecientes a éste, realizó dos transferencias bancarias en la cuenta bancaria antes de consignada, siendo beneficiaria de ambas CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., **por importes 63.000 euros; en concepto de préstamo** y 37.000 euros; en concepto de aportación de capital. Así, el hecho en que se funda la condena consistió en distraer Victoriano como administrador de la sociedad, con la colaboración del acusado Valentín , la cantidad de 82.002 euros titularidad de la sociedad, sin justificación alguna y sin contar con la firma del otro administrador mancomunado, el Sr. Salvador . Por tanto, la perjudicada es la sociedad en su patrimonio y no la acusación particular, socio de la sociedad con un 49%".

Es del patrimonio social de donde se ha producido la distracción, no de la cuenta individual de la acusación particular, aunque realmente el perjuicio se le haya causado al socio, pero en la responsabilidad civil dimanante del delito de apropiación indebida hemos visto que el socio o administrador no puede emerger como sujeto perjudicado al margen de la sociedad de la que se ha distraído el dinero.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por indebida inaplicación del art. 392, en relación con el art. 390.1.1º, 2º y 3º y art.77.2 del CP.

Se reclama la condena por el delito de falsedad en documento mercantil, en concurso medial o real con el delito de apropiación indebida.

Debemos destacar en este punto que el Tribunal de instancia absolvió por el delito de falsedad, señalando en el FD nº 3 que:

"Valorados los hechos en estos términos consideramos que no hubo intención por parte de Victoriano , ni de Valentín , de que se faltara a la verdad, al interesar el primero de Caixa d'Estalvis del Penedès la expedición del referido certificado, y el segundo lograr que el responsable de la oficina bancaria firmara dicho documento cuando estrictamente aquel acusado no había ingresado en la cuenta bancaria de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. la suma dineraria que reflejaba el repetido certificado

En definitiva, al no tener los dos acusados conciencia y voluntad de alterar la verdad, concluimos que los hechos declarados probados no son constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil -por el que se mantiene la acusación contra ambos únicamente por la acusación particular-, y en consecuencia les absolvemos de toda responsabilidad criminal por los hechos por los que se sigue la presente causa contra ellos con respecto al delito de falsedad, con declaración de la mitad de las costas de oficio".



En consecuencia, al plantearse un recurso de casación contra una sentencia absolutoria debemos poner de manifiesto la especial rigidez con la que es preciso atender esta vía impugnativa que, a raíz de la doctrina jurisprudencial de esta Sala y del Tribunal Constitucional en relación con la emanada del TEDH en torno a la tesis acerca de que no procede la condena *ex novo*, lo que vedaría vía impugnativa, en casación a un acusado que haya sido absuelto en la instancia **cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción del tribunal sobre los hechos**, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello.

La función del Tribunal de casación es la de revisar la corrección legal de las sentencias recurridas, lo que implica comprobar:

- a) si existió prueba de cargo suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria;
- b) si dicha prueba se obtuvo y practicó con pleno respeto a los derechos constitucionales y a las normas de legalidad ordinaria, especialmente las que rigen el proceso penal (principio de publicidad, oralidad, intermediación, contradicción e igualdad de armas) y
- c) que la estructura lógica de la valoración de esa prueba se ajusta a los parámetros de racionalidad y experiencia eliminando las valoraciones absurdas y arbitrarias.

La STC de 8 de mayo de 2006 considera que el **análisis de las pruebas** por el TS sólo está permitido en el supuesto contemplado en el **art. 849.2 LECrim**, "cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

El **art. 852 LECrim** permite que "en todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la **infracción de precepto constitucional**", a través de la invocación del **art. 24.2 CE (derecho a la presunción de inocencia)** puede el **TS controlar la licitud de la prueba** practicada en la que se fundamenta el fallo y si la misma ha sido suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas, es decir no sólo si se ha cumplido con las garantías legales y constitucionales en la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido (STC 2/2002 de 14 de enero FJ 2.º).

Por otro lado, la STC 198/2002, de 28 de octubre de 2002 se mantiene en la base de postular las dificultades de combatir la intermediación del juez "a quo" con valoración distinta en el órgano "ad quem" con vulneración, entiende el TC de los principios de intermediación y contradicción. Por ello, en los casos de sentencias absolutorias lo que debe analizarse es si existe craso error en la valoración que hace la juez de la prueba practicada en el plenario, no pudiendo sustituirse meramente la valoración que pueda hacer el recurrente, por su percepción personal de cómo ocurrieron los hechos por la del juez en este caso, ya que si no hay patente error no puede la Sala modificar la valoración que compete en esencia a la juez y a su percepción privilegiada por la intermediación.

Además, esta Sala en STS de fecha 6 de Marzo de 2003 ya apuntó que:

"No puede esta Sala sustituir la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia y revisar el juicio valorativo de éste a virtud de unas pruebas testificales de las que solo se nos ofrece una síntesis pero que ni hemos presenciado ni, por ello, estamos en disposición de evaluar en todo su contenido, y, en este sentido conviene recordar que las recientes SS.TC 167/2002, de 18 Sep ., 170/2002, de 30 Sep ., 199/2002, de 28 Oct . y 212/2002, de 11 Nov. 2002, han modificado la doctrina anterior del TC para reconocer que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e intermediación, dado que el recurso de apelación penal español, como sucede con la casación, no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la instancia".

Más recientemente y en aras a ir delimitando los límites de esta cuestión en STS 602/2012, de 10 de Julio señalamos que: "Para centrar la cuestión reproducimos, por cuanto supone de exposición de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre la materia, la STS 142/2011, de 26 de septiembre que concluye expresando la limitación de estos tribunales de revisión a modificar sentencias absolutorias, **no pudiendo hacerlo cuando la revisión que se pretende aparece comprometida con la intermediación en la percepción de la prueba y con el derecho de defensa**, de manera que **el tribunal de la revisión no podrá, en ningún caso, realizar una nueva valoración fáctica si no ha presenciado directamente la prueba y si no ha permitido al acusado oír y estar presente en la realización de la prueba cuya revaloración pretende el recurso del que conoce**. En la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional se otorga



el amparo por no haber sido oído los acusados ante el órgano que conoció de la apelación y que estimó el recurso de la acusación y les condenó.

Recuerda la STS 1423/2011, de 20 de diciembre que "Las dificultades atañen a aquellos casos, mayoritarios por lo demás, en los que ha tenido poca relevancia en la convicción probatoria de la Audiencia la práctica de algunas pruebas personales.

Las pautas hermenéuticas que viene marcando el Tribunal Constitucional -que recoge a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- al aplicar el derecho fundamental a un **proceso con todas las garantías (en concreto: inmediación, contradicción y oralidad) y también del derecho de defensa en el proceso penal, hacen muy difícil la revisión de la convicción probatoria del Tribunal de instancia en los casos en que concurren pruebas personales en el juicio celebrado en la instancia**. Hasta tal punto ello es así, que **cuando el reexamen de la sentencia recurrida no se circunscribe a cuestiones estrictamente jurídicas es poco plausible que operen los recursos de apelación y casación para revisar las sentencias absolutorias o agravar la condena dictada en la instancia**.

Así lo entendimos en las sentencias 1215/2011, de 15 de noviembre, y 1223/201, de 18 de noviembre, cuyo texto seguimos en los razonamientos que se exponen a continuación, sentencias en las que se citan otras de esta Sala que han seguido la misma línea interpretativa.

En efecto, conviene subrayar, en primer lugar, los criterios restrictivos implantados por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la extensión del control del recurso de apelación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales, criterios instaurados por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, que se han visto reafirmados y reforzados en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal. En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el juzgado o tribunal de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales efectuada por el juez de instancia y revoca en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado la sentencia absolutoria apelada. El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, según el Tribunal Constitucional, que los jueces de apelación modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia.

Y en lo que respecta al derecho de defensa, en los últimos tiempos el **Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias** en las que impone, ajustándose a la jurisprudencia del TEDH, en los casos en que se cambia en la segunda instancia la convicción probatoria sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo penal, que sean escuchados los acusados sobre quienes pueda recaer una condena ex novo en la sentencia a dictar por el tribunal ad quem.

1.- La primera es **la sentencia TC 184/2009, de 7 de octubre**, en la que se resuelve el recurso de amparo de un acusado que fue condenado en apelación como autor de un delito de impago de pensiones después de haber sido absuelto en la instancia. La cuestión determinante para el fallo se centraba en *dirimir si el imputado conocía o no la sentencia en la que se le había impuesto el pago de la pensión*. El Juez de lo Penal entendió que no y la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación consideró que sí la conocía y acabó condenándolo. Pues bien, el Tribunal Constitucional acogió el amparo y anuló la condena, por cuanto, a pesar de que no se habían modificado los hechos probados, sí se alteró la inferencia extraída de los mismos y el fallo de la sentencia. Por lo cual, estimó que tenía que haber sido escuchado el acusado en la segunda instancia antes de dictarse sentencia condenatoria con el fin de tutelar su derecho de defensa. Y ello a pesar de que no había solicitado ser oído.

2.- La segunda sentencia relevante para el caso es más reciente: **la nº 142/2011, de 26 de septiembre**. En ella se anula la condena dictada en apelación contra tres sujetos acusados de un delito contra la Hacienda Pública que habían sido absueltos por el Juzgado de lo Penal. En esta ocasión, al igual que sucedió con la sentencia 184/2009, el Tribunal Constitucional considera que no se ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del principio de inmediación, ya que la condena en apelación se fundamentó en la prueba documental y en la pericial documentada, prueba que el órgano constitucional consideró "estrictamente documental". Sin embargo, sí entiende que se ha conculcado el derecho de defensa por no haber sido oídos los acusados por el órgano de apelación que acabó condenándolos.

Es importante destacar que en la resolución que resuelve el amparo se especifican las razones por las que la Sala de apelación acabó infringiendo que los acusados participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. Por lo cual, estima **el Tribunal Constitucional que no se está ante una cuestión de estricta calificación jurídica "en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto**, al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se consideraron



simulados". Debió por tanto, según afirma el Tribunal Constitucional, citarse para ser oídos a quienes refutaron en la instancia la finalidad simuladora de su conducta para que ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.

El Tribunal matiza en esa sentencia 142/2011 la diferencia del supuesto que trata con el que se contempla en la sentencia 45/2001, de 11 de abril, toda vez que en esta, después de recordar que **cuando se dirimen cuestiones de hecho que afecten a la inocencia o culpabilidad del acusado ha de dársele la oportunidad de que exponga su versión personal de los hechos en la segunda instancia, señala que no se requiere tal audiencia del acusado cuando se debate en apelación una cuestión estrictamente jurídica, cuál era la sustitución de un concurso de normas por un concurso de delitos.**

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así, en las SSTs 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, y 1106/2011, de 20 de octubre, además de las ya reseñadas 1215/2011, de 15 de noviembre, y 1223/2011, de 18 de noviembre, en las que nos basamos, se ha considerado que **no procede la condena ex novo en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación**, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación".

La cuestión nuclear se centra en valorar si la revisión es estrictamente jurídica, o si no lo es, ya que solo en el primer caso cabría entrar a analizar el contenido del recurso.

En parecidos términos la STS 1379/2011, de 16 de diciembre apunta que la regla que define el alcance del contenido del derecho de defensa se expresa por el TEDH en la Sentencia citada caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59 de 27 de junio de 2000, de manera inequívoca: "tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él".

Ciertamente se deroga tal exigencia cuando, a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica.

Lo que nos obliga a examinar el sentido de esta calificación de la discrepancia como estrictamente jurídica, cuando es determinante de la revocación de la absolución y la sustitución por una condena. A tal efecto recuerda el Tribunal Constitucional que el TEDH no considera que **concorre una mera discrepancia jurídica si para revocar la absolución e imponer la condena "no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas"** (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 36).

Es verdad que en la Sentencia (del Tribunal Constitucional) que examinamos, la nº 45/2011 se matiza que la configuración legal de un recurso puede circunscribirlo a cuestiones estrictamente jurídicas. Y cita en esa línea precisamente el recurso de casación penal. Pero, obviamente, en la medida que la cuestión se plantee dentro de sus características y estrictos motivos legales. Sin embargo, cuando aquéllos se extravasan, abriendo el debate sobre el hecho objeto de imputación, resurgen las mismas objeciones que podrían formularse si se tratase de un recurso de otra naturaleza".

La posibilidad de que el acusado comparezca en la casación en virtud de un recurso de casación frente a la sentencia absolutoria fue rechazado por Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 19 de Diciembre de 2012. Así, la Sala 2.ª del TS adoptó con fecha 19 de diciembre de 2012 el siguiente acuerdo sobre la celebración de la vista con citación del acusado absuelto (recurso de casación 1/1003/12). "La citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley".

Otra cosa es que el Tribunal Supremo pudiera llegar a la conclusión de que la argumentación del tribunal de instancia es arbitraria e ilógica y por la vía de la tutela judicial efectiva acuerde anular la sentencia ordenando su repetición y soslayando el defecto en la motivación, o que se trate de una cuestión jurídica, en cuyo caso sí que puede intervenir, ya que no requiere la modificación del hecho probado, ya que está vetado por ello.



Sobre esta posibilidad de revocar una absolución y condenar atendiendo a la inmodificabilidad de los hechos probados, pero atendiendo a cuestiones estrictamente jurídicas podemos citar la STS 278/2014, de 2 de abril que recoge que "La cuestión que se discutía en el recurso de apelación, y que se sigue discutiendo en la casación, es **si los hechos probados son suficientes para establecer el dolo en el inductor y en los cooperadores necesarios respecto de la forma alevosa de la ejecución de la muerte pactada por todos ellos**. Y esa no es una cuestión fáctica, sino estrictamente jurídica, de manera que la rectificación que el Tribunal de apelación o el Tribunal de casación pudieran realizar respecto de lo acordado por el Tribunal inferior en cuanto a la determinación de las consecuencias jurídicas (existencia o no de dolo) que debieran extraerse de los hechos probados, aun cuando fuera perjudicial para el acusado, no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, en tanto que no precisa de la práctica de pruebas personales, ni tampoco exige la audiencia del acusado al no afectar a los hechos, siendo suficiente con la intervención del letrado de su defensa.

En la STS nº 434/2008, de 26 de junio, ante una cuestión similar, aunque en relación a la responsabilidad de los partícipes en un delito de robo con violencia y uso de armas de fuego respecto de la muerte de los vigilantes jurados a causa de los disparos efectuados por algunos de los autores que portaban las armas, se recuerda, con cita de otras resoluciones, como la STS nº 838/2004, de 1 de julio, que la jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado reiteradamente del problema de la comunicabilidad de los medios comisivos a los partícipes que no emplearon directamente las armas o los medios peligrosos, y que, en la solución de dicha cuestión se acude a "... la llamada **teoría de las desviaciones previsibles**, reiteradamente aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que "el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya "a priori" todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales", pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y **admite del modo más o menos implícito que en el "iter" del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva** (véanse, entre otras, SSTs de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes".

En aquel caso, quien entonces actuaba como recurrente, que había sido absuelto de los delitos de asesinato por el Tribunal del jurado, había sido luego condenado en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, aunque sin modificar los hechos que el primer Tribunal había declarado probados. El Tribunal Supremo, con los argumentos mencionados, entre otros, desestimó el recurso de casación en la sentencia arriba mencionada, y el TEDH, a su vez, ha desestimado, en la STEDH, caso Naranjo Acevedo contra España, de 22 de Octubre de 2013, la demanda contra el Estado español presentada por el entonces recurrente considerando que no ha habido violación del artículo 6.1 del CEDH. Se dice en esa sentencia que "... los aspectos que el Tribunal Superior de Justicia ha debido analizar para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante tenían un carácter jurídico predominante. Por ello, **la sentencia se ha limitado a interpretar de manera diferente la noción de "dolo eventual" en el marco de un delito de robo con violencia y uso de armas de fuego**. En efecto, mientras que la Audiencia había considerado que un delito tal no conllevaba obligatoriamente el riesgo de resultado de muerte y que, en consecuencia, debía existir un acuerdo previo de los autores del delito al respecto, el Tribunal Superior hizo notar que tal eventualidad debía ser obligatoriamente contemplada a partir del momento en que unas armas de fuego eran utilizadas", destacando más adelante que "... los aspectos analizados por el Tribunal Superior de Justicia, tenían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia, hayan sido modificados (ver mutatis mutandis, Bazo González anteriormente citado, § 36 ". Del mismo modo el TEDH consideró que no era necesario oír al acusado en la vista pública, siendo suficiente que sus argumentos hubieran podido ser expuestos por su abogado".

Las opciones que cabría aplicar en este caso (STS 865/2015, de 14 de Enero) serían:

1.- El principio general es que cuando el Tribunal de instancia haya establecido los hechos probados tanto objetivos como subjetivos sobre la base, en todo o en parte, de pruebas personales la rectificación de cualquiera de aquellos para construir un nuevo relato fáctico que dé lugar al dictado de una sentencia condenatoria o un agravamiento de la anterior requiere de una audiencia pública en la que sea oído el acusado, circunstancia no contemplada en la norma.

2.- La vía para revocar sentencias absolutorias solo se circunscribe a una doble opción:



a.- A través del motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECRIM con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia al acusado.

b.- Cuando la pretensión punitiva de la parte recurrente no haya tenido respuesta alguna del tribunal de instancia, o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma haya vulnerado lo recogido en los arts. 24.1, 9.3 y 120.3 CE en cuanto el derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

c.- Revocación a través del motivo de infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECRIM, limitándose a la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados sin verificar ninguna valoración de prueba nueva practicada en la instancia (STS 865/2015, de 14 de Enero). No obstante, esta opción de acudir a la vía del art. 849.1 LECRIM para revocar una sentencia absolutoria y condenar solo cabe en la vía del error de derecho (art. 849.1), no del error de hecho (art. 849.2). Y ello porque no cabría proceder a valorar en el caso del alegato de error de hecho pruebas personales, aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento que se invoca. Y como apunta la STS 70/2014, de 3 de Febrero que señala que puede afirmarse que no es posible en casación a través del art. 849.2 LECRIM transmutar una absolución (aun parcial) en condena.

d.- Revocación por no haber obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o ser la misma arbitraria o irrazonable (STS 865/2015, de 14 de Enero).

La STS 309/2014 recoge la siguiente doctrina: "Recuerdan las recientes STS 400/2013, de 16 de mayo, y STS 333/2012, de 26 de abril, que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico".

En el presente caso no hay vía para alterar la subsunción, porque tal y como está configurado no se aprecia por el Tribunal la concurrencia de un dolo falsario determinante de la reclamada falsedad por el recurrente.

Y ello, porque nos debemos sujetar a los hechos probados y en ellos no consta el dolo falsario, a saber:

Acuerdo entre Victoriano Y Salvador en desarrollo de contrato de 11-4-2008 (aportación de Salvador de 63.000 y 37.000 euros)

3.- En fechas 16 de julio de 2008 y 24 de julio de 2008 se materializaron los acuerdos alcanzados entre las partes, entre Victoriano , y Salvador , que en parte ya se habían reflejado en un contrato privado de fecha 11 de abril de 2008, y ello en los siguientes términos:

a) En fecha 16 de julio de 2008 el hijo de Salvador , siguiendo instrucciones de su padre y con fondos pertenecientes a éste, realizó dos transferencias bancarias en la cuenta bancaria antes de consignada, siendo beneficiaria de ambas CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., por importes 63.000 euros; en concepto de préstamo y 37.000 euros; en concepto de aportación de capital.

Adquisición por Victoriano Y Salvador de las participaciones en CONESA 2007 de Valentín y Alfonso

b) En 24 de julio de 2008 se otorgó de escritura pública de compraventa por la que las participaciones, que en su día habían suscrito Valentín y Alfonso en la constitución de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., fueron adquiridas por y Victoriano , y Salvador

Cese como administrador de Alfonso y sustitución por Salvador

c) A continuación se otorgó escritura pública en que se formalizó el cambio del administrador, cesando Alfonso y nombrándose Salvador en su sustitución, quedando por lo tanto como administradores mancomunados de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. éste último y Victoriano .

Aumento de capital de CONESA 2007 por Victoriano (36.908 euros) y Salvador (35.462)

b) Seguidamente se otorgó escritura pública en virtud de la que quedó materializado un aumento de capital de la citada CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. en la que Victoriano aportó la cantidad de 36.908 EUROS; y Salvador aportó la suma de 35.462 euros; quedando, después de aquella compraventa de participaciones y de este aumento de capital, como únicos socios, ostentando aquél acusado aproximadamente el 51% del capital.

CERTIFICACIÓN EXPEDIDA POR CAIXA DE LA APORTACIÓN DE Victoriano



A fin de acreditar la aportación dineraria realizada por Victoriano el director de la oficina bancaria de la Caixa del Penedès expidió, siguiendo las indicaciones del expresado y de su empleado el acusado Valentín , certificación en la que consignó literalmente:

A efectes d'allò disposat a l'article 189.1 del Reglament del Registre Mercantil, que a aquesta Oficina i al compt número NUM006 a nom de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L.societat de responsabilitat limitada, a data VINT-I-QUATRE DE JULIOL DE DOS MIL VUIT s'ha ingresat per Victoriano , amb N.I.F. NUM002 , l'ímport de 36.908,00 Eur. En concepte d'aportació de capital".

EN EL CERTIFICADO SE REFLEJAN LAS APORTACIONES NO DINERARIAS DE Victoriano POR SUS TRABAJOS PROFESIONALES AUNQUE NO CONSTE LA ENTREGA REAL.

Se dio por abonada por la sociedad dicha suma en pago de dicha actividad y seguidamente Victoriano la aportaba en concepto de aportación dineraria de capital.

Aunque en el momento de expedir dicho certificado en la expresada cuenta no había suma alguna que no procediera de las transferencias realizadas por el hijo de Salvador , se realizó por los dos acusados, Victoriano Y Valentín una compensación de tal forma que **la suma reflejada en dicho certificado representaba la aportación en especie del primero comprometida a favor de la sociedad que consistía en sus trabajos profesionales dirigidos al buen fin de la promoción de las cuatro viviendas y aparcamientos** . Es decir, se dio por abonada por la sociedad dicha suma en pago de dicha actividad y seguidamente Victoriano la aportaba en concepto de aportación dineraria de capital".

Ante ello, el Tribunal motiva al respecto que:

"Aunque el 11 de abril de 2008 se otorgó por ambas partes un contrato privado (folio 200) relativo a dicha promoción inmobiliaria, en él únicamente se reflejó la inicial intención de ponerla en marcha, y se establecieron algunos de los términos del que debería ser el definitivo acuerdo asociativo. El expresado documento fue más un acuerdo de intenciones que un verdadero contrato, ya que no quedaron convenidas todas y cada de las prestaciones a las que se obligaban las partes y la forma de distribuir las ganancias o pérdidas que pudieran producirse como consecuencia de la ejecución y materialización de la repetida promoción inmobiliaria.

En efecto, no quedaron concretados ni determinados aspectos tan esenciales como:

-En cuanto a la aportación a la que se comprometió en dicho documento Salvador consistente en 100.000; y el solar, no se especificó si se trataba de una aportación que tendría como contraprestación participaciones en el capital social de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. o como aportación financiera, es decir como un préstamo de aquél a dicha entidad para poder atender el coste de la construcción. Es cierto, que en cuanto a la finca se hace mención a que es aportación de capital, pero no se efectuó valoración de la misma, y además se estableció, en cuanto el precio de la compra de una de las futuras viviendas de la promoción, a la que se obligaría Salvador a adquirir (pacto séptimo) -con un precio tampoco determinado-, se consignó que quedaría compensado con el valor del solar (según tasación) y también con la aportación de efectivo.

-En cuanto a la aportación de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., según el referido documento, quedó integrada por la licencia de obras y el pago de las tasas correspondientes, y por el proyecto básico realizado por la empresa perteneciente al arquitecto, el acusado, Victoriano , **sin que tampoco se valorase económicamente dicha aportación** . Nótese, que en el momento de otorgamiento del referido documento, 11 de abril de 2008, las sumas dinerarias aportadas por los socios constituyentes (los dos acusados y Alfonso) que ascendían en junto a 3.030, ya habían sido dispuestas el mismo día de la constitución de la sociedad.

-Aunque en el repetido contrato no se reflejó, de acuerdo con lo declarado en el juicio oral por Victoriano , Y Salvador , **aquél se obligó a efectuar una aportación no dineraria al proyecto inmobiliario consistente en: su actividad profesional como arquitecto y sin que tampoco quedara valorada.**

-Y, finalmente, tampoco se estableció la concreta participación que tendría cada una de las partes, Victoriano , Y Salvador , en la sociedad CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L.

En definitiva, no podemos llegar a la conclusión que se hubiera perfeccionado el contrato asociativo, ya que para ello el consentimiento de las partes tendría que haber versado sobre al menos los aspectos esenciales y básicos de toda sociedad.

Cuando sí existió ese acuerdo sobre algunos de los aspectos básicos del acuerdo societario, y en lo menester habrían quedado novados y modificados los términos del indicado **contrato privado de intenciones de fecha 11 de abril de 2008**, fue cuando en fechas 16 de julio de 2008 y 24 de julio de 2008 se materializaron aportaciones a CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. por parte de Victoriano , Y Salvador y ello en los siguientes términos:



A.- Salvador aportó 100.0000, mediante dos transferencias bancarias realizadas por su hijo, actuando en interés y con fondos de aquél, siendo beneficiaria CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. siendo la de importe 63.000; en concepto de préstamo (folio 225) y 37.000.; (folio 224) en concepto de aportación de capital. Esta última en cuanto a 35.462; fue finalmente formalizada como aportación dineraria en el aumento de capital de dicha sociedad, que se formalizó en méritos de la correspondiente escritura pública (folio 211), quedando acreditada su efectiva aportación dineraria mediante certificación expedida por la entidad bancaria Caixa d'Estalvis del Penedès, que quedó unida en dicho instrumento público.

B.- A Victoriano **se le reconoció una aportación dineraria en dicho aumento de capital de 36.908**. Como no había realizado el ingreso de dicha suma en la cuenta bancaria de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., consideramos se valoró en dicha suma la aportación de su actividad profesional al proyecto inmobiliario.

En definitiva, se debió considerar que CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. habría abonado -con los fondos dinerarios existentes (parte de la transferencia en concepto de préstamo realizada por el hijo de Salvador)- dicha suma a Victoriano por dicho concepto. Y se consideraba que, seguidamente, este acusado había ingresado dicha suma como aportación dineraria en el aumento de capital escriturado, y en este sentido se reflejó en el segundo certificado bancario como ingreso en efectivo que también se unió a la escritura pública de aumento de capital.

Así pues, valorados los hechos en estos términos consideramos que no hubo intención por parte de Victoriano, ni de Valentín, de que se faltara a la verdad, al interesar el primero de Caixa d'Estalvis del Penedès la expedición del referido certificado, y el segundo lograr que el responsable de la oficina bancaria firmara dicho documento cuando estrictamente aquel acusado no había ingresado en la cuenta bancaria de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. la suma dineraria que reflejaba el repetido certificado".

Señala el recurrente que "la aportación dineraria del acusado Victoriano se basa en una certificación falsa que no se ajusta a un ingreso real en la cuenta de la sociedad y, en consecuencia, la escritura notarial de ampliación de capital no puede desplegar efectos ni ser inscrita en el Registro Mercantil".

Sin embargo, no hay que olvidar que para acreditar la aportación dineraria del acusado Victoriano en la escritura de ampliación de capital de 24 de julio de 2008 se aportó una certificación suscrita por el Director de la oficina bancaria de la cuenta, confirmando que Victoriano había ingresado en la cuenta societaria la cantidad de 36.908 euros por el concepto de aportación de capital. Si bien seguidamente se afirma que en el momento de expedirse dicha certificación en la cuenta tan sólo constaban como ingresos las transferencias realizadas por orden del Sr. Salvador, pero se procedió por los acusados Victoriano y Valentín a una compensación "de tal forma que la suma reflejada en dicho certificado representaba la aportación en especie del primero comprometida a favor de la sociedad que consistía en sus trabajos profesionales dirigidos al buen fin de la promoción de las cuatro viviendas y aparcamientos. Es decir, se dio por abonada por la sociedad dicha suma en pago.

No afirma el Tribunal que la aportación del acusado Victoriano a la ampliación del capital fuera de carácter no dinerario, sino que, por el contrario, su aportación se cifró en 36.908 euros, pues, dado el resultado de las pruebas practicadas (declaración de los acusados, del testigo Sr. Salvador y la prueba documental), no consideró incoherente o anómalo que la aportación de esa cantidad, que en el certificado de la entidad bancaria se dice que ingresó en la cuenta de la sociedad para la ampliación de capital, procediera de la compensación económica de sus servicios profesionales con los fondos sociales procedentes de las transferencias del Sr. Salvador.

Nos encontramos en el terreno del derecho penal a la hora de deslindar si ha existido un dolo falsario en la conducta de los acusados, y, aunque ciertamente, el Artículo 58 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio señala que *1. En las sociedades de capital sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. 2. En ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios.* no se trata de analizar en este caso un incumplimiento de carácter mercantil societario, sino la subsunción del hecho probado en un delito de falsedad, lo que no concurre, y que no se trata en este caso de la viabilidad de hacer constar.

Nótese que se ha expuesto que A Victoriano se le reconoció una aportación dineraria en dicho aumento de capital de 36.908;. Como no había realizado el ingreso de dicha suma en la cuenta bancaria de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., consideramos **se valoró en dicha suma la aportación de su actividad profesional al proyecto inmobiliario**. Con ello, el dolo falsario no consta al tratarse de un cálculo de su aportación no dineraria transformado en aportación dineraria, que aunque suponga una contravención al derecho mercantil en sus arts. 58 y 61 del RDL 1/2010 de 2 de Julio no puede tener la entidad de aplicarse en el terreno del derecho penal, dada su intervención mínima.



El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por indebida inaplicación del art. 120.3 y 4 del CP, respecto de la responsabilidad civil subsidiaria del Banco de Sabadell.

Se expone por el recurrente la responsabilidad civil subsidiaria del banco que se deriva no sólo de la actuación del empleado Valentín, sino también del incumplimiento de la normativa bancaria y mala praxis de una cuenta que se sabía desde hacía 4 años que era mancomunada, pues resulta evidente que los empleados destinados en dicha sucursal, incluido el director, no controlaron la modificación de la cuenta corriente con el cambio de gestión de indistinta a mancomunada y el cambio de administradores, consintieron reintegros sin estar visados en el correspondiente justificante.

Señala al respecto el Tribunal que:

"Declaramos responsable civil subsidiario Banco de Sabadell, S.A, con respecto al acusado Valentín, pues aunque es cierto que nunca ha pertenecido a la plantilla de la expresada entidad bancaria, sí era empleado de la entidad Caixa d'Estalvis del Penedès, en la oficina consignada en los hechos probados, y cometió los hechos constitutivos del delito de apropiación indebida, en su condición de empleado de la misma y en los términos que se han indicado.

La expresa responsabilidad subsidiaria se declara al amparo de lo dispuesto en el artículo 120.4º del Código Penal, ya que el expresado acusado, al tiempo de cometer los hechos, tenía una relación de dependencia con la entidad bancaria y además actuó dentro de las funciones que le eran propias de su actividad en el seno de dicha entidad".

Nótese que el pronunciamiento que se lleva a cabo lo es no por un incumplimiento generalizado del banco de su normativa bancaria, sino por la actuación concreta de Valentín. Y así el Tribunal señala que:

" Valentín en su condición de trabajador de la repetida entidad bancaria debió hacer constar en la hoja de Registro de firmas, y en lo menester conseguir que en el programa informático de la misma constara que eran precisas dos firmas para realizar actos de disposición, pues como socio de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. **sabía que la administración era mancomunada desde su constitución.** Nótese que según manifestó, y según facturó, él intervino en la constitución de la sociedad, y en la preparación del documento privado de 11 de abril de 2008, en el que también figura consignada dicha administración mancomunada, y además asistió a la firma de las escrituras públicas realizadas el 24 de julio de 2008, entre las que se hallaba la del cambio de administrador mancomunado de Alfonso a Salvador.

En definitiva, ya fuera visando personalmente los reintegros realizados con la única firma de Victoriano, ya fuera dándole a firmar los mismos a sus compañeros de oficina para que los visaran, o incluso manteniendo el registro de firmas en el estado originario del día anterior a la constitución de la sociedad, y sin interesar que en el proceso informático constase este importante particular, **aportó una conducta sin la que resultaba imposible que Victoriano pudiera hacer suyos los importes de las disposiciones que efectuaba**, siendo consciente además que al estar la promoción inmobiliaria parada no obedecían a pagos en interés de la sociedad. Esta forma de proceder consideramos que fue concertada entre ambos acusados, debiendo obtener también Valentín el correspondiente beneficio económico, aunque no concretado, por su actuación desleal con Caixa d'Estalvis del Penedès y con CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. que era la cliente de dicha entidad bancaria".

En consecuencia, el Tribunal ha fijado la responsabilidad civil ex art. 120.4 CP, y no 120.3 CP.

Señala sobre sus diferencias la sentencia de esta sala del **Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 168/2017 de 15 Mar. 2017**, Rec. 1549/2016 que:

"Se hace necesario exponer la doctrina jurisprudencial sobre **la aplicación del art. 120.3 CP** precepto, que como hemos dicho en SSTs. 229/2007 de 27.3, 768/2009 de 16.7, 370/2010 de 29.4, 357/2013 de 29.4, 61/2014 de 11.2, mucho más amplio que los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1973, y que, para lo que aquí se resuelve, **distingue entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus -principales- (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la "culpa in vigilando", "culpa in eligendo", o la "culpa in operando"**, que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad ("cuius commoda eius incommoda"), **y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado tercero del art. 120 del Código Penal**, que dispone: "las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que



los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción".

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes:

- a) que se haya cometido un delito o falta;
- b) que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión;
- c) que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna "infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad", debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros);
- d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber legal o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTS. 1140/2005 de 3.10 1546/2005 de 29.12, 204/2006 de 24.2, 229/2997 de 22.3).

Estas personas, naturales o jurídicas, han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas de su pertenencia o titularidad. La omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso, tienen que ser de probada significación en la suscitación del "hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción". Relación causal que no de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de propiciación y razonabilidad en la originación del daño.

La responsabilidad civil subsidiaria a que atiende el art. 120.3 CP parte necesariamente del reconocimiento judicial de haberse perpetrado un delito o falta generador de un daño, ya sea a título de dolo o de culpa.

La sentencia penal incorporará un dictado de condena indemnizatoria a cargo del acusado, primer y directo responsable civil (art. 116 CP). Comprobados cuantos requisitos condicionan la responsabilidad antedicha, subseguirá el pronunciamiento declarativo de la misma, condenando a la persona natural o jurídica considerada como titular del establecimiento en cuya sede tuvo lugar el hecho criminal. Condena cuya efectividad se halla subordinada a la insolvencia del autor material. Los responsables civiles subsidiarios son tales "en defecto de los que lo sean criminalmente". La expresión "personas naturales o jurídicas" es eminentemente amplia y abarcadora: cualquier entidad pública o privada habrá de tener cabida en ella.

El art. 120 CP proclama una responsabilidad civil del tipo de la subsidiaria en contra de las personas naturales o jurídicas a que hace referencia, titulares de una actividad empañada en su dinámica por las infracciones a que se alude, sobre el presupuesto de que el hecho punible cometido "no se hubiera producido sin dicha infracción". Más debemos reparar que el binomio infracción-daño no se puede construir con semejante nitidez. La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero -autor material del hecho-. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal -más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad (SSTS. 963/2010 de 21.10 768/2009).



La tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometan los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones de autoridad que están relacionados causalmente con su misma condición (SSTS. 140/2004 de 9.2, 51/2008 de 6.2), y por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la "culpa in eligendo" y en la "culpa in vigilando", como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil.

No nos movemos, pues, en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas, de modo que como precisa la STS. 1192/2006 de 28.11, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal, por lo que es evidente que en la interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas está permitida la aplicación del principio de analogía (v. art. 4.1 C.C), que, lógicamente, está vedado cuando de normas penales se trata (v. art. 4.2 C.C).

De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales.

Siendo así, de una parte, la infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiéndose por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad -en sentido de jerarquía- y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones (STS. 9.2.2004); y de otra, la expresión legal, referida a la infracción de reglamento, no puede entenderse en sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal.

En definitiva en la evolución progresista que ensancha este tipo de responsabilidad se ha aplicado la teoría del riesgo y aunque no puede hablarse en sentido estricto en que esta esfera impere su criterio de absoluta responsabilidad objetivo, lo que impera es el carácter denominado de un "ponderado objetivismo" y si bien se ha dicho que la infracción de reglamento incluye incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros, ha de constar acreditada la vulneración de la norma reglamentaria aplicable al caso y si no es así no es posible decretar la responsabilidad civil subsidiaria.

En definitiva son requisitos de responsabilidad del art. 120.3 CP .

- 1) que se haya cometido un delito o falta;
- 2) que el delito o falta se haya cometido en un establecimiento dirigido por el sujeto pasivo de dicha pretensión indemnizatoria;
- 3) que se haya infringido un reglamento de policía o alguna disposición de la autoridad, entendidos estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate (abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros);
- 4) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados, bien entendido que no es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquel deber legal o reglamentario. Bastará con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual;
- 5) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cometido de modo que éstos no se hubieran cometido sin dicha infracción (nexo de causalidad, operativo, eficaz y eficiente).

Consecuentemente esta modalidad de responsabilidad civil subsidiaria se justifica por dos notas: una positiva y otra negativa: a) El escenario donde se comete el hecho delictivo, y b) Como nota negativa la ausencia de cualquier vínculo laboral administrativo entre el agente del hecho delictivo y el responsable civil subsidiario, esto es no ha de guardar el titular del establecimiento ninguna relación con el autor del delito para que se pueda declarar su responsabilidad civil, si se debe detentar con quien se haya infringido uno de los reglamentos de policía o disposiciones de autoridad, tratándose de una responsabilidad locativa: la conexión con el delito se circunscribe a que el responsable civil subsidiario es el titular del lugar en el que se cometió".

También, la sentencia **Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 882/2014 de 19 Dic. 2014, Rec. 884/2014** señala que:



"El artículo 120 del CP contempla distintos casos de responsabilidad civil subsidiaria o de segundo grado, que opera en defecto de la de los penalmente responsables.

1.- **Art. 120.4 CP** : El del apartado 4º responde a la clásica concepción la responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus principales (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la "culpa in vigilando", "culpa in eligendo", o la "culpa in operando", que ha sido interpretada por esta Sala casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una **cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo**, o bien del aprovechamiento de su actividad (entre otras SSTs STS 91/2005, de 11 de abril, 229/2007 de 22 de marzo o 370/2010 de 29 de abril).

Se trata de una responsabilidad que abarca incluso los supuestos de extralimitación en el ejercicio de sus funciones por parte del dependiente y que queda delimitada con arreglo a la teoría de la apariencia. Según ésta, en palabras de la STS 532/2014 de 28 de mayo, 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.

2.- **Por su parte, el apartado 3º del artículo 120 del CP**, cuya aplicación ahora se solicita por primera vez, prevé la responsabilidad subsidiaria de "las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, **cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción**".

Se trata de un supuesto de diferente configuración, cuya vinculación lo es exclusivamente con el delito, y no con su autor, y cuyos presupuestos son que aquél se haya cometido en el establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, y que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, **haya realizado alguna "infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad"**.

Los contornos del término "reglamentos" esta Sala los ha reconducido al de las normas de actuación profesional en el ramo de que se trate, que abarcan cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros (entre otras la STS 768/2009 de 16 de julio que el recurrente cita).

No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquel deber legal o reglamento, puede ser imputable a quienes dirijan o administren el establecimiento, o a sus dependientes o empleados. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual. Por último es imprescindible que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTs 1140/2005 de 3 de octubre, 1546/2005 de 29 de diciembre, 204/2006 de 24 de febrero y 229/2007 de 22 de marzo).

El eje central de la acción que acoge el artículo 120.3 del CP es la infracción de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas. Estas personas, naturales o jurídicas, que los regentan han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las mismas y su omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso de que se trate, tienen que ser de probada significación en la suscitación del hecho punible cometido.

De manera reiterada ha señalado la jurisprudencia de esta Sala que las acciones civiles no pierden su configuración como tales por el hecho de que se ejercite el procedimiento penal. En palabras de STS, Sala 1ª, 771/2011 de 27 de octubre "la causa petendi (causa de pedir), como elemento que permite identificar la acción, es el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre de 2007, RC n.º 5781/2000), si bien la calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos (STS de 16 de diciembre de 1995, RC n.º 1544/1999). Por ello la jurisprudencia alude en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado (SSTs de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001)".



Esta Sala del **Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 413/2015 de 30 Jun. 2015, Rec. 10829/2014** señaló en un caso de delito cometido por empleado de banca que era aplicable el art. 120.4 y no el 120.3 CP, en razón a que:

"Pues bien en el caso que se analiza con independencia de la posible infracción reglamentaria o de las disposiciones de la autoridad -interpretada como la omisión del deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros en relación a los derechos con los usuarios de banca en relación a la protección de intereses económicos establecidos por la legislación general sobre protección de consumidores Ley 26/84 de 19.7, de consumidores y usuarios, en relación a la legislación específica relativa a productos bancarios, la ya derogada orden de 12.12.89, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a sus clientes y publicidad de las entidades, desarrollada por Circular del Banco de España 8/90 de 7.9, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, tendente toda a proteger no solo a los clientes que acaban firmando un contrato bancario sino también a los clientes potenciales cuando contactan con una entidad bancaria, que tienen derecho a una información precontractual clara, oportuna, suficiente, objetiva y no engañosa, tendencia que se mantiene en la actual orden EHA 2899/2011 de 18.10, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, de que la parte general del engaño, en relación al recurrente, se realizara en el establecimiento dirigido por la empresa contra la que se solicita la declaración de responsabilidad civil subsidiaria, Deutsche Bank, y de la documentación remitida por uno de los perjudicados, en octubre 2009, un año antes de la detención de los implicados - informando de la entidad de lo que estaba sucediendo en la sucursal del Paseo de la Castellana (carta y fax, folios 4978 y 4979) al utilizarse dicha sucursal y los medios informáticos del Banco para cometer estafas, lo cierto es que siendo un hecho no discutido la relación laboral entre el responsable penal y la entidad financiera Deutsche Bank, por cuanto el acusado Jose Antonio trabajaba como jefe de la sucursal del Banco del Pº de las Castellana, nº 18, lo que podría ser un impedimento para la aplicación del art. 120.3, **dándose los presupuestos para la apreciación de la responsabilidad civil subsidiaria por la vía del art. 120.4**, debe esto ser mantenida".

En este caso se ha reconocido que " Valentín ... no exigió, en el ejercicio de sus funciones de empleado de la oficina bancaria de la Caixa del Penedés, la firma del otro administrador: Salvador , ni informó de ese importante particular al director de la oficina, ni a los demás empleados de la misma. Por lo que éstos, en las disposiciones en que él no estuviera presente en la oficina, actuaban de forma errada autorizando la disposición dineraria con la sola firma de Victoriano ".

Con ello, en este caso quien tenía el dominio del hecho dentro de la entidad bancaria era Valentín , sin que por parte del resto de los empleados, incluido el director, se haya infringido las disposiciones del Banco de España. No existe una infracción generalizada, sino una actuación concreta que, incluso, le ha generado al infractor la responsabilidad penal dimanante del concierto con Victoriano .

Con ello, la atracción de la responsabilidad civil del art. 120 CP tiene perfecto acomodo en la vía del art. 120.4 CP en tanto en cuanto según la doctrina de esta Sala, para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria en el caso del art. 120.4º CP es preciso, de un lado, que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se encuentre 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 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 el segundo -la funcionalidad- se inserta 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; y 51/2008, de 6.2). Aun más, como precisa la STS. 28 de mayo de 2014, es obvio que debe existir una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas, pero ello no excluye la 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 -señala la STS 260/2017- es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente 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 eligendo 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; y 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 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 autor del delito 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)".

La declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica ha sido declarada aunque encontrando mayor cauce y acomodo en la vía del art. 120.4 CP, como se ha explicitado en las diferencias existentes entre la vía del nº 3 y la del nº 4, aun con extralimitación en la actuación unilateral, que así lo fue, del condenado Valentín , y no debido a una global actuación de descontrol de la entidad, sino al cauce unilateral del responsable penal.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Al amparo del art. 849.2 de la LECR, por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador.

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).

Ya hemos hecho mención a la prueba que ha sido tenido en cuenta por el Tribunal en el FD nº 1 y en el FD nº 3, por lo que los mismos documentos que se citan por el recurrente ya han sido tenidos en cuenta en el examen de la sentencia. Sin embargo, se incide en cuestiones ya resueltas en orden a la alegación de la "equivocación del juzgador al absolver a los procesados del delito continuado en falsedad en documento mercantil; así como al importe fijado en concepto de indemnización y al determinar la identidad de la persona que resulta perjudicada directamente por el delito de apropiación indebida".

1.- No hay falsedad documental.



Se han tratado sobre estas cuestiones en los fundamentos precedentes en orden a excluir la condena por falsedad, como ha argumentado el Tribunal y en base a los límites de esta sede casacional frente al recurso deducido. Se sostiene la pretensión punible de la falsedad, aunque sostiene una serie de artificios llevado a cabo por los condenados y una especie de dolo inicial al momento de las operaciones, pero ante la pretensión de condena por falsedad, ya que no se articula por delito patrimonial o societario los requisitos del tipo penal no concurren al ser preciso el dolo falsario, lejos de lo cual la operación se ubicó en una referencia a aportaciones no dinerarias reales y evidentes para compensarlas como dinerarias, lo que tendría su reflejo en el orden civil, pero no en el derecho penal, donde se excluye el dolo falsario por el Tribunal.

Por ello, los documentos mencionados por el recurrente no fueron ignorados por el Tribunal, sino que se tuvieron en cuenta y fueron valorados con el resto de la prueba practicada, llegando a una conclusión diferente a la pretendida por la parte recurrente.

La sentencia declara probado que para acreditar la aportación dineraria del acusado Victoriano en la escritura de ampliación de capital de 24 de julio de 2008 se aportó una certificación suscrita por el Director de la oficina bancaria de la cuenta, confirmando que Victoriano había ingresado en la cuenta societaria la cantidad de 36.908 euros por el concepto de aportación de capital. Si bien seguidamente afirma que en el momento de expedirse dicha certificación en la cuenta tan sólo constaban como ingresos las transferencias realizadas por orden del Sr. Salvador, pero se procedió por los acusados Victoriano y Valentín a una compensación. No existe falsedad por la emisión de certificaciones. El Tribunal valora la existencia de compensación en la constancia de aportaciones no dinerarias para reflejarlas como dinerarias. El incumplimiento de normativa mercantil no conlleva el dolo falsario que se determina en el delito de falsedad.

Se recoge en la sentencia que "En cuanto a la aportación de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., según el referido documento, quedó integrada por la licencia de obras y el pago de las tasas correspondientes, y por el proyecto básico realizado por la empresa perteneciente al arquitecto, el acusado, Victoriano, sin que tampoco se valorase económicamente dicha aportación". No existe el grado de falsedad que se predica por la expresa conversión de aportación no dineraria en dineraria. Y es por ello que Victoriano como arquitecto había realizado el proyecto básico de la urbanización proyectada, que no se había valorado como tampoco había sido abonada la prestación de tal servicio profesional.

Victoriano como arquitecto había realizado el proyecto básico de la urbanización proyectada, que no se había valorado como tampoco había sido abonada la prestación de tal servicio profesional.

Además, lo que se hizo fue "*cuantificar su aportación*", lo que no integra una falsedad, y se cifró en 36.908 euros, pues, dado el resultado de las pruebas practicadas (declaración de los acusados, del testigo Sr. Salvador y la prueba documental), no se consideró incoherente o anómalo que la aportación de esa cantidad, que en el certificado de la entidad bancaria se dice que ingresó en la cuenta de la sociedad para la ampliación de capital, procediera de la compensación económica de sus servicios profesionales con los fondos sociales procedentes de las transferencias del Sr. Salvador.

Ya hemos reflejado anteriormente que en la sentencia se recoge que:

"Se debió considerar que CONESA 2007 PROMOCIONES S.L. habría abonado -con los fondos dinerarios existentes (parte de la transferencia en concepto de préstamo realizada por el hijo de Salvador)- dicha suma a Victoriano por dicho concepto. Y se consideraba que seguidamente este acusado había ingresado dicha suma como aportación dineraria en el aumento de capital escriturado, y en este sentido se reflejó en el segundo certificado bancario como ingreso en efectivo que también se unió a la escritura pública de aumento de capital".

No se trata en este caso de si concurre una absorción ex art. 8 CP en la apropiación indebida, sino que el Tribunal ha motivado en base a la prueba practicada la exclusión del dolo falsario determinante de la condena por delito de falsedad. Además, no se trata en vía penal acerca de si el recurrente puede, o no, ejercitar una acción social de responsabilidad con el 49%, ya que no es tema a debatir en el orden penal, con independencia del dictado del art. 239 del RDL 1/2010, de 2 de Julio señala que en relación con el art. 168, 1. *El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.*

2.-Se alega que existió falsedad mercantil debe llevar aparejada la nulidad de los contratos firmados y de las escrituras, que fueron urdidas y tramadas por los acusados para asegurar el resultado de su defraudación a mi representado y único perjudicado en esta trama, el Sr. Salvador. Pero todas las cuestiones de naturaleza



mercantil no pueden llevar al terreno de una consecuencia civil de nulidad de contratos y escrituras porque se ha rechazado la falsedad de los documentos que se citaban, no pudiendo extenderse al resto de operaciones, cuando el objeto de acusación es de apropiación indebida, que es la condena, y no puede llevar aparejada nulidad de contratos y escrituras y falsedad documental, cuando se ha descartado de forma motivada por el Tribunal como hemos visto.

No puede exigirse una responsabilidad civil de un delito que no lleva aparejada la consecuencia civil en régimen de responsabilidad que se propone por su desconexión en la reclamación pretendida con la condena fijada.

3.- Relación de disposiciones consignadas.

Señala el Tribunal que:

"La disposición dineraria realizada en fecha 5 de agosto de 2008, de importe 5.713,79, sirvió para abonar una factura girada por el acusado Valentín en concepto de sus honorarios por su intervención en la promoción inmobiliaria proyectada y acuerdo de intenciones firmado en fecha 11 de abril de 2008, según detalle que se consigna en la factura que éste giró contra la sociedad con fecha 25 de abril de 2008 (folio 612).

De la relación de disposiciones consignadas en las conclusiones del Ministerio Fiscal además de excluirse la expresada de fecha 5 de agosto de 2008 de importe 5.713,79, también excluimos la de 8 de octubre de 2008 por importe 1.500 por cuanto según el extracto bancario (folio 332) corresponde al pago de gastos escrituras públicas. También la de fecha 4 de mayo de 2012 de 3.016,86; pues la realizó Salvador cuando se enteró que la cuenta bancaria de la sociedad había sufrido una serie de disposiciones fraudulentas. Y finalmente debe aclararse que el importe de 6.000 de fecha 7 de mayo de 2012, corresponde a un abono efectuado por Victoriano .

En definitiva, estando la promoción inmobiliaria parada, con excepción de los trabajos de derribo que se hicieron para que no caducará la licencia municipal de obras, el acusado Victoriano fue disponiendo de las sumas, que se relacionan en el apartado de hechos probados de la presente sentencia, en su propio provecho, es decir apropiándose de las mismas, hasta dejar la cuenta en los indicados 3.016,86..".

Así, el Tribunal expone detalladamente tanto en el hecho probado como en el fundamento jurídico antes citado las razones de excluir determinadas partidas de las incluidas en la relación del Fiscal como operaciones ilícitas. También el Tribunal precisa que Victoriano efectuó con fecha 7 de mayo de 2012 un abono en la cuenta de la sociedad por importe de 6.000 euros, lo que tuvo en cuenta a la hora de fijar en el fallo la indemnización por importe de 76.002 euros a la que han sido condenados ambos acusados.

Es hecho probado que:

"En fecha 16 de julio de 2008 el hijo de Salvador , siguiendo instrucciones de su padre y con fondos pertenecientes a éste, realizó dos transferencias bancarias en la cuenta bancaria antes de consignada, siendo beneficiaria de ambas CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., por importes 63.000 euros; en concepto de préstamo y 37.000 euros; en concepto de aportación de capital".

Tras instarse aclaración de las sumas objeto de la responsabilidad civil hay que recordar que se cita en el auto de fecha 24-4-2018 que "no consideramos que se haya producido el error aritmético denunciado, resultando de los hechos probados y de los razonamientos jurídicos de la sentencia, la suma a que asciende el principal de la condena en concepto de responsabilidad civil".

Señala el recurrente que "Dicho pronunciamiento el de sentencia y aclaración no es acertado, porque la cantidad defraudada, son los 100.000.-€ ingresados como aportación de capital menos los 3.016,86.- retiradas en fecha 4 de mayo del 2012 esto es, la suma de 4.983,14.€.". Pero se debe insistir en que no es el recurrente el que asume el concepto de perjudicado, de ahí que la fijación del quantum indemnizatorio no es el de su aportación social, debiendo recurrir a otras vías, pero no a la de la responsabilidad civil dimanante del delito que lo es "del delito cometido", que es de apropiación indebida, y no de consecuencias societarias de una mala gestión que se reclama por el recurrente que actúa como administrador y socio y reclama la devolución de su aportación dineraria, pero que no puede llevar a cabo ex arts. 109 y ss CP, por no existir nexo entre delito de apropiación indebida, y quantum distraído y la responsabilidad civil de carácter personalísimo que anuda a las consecuencias civiles del delito.

Señalar que frente a la queja por restar ciertas disposiciones justificadas el Tribunal expone detalladamente tanto en el hecho probado como en el fundamento jurídico las razones de admitir ciertas disposiciones como válidas y ajustadas a necesidades de "gasto" y no incluibles en las partidas de ilicitud que han determinado la responsabilidad civil fijada en sentencia. Estas partidas de gasto se encuentran respaldadas por un concepto que las justifica y fueron facturas abonadas en cuenta, sin que la discrepancia sobre quién debe asumirlas, la sociedad o los socios a título particular, sea cuestión que deba ser resuelta en este procedimiento.



4.-La administración de la sociedad era mancomunada desde su constitución

Es hecho probado que:

"En fecha 14 de septiembre de 2007 los dos acusados, Valentín y Victoriano, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, junto con Alfonso, constituyeron la sociedad mercantil CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., cuyo objeto social era la actividad inmobiliaria, nombrándose como administradores mancomunados a Victoriano y Alfonso.

...

Cese como administrador de Alfonso y sustitución por Salvador

c) A continuación se otorgó escritura pública en que se formalizó el cambio del administrador, cesando Alfonso y nombrándose Salvador en su sustitución, quedando por lo tanto como **administradores mancomunados de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. éste último y Victoriano**.

Se postula la nulidad del contrato de cuenta corriente y que "el dinero ingresado en la misma es de quien lo aportó a la cuenta, que no es otro, que mi representado. La cuenta bancaria que se afirma que era de CONESA no es de su titularidad, sino que adolece de nulidad por infracción de la normativa sobre condiciones generales de la contratación". Sin embargo, no se puede pretender tal nulidad y sus consecuencias cuando se debe insistir que no se puede disociar el alegato de que estamos en un proceso penal donde la condena lo es por las sumas distraídas y por las que constan en los hechos probados descontadas las procedentes atinentes a gastos justificados.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 de la LECR, por no haber resuelto la sentencia sobre todos los puntos que fueron objeto de acusación y defensa.

Se alega que se solicitó en el escrito de calificación la declaración de nulidad del contrato privado de aportación de capital y de la escritura notarial de ampliación de capital social de 24 de julio de 2008, sin que la sentencia se haya pronunciado sobre este particular, que aunque fue subsanado en el auto de aclaración, el razonamiento esgrimido es incoherente para justificar la falta de dolo en el delito de falsedad.

En el auto se da debida respuesta a esta cuestión, tema sobre el que ya hemos tratado anteriormente en la respuesta al motivo precedente. Y hay que precisar que estas nulidades de contratos y de escritura deben tener un "anclaje" previo en una declaración de condena, que no puede ser la vía de la apropiación indebida, y tampoco la de la falsedad, porque inexistente el dolo falsario documental no puede anudarse la consecuencia reclamada de la nulidad que se postula, por quedar huérfano de vía a utilizar la declaración que se reclama, al ser inviable conceder un pronunciamiento de responsabilidad civil dimanante del delito, sin el ilícito penal en el que se "ancla" esta responsabilidad declarativa de la nulidad que se reclama.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECR, por existir contradicción entre los hechos probados y por predeterminación del fallo.

Esta vía es tasada y no es posible utilizarla para introducir la discrepancia con el hecho probado, que es lo que al final subyace, ya que postula su discrepancia con la calificación que hace la sentencia del contrato privado de 11 de abril de 2008, entendiendo que se trata de un verdadero contrato y no de un acuerdo de intenciones, pues a raíz de su firma se suscribieron las escrituras notariales. Pero es preciso atenernos al núcleo de lo que permite el motivo legal y en este caso no se concreta en qué apartados de los hechos probados se produce la contradicción, ya que la queja supone una discrepancia acerca de lo que se entendió respecto al acuerdo de voluntades. Cuestiona que el Tribunal considere que el acuerdo de fecha 11-4-2008 fue una declaración de intenciones, y que de ser así no habría tenido lugar "el desembolso de los 100.000 euros en concepto de aportación de capital para la inversión de la promoción inmobiliaria, y no habría tenido lugar la defraudación que es objeto del presente recurso", según se alega. Pero ello no tiene cabida en el estrecho margen de impugnación ex art. 851.1 LECRIM.

Sin embargo, debemos hacer notar que este motivo se refiere solo al relato de hechos probados. Y para ello se exigen los siguientes requisitos:

1.-Que en el contexto del hecho probado se produzca incomprensión, bien por uso de frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por empleo de juicios dubitativos, o por absoluta ausencia de presupuesto fáctico. Este vicio procesal es interno del hecho probado.



2.-La incomprensión del hecho probado ha de ser casualmente relacionada con la calificación jurídica de la sentencia y no existiría un engarce entre el hecho y la fundamentación de la subsunción.

3.-La falta de claridad por incomprensión o falta de entendimiento debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 716/2001 de 6 Abr. 2001, Rec. 386/2000).

La omisión del hecho probado da lugar al vicio procesal cuando la omisión tenga trascendencia para la calificación jurídica.

Esta Sala del Tribunal Supremo señala en Auto 1160/2016 de 30 Jun. 2016, Rec. 476/2016 que:

Respecto a la ausencia de expresión clara y terminante de los hechos probados, por las radicales consecuencias que conlleva, semejante defecto "in iudicando" ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incomprensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado. Supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones. Obligado resulta para la prosperabilidad de un recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

También en Auto 1216/2018 de 13 Sep. 2018, Rec. 1054/2018 hemos señalado a propósito del vicio procesal consistente en la falta de claridad o contradicción en los hechos probados, según reiterada doctrina de esta Sala (Sentencia del Tribunal Supremo 671/2016, de 21 de julio), que este motivo solo puede prosperar "cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o existan omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos" (Sentencia del Tribunal Supremo 856/2015 , 837/2015 o la más reciente 44/2016). Por lo tanto, el vicio debe deducirse directamente del apartado fáctico y se desenvuelve en el ámbito de lo gramatical e inteligible desde esta perspectiva, de forma que no cabe enfrentarlo a la propia valoración de la parte sobre los hechos que debieron declararse probados.

La jurisprudencia reiterada de esta Sala (STS nº 671/2016, de 21 de julio), ha establecido que la contradicción consiste "en el empleo en el hecho probado de términos que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos. Consecuentemente, se deducen los siguientes requisitos para el éxito de este motivo de impugnación: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras; por ello la contradicción debe ser ostensible y producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; b) debe ser insubsanable, no siéndolo cuando, a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede entenderse en el contexto de la sentencia; c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, si bien se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; d) que sea completa, es decir, que afecte a los hechos y a sus circunstancias; e) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma" (Sentencias del Tribunal Supremo 323/2005 , 1024/2005 , 248/2007 , 474/2009 o 229/2016). Por las razones aducidas en el párrafo anterior tampoco la pretendida contradicción puede prosperar porque enfrenta hechos con razonamientos jurídicos.

Atendiendo al objeto del motivo, no hay contradicción en los hechos probados. No pueden en modo alguno considerarse el relato de hechos probados incurso en defectos, por cuanto se alegan cuestiones que han sido ya tratadas en otros motivos y no tienen cabida de nuevo en esta vía, por lo que el motivo articulado, carece manifiestamente de fundamento.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR Valentín

OCTAVO.- 1.- Al amparo del art. 852 de la LECR, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.



Se queja el recurrente de la inexistencia de prueba de cargo así como la falta de motivación sobre su valoración, pues no se ha acreditado que este recurrente fuera el autor del delito de apropiación indebida, o que conociera que las disposiciones realizadas por Victoriano no obedecían a operaciones propias de la mercantil titular de la cuenta, ni se establece en la sentencia que haya obtenido un lucro que le beneficie.

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 sí 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).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos.



En cualquier caso, es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del 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:

1.-En primer lugar, **debe analizar el "juicio sobre la prueba"**, es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla 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 de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.-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.

3.-En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"**, es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12:

" El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral .

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal,

2.- Cómo lo dice

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical**.

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 o 28 de Enero de 2002, o 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 inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta



cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de **verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada**, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria –art. 9-3º–, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).

Y dado que se alega que no ha habido "prueba de cargo" señalar que la doctrina apunta que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

En la misma dirección, la doctrina constitucional ha establecido que la presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías.

La presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias:

- 1.ª) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos (STC 140/1991, de 20 de junio);
- 2.ª) solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad;
- 3.ª) de dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y, especialmente, la posibilidad de contradicción (SSTC 82/1992, de 28 de mayo; y 138/1992, de 13 de octubre); y
- 4.ª) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.



Se recoge en los hechos probados que:

Constitución por Valentín , Victoriano y Alfonso de sociedad CONESA 2007

"1.- En fecha 14 de septiembre de 2007 los dos acusados, Valentín y Victoriano , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, junto con Alfonso , constituyeron la sociedad mercantil CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., cuyo objeto social era la actividad inmobiliaria, nombrándose como administradores mancomunados a Victoriano y Alfonso .

Adquisición por Victoriano Y Salvador de las participaciones en CONESA 2007 de Valentín y Alfonso

b) En 24 de julio de 2008 se otorgó de escritura pública de compraventa por la que las participaciones, que en su día habían suscrito Valentín y Alfonso en la constitución de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., fueron adquiridas por y Victoriano , y Salvador

...

DISPOSICIONES EN PROVECHO PROPIO DE Victoriano EN LA CUENTA DE CONESA 2007 PESE A TENER FIRMA MANCOMUNADA CON Salvador

6.- A pesar de ello, Victoriano , autorizado por sí solo en la cuenta antes consignada, cuando en realidad era administrador mancomunado con Salvador , efectuó una serie de disposiciones dinerarias, que a continuación se relacionarán, que **hizo suyas en su propio provecho, lo que era sabido por Valentín pues la promoción se hallaba parada y la actividad profesional de aquél ya había sido retribuida .**

INTERVENCIÓN DE Valentín EN LA APROPIACIÓN INDEBIDA

Victoriano precisó de la aportación de Valentín , que concertadamente con aquél y sabiendo, como lo sabía éste que para ello era necesario el concurso del otro administrador mancomunado, **no exigió, en el ejercicio de sus funciones de empleado de la oficina bancaria de la Caixa del Penedès, la firma del otro administrador: Salvador , ni informó de ese importante particular al director de la oficina, ni a los demás empleados de la misma .** Por lo que éstos, en las disposiciones en que él no estuviera presente en la oficina, actuaban de forma errada autorizando la disposición dineraria con la sola firma de Victoriano .

RELACIÓN DE DISPOSICIONES POR Victoriano FACILITADO POR Valentín

Tales disposiciones, que este acusado hizo suyas en su propio provecho, con la necesaria colaboración de Valentín , son las siguientes:

- El 24 de julio de 2008 la suma de 10.200.
- El 30 de julio de 2008 la suma de 25.752.
- El 16 de diciembre de 2008 la suma de 3.000
- El 16 de enero de 2009 la suma de 2.700.
- El 29 de enero de 2009 la suma de 12.000.
- El 6 de mayo de 2009 la suma de 12.500.
- El 30 de octubre de 2009 la suma de 3.000.
- El 31 de diciembre de 2009 la suma de 2.000.
- El 29 de junio de 2010 la suma de 1.500.
- El 6 de julio de 2010 la suma de 1.000.
- El 16 de julio de 2010 la suma de 1.000.
- El 20 de julio de 2010 la suma de 1.400.
- El 27 de julio de 2010 la suma de 900.
- El 30 de julio de 2010 la suma de 1.200.
- El 4 de agosto de 2010 la suma de 800.
- El 17 de septiembre de 2010 la suma de 450.
- El 10 de noviembre de 2010 la suma de 2.600.

Estas disposiciones hacen un total de 82.002.



Y en la valoración de la prueba sostiene el Tribunal que:

"Responsabilidad de Valentín

Como el acusado Valentín era empleado de Caixa d'Estalvis del Penedès, siendo su centro de trabajo la oficina de constante referencia, tenía lógicamente asignado como cliente a CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., por lo que también resultaba normal que atendiera a su administrador Victoriano, cuando éste acudía a la oficina. Ello fue declarado en el plenario prácticamente por todos los testigos, empleados también de la misma oficina.

Valentín en su condición de trabajador de la repetida entidad bancaria debió hacer constar en la hoja de Registro de firmas, y en lo menester conseguir que en el programa informático de la misma constara que eran precisas dos firmas para realizar actos de disposición, pues como socio de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. **sabía que la administración era mancomunada desde su constitución**. Nótese que según manifestó, y según facturó, él intervino en la constitución de la sociedad, y en la preparación del documento privado de 11 de abril de 2008, en el que también figura consignada dicha administración mancomunada, y además asistió a la firma de las escrituras públicas realizadas el 24 de julio de 2008, entre las que se hallaba la del cambio de administrador mancomunado de Alfonso a Salvador.

En definitiva, ya fuera visando personalmente los reintegros realizados con la única firma de Victoriano, ya fuera dándole a firmar los mismos a sus compañeros de oficina para que los visaran, o incluso manteniendo el registro de firmas en el estado originario del día anterior a la constitución de la sociedad, y sin interesar que en el proceso informático constase este importante particular, aportó una conducta sin la que resultaba imposible que Victoriano pudiera hacer suyos los importes de las disposiciones que efectuaba, siendo consciente además que al estar la promoción inmobiliaria parada no obedecían a pagos en interés de la sociedad. Esta forma de proceder consideramos que fue concertada entre ambos acusados, debiendo obtener también Valentín el correspondiente beneficio económico, aunque no concretado, por su actuación desleal con Caixa d'Estalvis del Penedès y con CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. que era la cliente de dicha entidad bancaria".

Con ello, se obtiene que:

- 1.- Valentín era empleado de la Sucursal de la Caixa del Penedés en la que se abrió la cuenta titularidad de CONESA 2007 y en la que el día antes de su constitución se consignó únicamente la firma de Victoriano.
- 2.- Participó con los otros dos socios en la escritura de constitución de esta sociedad, suscrita el día 14 de septiembre de 2007, en la que nombraron administradores mancomunados a Victoriano y a Alfonso.
- 3.- Más tarde se otorgó de escritura pública de compraventa por la que las participaciones, que en su día habían suscrito Valentín y Alfonso en la constitución de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., fueron adquiridas por y Victoriano, y Salvador.
- 4.- Como empleado de la oficina tenía asignado como cliente a CONESA 2007 y por ello era el que atendía a su administrador Victoriano.
- 5.- Victoriano precisó de la aportación de Valentín, que concertadamente con aquél y sabiendo, como lo sabía éste que para ello era necesario el concurso del otro administrador mancomunado, **no exigió, en el ejercicio de sus funciones de empleado de la oficina bancaria de la Caixa del Penedès, la firma del otro administrador: Salvador, ni informó de ese importante particular al director de la oficina, ni a los demás empleados de la misma.**
- 6.- Las disposiciones, que Victoriano hizo suyas en su propio provecho, lo fue con la necesaria colaboración de Valentín.

El recurrente construye su recurso bajo la tesis de que no se ha acreditado un dolo específico de cometer el delito de apropiación indebida, pero nótese que estamos ante una colaboración necesaria en el partícipe sin la cual la apropiación por distracción de dinero no puede producirse **en ningún caso** si no es con su directa colaboración, ya que no se trata de un caso en el que el acusado principal tenga la disposición directa del manejo de fondos, sino que los fondos son bancarios y el único que podía ayudarle era el actual recurrente, por lo que los indicios reseñados son concurrentes para la conclusión de la autoría del recurrente, ya que con tales indicios, acreditados con prueba directa, la inferencia del Tribunal es totalmente lógica y coherente.

Había sido partícipe del operativo desde un primer momento, y debió evitar esas operaciones de distracción porque estaba en su mano hacerlo, y pese a ello no lo hizo y facilitó las distracciones. Su colaboración es y fue necesaria para el buen fin ideado por Victoriano.

Se apela a la tesis del error y a la de la inexistencia de beneficio en la conducta del recurrente, cuando estaba claro la especial concertación inicial entre los condenados en el iter desplegado desde un primer momento en



el que el encargado de la entidad bancaria en donde se abre la cuenta forma parte del entramado societario, en el que más tarde sale para dar entrada al recurrente acusación particular, y facilitar la conducta de distracción de Victoriano sin ningún impedimento ni cortapisa, cuando era su responsabilidad haber puesto filtro a estas disposiciones que nunca se hubieran producido si su actuar y proceder hubieran sido conforme a derecho respetando la mancomunidad. Por ello, no hay error posible en quien tiene de forma específica la función y responsabilidad de actuar fiscalizando la legitimidad de quien insta la extracción de la cuenta, y lejos de ellos consiente la irregularidad.

Con ello, no es que cometa error en su actuación, sino por su condición profesional resulta obvio que actúa con dolo. No puede existir otra inferencia.

Y así, debió alertar y evitar la operación, como apunta el Tribunal, "ya fuera visando personalmente los reintegros realizados con la única firma de Victoriano, ya fuera dándole a firmar los mismos a sus compañeros de oficina para que los visaran, o incluso manteniendo el registro de firmas en el estado originario del día anterior a la constitución de la sociedad, y sin interesar que en el proceso informático constase este importante particular, **aportó una conducta sin la que resultaba imposible que Victoriano pudiera hacer suyos los importes de las disposiciones que efectuaba, siendo consciente además que al estar la promoción inmobiliaria parada no obedecían a pagos en interés de la sociedad**. Esta forma de proceder consideramos que **fue concertada entre ambos acusados, debiendo obtener también Valentín el correspondiente beneficio económico, aunque no concretado**".

El beneficio en este caso entra en el operativo común de las distracciones de Victoriano que no se han cuantificado entre ellos, pero que queda a la concertación que ambos idearon desde un primer momento. No se trata en este caso de un mero cajero de una entidad bancaria que comete un error en el control de firmas, o en quien precisa de otra firma, porque su directa participación en el entramado societario desde un primer momento determina que la prueba de indicios sea concluyente.

Se han expuesto una serie de indicios que confluyen a la autoría del recurrente en cooperación necesaria con Victoriano. Y en estos casos no puede predicarse la exigencia, siempre y en todo caso de prueba directa, siendo válida la de indicios construida en el elenco antes citado. Y así hemos señalado que la prueba indiciaria que aquí se recoge para sustentar la condena ha sido y es utilizada como prueba en el proceso penal en multitud de casos en los que no existe prueba directa y es preciso acudir al enlace preciso y directo que proporcionan sucesivos indicios que debidamente concatenados dan lugar a la existencia de una prueba tenida como "de cargo" por el Tribunal y que es admitida para enervar la presunción de inocencia.

Esta sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la validez de la prueba de indicios, y así:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 548/2009 de 1 Jun. 2009, Rec. 1644/2008.

"La prueba indiciaria supone un proceso intelectual complejo que reconstruye un hecho concreto a partir de una recolección de indicios. Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos. Y como quiera que cuando se pone en marcha la cadena lógica, nos adentramos en el terreno de las incertidumbres, la necesidad de un plus argumentativo se justifica por sí sola. El juicio histórico y la fundamentación jurídica han de expresar, con reforzada técnica narrativa, la hilazón lógica de los indicios sobre los que se construye la decisión. El proceso deductivo ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica (cfr. SSTS 456/2008, 8 de julio y 947/2007, 12 de noviembre)".

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1980/2000 de 25 Ene. 2001, Rec. 3869/1998.

"Tanto el Tribunal Constitucional (SS 174/1985 y 175/1985 de 17 Dic., 229/1988 de 1 Dic., entre otras), como esta misma Sala (TS SS 84/1995, 456/1995, 627/1995, 956/1995, 1062/1995, etc.), han declarado reiteradamente que el derecho a la presunción de "inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba de carácter indiciario, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer, al menos, dos exigencias básicas: 1.º) los hechos base o indicios deben estar plenamente acreditados, no pudiendo tratarse de meras sospechas; 2.º) el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado. En estos casos el control casacional incluye tanto la constatación de que ha mediado una actividad probatoria válida como el examen del razonamiento que sirve de fundamento a la convicción judicial para constatar que responde a las reglas de la lógica y del criterio humano.

Como se señala en la sentencia de esta Sala núm. 913/1996, de 26 Nov. "la relación entre los indicios probados y el hecho determinante de la responsabilidad criminal del acusado permite, de acuerdo con las reglas de



la experiencia y de la lógica, llegar a la conclusión de que, si son ciertos los indicios, ha de serlo también el hecho determinante de la culpabilidad de cuya fijación se trate. Requisitos que, en su conjunto, dotando de consistencia y verosimilitud a la prueba indiciaria, la viabilizan en orden al acreditamiento de una actuación criminal. Si solo se asentase éste sobre una prueba directa, serían múltiples los supuestos que se sustraerían a la acción de los Tribunales; nacen las presunciones e indicios del conocimiento de la naturaleza humana, del modo de comportarse habitual del hombre en sus relaciones con otros miembros de la sociedad, de la índole misma de las cosas. La importancia de la prueba indiciaria en el procedimiento penal radica en que, en muy varios supuestos, es el único medio de llegar al esclarecimiento de un hecho delictuoso y al descubrimiento de sus autores".

La función del Tribunal casacional en los casos en que la condena se fundamente en prueba indiciaria, consiste, en consecuencia, en controlar el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia sin invadir las facultades valorativas del Tribunal de instancia.

Para ello es necesario constatar que en la resolución impugnada se cumplen una serie de requisitos, formales y materiales, exigibles jurisprudencialmente como son:

1.º) Desde el punto de vista formal:

a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia;

b) que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación que –aun cuando pueda ser sucinta o escueta– se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2.º) Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia.

En cuanto a los indicios es necesario:

a) que estén plenamente acreditados;

b) que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa;

c) que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; y

d) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí (SS 515/1996, de 12 Jul ., o 1026/1996 de 16 Dic ., entre otras muchas).

Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (art. 1253 del CC) (SS 1051/1995 de 18 Oct., 1/1996 de 19 Ene., 507/1996 de 13 Jul., etc.).

Ahora bien, esta labor de control casacional tiene también dos límites:

1.- El primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim. y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de instancia. Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que – de la prueba testifical, por ejemplo– ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado.

2.- En segundo lugar, el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y mucho menos por el del recurrente.

Como señalan las sentencias 272/1995, de 23 Feb. o 515/1996 de 12 Jul. "es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba testifical (de descargo), o la propia declaración exculpatoria del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia".



Es decir, que queda fuera del ámbito del recurso casacional la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas –que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad– o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal "a quo", siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia".

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 593/2017 de 21 Jul. 2017, Rec. 2462/2016.

El TC (en SSTC 111/2008 y 109/2009) ha considerado como requisitos imprescindibles para que opere la prueba indiciaria los siguientes:

- 1) que el hecho o los hechos base (o indicios) estén plenamente probados;
- 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados;
- 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos-base y los hechos-consecuencia; y
- 4) finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos".

No se trata de meros datos no corroborados, o aislados sin conexión alguna entre ellos, sino que los indicios deben mantener una correlación de forma tal que formen una cadena que vaya conformando el iter para llegar al proceso mental de convicción que se conforma por la suma de los datos y la prueba de cada uno de ellos.

No se trata en estos casos de prueba indiciaria, sin embargo, de no exigirse un rigor a la admisión de los indicios como mecanismo para enervar la presunción de inocencia, sino que éste concurre en el presente caso y es detallado, conciso y concreto, asumiendo la suma de todos y cada uno de ellos hasta conseguir la convicción del jurado en este caso. De no ser así solo podrían obtenerse condenas en casos de prueba directa, pero existen muchos supuestos en los que no existen testigos visuales, pero concurren indicios que pueden llevar al Tribunal al proceso de convicción de la autoría.

En cualquier caso, somos conscientes de que esta admisión de la prueba indiciaria no debe tomarse relajando las exigencias de la valoración de la prueba cuando está ausente la prueba directa, sino que el rigor en la exigencia de la concurrencia de los indicios debe ser "suficiente" para tener por enervada la presunción de inocencia, en virtud de la prueba de cargo que en este caso lo es indiciaria".

Los indicios en este caso son concurrentes y se han expuesto. No concurre en este caso error de prohibición, ya que existe una actuación profesional a sabiendas del operativo diseñado y con expresa concertación de llevarlo a cabo de este modo, incumpliendo normativa de control bancario, aunque de forma aislada en el mismo, aunque en el ejercicio de sus funciones, pero con extralimitación, lo que hace decaer la responsabilidad ex art. 120.4 CP. Además, en la colaboración necesaria en el delito de apropiación indebida con actos sin los cuales el delito no se hubiera cometido resulta obvio señalar que el beneficio se obtiene por el propio autor material directo de la distracción con la intervención necesaria de quien facilita esa extracción, pero ello mantiene el beneficio en el propio operativo de la distracción llevado a cabo. Y, además, resulta que es el recurrente quien tenía la disponibilidad real de fondos que son distraídos por Victoriano, quien con su conducta de instar las extracciones de forma aislada y unilateral produce la comisión delictiva con la colaboración, insistimos, de quien tenía la disponibilidad y el control, que es el actual recurrente.

Además, el tipo penal castiga la apropiación en perjuicio, que en este caso era la sociedad que se desprendía de fondos irregularmente y que la apropiación de admite tanto para uno mismo como para y en beneficio de tercero, recordando que el delito de distracción de dinero incluido en el tipo de apropiación indebida no es más que un supuesto de administración desleal que puede realizarse tanto en beneficio propio como ajeno.



En la STS nº 406/2017, de 5 de junio, como ya se decía que en la STS 915/2005 que "cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada".

Hay que recordar que en cualquier caso la STS nº 129/2018, de 20 de marzo, ha señalado que "la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo" y cuando se trata de delitos especiales como apropiación indebida, sólo puede ser autor aquel en quien se cumplan las exigencias del tipo de autoría, de manera que quienes contribuyen a la ejecución solo serían, en su caso, cooperadores necesarios, como así se refleja en la STS nº 1157/2011. Pero en este caso, incluso el recurrente era el que tenía la disposición de los fondos, ya que es quien permite y autoriza la distracción, con lo que la sentencia lo condena como autor, señalando que:

"Del expresado delito son responsables, en concepto de autores, Valentín y Victoriano, por la ejecución directa, material y voluntaria que llevaron a cabo, conforme a los artículos 27 y 28 del Código Penal.

El día antes del otorgamiento de la escritura pública de constitución de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. (13.9.2007) se abrió su cuenta bancaria, en la oficina de la Caixa d'Estalvis del Penedès, cuando se hallaba en constitución, quedando registrada una sola firma autorizada para la misma, la del Victoriano (folio 327).

Pero ya una vez constituida la sociedad e inscrita en el Registro Mercantil, debería haber constado en la correspondiente Registro de firmas de la entidad bancaria, que su administración correspondía a dos administradores mancomunados, y por ello únicamente se podían efectuar disposiciones de la cuenta bancaria por Victoriano conjuntamente con el otro administrador, al tiempo de la constitución y hasta el día del aumento de capital de constante referencia: Alfonso, y después: Salvador.

Como el acusado Valentín era empleado de Caixa d'Estalvis del Penedès, siendo su centro de trabajo la oficina de constante referencia, tenía lógicamente asignado como cliente a CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., por lo que también resultaba normal que atendiera a su administrador Victoriano, cuando éste acudía a la oficina. Ello fue declarado en el plenario prácticamente por todos los testigos, empleados también de la misma oficina.

Valentín en su condición de trabajador de la repetida entidad bancaria debió hacer constar en la hoja de Registro de firmas, y en lo menester conseguir que en el programa informático de la misma constara que eran precisas dos firmas para realizar actos de disposición, pues como socio de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. sabía que la administración era mancomunada desde su constitución. Nótese que según manifestó, y según facturó, él intervino en la constitución de la sociedad, y en la preparación del documento privado de 11 de abril de 2008, en el que también figura consignada dicha administración mancomunada, y además asistió a la firma de las escrituras públicas realizadas el 24 de julio de 2008, entre las que se hallaba la del cambio de administrador mancomunado de Alfonso a Salvador.

En definitiva, ya fuera visando personalmente los reintegros realizados con la única firma de Victoriano, ya fuera dándole a firmar los mismos a sus compañeros de oficina para que los visaran, o incluso manteniendo el registro de firmas en el estado originario del día anterior a la constitución de la sociedad, y sin interesar que en el proceso informático constase este importante particular, aportó una conducta sin la que resultaba imposible que Victoriano pudiera hacer suyos los importes de las disposiciones que efectuaba, siendo consciente además que al estar la promoción inmobiliaria parada no obedecían a pagos en interés de la sociedad. Esta forma de proceder consideramos que fue concertada entre ambos acusados, debiendo obtener también Valentín el correspondiente beneficio económico, aunque no concretado, por su actuación desleal con Caixa d'Estalvis del Penedès y con CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. que era la clienta de dicha entidad bancaria".

Aunque el recurrente no tenía la posesión o disposición como titular de la cuenta tenía la capacidad de disposición en cuanto su colaboración al acto de distracción, no aplicando la exigencia de la doble firma



conllevaría facilitar la extracción de Victoriano . Ello permite aplicar la coautoría en el tipo penal, por cuanto existe una concertación entre ambos condenados mediante una yuxtaposición entre ellos.

Podría hablarse de una situación de **yuxtaposición ontológica** como una asociación entre los condenados en virtud de la cual se nutren ambos de sus posiciones ante el dinero distraído, bien como titular de la cuenta, bien como facilitador de esa disposición, que es lo que lleva a cabo el recurrente, al ser quien materialmente puede "facilitar" la distracción, porque su posesión es "profesional", como lo es la "disposición" que se le facilita a Victoriano , con una clara concertación que viene desde la constitución común de la sociedad. Todo ello lleva a que se cumplan los requisitos de la apropiación indebida, saber:

En primer lugar, una inicial posesión legítima por el sujeto activo de cosas muebles; dicha posesión, en segundo lugar, ha de haber sido adquirida en virtud de un título que genere la obligación de entregar o devolver la cosa; en tercer lugar, que el sujeto activo rompa la confianza o lealtad debida mediante un acto ilícito de disposición dominical; en cuarto, y último lugar, la conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia.

En el tipo existen, pues, dos fases diferenciadas; la primera es una situación lícita, ordinariamente de origen contractual, en el que la posesión tiene lugar en el marco de la legalidad. La segunda, en la que está presente el ánimo de apropiación, se abre con la actividad delictiva del agente dirigida al logro de tales fines, abusando de la tenencia material de la cosa y de la confianza en él depositada. El núcleo del injusto de este delito es, en definitiva, la conversión de la inicial posesión legítima en ilegítima al haberse producido un quebrantamiento doloso de la relación de confianza, presupuesto de la inicial entrega. Todo ello confluye y concurre en la común conducta de los condenados por delito de apropiación indebida.

El motivo se desestima.

NOVENO. - 2.- Al amparo del art. 852 de la LECR, por infracción de los principios de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras.

Se alega que la acusación particular, única parte que solicitó la condena de este recurrente, calificó los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida en su modalidad de gestión desleal del art. 252. Sin embargo, se sostiene por el recurrente que esta modalidad delictiva con la reforma de la L.O. 1/2015 ha quedado destipificada en la actual redacción del art. 252 y el delito de administración desleal.

No obstante, hay que recordar que cuando la acusación particular dice en su escrito de calificación que el hecho es constitutivo de un delito de apropiación indebida en su modalidad de gestión desleal lo está haciendo en el sentido de distracción o disposición de los fondos prescindiendo de la limitación impuesta por la exigencia de la firma del otro administrador mancomunado.

No existe una aplicación retroactiva del tipo penal de apropiación indebida, porque esta cuestión se responde en el motivo siguiente en cuanto a la tipificación de la "distracción" de dinero como apropiación indebida.

El motivo se desestima.

DÉCIMO. - 3.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por indebida aplicación del art. 252 del CP. No existe indebida aplicación del art. 252 CP al momento de los hechos.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 260/2017 de 6 Abr. 2017, Rec. 1588/2016 que:

"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".**



Con ello, no hubo indebida aplicación del tipo penal. La distracción de dinero llevada a cabo con la concertación preparada, diseñada y ejecutada por ambos para dejar sin activos económicos la cuenta de la mercantil es un acto de los condenados, quien con su distribución de papeles en el organigrama diseñado permiten distraer el dinero y causar un perjuicio societario en la propia sociedad que había constituido, y que es, técnicamente, como hemos visto, el sujeto perjudicado, pese a que el recurrente acusación particular instó le fuera, reconocido el carácter de perjudicado, sin que así se haya verificado, por cuanto ya se ha explicado que esa cualidad es societaria, por ser del patrimonio social de donde se ha producido la distracción, no de la cuenta individual de la acusación particular, aunque realmente el perjuicio se le haya causado al socio, pero en la responsabilidad civil dimanante del delito de apropiación indebida hemos visto que el socio o administrador no puede emerger como sujeto perjudicado al margen de la sociedad de la que se ha distraído el dinero.

El motivo se desestima.

UNDÉCIMO.- 4.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por indebida aplicación del art. 252 del CP, por no ser aplicable dicho precepto a quien no ostenta la condición jurídica de administrador del patrimonio o bienes que se pretenden apropiados.

Se alega que "en ningún caso Valentín puede ser autor del delito de apropiación indebida, porque no recibió el dinero apropiado, carecía de título en que basar su posesión, el dinero se hallaba depositado en una entidad bancaria de la que Valentín era un mero empleado y, como no tenía su custodia, no tenía la obligación de su devolución".

Pero ya se ha explicado de forma detallada en anteriores fundamentos la especial situación o posición de yuxtaposición en la conducta, actitud y actuación de ambos condenados en una operación de distracción de dinero perfectamente estructurada y en la que para el acto apropiativo continuado se precisaba la concurrencia de ambas conductas confluyentes.

Nos remitimos de nuevo al FD nº 1 en donde se fija el resumen sistemático del hecho probado ya reiterado y cuál fue la conducta del recurrente al actuar como empleado del Banco asignado como cliente a la sociedad CONESA 2007 y conociendo que la administración de la sociedad era mancomunada, permitió las extracciones dinerarias con la única de firma de uno de los administradores. No puede negarse una colaboración y coparticipación del recurrente junto a Victoriano en el iter delictivo. Y su necesidad colaborativa en ambos en el modus operandi.

Hemos señalado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 920/2009 de 18 Sep. 2009, Rec. 15/2009 que:

"El delito de apropiación indebida imputado a ambos recurrentes, debe entenderse con arreglo a la categoría de la participación del extraneus en los delitos especiales.

Y esta posibilidad ha sido admitida de forma pacífica por la doctrina de esta misma Sala.

En efecto, el delito de apropiación indebida es un delito especial, en cuanto su autor tiene que estar ligado con el sujeto pasivo por una determinada relación. En palabras de la STS 668/1998, 14 de mayo, la doctrina denomina así a los tipos penales que no pueden ser realizados por cualquier persona sino sólo por aquéllas, indicadas en la definición legal, que potencialmente se encuentran en condiciones de lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo, lo que puede estar determinado por muchas circunstancias como el parentesco, la profesión, el ejercicio de ciertos cargos o funciones, algunas relaciones jurídicas, etc. El delito de apropiación indebida (...) es un delito especial porque la acción típica de apropiarse, o distraer, o negar haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, únicamente constituye la infracción cuando la lleva a cabo quien los haya recibido en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos.

El círculo de los sujetos activos posibles está cerrado a los que no han recibido el objeto del delito en virtud de una de las relaciones jurídicas que se mencionan en el tipo porque sólo ellos pueden quebrantar el bien jurídico de la confianza que, juntamente con el de la propiedad, se protege con la advertencia legal de que esta conducta es punible.

El principio de legalidad, proclamado en el art. 25.1 CE, veda que se pueda considerar autor del delito de apropiación indebida a quien no se encuentre vinculado con el sujeto pasivo por una de aquellas relaciones jurídicas, toda vez que autor, en sentido estricto, es el que realiza el hecho típico o, lo que es igual, el que "pone" todos los elementos del tipo y del de apropiación indebida forma parte no sólo los elementos objetivos de acción y resultado sino también el subjetivo de la especial condición del autor.

Ahora bien, esta Sala tiene dicho que, si bien el "extraneus" no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de



participación -inducción y cooperación necesaria- que se equiparan a la autoría a los efectos penales, porque en definitiva se trata de tipos creados por el CP en su Libro Primero. Y si esto es así en relación con delitos como la prevaricación que tutelan un bien jurídico que sólo puede lesionar el funcionario, con mayor fuerza debe ser afirmado en relación con la apropiación indebida que tutela, junto al bien jurídico de la confianza, lesionable tan sólo por la persona en que la misma se ha depositado, el de la propiedad que puede ser vulnerado por cualquiera.

Este criterio inspira otros pronunciamientos de esta misma Sala, de los que las SSTS 50/2005, 28 de enero, 228/2006, 3 de marzo y 35/1998, 24 de enero, no son sino elocuentes ejemplos.

En consecuencia, ningún error en el juicio de subsunción se produjo. Sí es cierto que la sentencia de instancia denomina impropriadamente autores a quienes, en realidad, no son sino cooperadores necesarios. Sin embargo, esa impropiedad en el lenguaje tampoco permite afirmar que se haya producido el error de derecho que se dice denunciado. La STS 668/1998, 14 de mayo, también aborda esta cuestión en términos que son ahora perfectamente aplicables al supuesto que nos ocupa. Razona esta Sala, en el FJ 10º de la citada resolución, que en la sentencia recurrida se llama indistintamente autor y coautor (...) al ahora recurrente, en el momento de imputarle responsabilidad en el delito de apropiación indebida, "...pero ello es, sin duda, producto de una imprecisión -no demasiado infrecuente, por lo demás- que trae su causa de la forma como tradicionalmente se ha definido la autoría en nuestra viejas leyes penales. Todavía el art. 14 CP de 1973 parecía agrupar bajo la categoría genérica de autores a "los que toman parte directa en la ejecución del hecho", a los inductores y a los cooperadores necesarios, si bien esta equiparación resultaba matizada por la frase con que comenzaba el art. 14: "se consideran autores". Con técnica más depurada, el art. 28 CP de 1995 utiliza la expresión "son autores" para referirse a "quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento", en la que se comprenden, de una parte, los autores y coautores en sentido propio y de otra, tanto los autores inmediatos como los mediatos, y la expresión -significativamente distinta de la anterior- "también serán considerados autores" para englobar a "los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo" y a "los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado". Esta terminología legal obliga ya a los aplicadores del derecho a un mayor rigor en la atribución de la condición de autor, cooperador necesario o inductor, pero si en algún caso incurriesen en el uso de una palabra por otra, no deben ser deducidas de ello excesivas consecuencias. En la sentencia recurrida se dice que este recurrente es "autor" y "coautor" del delito de apropiación indebida, pero resulta claro del contexto que lo que se ha querido decir es que fue "cooperador necesario" del mismo y que, en consecuencia, "se le considera" autor".

En este caso, por ello, existe una coautoría no solo en la conducta de este recurrente, sino en la de Victoriano . El recurrente mantuvo el registro de firmas en su estado originario, cuando solamente constaba la única firma de Victoriano , y sin haber procurado su actualización, pese a conocer que la administración era mancomunada y, por tanto, era precisa la firma de los dos administradores, de modo que sin esta relevante aportación Victoriano no hubiera podido realizar las disposiciones dinerarias, como ya se ha indicado.

El motivo se desestima.

DUODÉCIMO.- 5.- Al amparo del art. 852 de la LECR, debido a que se omite en los hechos probados datos o circunstancias relevantes para la calificación del delito.

Se apela al art. 852 LECRIM para hacer mención a que se hacen constar los datos que cuya inclusión considera relevante en los hechos probados son los dos siguientes:

- 1.- Se debería haber consignado que no constaba la persona que en la ficha bancaria de firmas de la sociedad CONESA 2007 (en constitución) recogió la firma autorizada indistinta de Victoriano .
- 2.- Y en el punto 3 de los hechos probados se relata la suscripción de las escrituras de nombramiento de administrador y de ampliación de capital, pero se debió añadir que "el Sr. Valentín ni era parte, ni intervino en ambas escrituras".

No obstante, y verificándolo desde la defensa se postula la omisión de extremos en el relato de hechos probados, lo que no tiene cabida, y, además, estos datos no tienen la relevancia que postula el recurrente, dado que la sentencia no afirma como hecho probado que fuera el recurrente el que recogiera materialmente la firma de Victoriano en la ficha de firmas de la sociedad; y, segundo, porque tampoco afirma que estuviera presente en el otorgamiento de dichas escrituras, deduciendo su conocimiento de su intervención en la escritura de constitución de la sociedad que estableció como forma de gestión la administración mancomunada y del contrato privado de 11 de abril de 2008, de cuya preparación se encargó y por ello emitió una factura, en el que también se consigna dicha administración mancomunada.

Al recurrente se le condena como autor de un delito de apropiación indebida, por cuanto se hace constar en la sentencia que:



"En su condición de trabajador de la repetida entidad bancaria debió hacer constar en la hoja de Registro de firmas, y en lo menester conseguir que en el programa informático de la misma constara que eran precisas dos firmas para realizar actos de disposición, pues como socio de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. **sabía que la administración era mancomunada desde su constitución**. Nótese que según manifestó, y según facturó, él intervino en la constitución de la sociedad, y en la preparación del documento privado de 11 de abril de 2008, en el que también figura consignada dicha administración mancomunada, y además asistió a la firma de las escrituras públicas realizadas el 24 de julio de 2008, entre las que se hallaba la del cambio de administrador mancomunado de Alfonso a Salvador .

En definitiva, ya fuera visando personalmente los reintegros realizados con la única firma de Victoriano , ya fuera dándole a firmar los mismos a sus compañeros de oficina para que los visaran, o incluso manteniendo el registro de firmas en el estado originario del día anterior a la constitución de la sociedad, y sin interesar que en el proceso informático constase este importante particular, **aportó una conducta sin la que resultaba imposible que Victoriano pudiera hacer suyos los importes de las disposiciones que efectuaba, siendo consciente además que al estar la promoción inmobiliaria parada no obedecían a pagos en interés de la sociedad "**.

Y así, en los hechos probados consta que:

INTERVENCIÓN DE Valentín EN LA APROPIACIÓN INDEBIDA

Victoriano precisó de la aportación de Valentín , que concertadamente con aquél y sabiendo, como lo sabía éste que para ello era necesario el concurso del otro administrador mancomunado, **no exigió, en el ejercicio de sus funciones de empleado de la oficina bancaria de la Caixa del Penedès, la firma del otro administrador: Salvador , ni informó de ese importante particular al director de la oficina, ni a los demás empleados de la misma** . Por lo que éstos, en las disposiciones en que él no estuviera presente en la oficina, actuaban de forma errada autorizando la disposición dineraria con la sola firma de Victoriano .

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- 6.- Al amparo del art. 849.2 de la LECR, por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos.

Los documentos que se citan han quedado contradichos con otros elementos probatorios. Se ha especificado en los motivos anteriores la prueba debidamente valorada en cuanto a los extremos que acreditan la autoría del recurrente. Éste tuvo que haber resuelto de modo distinto el registro de firmas e impedir la disposición de fondos por la distracción de dinero. Y no lo hizo por su cooperación. Toda la actividad previa con la intervención del recurrente acusación particular lo fue en torno a las aportaciones dinerarias que se hizo a la sociedad, concurriendo con la distracción de fondos. La condena lo ha sido por apropiación indebida, no por otro tipo penal, y ello circunscribe la probanza a los extremos relativos a la probada actividad colaborativa de los condenados para distraer el dinero. Los documentos que cita están contradichos por la realidad de la distracción y la cooperación probada entre los condenados.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- 7.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECR, ya que no expresa como probado que el Sr. Valentín se apropiara de cantidad alguna, ni siquiera de la necesidad de su intervención, o de que interviniera de cualquier forma en el registro inicial de firmas, o que existe dolo en su actuación, para realizar o incluso conocer el error en el registro de firmas.

Al igual que se ha hecho en el motivo nº 5 se plantea un motivo de recurso casacional desconectado con el objeto permisivo del motivo, ya que se vuelve a reiterar la queja centrada en valoración de prueba, que ya se ha discutido y analizado, cuando el art. 851.1 LECRIM señala que puede acudir a esta vía *1.º Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.*

En los hechos probados se recoge que

INTERVENCIÓN DE Valentín EN LA APROPIACIÓN INDEBIDA

Victoriano precisó de la aportación de Valentín , que concertadamente con aquél y sabiendo, como lo sabía éste que para ello era necesario el concurso del otro administrador mancomunado, **no exigió, en el ejercicio de sus funciones de empleado de la oficina bancaria de la Caixa del Penedès, la firma del otro administrador: Salvador , ni informó de ese importante particular al director de la oficina, ni a los demás empleados de la misma** . Por lo que éstos, en las disposiciones en que él no estuviera presente en la oficina, actuaban de forma errada autorizando la disposición dineraria con la sola firma de Victoriano .



El motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO.- 8.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECR, por existir contradicción entre los hechos probados, puesto que si bien se reconoce que el Sr. Valentín no realiza la apertura de la cuenta, ni el registro de firmas, como tampoco la validación de las escrituras, ni se lucra con los hechos, ni interviene en los mismos, se establece su connivencia con el otro acusado. Asimismo, pese a reconocer que no intervino en las escrituras de cambio de administrador o de ampliación de capital, se establece que conocía su contenido.

No existe el vicio denunciado de que *en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.*

Se expresan en la sentencia los hechos probados. Lo que acontece es que el recurrente no está de acuerdo con su redacción, con la valoración probatoria y con las conclusiones a las que llega el Tribunal para entender concurrente la autoría del recurrente.

Se desestima el motivo.

DÉCIMO SEXTO.- 9.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por infracción del art. 28 del CP.

Se ha analizado ya debidamente la participación del recurrente como autor en los fundamentos jurídicos precedentes

Se desestima el motivo.

DÉCIMO SÉPTIMO.- 10.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por la cuantificación de la responsabilidad civil a la que se le condena.

Cuestiona el recurrente la derivación de la responsabilidad civil la apropiación indebida del otro acusado fue posible, porque, como así se declara probado, este acusado ocultó tanto en los registros de la oficina de la que era empleado como a sus propios compañeros la necesidad de dos firmas en cualquier operación relacionada con la cuenta corriente por ser su administración mancomunada, de modo que sin esta contribución el perjuicio no se habría ocasionado (art. 116 del CP).

Señala la sentencia que "Declaramos responsable civil subsidiario Banco de Sabadell, S.A, con respecto al acusado Valentín , pues aunque es cierto que nunca ha pertenecido a la plantilla de la expresada entidad bancaria, sí era empleado de la entidad Caixa d'Estalvis del Penedès, en la oficina consignada en los hechos probados, y cometió los hechos constitutivos del delito de apropiación indebida, en su condición de empleado de la misma y en los términos que se han indicado".

Y en el fallo se fija que "Se condena a Victoriano Y Valentín a pagar, de forma solidaria, a CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. la suma de SETENTA Y SEIS MIL DOS EUROS, más el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Hemos reseñado la colaboración y participación del recurrente en un delito especial, como es la apropiación indebida en la que interviene con rango de "necesidad" coadyuvante a la apropiación, lo que determina que la aplicación de los arts. 109 y ss CP derive a una corresponsabilidad en los condenados en el quantum de la responsabilidad civil dimanante del delito.

Derivación de la responsabilidad civil dimanante de un hecho que es delito a los partícipes directos en un delito de apropiación indebida

Se deben realizar las siguientes precisiones al respecto en la condena al recurrente con Victoriano a la responsabilidad civil en régimen de solidaridad al pago, a saber:

- 1.- La existencia de un dolo directo del que se desprende un delito de apropiación indebida debe conllevar una previsibilidad de que el ilícito penal pueda traer consecuencias perjudiciales, bien por la existencia de una responsabilidad civil, con perjuicio para la institución donde se comete el ilícito penal, bien para terceros.
- 2.- La teoría de la imputación objetiva a través de la cual debe explicarse la relación que ha de existir entre la acción y el resultado típico. Esta construcción parte de la constatación de una causalidad natural entre la acción y el resultado, constatación que se realiza a partir de la teoría de la relevancia, comprobando la existencia de una relación natural entre la acción y el resultado.

Esta constatación es el límite mínimo, pero insuficiente para la determinación de la atribución del resultado a la acción, por lo que conforme a estos postulados, comprobada la misma causalidad material, la imputación del resultado requiere, además, verificar -como decimos en la STS 470/2005, 14 de abril- :



- a) si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado;
- b) si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

3.- No puede decirse que quien comete un ilícito penal como la apropiación indebida en una institución no deba ser garante de la evitación de un resultado perjudicial derivado de la distracción de dinero donde colabora, bien por la autoría propia, bien con respecto a la responsabilidad civil que se genera por el delito que cometa éste. Ello no permite aplicar la teoría de la "prohibición de regreso" que evita la imputación objetiva. Ésta se aplica, precisamente, porque debe admitirse el regreso de las consecuencias del tercero autor del delito conectado con el autor del primero, aunque lo sea solo en régimen de responsabilidad civil.

4.- No puede admitirse en estos casos una responsabilidad civil "light" solo atribuible a quien cometió la distracción en su beneficio propio, pero con conexión evidente con el coautor que coadyuva en el delito.

5.- El art. 116 CP trata de la responsabilidad civil del delito cometido, pero dice "si del hecho" se derivan daños y perjuicios. La expresión "si del hecho" permite extender la RC al autor de la colaboración en el delito especial siempre y cuando de la misma ("de ese hecho") se acaben derivando daños y perjuicios cuando el segundo delito esté conectado con el primero. Y los perjuicios son societarios, con independencia de que algún socio los sufra también, pero ello da lugar a su plasmación societaria, no penal.

6.- Son autores penales ambos. Y conectados en régimen de responsabilidad solidaria ex art. 116.2 CP.

7.- Existe "conectividad" en los ilícitos penales cometidos, y, por ello, en el régimen de la RC.

La doctrina civil y penal barajan tres argumentos para fundamentar la naturaleza exclusivamente civil de la RC ex delicto y librarla así de toda impureza penal.

1.- En primer lugar, sostienen que **dicha responsabilidad no deriva de la infracción penal, sino del daño producido como consecuencia de la comisión del ilícito penal.**

2.- En segundo lugar, y en coherencia con lo anterior, entienden que sólo nace en los supuestos en que el delito comporta un daño o perjuicio efectivo a la víctima. De ahí - continúan- que no quepa RC ex delicto en los delitos de peligro y en la tentativa. Por último, y para enfatizar que no nace de la infracción penal, destacan que surge incluso cuando, en puridad, no se ha cometido un delito entendido como hecho típico, antijurídico y culpable, trayendo a colación los casos de estado de necesidad y error, previstos, respectivamente, en los arts. 118.1.3ª y 118.2 del CP.

La mejor doctrina suele plantearse en este tema que si partimos de una definición dogmático-técnica de delito, tengan razón quienes han cuestionado el propio nomen iuris "responsabilidad civil derivada de delito", y que, incluso, podría incluso defenderse la sustitución de la clásica expresión "responsabilidad civil derivada de delito" por la mención "Responsabilidad civil derivada de un hecho tipificado como delito".

3.- Además, hay que destacar que la reparación del daño es susceptible de transmisión en aquellos supuestos en que se impone de forma directa a persona distinta de la autora del hecho constitutivo de delito. También cabe señalar la autonomía de la responsabilidad civil respecto de la responsabilidad penal, debiendo rechazarse cualquier teoría que establezca la accesoriedad de la primera en relación con la segunda.

Por otro lado, la doctrina destaca que para determinar si existe o no responsabilidad civil, deberá tenerse en cuenta el resultado final del hecho criminal, que es lo que aquí ha ocurrido finalmente.

Queda claro, como apunta la mejor doctrina que todos sabemos que uno de los principios fundamentales de la convivencia humana presente ya en la sociedad romana es el de "alterum non laedere": De él se deriva que quien cause un daño a otro debe repararlo. Teniendo esto en cuenta debemos señalar que sobre estas dos ideas se construye la teoría de la responsabilidad civil. Y se añade que es impropio hablar de responsabilidad civil derivada de delito como algo distinto de la responsabilidad extracontractual, pues ambas tienen la misma finalidad puramente indemnizatoria, y ambas tienen el mismo fundamento: no es el delito el fundamento de la primera, sino, al igual que el de la segunda, el daño causado al perjudicado, atribuible al responsable (que puede no ser el autor del delito, como en este caso ocurre) por concurrir un adecuado criterio de imputación.

Por tanto, debemos entender que la responsabilidad deriva de la producción de daños, con independencia de que exista o no un delito. Será más concreto, entonces, hablar de responsabilidad civil por daños causados en la comisión de un ilícito penal. Y, por descontado, el fundamento de la responsabilidad civil "por delito" está, al igual que el de la responsabilidad por hecho ilícito civil, en el daño. Y éste obliga a repararlo, tanto si se produce a consecuencia de un delito como si deriva de una conducta no delictiva.

El motivo se desestima.



DÉCIMO OCTAVO.- 11.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por infracción del art. 21.6 del CP.

Se reclama la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, porque la sentencia para la individualización de la pena impuesta acude al criterio "del tiempo transcurrido en la instrucción y enjuiciamiento de la causa".

Se alega expresamente que "La sentencia recoge en su fundamento jurídico que la pena consignada en el fallo se impone, entre otros, "teniendo en cuenta también el tiempo transcurrido en la instrucción y enjuiciamiento de la causa". Pues bien, ello debió haber llevado a la Sala a estimar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas recogida en el artículo 21.6 del CP, siendo que debe ser considerada como muy cualificada. Sin embargo, el fallo ni recoge tal atenuante, ni la aplica de modo adecuado, por lo que se solicita, únicamente para el improbable caso que no se sentencie la libre absolución del Sr. Valentín en base a los argumentos vertidos en este escrito, que esta atenuante sea apreciada y aplicada".

Sin embargo, debe respetarse la doctrina básica de la Sala en este tema, bajo la cual:

Es preciso indicar con motivo de esta atenuante de dilaciones indebidas que:

1.- Es preciso identificar con exactitud por el recurrente cuáles son los periodos concretos de paralización del procedimiento, ya que no se trata de que el mero transcurso del tiempo otorgue el derecho a la atenuante, sino que es preciso identificar los periodos de paralización con exactitud, ya que el mero lapso de tiempo no es significativo, dado que si se han llevado a cabo diligencias en el procedimiento opera como "necesidad de su tramitación", o respuesta a escritos presentados, o dificultades por ejemplo en calificar procedimientos considerados complejos que exigen y requieren de un tiempo prudencial de las acusaciones y defensas, que pueden pedir prórroga para su eficaz uso del derecho que tienen de representar sus legítimos intereses.

2.- Debe tenerse en cuenta las características de cada procedimiento, su complejidad, el número de tomos, folios, acusados, a fin de valorar el empleo del tiempo necesario para llevar a cabo la tramitación, primero, y luego la celebración de un juicio calificado como "causa compleja" que lleva consigo muchos problemas a la hora de su celebración al concurrir letrados que ya tienen otros señalamientos concertados, posibilidad de que algún acusado pueda enfermar, testigos de cargo que no puedan comparecer, o la localización y citación de todos los propuestos.

3.- Si la causa del retraso obedece a la parte, o alguna de ellas, no opera la atenuante.

Por ello, no se acotan los momentos de paralización del procedimiento, no bastando la genérica invocación del tiempo transcurrido entre la instrucción y el dictado de la sentencia. Además, la apreciación de la atenuante no tendría efectos sobre la pena de prisión, ya que, calificándose el hecho como delito continuado de apropiación indebida la pena se encuentra igualmente por debajo de la mínima prevista para el delito continuado.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR Victoriano

DÉCIMO NOVENO.- 1.- Al amparo del art. 849.2 de la LECR, por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos.

Alega que aportó prueba documental para justificar que las disposiciones que efectuó en la cuenta de la sociedad lo fueron en concepto de pago del proyecto completo, planos, memoria y permisos municipales que aportó al activo social para la construcción de varias viviendas sobre un terreno propiedad del querellante, que no llegó a aportar nunca e hizo imposible la ejecución de la obra.

Se ha tratado ya en la presente resolución sobre las vicisitudes que dieron lugar a la condena de ambos recurrentes, cada uno con su cuota de participación en el delito de apropiación indebida y que en modo alguno está justificada la distracción de los fondos de la cuenta societaria, para lo que contó con la precisa y necesaria participación de Valentín .

En modo alguno se ha justificado que esas extracciones tuvieran su razón en actividad societaria, y el Tribunal ya ha realizado el correcto descuento de aquellos conceptos que sí tenían esa cobertura societaria, siendo el resto meras disposiciones de la cuenta para descapitalizarla dejando sin fondos la misma y sin el contenido del capital aportado por el recurrente Sr. Salvador .

Así, es hecho probado que:

" Victoriano , autorizado por sí solo en la cuenta antes consignada, cuando en realidad era administrador mancomunado con Salvador , efectuó una serie de disposiciones dinerarias, que a continuación se relacionarán, que hizo suyas en su propio provecho, lo que era sabido por Valentín pues la promoción se hallaba parada y la actividad profesional de aquél ya había sido retribuida.



Victoriano precisó de la aportación de Valentín , que concertadamente con aquél y sabiendo, como lo sabía éste que para ello era necesario el concurso del otro administrador mancomunado, no exigió, en el ejercicio de sus funciones de empleado de la oficina bancaria de la Caixa del Penedès, la firma del otro administrador: Salvador , ni informó de ese importante particular al director de la oficina, ni a los demás empleados de la misma. Por lo que éstos, en las disposiciones en que él no estuviera presente en la oficina, actuaban de forma errada autorizando la disposición dineraria con la sola firma de Victoriano .

Tales disposiciones, que este acusado hizo suyas en su propio provecho, con la necesaria colaboración de Valentín , son las siguientes:

- El 24 de julio de 2008 la suma de 10.200.
- El 30 de julio de 2008 la suma de 25.752.
- El 16 de diciembre de 2008 la suma de 3.000
- El 16 de enero de 2009 la suma de 2.700.
- El 29 de enero de 2009 la suma de 12.000.
- El 6 de mayo de 2009 la suma de 12.500.
- El 30 de octubre de 2009 la suma de 3.000.
- El 31 de diciembre de 2009 la suma de 2.000.
- El 29 de junio de 2010 la suma de 1.500.
- El 6 de julio de 2010 la suma de 1.000.
- El 16 de julio de 2010 la suma de 1.000.
- El 20 de julio de 2010 la suma de 1.400.
- El 27 de julio de 2010 la suma de 900.
- El 30 de julio de 2010 la suma de 1.200.
- El 4 de agosto de 2010 la suma de 800.
- El 17 de septiembre de 2010 la suma de 450.
- El 10 de noviembre de 2010 la suma de 2.600.

Estas disposiciones hacen un total de 82.002.

Con la finalidad de justificar parte de las expresadas disposiciones de fondos, Victoriano giró contra CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. facturas por honorarios y trabajos realizados, que ya se hallaban retribuidos por la suma de aportación dineraria realizada a nombre de él en la ampliación de capital.

En fecha 7 de mayo de 2012 Victoriano ingresó en la cuenta 6.000".

Con ello, si su proyecto de construcción le era adeudado por la sociedad y su derecho de crédito fue compensado en la ampliación de capital, no podía volver a reclamar lo que ya le había sido pagado, razón por la que la sentencia rechazó el valor probatorio de unas facturas libradas por el mismo y que, en consecuencia, no justificaban las disposiciones dinerarias que efectuó en la cuenta.

La colaboración entre Victoriano y Valentín en orden a las extracciones era necesaria. No se trata de un mero empleado de la entidad bancaria. Era y había sido constituyente con el Sr. Victoriano de la sociedad, y así se recoge en la sentencia que ambos "con Alfonso , constituyeron la sociedad mercantil CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., cuyo objeto social era la actividad inmobiliaria, nombrándose como administradores mancomunados a Victoriano y Alfonso ".

Además, la aportación del recurrente de carácter previo ya fue reconocida como aportación dineraria, ya que se afirma en la sentencia que "A Victoriano se le reconoció una aportación dineraria en dicho aumento de capital de 36.908. Como no había realizado el ingreso de dicha suma en la cuenta bancaria de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., consideramos se valoró en dicha suma la aportación de su actividad profesional al proyecto inmobiliario".

El Tribunal ha explicado debidamente la cuestión relativa a las disposiciones señalando que:

"En efecto, una vez asignada, en los términos expresados, **la aportación de Victoriano , consistente en su actividad profesional, a capital social valorada en la suma de 36.908** , lo que significaba lógicamente que era



titular de las correspondientes participaciones de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L., que a su vez representaba aproximadamente el 51% de su capital social, **las expresadas disposiciones dinerarias, de la cuenta bancaria de dicha sociedad, hechas efectivas en su favor, no tenían justificación alguna, quedando en su provecho.**

La disposición dineraria realizada en fecha 5 de agosto de 2008, de importe 5.713,79, sirvió para abonar una factura girada por el acusado Valentín en concepto de sus honorarios por su intervención en la promoción inmobiliaria proyectada y acuerdo de intenciones firmado en fecha 11 de abril de 2008, según detalle que se consigna en la factura que éste giró contra la sociedad con fecha 25 de abril de 2008 (folio 612).

De la relación de disposiciones consignadas en las conclusiones del Ministerio Fiscal además de excluirse la expresada de fecha 5 de agosto de 2008 de importe 5.713,79; también excluimos la de 8 de octubre de 2008 por importe 1.500 por cuanto según el extracto bancario (folio 332) corresponde al pago de gastos escrituras públicas. También la de fecha 4 de mayo de 2012 de 3.016,86; pues la realizó Salvador cuando se enteró que la cuenta bancaria de la sociedad había sufrido una serie de disposiciones fraudulentas. Y finalmente debe aclararse que el importe de 6.000 de fecha 7 de mayo de 2012, corresponde a un abono efectuado por Victoriano .

En definitiva, estando la promoción inmobiliaria parada, con excepción de los trabajos de derribo que se hicieron para que no caducará la licencia municipal de obras, el acusado Victoriano fue disponiendo de las sumas, que se relacionan en el apartado de hechos probados de la presente sentencia, en su propio provecho, es decir apropiándose de las mismas, hasta dejar la cuenta en los indicados 3.016,86".

Respecto a la concertación con Valentín queda clara al señalar en su motivación el Tribunal apuntando que:

" Valentín en su condición de trabajador de la repetida entidad bancaria debió hacer constar en la hoja de Registro de firmas, y en lo menester conseguir que en el programa informático de la misma constara que eran precisas dos firmas para realizar actos de disposición, pues como socio de CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. **sabía que la administración era mancomunada desde su constitución.** Nótese que según manifestó, y según facturó, él intervino en la constitución de la sociedad, y en la preparación del documento privado de 11 de abril de 2008, en el que también figura consignada dicha administración mancomunada, y además asistió a la firma de las escrituras públicas realizadas el 24 de julio de 2008, entre las que se hallaba la del cambio de administrador mancomunado de Alfonso a Salvador .

En definitiva, ya fuera visando personalmente los reintegros realizados con la única firma de Victoriano , ya fuera dándole a firmar los mismos a sus compañeros de oficina para que los visaran, o incluso manteniendo el registro de firmas en el estado originario del día anterior a la constitución de la sociedad, y sin interesar que en el proceso informático constase este importante particular, **aportó una conducta sin la que resultaba imposible que Victoriano pudiera hacer suyos los importes de las disposiciones que efectuaba, siendo consciente además que al estar la promoción inmobiliaria parada no obedecían a pagos en interés de la sociedad** . Esta forma de proceder consideramos que **fue concertada entre ambos acusados, debiendo obtener también Valentín el correspondiente beneficio económico, aunque no concretado, por su actuación desleal con Caixa d'Estalvis del Penedès y con CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L. que era la cliente de dicha entidad bancaria** " .

No se trató de un mero empleado, sino que era partícipe desde un principio del proyecto societario, debía exigir doble firma y facilitó las extracciones del recurrente.

Se ha detallado de forma clara la cuestión al descuento de las disposiciones justificadas, pero se han citado en el relato de hechos y la posterior motivación aquellas que centran el tipo penal que es objeto de condena.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL BANCO DE SABADELL COMO RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO.

VIGÉSIMO.- 1.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por infracción del art. 120.4 del CP.

Se ha tratado en el FD nº 4 de la presente resolución la cuestión relativa a la interpretación del criterio jurisprudencial en la aplicación del art. 120.4 CP por delitos cometidos por empleados en el seno de la empresa a los que nos remitimos.

Señala el Tribunal sobre la responsabilidad civil del recurrente en el FD8º que:

"Declaramos responsable civil subsidiario Banco de Sabadell, S.A, con respecto al acusado Valentín , pues aunque es cierto que nunca ha pertenecido a la plantilla de la expresada entidad bancaria, sí era empleado de la entidad Caixa d'Estalvis del Penedès, en la oficina consignada en los hechos probados, y cometió los hechos constitutivos del delito de apropiación indebida , en su condición de empleado de la misma y en los términos que se han indicado.



La expresa responsabilidad subsidiaria se declara a amparo de lo dispuesto en el artículo 120.4º del Código Penal, ya que el expresado acusado, al tiempo de cometer los hechos, tenía una relación de dependencia con la entidad bancaria y además actuó dentro de las funciones que le eran propias de su actividad en el seno de dicha entidad.

De acuerdo con la documental aportada por la defensa de Banco de Sabadell, S.A, en fecha 14 de septiembre de 2011 Caixa d'Estalvis del Penedès segregó y transmitió en bloque a Banco Mare Nostrum, S.A. el conjunto de elementos patrimoniales principales y accesorios que componían su negocio financiero, entendido en el sentido más amplio, estos es la totalidad de los activos, pasivos, derechos, obligaciones y expectativas con excepción de la participación de dicha Caja en el propio Banco cesionario y los activos y pasivos afectos a la obra social de aquella.

Consideramos que una tal segregación y transmisión de elementos patrimoniales **también alcanza la responsabilidad civil dimanante de la conducta de los anteriores empleados de Caixa d'Estalvis del Penedès, hubiera sido declarada o no, ejercitadas o no las acciones correspondientes, con anterioridad a la fecha de la transmisión, es decir 14 de septiembre de 2011, siempre que la obligación naciera antes de la misma, como es el caso.**

También de acuerdo con la documental aportada por la defensa de Banco de Sabadell, S.A, en fecha 31 de mayo de 2013, el referido **Banco Mare Nostrum, S.A. cedió y transmitió a Banco de Sabadell, S.A. los activos, pasivos y demás elementos que integraban el negocio bancario de la Dirección Territorial de Cataluña y Aragón, en la modalidad de "cesión global" parcial de activos y pasivos de las previstas en la Ley nº 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Debe señalarse que cuando se califica la cesión de parcial se refiere a que no comprende todo el ámbito territorial del banco cedente/ tramitente, sino únicamente el correspondiente a Cataluña y Aragón.**

Para interpretar el alcance de la expresada "cesión global" nada mejor que acudir a la Ley nº 3/2009, a cuyo amparo se realizó la cesión según se consigna en la escritura pública en la que se formalizó.

Así en el Preámbulo de dicha Ley se consigna literalmente:

"En cuanto a la ampliación, destaca el ingreso de la cesión global de activo y pasivo entre esas modificaciones estructurales, rompiendo amarras con aquella concepción que limitaba esta operación al ámbito propio de la liquidación y, al mismo tiempo, proporcionando un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas. Ahora, la Ley permite que una sociedad transmita en bloque todo su patrimonio a otra u otras por sucesión universal a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario. En estos casos, la tutela del socio se persigue a través de la información que facilita el proyecto de cesión global y a través del sometimiento del acuerdo a algunos requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión; y la tutela de los acreedores se articula a través del derecho de oposición y de la responsabilidad solidaria del cesionario o cesionarios hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión ".

Además, jurisprudencialmente se interpreta en el mismo sentido, en que lo hacemos, este tipo de cesiones y transmisiones patrimoniales, en las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 652/2017 de 29 noviembre y nº 54/2018 de 1 febrero".

Pues bien, se alega por el recurrente que la responsabilidad civil subsidiaria de Caixa Penedés podría haber surgido, por darse los elementos para su apreciación. En cuanto al Banco Mare Nostrum (BMN) puede venir dada por la fusión o absorción, pues en esta primera transmisión, en la que el empleado pasó a depender de la nueva persona jurídica, la fusión es absoluta, total y global, dejando de tener personalidad jurídica y capacidad de obrar independiente la Caixa del Penedés. Sin embargo, la transmisión de BMN al Banco de Sabadell, realizada el día 31 de mayo de 2013, lo fue en la modalidad de fusión global parcial de activos y pasivos que integraban el negocio bancario de la Dirección Territorial de Aragón y Cataluña. Como consecuencia de ello, el empleado no pasó a integrarse en la plantilla del Banco Sabadell, sino que quedó a BMN; y, por otra parte, BMN no desapareció del mundo jurídico, ya que sigue siendo una persona jurídica plenamente capaz y existente a todos los efectos, incluida su responsabilidad civil subsidiaria por los hechos enjuiciados y cometidos por Valentín .

La parte recurrente no discute la relación de dependencia entre el autor del delito y la antigua Caixa del Penedés, ni tampoco la que se produjo por la integración en el nuevo BMN, pero discrepa de la responsabilidad civil subsidiaria del Banco de Sabadell por no haber formado parte de su plantilla.

Sin embargo, como apunta con acierto la fiscalía, cuando el Banco de Sabadell adquiere el negocio bancario correspondiente a la Dirección Territorial del BMN en Aragón y Cataluña, lo que adquiere es todos los activos y pasivos de este territorio, y dentro de este pasivo se encuentra el generado a Caixa del Penedés por la actividad



delictiva de su empleado cometida en su oficina 0112 de Barcelona, cuya vinculación laboral no se discute. Dado que la cesión conlleva la correspondiente sucesión de empresas y que las cuentas y depósitos de los clientes del territorio de Aragón y Cataluña formaban parte del pasivo adquirido por el Banco de Sabadell, dicha entidad debe responder como responsable civil subsidiario.

En consecuencia, debemos recordar, en primer lugar, que la responsabilidad bancaria de la entidad ex art. 120.4 CP es palpable en casos como el presente de "extralimitación" del empleado que, como en este caso, coadyuva a facilitar unas extracciones/distracciones de dinero en perjuicio de la sociedad y para su personal provecho del disponente.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 413/2015 de 30 Jun. 2015, Rec. 10829/2014 que:

"El art. 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".

En el caso de esta sentencia se declaró la responsabilidad de la entidad bancaria aunque hubiera una extralimitación del empleado, y así señala que:

"Determinan la responsabilidad civil subsidiaria de dicha entidad bancaria, dado que la actuación del Sr. Jose Antonio se encuentra dentro del ejercicio normal o anormal de sus funciones propias de su cargo, que le conferían una apariencia externa de legitimidad de todo cuanto hacía en relación a los terceros perjudicados que actuaban de buena fe, amparados en esa creencia de legitimidad que les ofrecía el Sr. Jose Antonio recibiendo en su entidad bancaria, haciendo copia de documentos, preocupándose por las gestiones, en definitiva, haciéndoles creer la intervención de aquel Banco de primer nivel internacional, es decir, no solo se afirma la relación laboral con el Deutsche Bank y encontrarse en su lugar de trabajo, sino que la entidad servía de "escaparate" para dar visos y apariencia de seriedad a la actuación de los implicados en la trama".

Ahora bien, el recurrente apunta que "en el caso de la relación entre sujeto activo penal, fuente de la responsabilidad civil, y el responsable civil subsidiario no se ha dado nunca con Banco de Sabadell por Valentín . Este no ha sido nunca empleado de Banco de Sabadell".

No obstante, no se trata de que no haya sido empleado del finalmente declarado responsable civil ex art. 120.4 CP, sino del procedimiento de adquisición de las entidades que se referían a la entidad donde trabajaba al momento de los hechos el también recurrente Valentín .

Se alega por el recurrente que "La transmisión de BMN a Banco de Sabadell se realiza el 31 de mayo de 2013, cuando ya habían ocurrido las sucesivas apropiaciones el 10 de noviembre de 2010 y, casi dos años después de haber desaparecido Caixa de Penedès y ser refundida en BMN mediante fusión global. La transmisión a Banco de Sabadell, como se declara probado, es en la modalidad de cesión global parcial de activos y pasivos que integran el negocio bancaria y limitadamente concretado a la Dirección Territorial de Catalunya y Aragón".

Pues bien, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles regula en los arts. 81 y ss la única modalidad que prevé que es la cesión global de activo y pasivo. Y en la Exposición de Motivos de prevé que *En cuanto a la ampliación, destaca el ingreso de la cesión global de activo y pasivo entre esas modificaciones estructurales, rompiendo amarras con aquella concepción que limitaba esta operación al ámbito propio de la liquidación y, al mismo tiempo, proporcionando un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas. Ahora, la Ley permite que una sociedad transmita en bloque todo su patrimonio a otra u otras por sucesión universal a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario. En estos casos, la tutela del socio se persigue a través de la información que facilita el proyecto de cesión global y a través del sometimiento del acuerdo a algunos requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión; y la tutela de los acreedores se articula a través del derecho de oposición y de la responsabilidad solidaria del cesionario o cesionarios hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión".*

Y, así, es hecho probado que:



*"Posteriormente, en fecha 31 de mayo de 2013, el referido Banco Mare Nostrum, S.A. cedió y transmitió a Banco de Sabadell, S.A. los activos, pasivos y demás elementos que integraban el negocio bancario de la Dirección Territorial de Cataluña y Aragón, en la **modalidad de cesión global parcial de activos y pasivos prevista en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles**".*

Se ha recogido como características de los procedimientos de "cesión" del art. 81 y ss de la citada norma que:

- 1.- Es la transmisión en bloque, por parte de una sociedad inscrita, de todo su patrimonio a uno o varios socios o terceros, sin que la contraprestación pueda consistir en acciones o participaciones o cuotas de socio del cesionario.
- 2.- La sociedad cedente se extingue si la contraprestación es recibida totalmente por los socios.
- 3.- Si son dos o más los cesionarios, cada parte de patrimonio que se ceda debe constituir una unidad económica. Es lo que se llama cesión global plural.
- 4.- Es posible la cesión por parte de sociedades en liquidación siempre que no haya comenzado el reparto del patrimonio entre los socios.
- 5.- Cuando cedentes y cesionarios fueran de distinta nacionalidad la cesión se regirá por sus respectivas leyes nacionales. En las sociedades anónimas europeas se estará a su propio régimen.

El recurrente insiste en que no se asume la responsabilidad por hechos anteriores a la transmisión.

Ya hemos señalado que el Tribunal recoge en el FD nº 8º que:

"De acuerdo con la documental aportada por la defensa de Banco de Sabadell, S.A, en fecha 14 de septiembre de 2011 Caixa d'Estalvis del Penedès segregó y transmitió en bloque a Banco Mare Nostrum, S.A. el conjunto de elementos patrimoniales principales y accesorios que componían su negocio financiero, entendido en el sentido más amplio, estos es la totalidad de los activos, pasivos, derechos, obligaciones y expectativas con excepción de la participación de dicha Caja en el propio Banco cesionario y los activos y pasivos afectos a la obra social de aquella. Consideramos que una tal segregación y transmisión de elementos patrimoniales también alcanza la responsabilidad civil dimanante de la conducta de los anteriores empleados de Caixa d'Estalvis del Penedès, hubiera sido declarada o no, ejercitadas o no las acciones correspondientes, con anterioridad a la fecha de la transmisión, es decir 14 de septiembre de 2011, siempre que la obligación naciera antes de la misma, como es el caso.

También de acuerdo con la documental aportada por la defensa de Banco de Sabadell, S.A, en fecha 31 de mayo de 2013, el referido Banco Mare Nostrum, S.A. cedió y transmitió a Banco de Sabadell, S.A. los activos, pasivos y demás elementos que integraban el negocio bancario de la Dirección Territorial de Cataluña y Aragón, en la modalidad de "cesión global" parcial de activos y pasivos de las previstas en la Ley nº 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Debe señalarse que cuando se califica la cesión de parcial se refiere a que no comprende todo el ámbito territorial del banco cedente/tramitante, sino únicamente el correspondiente a Cataluña y Aragón.

No tiene relevancia exoneratoria que el autor del delito no fuera empleado de la recurrente al momento de los hechos. La cesión provoca la transmisión de este débito.

Tampoco lo es que los hechos hubieran ocurrido antes de la fecha de la cesión. Esta operación transmite la responsabilidad civil como deuda.

Pues bien, sobre las opciones de la operación de cesión de empresas se pronuncia la doctrina con rigor señalando que la posición de la Ley 3/2009 **ante la cesión global de activo y pasivo** se puede condensar en las siguientes ideas:

1º.- En primer lugar, la ley establece una regulación unitaria de esta operación aplicable a toda clase de sociedades mercantiles, y por consiguiente, tanto a sociedades limitadas como a anónimas, con lo que se acaba con la disparidad de régimen hasta ahora existente.

2º.- En segundo lugar, la nueva Ley confirma el criterio ya expuesto de la DGRN en su R de 22 de mayo de 2002: de conformidad con la Tercera Directiva, el traspaso en bloque del patrimonio con ocasión de la disolución de la sociedad en pago de la cuota de liquidación del socio único cuando éste es otra sociedad es un supuesto subsumible en la normativa de la fusión.

Este es precisamente el sentido de la norma del art. 53 de la nueva ley, cuando nos dice que "también constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla".



Se tratará por definición de una fusión de sociedad íntegramente participada, subsumible en el régimen simplificado del art. 49 de la Ley, pero en cualquier caso, una fusión (y ello ahora tanto para anónimas como para limitadas). En tercer lugar, aunque con esta imperativa sujeción al régimen de la fusión esta ley se muestra rigurosa, al mismo tiempo viene a hacer uso de la flexibilidad que para este supuesto admitía el artículo 25 ya citado de la Tercera Directiva.

Así, en el artículo 51 en sede de fusiones especiales, nos encontramos precisamente con la dispensa de acuerdo de junta de la sociedad absorbente cuando la misma es titular del 90 % ó más del capital de la sociedad absorbida, norma que es precisamente aplicable a los supuestos que se habían intentado tramitar antes como cesiones de activo y pasivo a favor de la matriz. Por último, el procedimiento específico de cesión global de activo y pasivo se configura ahora como una operación de "modificación estructural" de significado polivalente, desvinculada de su anterior conexión necesaria con la disolución y extinción de una sociedad.

Así, el art. 81 de la ley nos dice que "Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario". En el siguiente apartado de este mismo artículo la ley nos dice que "La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación".

Por tanto, ahora la extinción de la sociedad cedente no es algo necesario de la operación, sino una simple posibilidad en el caso de que la contraprestación recibida por la cesión se reparta directamente entre los socios de la cedente, en cuyo caso la cesión global operaría como una forma abreviada de liquidación social. Pero, como digo, cesión global y liquidación de la sociedad no son ahora dos conceptos que vayan necesariamente unidos.

La verdadera novedad de la ley en esta materia consiste en permitir que una sociedad que va a continuar existiendo pueda transmitir en bloque todo su patrimonio, con el efecto además de la sucesión universal -que ahora sí reconoce expresamente la ley- a uno o varios socios o terceros a cambio de una contraprestación que ingresa en el patrimonio de la sociedad en sustitución del patrimonio transmitido.

En cualquier caso, en la lógica de la nueva regulación, la cesión siempre se hace con la contrapartida de una contraprestación patrimonial real, de manera que no responde a la idea de simple reorganización interna de unos activos empresariales interponiendo o eliminando sociedades participadas. Lo que se ha creado, en definitiva, es un instrumento legal para permitir la venta de empresas de forma expeditiva -con el efecto de sucesión universal y por tanto sin necesidad de contar con el consentimiento individualizado de las contrapartes de todas las posiciones pasivas y contractuales en curso-, y ello con completa independencia de que la sociedad vendedora se extinga o no con ocasión de la venta, e incluso permitiendo que la cesión se realice por trozos a favor de más de un cesionario.

El único límite institucional a la operación, el único residuo de una concepción tradicional más restrictiva, es la exigencia de que la cesión sea precisamente de la totalidad del patrimonio de la sociedad en el momento de la cesión. De manera que este procedimiento no sirve para una cesión parcial, de solo una fracción del patrimonio de la empresa .

Esto sí **lo admite la ley -también sin extinción de la sociedad cedente-, pero solo por vía de escisión parcial** o de segregación. Otro límite es que, en el caso de cesión plural, por división del patrimonio para la transmisión de cada una de las partes a un cesionario diferente, cada una de esas fracciones patrimoniales constituya una "unidad económica".

En efecto, la Ley 3/2009 sí que admite la escisión parcial en el art. 70, a saber:

Artículo 70. Escisión parcial. 1. Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.

Como señala la doctrina con respecto a estas operaciones ya fijadas en la Ley 3/2009 la cesión global de activo y pasivo representa para las sociedades una importante herramienta a la hora de planificar una operación de reestructuración, a través de la disolución o bien un mecanismo eficaz de transmisión de empresas que resulta mucho más ventajoso por el beneficio de la sucesión universal y transmisión en bloque del conjunto patrimonial. Pero ello no puede ser "con exclusión de las obligaciones" asumidas por la entidad que cede su



activo y pasivo en la cesión a la entidad que las asume, incluidas las obligaciones, y entre ellas estarían las derivadas del art. 120.4 CP, que es el caso aquí aplicable.

Se ha precisado que entre el pasivo objeto de cesión de empresas se encuentra el generado a Caixa del Penedés por la actividad delictiva de su empleado cometida en su oficina 0112 de Barcelona, cuya vinculación laboral no se discute. Ello conlleva que en las sucesivas operaciones de transmisión finalmente la cesión opera con el recurrente y dado que la cesión conlleva la correspondiente sucesión de empresas y que las cuentas y depósitos de los clientes del territorio de Aragón y Cataluña formaban parte del pasivo adquirido por el Banco de Sabadell, dicha entidad debe responder como responsable civil subsidiario sin que pueda mantenerse que no asume las responsabilidades civiles derivadas de actos ilícitos que integran el pasivo transmisible y asumible por quien recibe la cesión del activo, pero, también, del pasivo. Y la responsabilidad civil del art. 120.4 CP no puede quedar extinguida en supuesto de acuerdo de cesión ex Ley 3/2009.

La responsabilidad civil no se extingue en supuestos de cesión de empresas, porque la sucesión no priva al acreedor, que en este caso es la sociedad perjudicada, con independencia de las acciones que los socios/administradores puedan ejercitar en su momento, de su acción que en este caso se ejercita en el proceso penal y que puede ejercitar la fiscalía frente a quien sea considerado responsable ex art. 120 CP.

Por otro lado, el recurrente pretende darle trascendencia a la circunstancia que alega en relación a que: "La transmisión de BMN a Banco de Sabadell se realiza el 31 de mayo de 2013, cuando ya habían ocurrido las sucesivas apropiaciones el 10 de noviembre de 2010 y, casi dos años después de haber desaparecido Caixa de Penedés y ser refundida en BMN mediante fusión global". Pero ello es irrelevante, ya que las apropiaciones ocurran antes de la transmisión societaria no para la asunción de la responsabilidad civil a quien adquiere, sea primero BMN y luego Banco de Sabadell.

En cualquier caso, la cesión que se formalizó no ampara la limitación que propugna en todo caso la recurrente, ya que las operaciones de cesión de BMN a la recurrente lo son de activos y pasivos, asumiendo a favor de Banco Sabadell determinados activos y pasivos del negocio bancario de la Dirección Territorial de Cataluña y Aragón de BMN. Con estas operaciones, que llevan contraprestación económica como vimos en la Ley 3/2009, se formaliza una reorganización de la estructura comercial de Banco Sabadell en Cataluña, que lleva una nueva dirección territorial, en la que se integraron tanto las oficinas de Banco Sabadell como las de BMN-Penedès, pero asumiendo activos y pasivos y eso queda en el contrato de cesión, sin posibilidad de excluir pasivo, o si ello es así le quedaría acción frente al cedente.

Este tema de la transmisibilidad de la responsabilidad civil en supuestos de cesión, o cualesquiera de las formas que prevé la Ley 3/2009 nos lleva a considerar, incluso, que este régimen de transmisión se plasma hasta en la responsabilidad penal en su caso, ya que el art. 130.2 CP señala que:

2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

Y aunque la Ley 3/2009 señale en su art. 1 que *La presente Ley tiene por objeto la regulación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, consistentes en la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social*, la mención del art. 130.2 CP debe referirse a todos los supuestos de la Ley 3/2009. Con ello, el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso, no solo en materia de responsabilidad civil pretende, lo que es clave en el tema que tratamos, y es que se huya de que en un supuesto de transformación societaria se busquen mecanismos para "escapar" de un régimen de imposición de penas a la empresa que se transmite, para que la adquirente asuma activo, pasivo y hasta "la pena" impuesta en el régimen de responsabilidad penal ex art. 31 bis CP.

Si no se produjera la transmisión de la responsabilidad penal y civil en los supuestos de modificación estructural de las sociedades mercantiles podrían admitirse supuestos de fraude en estas transmisiones para dejar sin cumplir la pena, o escapar de los regímenes de la responsabilidad subsidiaria del art. 120 CP en la modalidad de los nº 2 o 3 CP, dejando a las víctimas y perjudicados sin percibir sus indemnizaciones ante una transmisión societaria de transformación de su estructura y denominación social.

La propia Circular de la FGE 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 señala sobre este punto que " El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión".



Con ello, vemos que existe un régimen de evitación de la extinción de la responsabilidad penal y civil en supuestos de reordenación empresarial y transmisión de activos y pasivos, en cuanto se asume por el adquirente el activo y el pasivo con la contraprestación que se haya pactado en el contrato de cualquiera de las modalidades del art. 1 de la Ley 3/2009, y entre ellas la de cesión prevista en los arts. 81 y ss Ley 3/2009. Y, en cualquier caso, las vicisitudes que operen entre cedente y cesionario no perjudicarían a la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 CP por delito cometido por empleado de entidad bancaria del cedente, ya que se transmite a quien asume el activo y el pasivo sin exclusión posible.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO PRIMERO.- 2.- Al amparo del art.849.2 de la LECR, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos.

No fue objeto de discrepancia que cuando Valentín comete el hecho delictivo no era empleado del Banco de Sabadell, sino de la Caixa del Penedés.

La referencia a la responsabilidad de la recurrente ante el procedimiento de cesión ha sido ya reflejado anteriormente. No se trata de una cuestión de la fecha de los hechos cometidos, sino de un procedimiento de cesión y asunción de responsabilidades, ya que la cesión lo es de activos y pasivos y en esta vía se transmiten las responsabilidades que subsistan al momento de la cesión, y entre ellas la que aquí es objeto de debate. La referida documental no altera la convicción del Tribunal en cuanto a la responsabilidad por las menciones ya citadas por el Tribunal al estar contradicho lo que se pretende acreditar por los documentos que se citan por otros elementos probatorios ya citados, y la fundamentación jurídica precedente.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Desestimándose el recurso, 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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados D. Valentín y D. Victoriano y de la Acusación Particular D. Salvador y del Responsable Civil Subsidiario Banco Sabadell, S.A., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, de fecha 26 de febrero de 2018, en causa seguida contra los anteriores acusados por delito de apropiación indebida. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos, así como a la pérdida del depósito constituido. 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.

Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer

Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Susana Polo Garcia