

Roj: **STS 6396/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:6396**Id Cendoj: **28079120012013101026**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/12/2013**Nº de Recurso: **648/2013**Nº de Resolución: **1036/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SE 709/2013,**
STS 6396/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Diciembre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por los procesados **Pedro Enrique , Aquilino y Adoracion** representados por el Procurador D. Luciano Rosch Nadal, contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la **Audiencia Provincial de Sevilla**, con fecha **12 de febrero de 2013**, que les condenó por un delito de apropiación indebida. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida la entidad "**INVERSIONES ARCOPRO, SL.**" representada por el Procuradora D. Carlos Luis Saus Reyes. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 15 de Sevilla, instruyó Procedimiento Abreviado nº 156/2010, contra Pedro Enrique , Aquilino y Adoracion , por delitos de apropiación indebida y administración desleal, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla que con fecha 12 de febrero de 2013, en el rollo nº 1146/2011, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Primero.- Los acusados D. Pedro Enrique Y D. Aquilino junto a D. Evelio eran administradores mancomunados de la entidad **INVERSIONES ARCOPRO SL.** En el ejercicio de sus funciones podían actuar en forma mancomunada dos de los tres administradores nombrados.- La entidad **INVERSIONES ARCOPRO SL,** se dedicaba conforme a objeto social "a la adquisición, construcción, promoción, arrendamiento, tenencia, venta y administración de edificaciones, viviendas, locales de negocios, naves y en general cualquier tipo de edificación, ... de fincas rústicas y urbanas...".- La entidad **INVERSIONES ARCOPRO SL** en el año 2009 estaba formada por la entidad "**Savireco Promociones inmobiliarias S.L.**", que ostentaba el 75% del capital Social y de la que no formaban parte los acusados y "**Asesores técnicos la Vega S.L.**" que ostentaba el 25% del capital Social, de la que formaban parte los acusados D. Pedro Enrique Y D. Aquilino **Segundo.-** Los acusados D. Pedro Enrique Y D. Aquilino en su condición de administradores de **INVERSIONES ARCOPRO SL,** puestos de común acuerdo, y sin conocimiento ni consentimiento de D. Evelio ni de los partícipes de esa sociedad cedieron en propiedad bienes inmuebles titularidad de la misma, en pago de deudas inexistentes por supuestas comisiones de venta de inmuebles realizadas y debidas a la entidad **PUBLICACIONES TÉCNICAS EDUCATIVAS SL,** creada por el acusado D. Pedro Enrique y administrada únicamente por su esposa, la acusada D^a. Adoracion entidad dedicada a la actividad de la construcción junto a la actividad de edición y publicación de libros.- El nombramiento de administradora única de la entidad **PUBLICACIONES TÉCNICAS EDUCATIVAS SL** se efectuó en escritura inscrita en el Registro el 21 de enero de 2009 (Folios 103 a 105 de las actuaciones), actuando D^a. Lidia , no materialmente, sino a través del acusado D. Pedro Enrique , por medio de apoderamiento otorgado el día el 29 de junio de 2006.- La



cesión citada se materializó en el otorgamiento de sendas escrituras públicas de fecha 23 de enero de 2009 con nº de protocolo 107 y 108 de la Notaría de La Algaba tramitándose por la primera para pago de las simuladas comisiones de venta ascendentes a 97.440 euros (84.000+ IVA de 13.440) de un total de 25 plazas de garaje y 6 trasteros (finca registral 12.493), existentes en la planta sótano de la parcela denominada como A-5 en el estudio de detalle de la unidad de ejecución nº 10 de las normas subsidiarias de La Algaba, así como otra plaza de garaje de la finca registral NUM000 , del edificio de conocido en la citada localidad como " DIRECCION000 "- Por la segunda, con nº de protocolo 108, los acusados ceden a PUBLICACIONES TÉCNICAS EDUCATIVAS SL en pago de inexistentes comisiones de ventas por 111.360 euros (96.000 + IVA de 15.360), la propiedad de un total de 32 plazas de garajes del aparcamiento sito en la planta NUM001 de la parcela denominada NUM002 en el estudio de detalle perteneciente a la unidad de ejecución 10 de las normas subsidiarias de La Algaba.- Los perjudicados causados a la entidad INVERSIONES ARCOPRO SL superan el millón de euros, si se tiene en cuenta que el precio de mercado de las plazas de garaje cedidas es de 18.000 euros, no de 3.000 euros, como consta en escrituras de cesión.- Al efectuarse esta cesión INVERSIONES ARCOPRO SL carecía de liquidez para pagar a sus proveedores, siendo los bienes inmuebles de esa cesión los únicos de su titularidad que no estaban hipotecados.- **Tercero.**- los acusados carecen de antecedentes penales y no han estado privados de libertad por esta causa." (sic)

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

"FALLO: Absolvemos a los acusados D. Pedro Enrique , D. Aquilino , D^a Adoracion de los delitos de falsedad en documento privado y por el delito de administración desleal, con declaración de 2/3 partes de las costas causadas de oficio.- Condenamos a los acusados D. Pedro Enrique , D. Aquilino , D^a Adoracion como autores responsables de un delito de apropiación indebida, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a las penas a cada uno de ellos de cuatro años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, multa de 6 meses con una cuota diaria de 10 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.- Igualmente los acusados por terceras partes 1/3 de las costas causadas, incluyendo las generadas por la actuación de la acusación particular.- En el orden civil se declara la nulidad de las escrituras nº de protocolo 107 y 108 de 23 de enero de 2009 de la Notaría de La Algaba y de las inscripciones registrales que hubiere originado; para el caso que los bienes transmitidos en dicha escritura pertenecieran a terceros adquirentes de buena fe, se condenará a los acusados y a PUBLICACIONES TÉCNICAS EDUCATIVAS SL solidariamente a indemnizar a Inversiones Arcopro S.L. en el valor de las plazas de garaje transmitidas a razón de 18.000 euros cada una de ellas, así como en el valor de los trasteros transmitidos, según se determine en ejecución de sentencia." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por los procesados que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de los recurrentes, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 de la LOPJ , por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, proclamados en el art. 24 de la CE .

2º y 3º- Al amparo del art. 852 de la LECrim . y del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva con proscripción de toda posible indefensión y a la presunción de inocencia, reconocidos en el art. 24.1 y 2 de la CE .

4º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 de la LOPJ , por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia (Sra. Adoracion) y por tanto a la vulneración específica en cuanto a dicha acusada del art. 24, número 2º de la CE , que consagra el indicado derecho fundamental.

5º, 6º, 7º y 8º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim . por cuanto la Sala de instancia, en su sentencia, incurre en manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, evidenciado por documentos y en cuanto a los particulares concretos que se dirá.

9º, 10º, 11º y 12º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por cuanto la Sala de instancia califica la conducta de los tres acusados como constitutiva de un delito de apropiación indebida del art. 252, en relación con el art. 250.1.6 del CP , con lo que ha infringido por indebida aplicación los preceptos y números mencionados.

13º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por cuanto la Sala de instancia califica la conducta de la Sra. Adoracion como constitutiva por cooperación necesaria, de un delito de apropiación indebida del art. 252, en relación con el art. 250.1.6 del CP .



QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 18 de diciembre de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En el primero de los motivos, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia una doble vulneración de precepto constitucional. La garantía de tutela judicial efectiva y la de presunción de inocencia.

Se alega por los tres recurrentes que la sentencia de instancia les atribuye responsabilidad penal fundada en que se apoderaron sin justificación alguna de unos bienes inmuebles mediante escrituras número 107 y 108. Pero la sentencia recurrida reincide, según el recurso, en **no dar adecuada explicación de la exclusión de los medios de prueba de descargo**.

Estiman los recurrentes que, al no acatar lo que una anterior sentencia de este Tribunal Supremo había ordenado al casar la primera sentencia dictada por el mismo Tribunal de instancia en esta causa, ya, no solamente se conculca la invocada garantía de tutela judicial, sino que se incurre en vulneración de la de presunción de inocencia. Por lo que insta nueva sentencia absolutoria.

2.- En la anterior sentencia de esta Sala se enunciaban los elementos probatorios de descargo, cuya valoración los recurrentes protestaban como de valoración preterida en la primera sentencia. Eran éstos:

a) Documental constituido por escrito de la parte querellante que reconocería, según el recurrente, la existencia del encargo de venta alegado (en referencia a recurso de apelación presentado por dicha querellante en 8/7/2009, unido a las actuaciones a los folios 502 y ss).

b) Documental constituido por alegato del Ministerio Fiscal, folio 741 en relación a un recurso de apelación de los acusados, por el que aquél reconoce la autenticidad del documento obrante al folio 255, al que nos referiremos inmediatamente, que el Tribunal de instancia rechaza tomar en consideración.

c) Documental que recoge dicho encargo, unido a los autos como folio 255, del que, dice el recurso, está reconocida la autenticidad por la propia persona que representa a la entidad querellante. Dicho documento, al igual que los otros dos anteriores, es alegado por la defensa al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (motivo quinto del recurso) como prueba de hecho de aquel encargo de ventas cuyos honorarios harían legítima la dación en pago que justifica la imputación del delito por el que se les condena.

d) Testimonio que acreditaría la autenticidad de aquel documento y que se dice prestado por las partes declarando como testigos, y a los que hace referencia aquel alegato del Ministerio Fiscal.

e) Las facturas emitidas por el importe que se dice de lo devengado por la actividad de intervención en las ventas alegadas.

Tales medios probatorios tenían por función, en la retórica de la defensa, la acreditación del hecho alegado por ella: que la causa de tal acto de disposición -atribuido como constitutivo de apropiación indebida, estaba justificado y no era por ello ilícito, ya que tenía por finalidad abonar los **honorarios devengados por el trabajo profesional de los acusados, consistente en la actividad encaminada a la venta de los diversos inmuebles de la promoción** llevada a cabo por la sociedad dueña de los inmuebles de las que, con el querellante, eran partícipes.

Sin embargo, y esto era el núcleo de la queja, la sentencia establecía en su fundamentación jurídica la *falta de prueba de la existencia de un encargo* de tal actividad y, en consecuencia, estima que la dación en pago, erigida en presupuesto fáctico del delito, carecía de título o razón alguna que excluyera su antijuridicidad, penalmente tipificada como apropiación indebida.

La ilicitud de la apropiación se funda en la declaración de hechos probados en dos datos: **1º.-** Que las escrituras en dación de pago (las nº 107 y 108) se otorgaron por los querellados con desconocimiento por parte del otro dueño de la sociedad el querellante Sr. Evelio y **2º.-** Que la deuda, que se pretendía extinguir con esa dación en pago era inexistente, ya que las comisiones de venta que constituirían su título era solamente "supuestas" (hecho probado segundo).

En nuestra precedente sentencia de casación, que anulaba esa del Tribunal de instancia, identificamos la cuestión a resolver diciendo que se trataba de advertir si la *estructura de la argumentación de la sentencia*



recurrida implica o no la plena prescindencia de la valoración de aquellos medios probatorios propuestos por la defensa, sin entrar a considerar cual sería la conclusión a que dicha valoración habría de llevar.

Y decidimos como conclusiones:

a) que, aunque analiza el documento obrante al folio 255, por razones que no podemos compartir, **no lo admite** para valoración de su contenido a efectos de establecer si existió o no encargo de promoción de ventas de los inmuebles;

b) que, en cuanto a los documentos invocados para acreditar la existencia del cumplimiento de lo pactado en aquel documento, **ni siquiera se hace referencia** a los medios probatorios referidos a ese particular -escritos producidos en torno a determinados recursos- y

c) que, en relación también a ese cumplimiento, **ni se menciona** el testimonio del representante de la entidad querellante de sentido contrario a la incriminación, en cuanto admite la ejecución del encargo y el devengo de derechos a favor de los acusados por razón de ello.

3.- La nueva sentencia, dictada por el mismo Tribunal de instancia, que es objeto de este segundo recurso de casación, ha reproducido literalmente la sentencia anterior con los siguientes añadidos:

1º.- En cuanto a la referencia a las dos facturas obrantes a los folios 442 y 470 de las actuaciones, se reitera la advertencia de que ambas facturas carecen de sello y firma. Solamente se añade en la segunda sentencia que las mismas fueron incorporadas a las escrituras de cesión en pago números 107 y 108, pero no en las fechas de su otorgamiento y, además, se destaca que no consta en documento alguno las "relaciones comerciales" que dieron lugar a la deuda, cuyo pago se articula con la cesión allí escriturada.

2º.- Se hace, ahora en la segunda sentencia, una referencia a los documentos obrantes a los folios 487 a 491. Se tilda a esos documentos de simple "listado de nombres" de compradores meramente "posibles" y sin que en las eventuales ventas conste la intervención de las "empresas de los acusados".

Y se asume el voto particular del Magistrado de la Sala de Casación que el resto de los Magistrados de la misma desecharon al establecer la decisión, que no opinión, del Tribunal Supremo, por la que se casaba la sentencia anterior del Tribunal de instancia, y que era de obligado acatamiento para éste.

SEGUNDO.- 1.- Así pues, resulta evidente que el Tribunal de instancia ha decidido prescindir en su nueva resolución de los contenidos de nuestra anterior sentencia casacional en la que advertíamos de la necesidad de motivación, para decidir en la recurrida de toda reflexión, por mínima que fuera, sobre los medios que, uno a uno, allí le analizábamos.

Nada se dice en la nueva sentencia sobre la valoración que puede merecer el documento de encargo de venta que se efectuaría a favor de los querellados. Se limita la sentencia a lo ya dicho en la anulada.

No se da pues respuesta a la tacha que la precedente sentencia de casación formulaba a tal proceder retórico de la recurrida. Nos remitimos a lo dicho en el fundamento jurídico primero, apartado 3, párrafo tercero de dicha sentencia de casación de 23 de marzo de 2012, recaída en la misma causa de que procede este rollo.

Ni siquiera se hace referencia a la admisión, por más que hipotética, que se hace de la ejecución del encargo de venta, con ocasión de la formalización de apelación contra la decisión de sobreseimiento que había llegado a ser dictada en la misma causa. Y ello pese a que en la anterior sentencia de casación se advertía de la relevancia de tal medio de prueba.

Aun sin jerarquizar las tachas en que nítidamente incurre la nueva sentencia, parece oportuno recordar expresamente lo que le imputamos al Tribunal de instancia en nuestra anterior sentencia:

Más relevante es la falta de toda reflexión en la sentencia sobre la prueba testifical relativa al eventual cumplimiento por parte de los acusados del encargo de venta y de los efectos de tal cumplimiento en cuanto a las relaciones económicas entre los acusados y la entidad querellante. Aquella prueba testifical aparece indicada en el documento (folio 741) presentado por el Ministerio Fiscal al impugnar un recurso de los acusados contra el auto que manda seguir el procedimiento como fase de preparación del juicio oral (folios 725 y ss). En éste y en el escrito del Ministerio Fiscal se indica ya que el testigo Sr. Evelio -representante de la entidad querellante- ha reconocido la existencia del encargo de gestión de venta. Tampoco la sentencia hace ninguna reflexión al respecto de si tales documentos corroboran o no la afirmación de que tal encargo existió.

Pues bien, a fin de constatar la existencia de esa prueba testifical que aporte contenido probatorio de descargo, el Tribunal, en uso de la facultad que le confiere el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha procedido a oír la grabación del acto del juicio oral en la parte en la que declara como testigo el Sr. Evelio. En ella consta que es preguntado por la existencia y por la ejecución del encargo de venta y acaba admitiendo que los



acusados promovieron múltiples ventas y que tal actividad era retribuida, sin especificar como se determinaba esa retribución. Solamente formula dos matices. Uno que la promoción no era exclusiva de los acusados. La otra que el cobro de lo así devengado había de posponerse para después de satisfacer las deudas derivadas de la construcción

A pesar de lo que allí dijimos, el Tribunal de instancia ha considerado oportuno desprestigiar absolutamente tal argumentación. Hasta el punto de desechar dedicar una sola línea de su nueva sentencia a refutar, si encontraban razones para ello, esa advertencia.

Lo anterior nos releva de entrar en el examen de otros resultados probatorios que la defensa invoca -pruebas de testigos como el Sr. Constancio y el Sr. Federico u otros sobre la realidad del encargo y pacto de comisiones a favor de los querellados por razón de su cumplimiento. Y tampoco es necesario entrar en el examen de otros documentos que hablan de ese encargo como las cartas circulares de los folios 256 y 257 remitidas por el mismo Sr. Evelio .

2.- Sin duda alguna el Tribunal de instancia ha hecho uso de la más plena independencia al prescindir de lo indicado por este Tribunal Supremo.

Cabría incluso añadir que con las añadiduras, por más que inanes, de su nuevo discurso, ha de darse por conjurado el riesgo de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Lo que nos sitúa ya en trance de determinar si ello no obstante subsiste la flagrante conculcación del derecho a la presunción de inocencia.

3.- Reiteramos la cita de la doctrina del Tribunal constitucional que hicimos en la anterior sentencia de casación con tan escasa receptividad en el Tribunal de instancia.

El Tribunal Constitucional se refiere, por un lado, a lo que denomina la " *cuestión de si la valoración de la prueba está **suficientemente motivada***" afecta al derecho a la tutela judicial, pero también, e incluso principalmente, a la garantía de presunción de inocencia. El matiz determinante será el *grado de incumplimiento de la obligación de motivar* . El derecho a la **tutela judicial se satisface con un grado mínimo** . Basta con que la sentencia permita la cognoscibilidad de la ratio decidendi. Pero **si éste no** se alcanza se habrá vulnerado el más exigente canon de la **presunción de inocencia**. (*SSTC 9/2011 de 28 Feb. 2011 y las ahí citadas SSTC 5/2000, de 17 de enero , FJ 2 ; 249/2000, de 30 de octubre , FJ 3 ; 209/2002, de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 143/2005, de 6 de junio , FJ 4); 245/2007, 10 de diciembre , FJ 5*).

No obstante en otras sentencias, pese a que reprocha a la decisión jurisdiccional una "ostensible falta de motivación" estima que lo vulnerado es el derecho a la presunción de inocencia. (*STC nº 12/2011 de 28 de febrero*). Pero entonces, al considerar el alcance del fallo que resuelve la pretensión de amparo, **ordena retrotraer las actuaciones** al momento inmediato anterior al dictado de la sentencia para que se dicte otra "en la que se observen las exigencias inherentes al derecho a la presunción de inocencia" reiterando doctrina ya establecida en casos análogos (*SSTC 175/1985 y 92/2006*).

Igual solución se adopta en el caso de la *STC 8/2006 de 16 Ene. 2006* , porque el Tribunal que condenó al recurrente en amparo elude razonar por qué prescindió de pruebas de descargo y acuerda retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar la resolución judicial para que se pronuncie una nueva en la que se enjuicie la imputación por este concreto delito en forma respetuosa con el mencionado derecho fundamental que en ese caso estimó era el derecho a un proceso con todas las garantías.

Solución que se excluye, sin embargo, cuando, por vulneración de normas sustantivas detectada en la decisión jurisdiccional, y por estimar que la sentencia que se dictara nunca podría ser condenatoria, excluye esa retroacción y establece que el amparo consistirá en la anulación de la sentencia contra la que aquél fue solicitado (*STC 37/2010 de 19 de julio ; 57/2010 de 4 de octubre*).

4.- Pues bien, la nueva resolución nos reconduce a esta última hipótesis. En efecto, la omisión de toda valoración de los medios probatorios que se han indicado, tanto en nuestra anterior sentencia como en ésta, solamente puede explicarse por una doble hipotética razón. O bien el Tribunal ha decidido arbitrariamente prescindir de los argumentos que pudieran refutar las objeciones de esa nuestra precedente sentencia y avalar su tesis condenatoria, o ha sido totalmente incapaz de poder justificar ésta, al reconsiderar los medios de prueba de que venimos hablando como preteridos de manera contumaz.

Desde luego nada autoriza a asumir la primera hipótesis. Por ello este Tribunal de casación entiende que el Tribunal de instancia ha sido incapaz de encontrar razones para refutar las propuestas probatorias de la defensa.



Pero, ya en ese nuevo escenario de precariedad argumental de la recurrida, no cabe sino atender a la garantía de presunción de inocencia como burdamente conculcada.

Lo que nos lleva a la total estimación del recurso en el primero de sus motivos.

En consecuencia deberá expulsarse del hecho probado la afirmación de que la cesión en pago no extinguía deudas que puedan afirmarse inexistentes.

TERCERO.- 1.- La estimación del anterior motivo relativiza la trascendencia de otros motivos del recurso referidos a la premisa fáctica de la sentencia de instancia. Incluso el motivo quinto, por el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se refería a la afirmación de existencia de encargo y realidad de su ejecución para ventas por parte de los querellados a satisfacer por la querellante. Por ello entramos ahora a examinar el motivo noveno, cuya suerte se vincula a la del primero de los motivos, ya estimado, aunque también al quinto.

Se pretende en ese motivo noveno que se ha producido vulneración del artículo 252 en relación con el 250.1.6 del Código Penal porque los hechos que cabe considerar atribuibles a los acusados no constituyen el citado delito de apropiación indebida.

Los recurrentes añaden otras razones al respecto en los motivos siguientes. Como la atipicidad de la apropiación que tiene por objeto bienes inmuebles, o la falta de acreditación de diferencia entre el precio escriturado en las daciones en pago y el valor real de los bienes transmitidos. Pero no habrá lugar a entrar en tales aspectos si antes queda establecido que los hechos, tal como resultan en definitiva probados por virtud de la estimación de los motivos relativos a la premisa fáctica, ya no son susceptibles de calificarse como tal ilícito penal de apropiación indebida.

2.- Al respecto comenzaremos por recordar que por exigencias de la garantía de presunción de inocencia, incluso sin sustituir nosotros al Tribunal de instancia en la valoración de los medios a que se refiere el motivo quinto del recurso, debemos partir de una premisa: no cabe estimar probado que los querellantes no fueran deudores de los querellados por razón de pacto de venta a comisión de bienes de la sociedad promotora de la construcción.

Al respecto ha de convenirse, cuando menos, que concurren dudas razonables sobre la existencia y ejecución de dicho acuerdo. Y en proceso penal la duda sobre un elemento esencial del tipo ha de resolverse con su exclusión.

3.- Un aspecto que ha sido objeto de consideración es la relativa a los términos personales de esas relaciones de comisión de venta, deuda derivada de su ejecución y enriquecimiento por razón de la dación en pago para extinción de la misma.

La entidad dueña de lo dado en pago era la sociedad Inversiones Acopro SL, de cuyas participaciones eran titulares, a su vez, Savireco Promociones Inmobiliarias SL (en un 75%) y Asesores Técnicos la Vega SL (25%), de la que eran dueños los dos acusados D. Pedro Enrique y D. Aquilino .

D. Pedro Enrique creó además la sociedad Publicaciones Técnicas Educativas SL. a la que, casi inmediatamente a su creación, se hace la cesión en pago de bienes de Inversiones Acopro. Aquella es considerada en la sentencia como "empresa familiar de los acusados", por lo que concluye que con la apropiación "incorporan a su patrimonio los bienes inmuebles distraídos a su titular legítimo". Por otra parte, como subraya el recurso, si no se admitiera la identificación citada, nada impedía que los titulares del crédito por comisiones cedieran el mismo al receptor de la dación en pago.

Tal identificación, conforme a la conocida doctrina del *levantamiento del velo* entre el ente social y las personas de los acusados, para determinar quien se beneficia de la dación en pago, ha de tener coherente correlato en igual identificación entre los acusados y los titulares del eventual crédito derivado de la ejecución de ventas por comisión. Por más que éstas se efectuaran bajo un nombre comercial o, incluso, mediando en calidad de tercera persona jurídica con ellos identificada.

Pues bien, la jurisprudencia advierte que cuando existe una indeterminación en la cuantía de los créditos y correlativas deudas derivados de la relación entre dos partes, sea de comisión o similar, no cabe hablar de delito de apropiación si no ha precedido la liquidación que ponga fina a aquella indeterminación.

Cabe citar en efecto la STS 1245/2011 de 22 de noviembre en la que dijimos: *La jurisprudencia de esta Sala de manera constante ha venido considerando que en el caso de relaciones jurídicas complejas que se proyectan durante largo tiempo y en la que existe un confusionismo de diferentes compensaciones de deudas y créditos, resulta imposible derivar a la jurisdicción penal, bajo el cobijo del delito de apropiación indebida, la resolución del conflicto, y ello por la poderosa razón de no apreciarse la conducta lógica propia del delito de apropiación*



indebida cuyos verbos nucleares se refieren a la acción de hacer propios aquellos bienes que ha recibido de un tercero por los títulos a los que se refiere el art. 252. Es el clásico ejemplo "de gabinete" el que se apropia de lo ajeno, cierra la mano haciendo suyos los efectos que el perjudicado le ha dejado para un fin concreto.

En consecuencia la regla general cuando hay un entrecruce de intereses entre las partes con deudas y créditos recíprocos, es absolutamente necesaria la previa y definitiva liquidación para realizar el tipo objetivo de la apropiación, que sólo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación el imputado intenta hacer suyos y no entregar el crédito que se le ha reconocido a la parte contraria.

En tal sentido, se pueden citar las SSTS 173/2000 de 12 de Febrero, 1566/2001 de 4 de Septiembre, 2163/2002 de 27 de Diciembre, 930/2003 de 27 de Julio, 1456/2004 de 9 de Diciembre y 142/2007 de 12 de Febrero.

Y también la más reciente nº 753/2013 de 15 de octubre en la que recordábamos que: hemos considerado que la regla general, cuando hay un entrecruce de intereses entre las partes con deudas y créditos recíprocos, es absolutamente necesaria la previa y definitiva liquidación para realizar el tipo objetivo de la apropiación, que sólo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación el imputado intenta hacer suyos y no entregar el crédito que se le ha reconocido a la parte contraria. (En tal sentido, se pueden citar las SSTS 173/2000 de 12 de Febrero, 1566/2001 de 4 de Septiembre, 2163/2002 de 27 de Diciembre, 930/2003 de 27 de Julio, 1456/2004 de 9 de Diciembre y 142/2007 de 12 de Febrero).

*Ciertamente también se añadía que: Ahora bien, la jurisprudencia, en relación con la liquidación de cuentas, ha abandonado el viejo criterio que afirmaba la necesidad de liquidez previa, precisando, ahora, que **solo es exigible una liquidación cuando seapropcedente para determinar el saldo derivado de las operaciones de cargo y la data como resultado de las compensaciones posibles**, pero no cuando se trata de operaciones perfectamente concretadas (SSTS. 1240/2004 de 5.11, 518/2008 de 31.12, 768/2009 de 16.7). Por ello la liquidación de cuentas pendientes como causa excluyente del dolo penal, no es aplicable al tratarse de relaciones perfectamente determinadas y separadas, (STS. 431/2008 de 8.7), exigiéndose la justificación del crédito por parte del acusado, si este pretende una previa liquidación de cuentas, ha de indicar la existencia de algún posible crédito en su favor o de una posible deuda a cargo del perjudicado, no bastando con meras referencias genéricas o inconcretas) (STS. 903/99).*

En el caso que ahora juzgamos los acusados detentan por una parte la calidad de administradores de la sociedad titular de los bienes cedidos, y que la acusación pretende indebidamente apropiados. Con aquel título reciben éstos en administración. Y, por otra parte, no ha sido posible excluir su calidad de vendedores a comisión, en calidad autónoma de la de aquella administración, de bienes de la sociedad que administran. A cambio de un importe de tal comisión, que tampoco se ha podido determinar. Ni siquiera consta la cantidad de ventas efectuadas. Ni, en fin, el concreto importe del crédito devengado por esa actividad de vendedores ajena a la de administradores de la dueña de los bienes.

La estimación del primero de los motivos no permite calificar este supuesto entre los excepcionados de la liquidación, cuya ausencia excluye el tipo penal, porque la parte acusada alegó deudas concretas y ha sido la ausencia de toda reflexión sobre los medios probatorios alegados al respecto la que impide conocer si tal alegato puede o no tenerse por suficientemente concreto y probado.

4.- Aunque no resulte necesario para concluir en la forma que lo hacemos, tampoco cabe olvidar que los dos acusados actuaron en el ejercicio de poderes efectivamente conferidos como administradores mancomunados de la sociedad titular de los bienes cedidos en pago. Eso no se discute. Y desde luego no consta en la sentencia que existiera limitación alguna a su facultades de disposición, que no fuera la de actuar acordados, al menos, dos, de entre los tres, administradores. Lo que hacía *innecesario la participación, ni siquiera su conocimiento por parte del tercer administrador*. Dicho sea para poner en evidencia el minoritario argumento emitido en la anterior sentencia de casación.

Por otra parte, una actuación ilícita de *abuso* de ese poder, que es realmente detentado como administrador de una sociedad, puede ser relevante típicamente conforme a otras normas penales, diferentes de las de apropiación indebida, que aquí no son objeto de imputación. Lo que en discurso inane la alegación de que las cesiones en pago se efectuaran cuando aún no se habían extinguido otras deudas de la sociedad titular de lo cedido.

O, en fin, por lo que concierne al excurso relativo a *la diferencia entre el precio escriturado y el valor real* de lo cedido, es claro que, de concurrir los demás requisitos, podría dar lugar a otras tipicidades de engaño criminal que son obviamente ajenas a la tipicidad de apropiación indebida.

CUARTO.- La estimación del recurso lleva a declarar de **oficio las costas** del mismo conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .



III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por Pedro Enrique , Aquilino y Adoracion , contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la **Audiencia Provincial de Sevilla**, con fecha **12 de febrero de 2013** , sentencia que se casa y se anula, para ser sustituida por la que se dicta a continuación. Declarando de oficio las costas derivadas de presente recurso.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Diciembre de dos mil trece.

En la causa rollo nº 1146/2011 seguida por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, dimanante del Procedimiento Abeviado nº 156/2010, incoado por el Juzgado de Instrucción nº 15 de Sevilla, por delitos de apropiación indebida y administración desleal, contra Pedro Enrique , con DNI nº NUM003 , nacido en Sevilla el día NUM004 de 1975, hijo de Alberto y de Estibaliz , Aquilino con DNI nº NUM005 , nacido en Sevilla el NUM006 de 1979, hijo de Clemente y de Modesta , y Adoracion , con DNI nº NUM007 , nacida en Sevilla el NUM008 de 1979, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 12 de febrero de 2013 , que ha sido recurrida en casación por los procesados, y ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admite la declaración de hechos probados de la recurrida con las siguientes rectificaciones: no consta acreditado que la sociedad Inversiones Acopro SL no hubiera encomendado a los acusados D. Pedro Enrique y D. Aquilino la venta de inmuebles de construcción promovida por aquella y que por ello no fuera deudora de los mismos por importe de la comisiones al respecto pactadas. Ya vendiera directamente los acusados ya lo hicieran a través de alguna persona jurídica de su titularidad.

No consta que el valor de lo que los acusados cedieron a una sociedad de su titularidad fuera superior al importe de su crédito contra la sociedad de la que eran administradores.

No consta que normas estatutarias de la sociedad de la que eran administradores exigieran el consentimiento previo de un tercer administrador para proceder a extinguir deudas de la sociedad administrada.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por las razones dichas en la sentencia de casación de los hechos declarados probados no deriva la comisión de un delito de apropiación indebida por el que los recurrentes venían penados y del que ahora deben ser absueltos.

SEGUNDO.- Procede en consecuencia declarar de oficio las costas de la instancia.

Por ello

III. FALLO

Que debemos **absolver y absolvemos** a Pedro Enrique , a Aquilino , y a Adoracion , del delito de apropiación indebida por el que venían acusados, con declaración de oficio de las costas de la instancia y dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas por razón de tal acusación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.