



Roj: **STS 4555/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4555**

Id Cendoj: **28079120012018100702**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2018**

Nº de Recurso: **2422/2017**

Nº de Resolución: **614/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 6471/2017,**
STS 4555/2018,
ATS 930/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 614/2018

Fecha de sentencia: 30/11/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2422/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 2ª AP Barcelona

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2422/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 614/2018

Excmos. Sres. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

Dª. Susana Polo García



D.

En Madrid, a 30 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de la **Acusación particular DON Epifanio , DOÑA Felicísima , DOÑA Florencia y DON Faustino** , contra Sentencia 547, de 25 de julio de 2017 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala núm. 30/2017 , dimanante de las D.P. núm. 3623/2012A del Juzgado de Instrucción núm. 33 de dicha Capital, seguidas por delito de estafa contra DON Gregorio y DON Herminio . 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. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, como recurrente la Acusación particular DON Epifanio , DOÑA Felicísima , DOÑA Florencia y DON Faustino representados por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio Rodríguez Díez y defendidos por el Letrado Don Antonio Solano Borrue, y como recurridos los acusados Don Gregorio representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Dolores Martín Cantón y defendido por la Letrada Doña María Saló Azagra, y Don Herminio representado por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio Aguilar Fernández y defendido por el Letrado Don Javier Mateu Gallego.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 33 de Barcelona incoó D.P. núm. 3623/2012A por delito de estafa contra **DON Gregorio y DON Herminio** , y una vez concluidas las remitió a la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 25 de julio de 2017 dictó Sentencia 547, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

<<PRIMERO .- Con fecha 4 de junio de 2009 se constituyó ante notario la sociedad BCN ASSET ALLOCATION S.L, por parte de Gregorio , Herminio y Silvio en representación de Novella Assessors S.L que suscribieron 1.543 participaciones representativas del 43,52% del capital social. Los socios optaron en cuanto al gobierno de la sociedad por el sistema de Consejo de Administración, quedando designado Gregorio como Presidente del Consejo, Herminio como Consejero Delegado y Silvio como vocal. Con fecha 3 de agosto de 2010 se nombró a Gregorio como Consejero Delegado y con fecha 3 de octubre de 2011 Gregorio y Herminio ostentaron el cargo de Administradores mancomunados de la compañía.

El objeto social de la compañía era inicialmente "el estudio y análisis de los mercados financieros y la orientación y el consejo sobre los mismos y sus productos tanto en divisiones mobiliarias como inmobiliarias", objeto que fue posteriormente modificado, con fecha 20 de mayo de 2011 al transformarse en Empresa de Asesoramiento Financiero, pasando a denominarse BCN ASSET ALLOCATION EMPRESA DE ASESORAMIENTO FINANCIERO S.L.

Gregorio venía dedicándose desde 1996 al sector de inversión colectiva prestando sus servicios en las mercantiles Barnaleader S.G.C., Money. Brok Agencia de Valores S.A., Privat Bank S.A. y Bankinter. Herminio con anterioridad a la constitución de BCN prestó servicios como gestor patrimonial en la empresa Gestiohna A.V, Agencia de Valores vinculada a la Hermandad Nacional de Arquitectos y posteriormente en Bankinter. Silvio tenía la condición de asesor de empresas y reconoció a favor de BCN ASSET el derecho de uso de un local situado en la calle Diputación 279, a cambio de su participación en aquella.

SEGUNDO.- Gregorio y Herminio , basándose en su experiencia profesional ofrecieron a Epifanio y a su esposa Felicísima , de una parte y a Genaro de otra, personas que desde 2003 habían sido clientes de Herminio y con el que habían desarrollado múltiples inversiones en los mercados financieros participar en BCN ASSET ALLOCATION S.L., con el objetivo de que dicha sociedad pudiera convertirse en una Agencia de Valores, lo que permitiría una mejora en la obtención de los rendimientos financieros correspondientes a las inversiones que acostumbraban realizar.

Las personas antes mencionadas aceptaron y en consecuencia se procedió a realizar una ampliación de capital en BCN ASSET en fecha 20 de junio de 2009 mediante la emisión de 344 nuevas participaciones, concurriendo Epifanio y Felicísima mediante el ingreso en la cuenta titularidad de la sociedad en el BBVA 0182.1797.39.0201545342 de las cantidades de 75.000 euros cada uno en fecha 16 de junio de 2009 así como Genaro mediante el ingreso de 150.000 euros en fecha 9 de junio de 2009 y un posterior ingreso en esa misma cuenta en fecha 20 de agosto de 2009 por importe de 45.000 euros. La ampliación de capital se efectuó con prima de emisión de tal forma que ninguno de ellos pudieran superar el 5% del capital social. En fechas posteriores concretamente el 19 de abril los hijos del matrimonio Epifanio Felicísima , aportaron a la sociedad 30.000 euros cada uno.



Si bien en un inicio el proyecto de negocio ofrecido por los acusados se centraba en la transformación de BCN ASSET en un Agencia de Valores, a cuyos efectos fue elaborada una memoria, determinados contactos con especialistas del sector, fundamentalmente con personal de la entidad Renta 4 Banco (D. Bartolomé y D. Benjamín) aconsejaron que se partiera de la constitución de una Empresa de Asesoramiento Financiero (Forma de Sociedad también supervisada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y necesitada de autorización por ésta e inscripción en sus registros), en el bien entendido que la transformación de BCN ASSET en una Empresa de Asesoramiento Financiero no impedía que en un futuro pudiera constituirse en base a ella una Agencia de Valores.

Con la finalidad de interesar de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) la autorización de BCN ASSET como Empresa de Asesoramiento Financiero y, dar cumplimiento a los requisitos exigidos por el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero y a la Circular CNMV 10/2008 de 30 de diciembre, se contrataron los servicios de la mercantil Gomarq Consulting S.L., entidad especializada en la materia.

La tramitación del expediente de autorización se inició el 8 de junio de 2010, después de tener que haber subsanado diversas deficiencias que afectaban a BCN ASSET en el Registro Mercantil. Como consecuencia de ello se desarrollaron en paralelo las modificaciones mercantiles, necesarias en la compañía para adaptarla a una Empresa de Asesoramiento Financiero (EAFI) al tiempo que se procedió a cumplimentar los requisitos legales establecidos exigidos por la CNMV; exigencia de una auditoría de cuentas, certificación de experiencia en el sector de inversión colectiva de los administradores, Reglamento Interno de Conducta, cuestionarios de honorabilidad, Reglamento para la defensa del cliente, Política de continuidad del negocio, Sistema de medición y valoración de riesgos en instrumentos financieros, estructura física operativa, manual de procedimiento para la prevención del blanqueo de capitales etc.

La documentación, después de atendidos los distintos requerimientos del Organismo Supervisor, fue finalmente presentada en la C.N.M.V con fecha 16 de febrero de 2011 y la CNMV concedió con fecha 13 de mayo de 2011 autorización para la transformación de BCN ASSET en Empresa de Asesoramiento Financiero.

Sin embargo, habida cuenta de las dificultades entre los socios surgidas en la Junta General del ejercicio de 2011 y a las dificultades financieras en las que se encontraba la Compañía, BCN ASSET desistió del expediente de inscripción, dictándose con fecha 31 de octubre de 2012 resolución de conclusión de expediente por la CNMV.

TERCERO.- El proyecto de creación de Agencia de Valores que Gregorio y Herminio presentaron ante el matrimonio Epifanio - Felicísima y ante el Sr. Sixto preveía unos fondos gestionados en torno a 8 millones de euros y contenía para el ejercicio de 2010 una previsión de beneficios de 98.000 euros incurriendo en unos gastos de personal que se cifraban en 212.000 euros.

El ejercicio de 2010 comportó de facto unas pérdidas 170.796,35 euros de los que 148.714 euros correspondían a las retribuciones percibidas por Gregorio y Herminio . Gregorio y Herminio no percibieron retribución alguna durante el ejercicio de 2009 y comenzaron a percibir las a partir del mes de abril de 2010. Las cuentas correspondientes al ejercicio de 2010, fueron aprobadas en Junta General de accionistas de fecha de 2011 con el voto favorable del matrimonio Epifanio - Felicísima y del Sr Sixto .

El ejercicio de 2012 reflejó pérdidas por importe de 266.217,65 euros de los que 223.068 euros corresponden a retribuciones percibidas por Gregorio y Herminio .

Las pérdidas ocasionadas en los ejercicios de 2010 y 2011 comportaron, de hecho, la pérdida del capital de la compañía, por lo que en la Junta celebrada el 12 de marzo de 2012 se interesó la realización de una nueva ampliación de capital, que finalmente no fue acordada lo que motivó la renuncia de la autorización de creación de EAFI otorgada por la CNMV.>>

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

<<Que debernos absolver y absolvemos a Gregorio Y Herminio de los delitos de estafa y apropiación indebida que les habían sido imputados con declaración de oficio de las costas causadas.

Notifíquese a las partes la presente resolución notificándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de CASACION para ante el **TRIBUNAL SUPREMO** en el plazo de CINCO DÍAS, a partir de su notificación.>>

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal de la **Acusación particular DON Epifanio , DOÑA Felicísima , DOÑA Florencia y DON Faustino** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a la Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.



CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal de la Acusación particular DON Epifanio , DOÑA Felicísima , DOÑA Florencia y DON Faustino , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo primero.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º LECrim ., por cuanto la sentencia recurrida infringe preceptos penales de carácter sustantivo y otras normas jurídicas que deben ser observadas en la aplicación de la ley penal.

Motivo segundo.- Por infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2º LECrim . por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851. 3º LECrim al no resolver sobre todos los puntos que han sido objeto de acusación.

Motivo tercero.- Por quebrantamiento de forma al amparo de los arts. 850.3º LECrim .

Motivo cuarto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim , en relación al art 24 CE por haber incurrido la sentencia de la Audiencia Provincial en incongruencia omisiva al no haberse pronunciado sobre todas las pretensiones de la acusación.

QUINTO.- Son recurridos en la presente causa los acusados DON Gregorio y DON Herminio que impugnan el recurso por sendos escritos de fecha 17 de noviembre de 2017.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estima necesaria la celebración de vista para su resolución y se opone a la admisión de todos los motivos aducidos, que impugnan, por las razones expuestas en su escrito de fecha 28 de noviembre de 2017; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo, cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebraron la votación y deliberación prevenidas el día 13 de noviembre de 2018; prolongándose las mismas hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, absolvió a Gregorio y Herminio de los delitos de estafa y apropiación indebida, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación la representación procesal de la acusación particular, constituida por Epifanio , Felicísima , Genaro , Faustino y Florencia , recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

SEGUNDO. - Mediante el primer motivo, formalizado por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia no solamente la indebida aplicación de preceptos sustantivos, sino también de otros preceptos, que no pueden integrar el "error iuris" pretendido por la parte recurrente, en tanto no se trata de normas sustantivas que complementan los tipos penales, sino que se trata de normas jurídicas organizativas relativas al establecimiento de los servicios de inversión, y concretamente los arts. 16.1 y 14.1 e) del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre ; y los arts. 69.1 y 69.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

También se queja de que la Audiencia ha absuelto a los acusados Sres. Gregorio y Herminio , pese a la concurrencia, en su tesis, de los elementos de los tipos penales de estafa y apropiación indebida, contemplados en los arts. 248 y 252 del Código Penal , respectivamente. Y lo mismo acontece -se alega- con la persona jurídica BCN ASSET ALLOCATION ,S.L. de toda responsabilidad penal que pudiera atribuírsele, en virtud del art. 251 bis a. del Código Penal (y correlativo art. 31 bis), en relación a dicho delito de estafa, aunque en este segundo supuesto, el de la persona jurídica, no se ha hecho mención en el fallo de la Sentencia recurrida.

En suma, el núcleo del delito queda constatado en todo el entramado de gestiones realizadas tendentes a la consumación y agotamiento del delito, y en especial se advierte, como evidente indicio documentalmente plasmado en los folios 46 a 57, y ello para proponerles un negocio falso con la idea de que les transmitieran su patrimonio.

En fin, termina afirmando que los recurrentes, como víctimas del engaño, no eran conscientes de las implicaciones y las consecuencias derivadas de constituir una Agencia de Valores o una Entidad de Asesoramiento Financiero, cuyo inicio de actividad para operar en prometido mercado financiero, requería en ambos casos de la autorización de la CNMV.

El motivo no puede ser estimado desde esta perspectiva.



Es sabido que dada la luz que alumbra el motivo, deben respetarse los hechos probados de la sentencia recurrida.

En ellos se afirma que los querellantes, que habían participado juntos en otras operaciones de inversión, y con el objetivo de que BCN ASSET ALLOCATION S.L. pudiera convertirse en una Agencia de Valores, realizaron las actuaciones que se describen en el factum, lo que permitiría una mejora en la obtención de los rendimientos financieros correspondientes a las inversiones que acostumbraban realizar.

Para ello se procede a una ampliación de capital en BCN ASSET en fecha 20 de junio de 2009 mediante la emisión de 344 nuevas participaciones, en las condiciones que se lee en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida. Más adelante, se idea como camino intermedio a la transformación de BCN ASSET en un Agencia de Valores, y tras los oportunos asesoramientos especializados, que se partiera de la constitución de una Empresa de Asesoramiento Financiero (forma de sociedad también supervisada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y necesitada de autorización por ésta e inscripción en sus registros), pero siempre en el bien entendido de que la transformación de BCN ASSET en una Empresa de Asesoramiento Financiero no impediría que en un futuro pudiera constituirse en base a ella una Agencia de Valores. Para todo ello, se contrataron los servicios de la mercantil Gomarq Consulting S.L., entidad especializada en la materia.

La tramitación del expediente de autorización se inició el 8 de junio de 2010, después de tener que haber subsanado diversas deficiencias que afectaban a BCN ASSET en el Registro Mercantil. Como consecuencia de ello se desarrollaron en paralelo las modificaciones mercantiles, necesarias en la compañía para adaptarla a una Empresa de Asesoramiento Financiero (EAFI) al tiempo que se procedió a cumplimentar los requisitos legales establecidos exigidos por la CNMV; exigencia de una auditoría de cuentas, certificación de experiencia en el sector de inversión colectiva de los administradores, Reglamento Interno de Conducta, cuestionarios de honorabilidad, Reglamento para la defensa del cliente, Política de continuidad del negocio, Sistema de medición y valoración de riesgos en instrumentos financieros, estructura física operativa, manual de procedimiento para la prevención del blanqueo de capitales, etc.

La documentación, después de atendidos los distintos requerimientos del órgano supervisor, fue finalmente presentada en la C.N.M.V. con fecha 16 de febrero de 2011 y la CNMV concedió con fecha 13 de mayo de 2011, autorización para la transformación de BCN ASSET en Empresa de Asesoramiento Financiero.

Sin embargo, como consecuencia de las dificultades financieras de BCN ASSET se desistió del expediente de inscripción. La sentencia recurrida describe tales dificultades financieras en los ejercicios 2009, 2010, 2011 y 2012. Finalmente, la sociedad ha perdido el capital originariamente aportado (465.000 euros), sin llegarse a inscribir la agencia de valores.

De lo expuesto, cabe indicar que no existe engaño de donde deducir que se produjo, mediante error, tal desplazamiento patrimonial, en tanto que los hechos probados no permiten descubrir la existencia de tal engaño. Nos dice el relato fáctico que los querellantes fueron haciendo ingresos en la sociedad, mediante las participaciones que fueron adquiriendo en sucesivas ampliaciones de capital, para la formación de una agencia de valores que, previamente, se diseñó como una EAFI. Se contrataron los servicios especializados de consultoría a tal fin, pero finalmente no pudo llevarse a cabo como consecuencia de falta de cobertura de capital.

Se alega por la parte recurrente que se consumió el capital en sueldos de directivos, que precisamente eran los acusados, pero como dice la sentencia recurrida ese solo hecho, sin otros elementos probatorios expuestos en el factum, no es ilícito. Sería necesario afirmar que existía un plan preconcebido para quedarse con tal capital simulando la realización de un trabajo, pero eso no está en los hechos probados.

Desde el punto de vista de la apropiación indebida, y a la fecha de los hechos probados, el Código Penal requería que la cantidad recibida lo hubiera sido en concepto de depósito, comisión, o administración o mediante otro título que obligue a entregarlo a otro o a devolverlo, o negaren haberlo recibido, y no se haya cumplido la finalidad dispuesta en el contrato base de la entrega del capital. Sin embargo de los hechos probados resulta que el dinero se recibe mediante la suscripción de las participaciones sociales y con el objeto social de constituirse en una agencia de valores, y es claro que tal título no satisface las exigencias del delito de apropiación indebida.

Por lo demás, respecto a la utilización de los fondos para sufragar a los gastos de la sociedad, la sentencia recurrida declara que no se ha probado la prohibición social al respecto, siendo así que, en consecuencia, el capital social debe de estar puesto a disposición de las finalidades sociales de la corporación.

Tampoco concurren los elementos del delito de alzamiento de bienes, al no existir las deudas necesarias para su concurrencia en la descripción fáctica de los hechos probados.



En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

TERCERO .- El segundo motivo se formaliza por "error facti", al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando la parte recurrente que la Audiencia "a quo" no valora la prueba documental conforme a lo que dispone la ley para permitir una fundamentación suficientemente motivada de la sentencia.

Sostienen los recurrentes que el folleto que se encuentra unido a los autos a los folios 46 y siguientes, expresa que *"BCN Asset Allocation AV, S.A. nace con el propósito de participar de forma activa en la interpretación de manera totalmente independiente y garantizando la solvencia de la misma. La figura jurídica será la de Agencia de valores"*.

La parte recurrente pretende deducir del hecho de que se trata de una forma societaria como anónima, la raíz del engaño. Y señala que la sentencia recurrida no ha valorado el folleto. Pero en él, como es de ver, lo que se pretende con tal actuación social es la constitución de una agencia de valores, que es precisamente lo que dicen los jueces "a quo" en los hechos probados.

Por lo demás, los demás documentos esgrimidos son declaraciones testificales (folios 364, 527), o informes de la Auditoría (página 298, Tomo III), que no constituyen documentos literosuficientes.

CUARTO .- En el tercer motivo del recurso, al amparo de lo autorizado en el art. 851-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la parte recurrente denuncia que la sentencia recurrida no ha resuelto sobre todos los puntos que han sido objeto de acusación.

Se alega que la Sentencia recurrida no ha resuelto sobre la acusación formulada por Don Faustino, ni tampoco por la acusación formulada por Doña Florencia. Y que ambos, según consta en las actuaciones, hicieron entrega a los acusados de la cantidad de 15.000 euros, respectivamente, cada uno de ellos (f.83 y f.84), bajo la condición que las citadas cantidades deberían destinarse a la suscripción del capital social de BCN ASSET ALLOCATION S.L. (f. 81, f. 82 y f. 85).

Al respecto ha señalado la STS 495/2015 de 29 de junio, con cita de la sentencia de esta Sala 1100/2011 de 27 de octubre, que este vicio denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva" o también "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada. Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes. No se comprenden en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, por lo que no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión.

En cualquier caso, para que pueda prosperar el motivo de casación basado en incongruencia omisiva, también ha señalado esta Sala, que es necesario que se haya intentado corregir la misma por la vía del complemento de sentencia que faculta el artículo 267.5 de la LOPJ, que en este caso no se ha intentado.

En efecto, esta Sala tiene establecido que conviene tener presente la incidencia que, en la reivindicación casacional del defecto de quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.3º de la LECr, puede llegar a tener la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que ha ensanchado la funcionalidad histórica asociada al recurso de aclaración de sentencia (SSTS 933/2010, de 27-10; 1094/2010, de 10-12; y 545/2012, de 22-6, entre otras).

Correlativamente con ello, el apartado 5 del art. 267 de la LOPJ dispone que "... si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla".

También es preciso que este defecto no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela



judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación (STS 1095/99, de 5 de julio o 895/2014, de 23 de diciembre, entre otras).

En el caso, ni se ha planteado el incidente previsto en el art. 267.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni puede entenderse producido el defecto denunciado porque la cuestión ha quedado implícitamente desestimada, pues todas las aportaciones de los querellantes lo fueron para suscribir participaciones sociales, como se alega en este motivo para los citados.

Y lo propio hemos de señalar del motivo quinto, puesto que tampoco existe la utilización de tal cauce procesal. En todo caso, en el caso de la persona jurídica que fue acusada por el mecanismo del art. 31 bis del Código Penal, es lo cierto que los hechos son anteriores a la entrada en vigor de tal **responsabilidad penal de las personas jurídicas**, que lo fue el 23 de diciembre de 2010, mediante LO 5/2010, y de la resultancia fáctica se observa que ya el 20 de junio de 2009, se acuerda la ampliación de capital de BCN ASSET, que es, según la acusación particular, el germen del acusado delito de estafa, tramitándose el expediente para la creación de una agencia de valores, a partir del día 8 de junio de 2010.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

QUINTO - El cuarto motivo, y al amparo de lo autorizado en el art. 850-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia quebrantamiento de forma, por negativa del Presidente del Tribunal, a que el testigo propuesto por la defensa, Don Rubén, respondiera a una de las cuestiones, en tesis de la parte recurrente pertinente y de manifiesta influencia en la causa, formuladas por la acusación particular.

Como se dice en el desarrollo del motivo, es doctrina de esta Sala (STS 2807/2017, de 21 de junio de 2017) que *"e l Juzgador puede, y debe, desempeñar funciones de ordenación del proceso, dirigiendo los debates y cuidando de evitar las discusiones impertinentes y que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad (art. 683 LECr.), así como de garante de la equidad, el "fair play" y la buena fe entre las partes, evitando durante los interrogatorios las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes (arts. 709 y 850 4o LECr)."* No obstante, sostiene la STS 3288/2017, de 14 de junio de 2017, *"del mismo modo que la Sala tiene dicho que deben entenderse como inicialmente pertinentes aquellas preguntas correctamente propuestas que sean congruentes con los puntos debatidos, también ha reflejado que debe valorarse su relevancia y necesidad, esto es, su causalidad con el sentido del fallo (SSTS 1756/2000 de 17 noviembre o 1125/2001, de 12 de julio), (...)"*.

En el turno de preguntas, la acusación particular formuló al testigo Don Rubén, la siguiente pregunta:

"¿Recuerda de qué fecha a qué fecha ha sido letrado de los querellados o cuando dejó de serlo?"

Esta pregunta se consideró improcedente. Pero en realidad la respuesta a esa pregunta estaba dirigida a probar la cualidad del testigo en cuanto a su credibilidad. Pero como quiera que ese testigo no se utiliza por el Tribunal sentenciador para conformar su convicción judicial, carece de virtualidad para provocar la nulidad del juicio y su retroacción al momento de su inicio por otros magistrados diferentes, solución ciertamente desproporcionada.

Desde el plano formal, nada se alega sobre la exigida protesta en el plenario y su constatación documental.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SEXTO. - Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas a la parte recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y a la pérdida del depósito si en su día lo hubieran constituido.

FALLO

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

1º.- DECLARAR NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación legal de la **Acusación particular DON Epifanio, DOÑA Felicísima, DOÑA Florencia y DON Faustino**, contra Sentencia 547, de 25 de julio de 2017 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona.

2º.- CONDENAR a los recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso, y a la pérdida del depósito judicial si en su día lo hubieran constituido.

3º.- COMUNICAR a la Audiencia de procedencia la presente resolución a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.



Julián Sánchez Melgar Francisco Monverde Ferrer Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Susana Polo García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ