

Roj: **STS 5531/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5531**Id Cendoj: **28079120012016100957**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/12/2016**Nº de Recurso: **344/2016**Nº de Resolución: **947/2016**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Diciembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de Casación por infracción de Ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que ante Nos pende, interpuesto por Rafaela y Ana María y por la representación de la entidad Diagonal Gest Aragón, S.L., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3ª), con fecha 12 de enero de 2016, en causa seguida contra Rafaela y Ana María por Delito de apropiación indebida, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia de la Excmo. Sra. Dña. Ana María Ferrer García, siendo parte recurrente las acusadas Rafaela y Ana María representadas por el Procurador Sr. D. Guzman de la Villa de la Serna y la entidad mercantil Diagonal Gest Aragón S.L., representada por la Procuradora Dª. Carmen Segura Arazuri.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 4 de los de Zaragoza, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 111/13 contra Rafaela y Ana María, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3ª, rollo 22/2014) que, con fecha 12 de enero de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"De la prueba practicada apreciada en conciencia en base a lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha quedado probado que en fecha veintiséis de Junio de 2003, ante el Notario de Barcelona Don José Eloy Valencia Docasar, las aquí- acusadas Rafaela y Ana María, ambas mayores de edad y sin antecedentes penales, constituyeron con la mercantil DIAGONAL GEST, S.L., domiciliada en Barcelona y representada por su Consejero-Delegado Ovidio, la sociedad mercantil DIAGONAL GEST ARAGÓN, S.L., cuyo objeto social era la realización de estudios, proyectos y servicios inmobiliarios, y los servicios de gestión administrativa, actuando de facto como delegación de Diagonal Gest, S.L. en la zona de Aragón, Navarra y La Rioja.

Diagonal Gest Aragón, S.L. estaba participada en un sesenta por ciento por Diagonal Gest, S.L., en un veinte por ciento por Rafaela, y en otro veinte por ciento por Ana María.

En la citada escritura de constitución, las acusadas Rafaela y Ana María fueron nombradas Consejeras y Directoras-Gerentes de la sociedad, ostentado poderes generales para la representación pública y firma de la sociedad, así como poderes de contenido bancario para su ejercicio individual o solidario con límite de 6000 euros, o conjunto y mancomunado con límite de 30.000 euros.

En el periodo comprendido entre el uno de Enero de 2009 y el 22 de Noviembre de 2012, las acusadas Rafaela y Ana María realizaron un total de 119 transferencias por importe de 713.451'36 euros de las siguientes cuentas bancarias titularizadas a nombre de DIAGONAL GEST ARAGÓN, NUM000, NUM001, NUM002, NUM003, NUM004, NUM005, NUM006, NUM007, NUM008, NUM009 y NUM010, a las siguientes cuentas corrientes titularizadas a nombre de Damaso, por entonces esposo de Rafaela, de ésta misma, de Ana María, y/o de la



mercantil GOTOR LARUMBE, S.L., participada al cien por cien por las dos acusadas Rafaela y Ana María, con numeración NUM011, NUM012, NUM013, NUM014, NUM015, NUM016, NUM017, NUM018 y NUM019.

De las 119 transferencias citadas, 39 de ellas lo fueron de las cuentas DIAGONAL GEST ARAGÓN a las de las acusadas por importe de 130.487'09 euros que si bien se encontraban reflejadas en la contabilidad de DIAGONAL GEST ARAGÓN, no recogían concepto, ni cuentas, ni titulares a los que se hacen las mismas.

Del mismo modo las acusadas Ana María y Rafaela procedieron a emitir 130 cheques duplicados, triplicados o cuadruplicados de cantidades correspondientes a operaciones contabilizadas correctamente a las cuentas a las mismas titularizadas y ya referidas por importe de 460.781'37 euros. Asimismo constan 91 cheques emitidos por las acusadas por importe de 129.079'13 euros cuyo destino se desconoce.

En total 1.174.232'73 euros, más 129.079'13 euros cuyo destino se desconoce. En ningún caso las transferencias realizadas o los cheques emitidos superan cada uno los cincuenta mil euros.

Durante el periodo de tiempo indicado de uno de Enero de 2009 a 22 de Noviembre de 2012, por problemas de tesorería de DIAGONAL GEST ARAGÓN, S.L., ante la carencia de fondos suficientes, se incumplieron obligaciones tributarias vencidas y no pagadas de clientes y que correspondía abonar a la citada mercantil en la actividad que le era propia, por importe de 731.521'98 euros que fueron abonadas posteriormente por la mercantil DIAGONAL GEST, S.L. que tuvo que pagar además un recargo por importe de 61.310'81 euros.

En el Boletín Oficial del Registro Mercantil de fecha 25 de Junio de 2015 se publicó que la mercantil DIAGONAL GEST. ARAGÓN, S.L., se encontraba "en liquidación", y en el mismo Boletín de fecha 6 de Julio de 2015 se publicó su extinción como sociedad mercantil".

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"CONDENAMOS a Rafaela y Ana María, en quienes no concurren circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autoras criminalmente responsables de un delito de Apropiación Indevida agravado por la cuantía, previsto y penado en los artículos 253 y 250.1.5º del Código Penal, procediendo imponer a cada una de ellas la pena de **TRES AÑOS** de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y pago de una tercera parte de las costas, incluidas las de la Acusación Particular. En cuanto a responsabilidad civil deberán indemnizar conjunta y solidariamente a la mercantil DIAGONAL GEST ARAGÓN, S.L., en la persona de la sociedad mercantil DIAGONAL GEST, S.L. en la cantidad de 1.135.906.72 euros más intereses legales.

ABSOLVEMOS a Rafaela y Ana María de los delitos de Estafa y de Administración Desleal por los que venían siendo acusadas por el Ministerio Fiscal y por la Adusación Particular, declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales".

Tercero.- Con fecha 11 de febrero de 2016, se dictó auto de aclaración, con la siguiente parte dispositiva:

"SE SUBSANA la omisión advertida en la sentencia nº 15/2016 de fecha 12 de enero de 2016, consistente en que:

A) El Fundamento de Derecho Cuarto quedará redactado en los siguientes términos:

"CUARTO.- Establece el artículo 74.2 del Código Penal que si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado que asciende en este caso a más de millón de euros, por lo que entendemos es de aplicación lo dispuesto en el artículo 250.1.5º del Código Penal, circunstancia de agravación específica del delito de Apropiación Indevida que determinará la pena que se indicará más adelante.

Cierto es que la actuación de las acusadas es a lo largo de tres años y en más de trescientas transferencias y emisión de cheques, lo que motivaría la posibilidad de considerar que nos encontramos ante un delito continuado, pero lo cierto es que si calificáramos así los hechos, junto a la agravación del artículo 250 del Código Penal, estaríamos penalizando doblemente la actuación de las acusadas en los hechos lo que es contrario al principio NON BIS IN IDEM. Cuestión distinta sería si alguna de las transferencias o cheques hubiera superado los cincuenta mil euros, ya que en este caso sí nos encontraríamos ante un delito continuado y una agravación del artículo 250 del Código Penal que permitiría la aplicación de la figura agravada de manera continuada.

No siendo este el supuesto, como queda dicho, la Sala tiene que optar entre la aplicación del delito continuado o la aplicación de la figura agravada del artículo 250 del Código Penal. Como quiera que si se aplica el artículo 250 del Código Penal la pena nunca excedería los seis años, y si se aplica el delito continuado, podría en abstracto aumentarse hasta dos grados la pena base de seis meses a tres años, lo que excedería de los seis años, se aplicará la figura agravada del artículo 250.1.5º del Código penal y no el delito continuado.



No concurriendo circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, y en base a lo dispuesto en el artículo 66.1.4a del Código Penal, y en atención a la cantidad total indebidamente apropiada a lo largo de un periodo prolongado de tiempo, lo que supone un abuso de la confianza depositada en las mismas por la perjudicada que tiene que afrontar las deudas pendientes, se estima adecuada la imposición de una pena de tres años de prisión, más las accesorias correspondientes para cada una de las acusadas.

Y en cuanto a la pena multa que debe de imponerse, establece el artículo 50 del Código Penal que la multa consistirá en la imposición de una sanción pecuniaria, cuyos márgenes de cuota diaria se encuentran entre los 2 y 400 euros, quedando claro y evidente que la cuantía menor de las indicadas y las próximas a ella, debe quedar reservado para casos de indigencia.

En el caso presente, no se ha investigado la solvencia económica de las encausadas, pero lo cierto es que de la prueba practicada en el Plenario se evidencia la existencia de determinados signos externos que eliminan cualquier atisbo de indigencia.

Por todo ello debe de hacerse referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de veinte de noviembre de 2000 por la que la imposición de una cuota de multa de seis euros, lo que es predicable hasta los doce euros, muy próxima al mínimo legal, e inferior al salario mínimo interprofesional, se ha acudido a una individualización "prudencial" propia de las situaciones de insolvencia y muy alejada de los máximos que prevé el Código Penal de 1995 por lo que se estima procedente la adopción de la cuantía de la multa que se dirá en el dispositivo de esta sentencia, cuya dimensión será de NUEVE MESES atendiendo al mismo criterio que justifica la pena de privativa de libertad que se impone

B) Asimismo el Fallo de la meritada sentencia será del tenor literal siguiente:

"FALLO: CONDENAMOS a Rafaela y Ana María, en quienes no concurren circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autoras criminalmente responsables de un delito de Apropiación Indebida agravado por la cuantía, previsto y penado en los artículos 253 y 250.1.5º del Código Penal, procediendo imponer a cada una de ellas la pena de TRES AÑOS de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y multa de NUEVE MESES con una cuota diaria de SEIS EUROS y la responsabilidad personal subsidiaria de UN MES en caso de impago o insolvencia y pago de una tercera parte de las costas, incluidas las de la Acusación Particular. En cuanto a responsabilidad civil deberán indemnizar conjunta y solidariamente a la mercantil DIAGONAL GEST ARAGÓN, S.L., en la persona de la sociedad mercantil DIAGONAL GEST, S.L. en la cantidad de 1.135.906.72 euros más intereses legales.

ABSOLVEMOS a Rafaela y Ana María de los delitos de Estafa y de Administración Desleal por los que venían siendo acusadas por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Particular, declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales".

Cuarto.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Quinto.- El recurso interpuesto por la representación de las recurrentes Rafaela y Ana María se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos obrantes en la causa no contradichos por otros elementos probatorios.

2º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración del artículo 24.1 CE.

3º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración del artículo 24.2 CE.

4º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.1 CE, ante la falta de legitimación de Diagonal Gest Aragón, S.L.

5º.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim, por aplicación indebida del artículo 253 CP.

6º.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim, por aplicación errónea del artículo 66.1.6º CP, y al amparo del artículo 852 LECrim por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación, con vulneración del artículo 24.1 CE.



Sexto.- El recurso interpuesto por la representación de la Entidad Diagonal Gest Aragón, S.L., se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º. y 2º.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos obrantes en la causa, designando al efecto los informes periciales obrantes en los folios 166 a 865, 1315 a 1997 y 1315 a 1338 más anexos (MOTIVO PRIMERO), declaraciones tributarias de las acusadas correspondientes a los ejercicios 2007 a 2012 (MOTIVO SEGUNDO).

3º.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º LECrim por indebida aplicación del artículo 253, 250.1.5º y 74 CP.

Séptimo.- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 25 de octubre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza se dictó sentencia el 12 de enero de 2016 por la que condenó a Rafaela y Ana María a la pena de tres años de prisión y multa como autoras de un delito de apropiación indebida, de los que venían siendo acusadas por el Ministerio Fiscal y por la entidad Diagonal Gest Aragón, S.L., como acusación particular.

La Sala sentenciadora, en síntesis, declaró probado que las acusadas Rafaela y Ana María en junio de 2003 constituyeron con la mercantil Diagonal Gest S.L., domiciliada en Barcelona y representada por su Consejero-Delegado Ovidio, la sociedad mercantil Diagonal Gest Aragón S.L., cuyo objeto social era la realización de estudios, proyectos y servicios inmobiliarios, y los servicios de gestión administrativa, actuando de facto como delegación de Diagonal Gest, S.L. en la zona de Aragón, Navarra y La Rioja.

Diagonal Gest Aragón, S.L., estaba participada en un sesenta por ciento por Diagonal Gest, S.L., en un veinte por ciento por Rafaela, y en otro veinte por ciento por Ana María.

En la escritura de constitución de Diagonal Gest Aragón, S.L., las acusadas fueron nombradas Consejeras y Directoras-Gerentes de la sociedad, ostentando poderes generales para la representación pública y firma de la sociedad, así como poderes de contenido bancario para su ejercicio individual o solidario con límite de 6.000 euros, o conjunto y mancomunado con límite de 30.000 euros.

En el periodo comprendido entre el 1 de Enero de 2009 y el 22 de Noviembre de 2012, las acusadas Rafaela y Ana María se apropiaron de un total de 1.303.311,86 euros mediante transferencias y cheques que se cargaron en las cuentas de Diagonal Gest Aragón S.L., de los que se ingresaron en cuentas corrientes titularizadas a nombre de Damaso, por entonces esposo de Rafaela, de ésta misma, de Ana María, y/o de la mercantil Gotor Larumbe S.L., participada al cien por cien por las dos acusadas, transferencias y cheques por importe de 1.174.232,73 euros.

En ningún caso las transferencias realizadas o los cheques emitidos superaron cada uno los cincuenta mil euros.

Durante el periodo de tiempo indicado de uno de Enero de 2009 a 22 de Noviembre de 2012, por problemas de tesorería de Diagonal Gest Aragón, S.L., ante la carencia de fondos suficientes, se incumplieron obligaciones tributarias vencidas y no pagadas de clientes y que correspondía abonar a la citada mercantil en la actividad que le era propia, por importe de 731.521'98 euros que fueron abonadas posteriormente por la mercantil DIAGONAL GEST, S.L. que tuvo que pagar además un recargo por importe de 61.310'81 euros.

En el Boletín Oficial del Registro Mercantil de fecha 25 de Junio de 2015 se publicó que la mercantil Diagonal Gest Aragón, S.L., se encontraba "en liquidación", y en el mismo Boletín de fecha 6 de Julio de 2015 se publicó su extinción como sociedad mercantil".

Las acusadas Ana María y Rafaela y la representación de la acusación particular, la mercantil Diagonal Gest Aragón S.L., han interpuesto sendos recursos de casación que han sido impugnados por el Ministerio Fiscal y de contrario.

Recurso de Ana María y Rafaela.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso se plantea, al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos obrantes en la causa no contradichos por otros elementos probatorios.



Sostienen las recurrentes que la sentencia impugnada no valoró la amplia prueba documental aportada por su representación junto con en su escrito de conclusiones y al inicio de las sesiones del juicio oral. Prueba que, a su criterio, demostraría la existencia de deudas pendientes de pago por parte de Diagonal Gest S.L., a favor de Diagonal Gest Aragón S.L., el reconocimiento de cantidades debidas a ellas mismas en concepto de compensaciones, dividendos no abonados y otros conceptos, así como que es Diagonal Gest Aragón S.L. y no Diagonal Gest S.L. quien se hizo cargo de los gastos de impuestos, registros y notarías derivados de las distintas operaciones que le correspondían a la segunda, sumas todas ellas pendientes de liquidación. Al hilo de ello concluyen que la conducta de las dos acusadas no consistió en apropiarse indebidamente del dinero expuesto, sino de cobrar lo que se les debía.

Para que quepa estimar que ha habido infracción de Ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2º LECrim la doctrina de esta Sala 2ª (entre otras muchas la STS 209/2012 de 23 de marzo; 128/2013 de 28 de febrero; STS 656/2013 de 28 de junio, la 475/2014 de 3 de junio o la 350/2015 de 21 de abril) ha consolidado la exigencia de los siguientes requisitos: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECrim.; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, 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 modificar.

La finalidad del motivo previsto en el artículo 849 .2º LECrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

TERCERO.- Los documentos en los que se basa el motivo son los siguientes :

A) Los folios 2046 y ss. del Rollo de Sala en los que constan correos electrónicos remitidos por la dirección financiera de Diagonal Gest S. L. a las acusadas, en los que se constata y reconoce la existencia de una liquidación pendiente de aquella a favor de Diagonal Gest Aragón S. L. por importe de 949.402,88 euros a 31 de diciembre de 2011. Liquidación pendiente que fue reconocida, además, por el representante de aquella, el Sr. Ovidio .

B) El folio 2047 en el que consta el reconocimiento de que se habían de repartir dividendos a las socias de Diagonal Gest Aragón S. L. (las acusadas) por importe de 116.632,50 euros correspondientes a los ejercicios de 2009 y 2010.

C) Los folios 2026 y 2027 del Rollo de Sala en los que constan documentos que prueban, a juicio de las recurrentes, el reconocimiento a su favor de cantidades al margen de sus salarios para compensar el traspaso del contrato que ostentaban con el BBVA a favor de Diagonal Gest S.L. En concreto, se trata de un correo electrónico del Sr. Ovidio por el que se reconoce a aquellas el derecho a cobrar, además de sus salarios, un complemento salarial , derivado de los beneficios obtenidos con el cliente BBVA, y a la vez la posibilidad de facturar a Diagonal Gest Aragón S. L. distintos gastos.

D) Los folios 563 y ss. del Rollo de Sala que albergan correos electrónicos remitidos por el Sr. Ovidio a las acusadas en los que les reconoce el derecho a utilizar el 75 por ciento de los ingresos netos derivados del cliente BBVA para cubrir los gastos de GOTOR LARUMBE, así como el reparto de beneficios y la obtención de bonus. Los documentos, en absolutos considerados por la Audiencia.

E) Los folios 617 a 669 del Rollo de Sala que recogen documentos en los que se constata que Diagonal Gest S. L. impartía instrucciones acerca de los procedimientos de trabajo relativos a distintas entidades bancarias como BANCAJA o CAJASTUR. Y los folios 575 y ss. En los que constan documentos en los que se prueba,



siempre según criterio de las recurrentes, que Diagonal Gest S.L., establecía cómo habían de contabilizarse las distintas operaciones. Y, finalmente, los folios 587 y ss. del Rollo de Sala que recogen documentos que acreditarían que era Diagonal Gest S.L., quien se hacía cargo de los gastos de impuestos, registros y notaría derivados de las distintas operaciones realizadas por las diferentes delegaciones, entre ellas Diagonal Gest Aragón S.L.

F) Alude el recurso a la sentencia dictada en la Jurisdicción laboral de las que según se desprende la función de las acusadas era la de empleadas más que administradoras.

Pretenden las recurrentes combatir las conclusiones que la Sala sentenciadora alcanzó a través de los distintos medios de prueba con los que contó, lo que desborda los contornos del cauce por el que han vehiculizado su impugnación. Los documentos que ahora se designan, por más que sean sugerentes del alcance de las relaciones que vinculaban a las acusadas con las empresas Diagonal Gest y Diagonal Gest Aragón, no acreditan por sí solos los extremos que aquéllas reivindicán, es decir que la disposición que éstas hicieron de los fondos sociales estuvo amparada en distintos conceptos pendientes de liquidar. La interpretación de los documentos reseñados, cualquiera que sea el alcance que pueda reconocérseles, no puede desvincularse de la valoración del resto de la prueba que el Tribunal sentenciador tomó en consideración, incluida la de carácter personal.

El motivo se desestima.

CUARTO.- El segundo motivo de recurso invoca el artículo 852 LECrim para denunciar la vulneración del artículo 24.1 CE.

Sostienen las recurrentes que la sentencia que revisamos vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que se han dejado deliberadamente de considerar pruebas de descargo, lo que se conecta a su vez con la presunción de inocencia.

Reconduce el motivo a la falta de valoración de los documentos que se han citado en el anterior motivo, que acreditarían la existencia de cantidades pendientes de liquidar de Diagonal Gest S.L., a favor de Diagonal Gest Aragón S.L., por importe de 949.402,88 euros y 116.632,50 euros, la existencia de un pacto con el Sr. Ovidio por el que se les reconocía el derecho de las acusadas a cobrar diversos complementos salariales como dividendos y bonus, a facturar a la sociedad algunos gastos, o a utilizar el 75% de los ingresos netos de las operaciones realizadas con el BBVA. También acreditarían que era la empresa matriz Diagonal Gest S.L., la que marcaba los procedimientos de trabajo a seguir.

El motivo planteado no pueda prosperar. En los distintos apartados de su fundamentación jurídica la Sala sentenciadora hizo referencia a la interpretación los distintos documentos incorporados en la causa, algunos de los que el recurso reseña fueron explícitamente mencionados. También analizó las periciales practicadas, incluidas la que lo fue a instancia de la defensa, y la distinta testifical propuesta. Esbozó la tesis de la defensa, que la mencionada documental pretende avalar, y la descartó a partir de un análisis del conjunto de la prueba practicada, que, como veremos al analizar el siguiente motivo de recurso, no puede tacharse de irracional o arbitrario.

El derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho, es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o pronunciamiento debidamente fundado en Derecho.

No debe confundirse la alusión a ese derecho a la tutela judicial efectiva con una simple discrepancia en la valoración de la prueba disponible, llevada a cabo por el Tribunal "a quo", a quien corresponde en exclusiva esa función, ni con un derecho del recurrente a obtener una respuesta obligadamente complaciente con sus pretensiones.

El motivo se desestima.

QUINTO.- El tercer motivo de recurso, estrechamente ligado con el anterior, acude a la misma vía para denunciar vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

Sostiene la defensa de las acusadas que la sentencia recurrida vulnera el derecho a la presunción de inocencia de éstas, en la medida en que la prueba de cargo considerada suficiente para sustentar la condena debió ser contrastada con la prueba de descargo aportada y que no da respuesta a su demanda de insuficiencia probatoria respecto a las tesis de la acusación. Insiste en que de los documentos reseñados en los anteriores motivos se deduce la existencia de deudas pendientes de liquidar; el reconocimiento de derechos a percibir por su parte dividendos, bonos, complementos salariales; a poder deducir gastos de la sociedad Gotor Larumbe, así como que la actividad económica y el pago a terceros de la sociedad se centralizaba desde Barcelona.



Todo ello, unido al dato de su alta participación de las acusadas en la sociedad víctima de la apropiación, la sociedad Diagonal Gest Aragón, S.L., aportan según su criterio, cuanto menos dudas razonables sobre la inocencia de aquéllas.

Según doctrina de esta Sala (entre otras SSTS 383/2014 de 16 de mayo; 596/2014 de 23 de julio; 761/2014 de 12 de noviembre; 881/2014 de 15 de diciembre, 375/2015 de 2 de junio o 172/2016 de 2 de marzo) la invocación en casación de la garantía fundamental de la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala ha mantenido que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ellas confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y de suficiente contenido incriminatorio, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

SEXO.- En el presente caso la Sala sentenciadora parte de un dato incontestable, acreditado a partir de las pruebas documental y pericial practicadas, y que el recurso no cuestiona. Tal es que durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 22 de noviembre de 2012 las acusadas transfirieron desde las cuentas de la sociedad Diagonal Gest Aragón hasta otras controladas directa o indirectamente por ellas, bien por ser de su titularidad conjunta o individual, de la sociedad Gotor y Larrumbe (participada al cien por cien por las mismas), o bien el esposo de una de ellas, un total 713.451'36 euros a través de 119 transferencias, de las que solo 39 tuvieron reflejo contable, aunque sin recoger concepto al que respondían ni destinatarios de las mismas. También durante el mismo periodo se ingresaron en tales cuentas vinculadas a las acusadas cheques por importe de 460.781'37 euros procedentes de las cuentas sociales, sin que tampoco apareciera dato contable que justificara tales disposiciones. En total 1.174.232,73 euros, y además otros 129.079,13 euros de los que dispusieron a través de 91 cheques cuyo destino no fue localizado.

En las disposiciones instrumentalizadas a través de cheques, la pericial practicada por el Sr. Arcadio , que según concretó la Sala sentenciadora, no fue contradicha por el perito de la defensa, permitió detectar 221 cheques duplicados, triplicados o cuadruplicados de unos iniciales que respondían a pagos contabilizados a Notarios, Registradores y otros, que no se corresponden con ningún tipo de operativa de la mercantil Gest Aragón. Una estrategia de ocultación innecesaria en el caso de que la disposición estuviera justificada.

Concluyó la Sala sentenciadora que las acusadas, ahora recurrentes, tenían el control de la gestión de la sociedad Diagonal Gest Aragón, de la que participaban en un 20% cada una de ellas, a partir de las escrituras notariales que a través de las que fueron nombradas ambas dos Directoras Gerentes, si bien con sus facultades de disposición limitadas a 6.000 euros si actuaban de manera solidaria, y 30.000 si lo hacían mancomunadamente, en cuyo margen se realizaron las disposiciones descritas. El objeto social incluía



servicios para los que la sociedad era provista de fondos a través de entidades bancarias para la gestión de escrituras públicas derivadas de hipotecas y otros préstamos bancarios, y con los mismos proceder al abono de las escrituras notariales, su registro y liquidación tributaria procediendo a liquidar, una vez cumplido su cometido, los fondos previamente entregados por y con el cliente.

Así explicó la sentencia recurrida, que la dinámica que las acusadas desarrollaron a partir de 2009 *"no fue percibida ante la falta de contabilidad adecuada y control bancario por parte de la sociedad mayoritaria, Diagonal Gest, S.L., puesto que las cantidades apropiadas se iban cubriendo con nuevas provisiones de fondos de otros clientes, y así sucesivamente, hasta que producida la crisis económica del año 2011, dejaron de hacerse provisiones de fondos por el parón económico, y no pudieron hacerse efectivas las obligaciones derivadas de aquéllas."* Conclusiones que además de en la pericial citada y la declaración de Sr. Ovidio y la Sra. Estrella, se sustentaron en la declaración testifical de dos empleadas de la empresa durante el periodo indicado, quienes confirmaron que eran las acusadas se encargaban de la gestión de la empresa, y que al finalizar 2011 se produjeron muchas reclamaciones porque no se liquidaba la gestión, se retrasaban pagos a Notarios y Registradores. En ese contexto dejaron de atender las obligaciones tributarias que les incumbían respecto a expedientes cuya gestión tenían encomendada, en los Diagonal Gest Aragón había cobrado la correspondiente provisión de fondos con anterioridad al 22 de noviembre de 2012 y sin embargo no liquidaron el correspondiente impuesto, según se desprende de la certificación incorporada a los folios 99 y ss de las actuaciones, y en particular en el 101.

A partir de tales datos, no pueden considerarse arbitrarias o infundadas las inferencias del Tribunal sentenciador en cuanto que descartó la tesis de la defensa en el sentido de que tal disposición de fondos a favor de las acusadas estuviera justificada en eventuales derechos por su parte a mejoras salariales, bonus o dividendos, o un especial régimen en el reparto de gastos, que pudieron ser objeto de negociación en algunos supuestos, pero que no consta que hubieran sido formalmente aprobados, ni siquiera que se hubieran cumplido las bases de las que partían. Pues de haber sido así, lo lógico es pensar que las disposiciones hubieran contado con su correspondiente reflejo contable, y no hubieran necesitado desarrollarse a través de estrategias de ocultación como las empleadas al duplicar cheques.

Tampoco, dado contexto de actuación, puede considerarse infundada la conclusión de incluir en el importe de la defraudación los 129.079,73 euros de los que las acusadas dispusieron a través de 91 cheques cuyo destino no ha sido localizado, y respecto a los que tampoco consta reflejo contable.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- El cuarto motivo de recurso denuncia, también al amparo del artículo 852 LECrim, infracción del artículo 24.1 CE en la vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías por falta de legitimación como acusadora de Diagonal Gest Aragón, que ha desaparecido como sociedad al haber quedado extinguida.

Efectivamente, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de fecha 25 de Junio de 2015 se publicó que la mercantil Diagonal Gest Aragón, S.L., se encontraba "en liquidación", y el mismo Boletín, en fecha 6 de Julio de 2015, publicó su extinción como sociedad mercantil.

Ciertamente, como declaró esta Sala en la STS de 23 de octubre de 1993 que el recurso invoca, la capacidad de ser parte en un proceso por parte de una sociedad desaparece con su extinción, si bien, también resaltó la misma la salvedad que implica el proceso de liquidación.

A tenor de lo dispuesto en los artículos 371 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, la disolución de la sociedad abre el período de liquidación. La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante tal periodo corresponde a los liquidadores la representación de la Sociedad, y también a ellos corresponde la formalización de los actos jurídicos con posterioridad a la cancelación registral de la misma, así como la adjudicación a cada socio de la cuota correspondiente, en el caso de que aparecieran activos sobrevenidos.

En definitiva no puede considerarse que la condición de perjudicada de la sociedad Diagonal Gest Aragón S.L., y a través de ella la de la sociedad titular de la mayoría de su capital, Diagonal Gest S.L, se haya diluido por efecto de la liquidación, cuando además aquella actuó representada por su Consejero Delegado, el Sr. Ovidio, que también lo era de la sociedad matriz titular del 60 % de su capital, y actuó como liquidador, como tal, con poder de representación. Además, como resaltó la sentencia impugnada, tanto éste como la gerente de la sociedad Diagonal Gest S.L, la también testigo Doña. Estrella, formaban parte de la estructura organizativa de la sociedad liquidada. Y ambos intervinieron en el juicio y mantuvieron sus imputaciones, por lo que queda clara la voluntad de ejercitar las acciones penales.

En este caso la querrela que dio origen a la causa se presentó por Diagonal Gest Aragón en diciembre de 2012, es decir, cuando ni siquiera se habría iniciado el periodo de liquidación, que no concluyó hasta poco antes del



inicio de las sesiones del juicio oral, cuando la relación jurídico procesal ya estaba constituida y la voluntad de persistir en el ejercicio de las acciones penales ha quedado clara a través de la intervención de quien ostentaba la representación de la sociedad.

Además, ninguna indefensión se ha derivado para las recurrentes dada la postura acusatoria mantenida por el Ministerio Fiscal, cuyos pedimentos no han sido rebasados por la sentencia recurrida ni en los pronunciamientos de índole penal, ni en los de naturaleza civil.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- El quinto motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECrim para denunciar indebida aplicación del 253 CP.

Alegan las recurrentes que en su caso no existió ánimo defraudatorio, y sí una desordenada contabilidad que propició lo que denominan "atípica realización arbitraria del propio derecho en cuanto exenta de violencia e intimidación", que en su caso debería dilucidarse ante la jurisdicción civil.

La sentencia impugnada aplica el artículo 253 CP actualmente en vigor. En el esquema normativo vigente a la fecha de los hechos, el delito de apropiación indebida aparecía descrito en el artículo 252 CP que tipificaba la conducta de los que, en perjuicio de otros, se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros.

De manera reiterada ha entendido este Tribunal de casación (SSTS 513/2007 de 19 de junio; 228/2012 de 28 de marzo; 664/2012 de 12 de julio; 370/2014 de 9 de mayo; 588 /2014 de 25 de julio; 761/2014 de 12 de noviembre, 894/2014 de 22 de diciembre; 41/2015 de 27 de enero o 125/2015 de 21 de mayo), a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el citado artículo 252 CP, que el mismo 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 niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, ha entendido esta Sala que el delito de apropiación indebida requiere que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultara ilegítimo en cuanto que excediera de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; y que como consecuencia de ese acto se causare un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad de recuperación en relación al fin al que iba destinado

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, precisamente por el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

La distracción, como modalidad típica a que se refiere el delito de apropiación indebida en el artículo 252 CP, no se comete con la desviación orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (entre otras STS 622/2013 de 9 de julio). Y como elementos de tipo subjetivo requiere que el sujeto conozca que excede sus atribuciones al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

NOVENO.- La entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 1/2015 y el tratamiento normativo que la misma incorpora respecto a la apropiación indebida, aconsejan un análisis del nuevo esquema legal, de cara a determinar si la actual regulación hubiera de incidir en las pautas interpretativas aludidas.

Los contornos de la nueva regulación viene marcados por la exposición de motivos de la citada LO 1/2015 " *La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal*



y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error".

En definitiva, como dijo la STS 163/2016 de 2 de marzo, la reforma ha excluido del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero, pero mantiene en el ámbito del tipo de apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos en que el acusado se apropiare para sí o para otros del que hubiera recibido en depósito, comisión, o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido. En efecto, la nueva redacción del tipo incluye expresamente en el artículo 253 el dinero entre los bienes que pueden ser objeto de apropiación indebida, y así establece "1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido".

Algún sector doctrinal, pese a la mención expresa del dinero en el actual artículo 253 CP, mantiene que la apropiación de dinero, por su naturaleza fungible, no puede sancionarse como delito de apropiación indebida, y debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido, y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio). Otros sectores mantienen que la mención del dinero en el artículo 253 solo puede referirse a los supuestos en los que el dinero se ha entregado como cosa cierta (identificando la numeración de los billetes y especificando que la devolución debe realizarse sobre los mismos billetes entregados).

Si se admitiese que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art 252 CP como "distracción", que constituía en todo caso una modalidad de administración desleal, dado 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 respecto al que la sentencia recurrida absolvió a las acusadas.

Sin embargo no ha sido tal el criterio de esta Sala. En una abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que condensa la ya citada STS 163/2016 de 2 de marzo, y otras posteriores como las SSTS 244/2016 de 30 de marzo, 332/2016 de 20 de abril o 683/2016 de 26 de julio, siguen manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero.

Compartimos pues la conclusión de la ya citada STS 163/2016 según la cual " *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."

DÉCIMO.- En el presente caso, a partir del relato de hechos probados que ahora nos vincula, queda claro que las acusadas distrajeran en su propio beneficio los fondos que gestionaban en la sociedad Diagonal Gest Aragón, SL, que en su funcionamiento se nutría de las provisiones de fondos que recibía de los clientes; de manera que defraudaron el deber de lealtad que les incumbía respecto a aquella y, en última instancia, también respecto a éstos. Fue una actuación consciente tanto en cuanto al exceso en sus atribuciones como en relación al perjuicio que ocasionaban, a la vista de la dinámica que desarrollaron, omitiendo la justificación contable de sus operaciones, cuando no desarrollando estrategias de ocultación como las descritas en relación a los cheques, y realizada con vocación de permanencia, en cuanto que el dinero quedó ingresado en las cuentas de su titularidad o su entorno.

Como sostiene el recurso, la doctrina de esta Sala ha descartado el delito de apropiación indebida en los supuestos de confusión de deudas pendientes de la necesaria liquidación. Pero no es este el caso que nos ocupa. El *factum* de la sentencia recurrida describe nítidamente actos apropiatorios respecto a fondos que las acusadas manejaban en virtud de un título que no les autorizaba a disponer en beneficio propio de ellos, tal y como hicieron en estos casos, sin que hayan quedado acreditados derechos de cobro a su favor pendientes de liquidar.

Tampoco puede hablarse, a partir del relato de hechos probados, de una actuación consentida o de actos cruzados de deslealtad, como el supuesto tratado en la sentencia que el recurso cita. Según razonó la Sala sentenciadora, las acusadas se ampararon en la dinámica de funcionamiento de la sociedad para ocultar su operativa, y *"la situación no fue percibida ante la falta de contabilidad adecuada y control bancario por parte de la sociedad mayoritaria, Diagonal Gest, S.L., puesto que las cantidades apropiadas se iban cubriendo con nuevas provisiones de fondos de otros clientes, y así sucesivamente, hasta que producida la crisis económica del año 2011, dejaron de hacerse provisiones de fondos por el patón económico, y no pudieron hacerse efectivas las obligaciones derivadas de aquéllas"*. Existió un déficit de control en el contexto de la relación entre los socios, lo que ni puede asimilarse a consentimiento ni diluye la antijuridicidad de comportamiento en relación a un delito para el que lo esencial es precisamente el quebranto de la confianza y la lealtad depositada en aquellos a quienes se encomienda la gestión de los fondos.

Tampoco puede hablarse de falta de determinación del importe de la defraudación. Este queda nítidamente fijado en la sentencia, dispusieron a través de cheques y transferencias de 1.303.311,86 euros, y ocasionaron además perjuicios por obligaciones tributarias no satisfechas de 731.521,98 que generaron además gastos por importe de 61.310,81 euros. Es cierto, sin embargo, que el fijar el quantum indemnizatorio, el Tribunal de instancia realizó una suerte de liquidación en atención al porcentaje de participación de los distintos socios en la sociedad, por lo que disminuyó el mismo en el 40 % que ostentaban las Sras Ana María y Rafaela en la misma. Hubiera sido más correcto fijar un importe por el total a favor de la perjudicada, Diagonal Gest Aragón, S.L. sin perjuicio de la liquidación que del mismo se realizara. Sin embargo, en la medida que ello implicaría elevar el importe de la indemnización que la sentencia fija a cargo de las recurrentes, la rectificación de este aspecto implicaría un claro supuesto de *"reformatio in peus"*.

En atención a lo expuesto el motivo se desestima.

UNDÉCIMO.- El sexto y último motivo, planteado como subsidiario de los anteriores, exterioriza la disconformidad de las recurrentes con la pena que la sentencia impuso, que considera desproporcionada por exceso. Discrepancia que canaliza por vía de los artículos 849.1 y 852 LECrim como errónea aplicación del artículo 66.1.6º CP y vulneración del artículo 24 CE por lesión de la tutela judicial efectiva por falta de motivación.

El motivo no puede prosperar.

De manera reiterada ha señalado la jurisprudencia de esta Sala que la individualización de la pena no corresponde a este Tribunal de Casación sino al sentenciador, por lo que en sede casacional únicamente procederá controlar si el órgano de instancia ha realizado esta función dentro de los parámetros legales y sobre la base de una motivación razonable. Aunque la necesidad de motivación ex artículo 120.3 CE alcanza en todo caso a la pena concretamente impuesta, no se establece la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto, que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena: en la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la infracción de Ley (SSTS 1169/2006 de 30 de noviembre, 809/2008 de 26 de noviembre, 854/2013 de 30 de octubre o 800/2015 de 17 de diciembre).



En el caso que nos ocupa, ante la alternativa de castigar los hechos como un delito continuado de apropiación indebida simple, o como una única apropiación indebida cualificada por la cuantía (artículo 250.5 CP), la Sala sentenciadora se decantó por esta última posibilidad. Dentro de este tipo, concretó la pena tanto la privativa de libertad como la pecuniaria en su mitad inferior. No se impuso el mínimo legal, pero la Sala sentenciadora explicó las razones que determinaron esa elección, entre las que destacó el tiempo durante el que se prolongaron los distintos actos de apropiación y el importe de la suma defraudada, que supera con creces el límite cuantitativo que marca la aplicación de la modalidad agravada. Concretó la pena en la extensión que consideró adecuada a la gravedad de los hechos, lo que exteriorizó a través de una argumentación lo suficientemente explícita para apreciar su razonabilidad y descartar que sea fruto de la arbitrariedad. La pena quedó determinada dentro de los contornos de la pena legal, sin que se produjera exacerbación punitiva pues no llegó a rebasarse la franja media de aquélla. Ni la pena privativa de libertad concretada en tres años, ni la de multa fijada en nueve meses, pueden considerarse desproporcionadas por exceso sobre todo, y como puso de relieve el Tribunal sentenciador, en atención al importe de la defraudación.

De haberse cometido estos mismos hechos bajo la vigencia de la LO 1/2015, la pena mínima a imponer no hubiera podido ser inferior a 4 años de prisión y 12 meses de multa.

En definitiva no se aprecia el déficit de motivación denunciado ni razones que justifiquen modificar la determinación de la pena que ha efectuado el Tribunal de instancia en el ámbito de las facultades que como tal le incumben.

El motivo se desestima y con él el recurso en su integridad.

Recurso de Diagonal Gest Aragón, SL

DUODÉCIMO.- El primer motivo de recurso, por cauce del artículo 849.2 LECrim, denuncia error en la valoración de la prueba derivado de documentos obrantes en la causa no contradichos por otros elementos probatorios.

Sostiene el recurrente que la Sala sentenciadora valoró erróneamente la pericial del economista y auditor de cuentas D. Arcadio, al consignar el número de operaciones realizadas por las acusadas a cargo de las cuentas de Diagonal Gest Aragón, S.L., y abonadas en las suyas particulares. El error radicaría en que tomó como referencia el primer informe que presentó el perito, en lugar del último y definitivo incorporado a los folios 1315 a 1338 más anexos, que concretó como realizadas 361 operaciones en total con el detalle que se contiene en el mismo, por el importe de 1.174,232,73 ? más 129.079,13 ? .

Ya hemos dicho en anteriores fundamentos que el éxito del motivo planteado a través del artículo 849.2 LECrim exige, entre otros presupuestos, que el documento que se dice erróneamente interpretado sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones. Además, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables. Finalmente que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo.

De manera excepcional esta Sala ha atribuido a los informes periciales la capacidad de modificar el apartado fáctico de una sentencia a través del cauce que propicia el artículo 849.2 LECrim cuando el tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero los haya incorporado a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que su sentido originario quede alterado relevantemente; o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes de las comprendidas en los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen. Dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas, consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre concretos hechos por parte de quienes tienen en relación a los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba. No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la pericial haya sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediatez (entre otras muchas, STS 908/2014 de 30 de diciembre y las que ella cita).

En este caso el motivo planteado no puede prosperar. La Sala sentenciadora tomó en consideración en su integridad y no de forma fragmentada el informe pericial definitivo realizado por el Sr. Arcadio, al describir las operaciones realizada por las acusadas: 119 transferencias y 221 cheques; y también al fijar el importe



representado por las mismas en la misma cifra que determinó aquél, y que es la que reivindica el recurso 1.174.232, 73 euros más 129.079,13.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- En segundo lugar y por el mismo cauce denuncia el recurso que la Sala sentenciadora no hace alusión a las declaraciones de IRPF de las acusadas correspondientes a los ejercicios 2007 a 2012, que fueron aportadas por la Agencia Tributaria a petición de la acusación particular. Las que evidencian que aquéllas no declararon las sumas de las que dispusieron, como deberían haber hecho de integrar las mismas conceptos tales como liquidación de dividendos, bonus u otras ganancias. Tal extremo puede ser relevante de cara a cuestionar la solvencia de la tesis de descargo esgrimida por las acusadas, que el Tribunal sentenciador rechazó, pero carecen de entidad para provocar una modificación en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- El último motivo de recurso, por vía del artículo 849.1 LECrim, denuncia la indebida inaplicación del artículo 74 CP.

Sostiene que en este caso debieron pensarse los hechos como delito continuado, lo que hubiera facultado por aplicación de la regla 1 del artículo 74 la elevación incluso en un grado de la pena prevista para el tipo aplicado.

La alegación de la parte es contraria a la doctrina jurisprudencial de esta Sala en todo lo referente a la aplicación del art. 250.1.6º CP según redacción anterior a la reforma de 2010, y 250.1 actual, en relación con el art. 74 CP, al apartarse del criterio establecido en el Pleno de esta Sala celebrado el 30 de octubre de 2007 y de la jurisprudencia que posteriormente lo interpretó.

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha modificado en los últimos años la interpretación del artículo 74 del CP con el fin de evitar que la continuidad delictiva actúe con un doble efecto agravatorio, al mismo tiempo que se ha dejado sin efecto la restricción de la aplicación del apartado 1 cuando se juzgan delitos patrimoniales.

Las distintas posturas sobre esta cuestión se unificaron a partir de dos acuerdos plenarios. El adoptado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 18 de julio de 2007 estableció que *"en los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de ese mismo artículo"*. A ello ha de sumarse lo decidido en el posterior Acuerdo de 30 de octubre de 2007, que dice así: *"El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP, queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración"*.

Como expuso la reciente STS 474/3016 de 2 de junio, con estos Acuerdos se pretendió resolver las incógnitas referidas a la aplicación de la regla primera del art. 74 CP a los delitos continuados de naturaleza patrimonial. La idea de que esta categoría de delitos conoce una regla especial en el artículo 74.2 CP había animado buena parte de las resoluciones de esta misma Sala (SSTS 155/2004 de 9 de febrero; 1256/2004 de 10 de diciembre y 678/2006 de 7 de junio, entre otras muchas). Con arreglo a este entendimiento, el artículo 74.2 CP encerraría una norma especial que excluiría la aplicación de la regla genérica contenida en el artículo 74.1 CP. Sin embargo, la experiencia aplicativa desarrollada bajo la vigencia de tal criterio puso de manifiesto la conveniencia de reorientar esa interpretación, en la medida en que no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial a la regla agravatoria prevista en el nº1 de tal precepto. De ahí la importancia de la idea proclamada en el mencionado Pleno, con arreglo a la cual el delito continuado también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de incorporar el delito patrimonial a la razón de política criminal que, con carácter general, proclama el artículo 74.1 CP (SSTS 284/2008 26 de junio; 199/2008 25 de abril y 997/2007 de 21 de noviembre).

La idea que late en el Acuerdo obliga a concluir la exclusión del efecto agravatorio en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho. Así, por ejemplo, en aquellas ocasiones en que las que, en el esquema normativo anterior a la LO 1/2015, la suma del perjuicio total ocasionado fuera tomada en consideración para integrar acciones constitutivas de falta en un único delito continuado, se descartó el efecto agravatorio de la regla primera del artículo 74 CP. Y en aquellos supuestos en que la suma total alcanzada por la acumulación de los episodios defraudatorios que abarca el delito continuado ya haya sido tenida en cuenta para apreciar el subtipo agravado del artículo 250.1.5ª del C. Penal, sin que la cuantía individual de ninguno de ellos supere en cambio los 50.000 euros, cual es el caso que nos ocupa.



En definitiva, se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el artículo 74.1 CP a aquellos supuestos en los que el importe total del perjuicio haya determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación. En esta situación, mantener la aplicación incondicional del artículo 74.1 CP Penal implicaría el menoscabo de la prohibición constitucional de «bis in idem», infringiendo así la medida de la culpabilidad predicable del autor (SSTS 173/2012 de 28 de febrero; 292/2013 de 21 de marzo y 540/2013 de 10 de junio). En el mismo sentido se han pronunciado las sentencias que el recurso cita (SSTS 149/2008 de 24 de enero y 278/2015 de 18 de mayo).

En el caso que ahora se juzga, la Audiencia no ha infringido las pautas de interpretación que aplica esta Sala, puesto que según el relato de hechos probados el importe total de la defraudación asciende a 1.303.311,86 euros, y ninguno de los actos individuales de disposición que conformaron esa cuantía superó los 50.000 euros.

El motivo se desestima y con él, la totalidad del recurso.

Costas.

DÉCIMO QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim, cada una de los recurrentes soportará las costas causadas a consecuencia de su recurso.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** a los recursos de Casación, interpuestos por las representaciones de Rafaela y Ana María, y de la mercantil DIAGONAL GEST AARAGÓN, S.L., contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 3ª, de fecha 12 de enero de 2016, en causa seguida contra Rafaela y Ana María por un delito de estafa, apropiación indebida y societario.

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Alberto Jorge Barreiro D. Andres Palomo Del Arco Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm. Sra. Dª. Ana Maria Ferrer Garcia, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.