

Roj: **STS 6206/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:6206**Id Cendoj: **28079120012013100990**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/12/2013**Nº de Recurso: **607/2013**Nº de Resolución: **970/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **la Acusación Particular en representación de Nicolás González e Hijos SL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5ª, que absolvió a los acusados como autor penalmente responsables de un delito de apropiación indebida y delito societario; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida los acusados Gaspar y Marcos representados por los Procuradores Sres. Alcantarilla Martín y Jiménez de la Plata respectivamente, y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Rodríguez Muñoz.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 2 de San Cristobal de la Laguna, incoó Procedimiento abreviado con el número 96 de 2003, contra Gaspar y Marcos , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, cuya Sección Quinta, con fecha 25 de febrero de 2013, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Probado y así se declara que:

1º.- *El acusado Marcos , mayor de edad y sin antecedentes penales, en su calidad de administrador solidario de la entidad " Nicolás González e hijos S.L.", con domicilio social en C/ El Candil nº 22 de Guamasa (t.m. de La Laguna) constituida el 10 de diciembre de 1991, adquirió un solar sito en CAMINO000 (Guamasa) de 572 m2 libre de cargas, por escritura pública de 12 de marzo de 1997.*

El citado acusado actuando en su calidad de administrador solidario se encargó, tal y como le encomendó Carlos Miguel , por razones de vinculación familiar, también administrador solidario y socio de "Nicolás González e Hijos S.L.", de solicitar la licencia de construcción ante el Ayuntamiento de La Laguna de 2 de agosto de 1999, efectuando los pagos correspondientes, e igualmente el 2 de noviembre de 1999 firmó ante el notario Da María Luisa García de Blas (nº protocolo 3.274) préstamo hipotecario (crédito a la construcción) con la entidad La Caixa, sobre cuatro viviendas unifamiliares sitas en CAMINO000 , Guamasa, del t.m. de La Laguna, abriendo una cuenta de crédito la entidad financiera a la parte acreditada hasta el limite de 119.426.400 ptas (717.767,12'?), distribuyendo la responsabilidad hipotecaria entre cada una de las fincas en la parte señalada en la escritura, y cuyo importe se iba ingresando en la C/C 2100 1516 00 0200354962, cuyo titular es la entidad querellante "Nicolás González e Hijos S.L.", pudiendo ésta disponer del crédito mediante una o más disposiciones hasta alcanzar el crédito para la construcción por importe de 74.641.500 ptas (448.604,45 ?), bastando para ello según lo pactado, la firma de conformidad de la parte acreditada para disponer como mínimo de 250.000 ptas. Dicha cuenta corriente se abrió recogiendo la firma tanto de Marcos como de Carlos Miguel .



2a.- Con fecha 9 de febrero de 2000, el acusado, Sr. Marcos , en su calidad de administrador solidario de la entidad 'Nicolás González e Hijos S.L.', suscribió contrato de ejecución de obra con el otro acusado, Gaspar . mayor de edad y sin antecedentes penales, como administrador de la mercantil "Pérez Mesa" S.L (Permesa S.L.) para la terminación de cuatro chalets en estructura denominados " Residencial Tabares " en Guamasa por un importe de 53.866.845 ptas (323.746,26 euros), a la vista del proyecto y previa presentación de unos criterios de medición y presupuesto elaborados por la entidad CABEN, cuya titularidad la ostenta igualmente el primer acusado, Sr. Marcos .

Sin embargo, nada más firmarse dicho documento, la propiedad, en adelante "Nicolás González e Hijos S.L.", fue suscribiendo contratos de compraventa privados con diversos particulares, asumiendo aquélla, dentro del precio final de cada chalet, distintas mejoras y ampliaciones al inicial proyecto, tal y como negociaron los futuros compradores con D° Carlos Miguel , reflejadas en los distintos contratos, de modo que el presupuesto inicial, y que se utilizó en distintas instancias administrativas y para la obtención del préstamo, no reflejó el precio final, real y efectivo de la obra. Así, el 13 de julio de 2000, se suscribió el primero con D° Eusebio , quien abonó a la firma de ese documento privado 42.070.85 ? (7 000 000 pts) el 21 de diciembre de 2000 se suscribió el segundo con D. Justo y su esposa Da Lorena , cuyo inicial desembolso ascendió a 15.000 ? (2.500.000 ptas), y el 12/2/2001 se suscribió con D° Secundino y su esposa Da Violeta , quienes hicieron un desembolso inicial 60.000 ? (10.000.000 ptas); efectuándose el pago en todos los casos mediante cheques bancarios a favor de la mercantil Nicolás González e Hijos S.L. Estos tres chalets, fueron terminados y entregados a satisfacción a los compradores, otorgándose sin embargo escritura pública personalmente por D. Carlos Miguel como administrador de la propiedad, (escritura de 24 de octubre de 2001, el 26 de octubre de 2001, y 16 de octubre de 2001), quien recibió el resto del precio en cada uno ellos en el momento de la firma de la escritura, oscilando el precio de los chalets entorno a a 48.000.000 ptas (288.485,81 ?) el primero, a 52.900.000 ptas (317.935,40 euros),el segundo, y a 49.900.000 ptas (299.905,04 euros) el tercero, pues el cuarto se lo quedaría la mercantil Nicolás González e Hijos S.L, si bien se escrituraron por precio inferior. Del precio recibido en el otorgamiento de las escrituras públicas, el citado Carlos Miguel , administrador solidario de la entidad querellante, tan sólo utilizó 363.973,95 ? (60.560.170 ptas) para amortizar el crédito hipotecario, mediante la subrogación del crédito hipotecario en el momento de la venta de dos de los chalets en octubre de 2001, sin que el resto de cantidades percibidas a la firma de las escrituras consten ingresadas por el inicial querellante fallecido. Sr. Carlos Miguel . en la O C de la sociedad. Siendo así que del importe del crédito, se ingresó 106.679.525 ptas en la C/C de la entidad Nicolás González e Hijos S.L.

3ºI.- *El importe final de la ejecución de la obra ascendió a 843.189,95 ? (140.290.003 ptas), según el montante de las 11 certificaciones presentadas por la constructora PÉREZ MESZ S.L., no habiendo cobrado absolutamente nada la citada entidad, titularidad del acusado D. Gaspar , por su ejecución pese a ser terminada en su integridad y a satisfacción.*

Desde el inicio de la ejecución de la obra por parte de la constructora propiedad del acusado Gaspar , PÉREZ MESA S.L, de acuerdo con lo pactado, y sin que existiese reparo alguno por los técnicos ni por la propiedad, se emitía mensualmente un certificado de obra, si bien para su pago se llevó a cabo por la propiedad, y en la que estaban de acuerdo tanto el acusado Marcos como el inicial querellante, Sr. Carlos Miguel , una peculiar forma de financiación en la que implicaban al constructor, quien contando con la garantía de la concesión del crédito hipotecario, iría financiando con su propio peculio la construcción, de manera que mientras aguardaba el vencimiento de los pagarés entregados, realizaba el descuento bancario a través de la negociación de los mismos en las entidades con las que tenía concertada póliza de descuento garantizada con su patrimonio personal. Pero al ser advertido que no iba a ser atendido el pagaré, aceptaba otro de renovación a la vez que hacía la provisión de fondos de pagarés que le habían sido librados y que eran de renovación de otros antes de su vencimiento, todo ello para evitar que el banco advirtiese la maniobra, protestase los efectos mercantiles y le acarrear su insolvencia, lo que finalmente no pudo evitar, presentándose en suspensión de pagos el 30 de noviembre de 2011, según procedimiento que se tramita en el Juzgado de primera Instancia n° Uno de La Orotava (autos 524/2001). Los pagarés finalmente impagados por la entidad Nicolás González e Hijos S.L. (en concreto 23 pagarés, por un importe de 132.000.000 ptas) se presentaron al procedimiento concursal señalado, y obran como Masa Activa del Concurso, como igualmente se dejaría de pagar la última certificación (la n° 11).

Efectivamente, para el pago de las 10 primeras certificaciones que ascendían a 127723.370 ptas (767.632,91 ?), se emitieron por los administradores de la entidad Nicolás González e Hijos S.L., 132 pagarés por valor de 479.670.354 ptas (equivalentes a 2.882.877 ?), de los cuales el acusado Marcos firmó 124 pagarés, y los 8 emitidos los días 26, 27 y 29 de septiembre de 2001, en renovación de anteriores y por un importe de 43.200.000 ptas (259.637 ?), los firmaría el fallecido Carlos Miguel . Se firmaron pues, pagarés por 3,8 veces el importe de dichas certificaciones. Sin embargo, de todos los pagarés firmados, sólo 23 de ellos (incluidos los 8 últimos) resultaron impagos, por un importe de 132.000.000 ptas (793.335,98 ?). El importe de la certificación n° 11,

que ascendió a 12.571.633 ptas (75.557,04 ?), quedaría igualmente impagado, no siendo además cubierta por ningún pagaré.

Nunca se utilizó para el pago de las certificaciones el cargo en la C/C donde se domicilia el crédito, sino que las certificaciones eran entregadas por el constructor. Gaspar a la propiedad, recibiendo a cambio un pagaré con vencimiento de tres meses, entregando el constructor, el acusado Gaspar, un recibo, y antes del vencimiento, era renovado.

El sistema alentado por la propiedad (entidad Nicolás González e Hijos S.L.) y en el que querellante y querellados de mutuo acuerdo actuaban, era el siguiente: librado por el acusado Marcos un pagaré (o por Carlos Miguel en los ocho últimos casos), se entregaba al acusado Javier, quien lo descontaba entregando un recibo, pero antes de llegar su vencimiento, y ante la manifestación por la propiedad de que no iba ser atendido por falta de fondos, aceptaba su renovación a cambio de entregar por su importe, menos los gastos del descuento, un cheque al portador que era cobrado por la propiedad, o bien hacia traspasos o ingresos en la C/C de la entidad querellante. De esta manera, a la emisión de los citados 132 pagarés (por valor de 479.670.354 ptas equivalentes en 2.882.876,89 euros), se corresponden los pagos realizados por la entidad PÉREZ MESA, así mediante talones al portador expedidos por la empresa PÉREZ MESA S.L. por valor de 107.275.307 ptas (equivalentes a 644.737,58 ?), así mediante traspasos desde las cuentas de PÉREZ MESA por valor de 6.420.000 ptas (38.584,98 ?), así mediante ingresos en efectivos por la citada constructora PÉREZ MESA S.L. en la cuenta corriente de la propiedad por valor de 52.445.092 ptas (equivalentes a 315.201,35 euros). igualmente se emitieron por la citada constructora talones al portador por importe de 127.247.389 ptas, de los cuales consta que algunos eran cobrados por el acusado Marcos (por importe de 33.201.283 ptas) y otros por su empleado D. Jose Francisco (por importe de 22.278.417 ptas), quien a su vez entrega el importe a D. Marcos o a D° Carlos Miguel, sin que conste que el acusado Marcos hiciese suyas dichas cantidades, y sin que resultase perjudicada la entidad Nicolás González e Hijos S.L. De ahí la coincidencia entre los ingresos en efectivo en la C/C de la entidad Nicolás González S.L. y la fecha de vencimiento de los pagarés.

En conclusión, de los 485.670.354 ptas contenidos en los pagarés emitidos por la entidad Nicolás González e Hijos S.L. no consta ninguno cobrado a la fecha de vencimiento por la constructora, Pérez Mesa S.L., quien por el contrario emitió cheques, talones, hizo ingresos y efectuó traspasos por un importe de 437.669.088 ptas (2.630.444,20 ?).

El acusado Gaspar se vio avocado a participar en dicha financiación tras la emisión del primer pagaré, pues presentada el 8 de mayo de 2000 su primera certificación por las obras ejecutadas, se le entregaría un pagaré nº NUM000 con vencimiento de 7 de agosto de 2000, por importe de 6.000.000.-ptas, extendiendo un recibo por ese importe, y pese a existir saldo suficiente en la C/C, pues a fecha 4/08/2000 existía un ingreso de 9.850.000 ptas, le afirman que no existiría saldo suficiente a su vencimiento y que le aceptarían un nuevo pagaré, consintiendo a ello, pues aquel primer pagaré ya lo había descontado en el BBVA, siendo así que con fecha 26 de julio de 2000 se libra el pagaré 6.731.427 por igual importe de 6.000.000 ptas y vencimiento el 26 de septiembre de 2000, pagaré que sería la renovación del anterior y que fue entregado a cambio de abonar el acusado Gaspar el importe del pagaré que iba a ser renovado, para así poder atender el pago del mismo, restándole los gastos que había generado el descuento bancario. de modo que frente al banco se acreditaba el pago del pagaré, procediéndose nuevamente a negociar el citado pagaré, descontándolo en el banco Popular. Pero nuevamente dicho pagare no llegó a buen fin, por lo que al objeto de renovarlo se extendió un pagaré, el nº NUM001 por importe de 3.000.000 ptas, descontado en Caja Canarias el día 21 de septiembre de 2000, y una vez obtenido el descuento, antes del vencimiento del anterior pagaré, el 25 de septiembre de 2000, la entidad PÉREZ MESA extiende a favor de la entidad querellante un cheque nominativo por importe de 2.926.133 ptas, importe que se entregó para hacer frente al pago de parte del efecto con vencimiento 26 de septiembre de 2000, siendo así, que ello se convirtió, sólo para atender esa primera certificación, en un círculo y en una práctica que generó el libramiento de 7 pagarés sucesivamente renovados, de modo que a la fecha de vencimiento del primer pagaré por seis millones, en la que seguía la ejecución de la obra, el acusado Marcos le entregó dos pagarés más con vencimiento 5 y 11 de octubre de 2000 por importe de 12.662.105 pesetas, que igualmente fueron negociados y descontados, entregando el acusado Gaspar el correspondiente recibo por dicho importe con fecha 6 de julio de 2000. Pagarés a cuyo vencimiento tampoco fueron atendidos, por lo que serían emitidos otros con fin de renovarlos, con el incremento de los correspondientes gastos. Y así sucesivamente con todas y cada una de las 10 certificaciones emitidas, que determinaron la entrega de los 132 pagarés librados por la entidad Nicolás González e Hijos S.L., tanto por el querellado Marcos, como por el querellante, y familiar de aquél, Carlos Miguel.

Ello conllevó finalmente al endeudamiento de la constructora PÉREZ MESA SL del acusado Gaspar, frente al banco de las cantidades objeto de descuento, pero que al no atenderse finalmente los pagarés sucesivamente



renovados se vio avocada a una situación concursal, en el procedimiento de suspensión de pagos, recogándose en su activo el importe de la íntegra de la obra así como los gastos financieros que le generó esta situación.

4º.- El acusado Marcos , quien se dedicaba igualmente al negocio de promoción y venta de inmuebles, al residir permanentemente en la Isla, se encargó de gestionar todos los trámites administrativos para la obtención de la licencia y concesión del préstamo, según le encomendó D. Carlos Miguel , actualmente fallecido, socio y administrador solidario igualmente de la entidad Nicolás González e hijo S.L., familiar de aquél y verdadero artífice de la empresa, siendo Carlos Miguel quien se encargaría de formalizar la contabilidad de la empresa en el año 1998/1999 a través de D. Laureano , profesor mercantil y asesor contable. sin que conste que con posterioridad hubiese efectuado ningún otro tipo de llevanza documental, depósito de cuentas ni contabilidad alguna, y si bien residía en Boadilla del Monte (Madrid), se desplazaba con frecuencia a la isla, siendo así que los seis últimos meses de la ejecución de la obra él era el único que se encargó de verificar la ejecución, acompañado en ocasiones por el acusado Sr. Marcos , estando aquél a pie de obra junto al querellado Sr. Gaspar , siendo él, el Sr. Carlos Miguel , quien emitió los últimos pagarés de renovación por más de 43.000.000.-ptas, y siendo él quien otorgó las escrituras de compraventa de los tres chalets, se embolsó el precio de los mismos, y se quedó con el cuarto chalet.

Por su parte, el Sr. Marcos , llevó a cabo sus actividades de medición y promoción a cambio de percibir, a través de sus sociedades MIMUSA e INSTATEN S.L. y Suministros CABEN S.L. y de sus empleados, Luis Pedro y Jose Francisco , unas comisiones, si bien no existen apuntes contables, ni recibos, ni documentación alguna, ni liquidaciones, pese a lo dilatado de la relación que se remonta al año 1997, basándose todo ello en la relación de confianza generada por los lazos familiares con Carlos Miguel , y así se encargó, no sólo de las gestiones administrativas para obtención y renovación de la licencia y para concesión del crédito, sino igualmente de promocionar la venta de las citadas viviendas formalizando los contratos privados, así como de gestionar con el acusado Gaspar el cobro y pago de pagarés y cheques a cargo de la empresa, en la forma y cuantía que se ha relatado con pleno conocimiento y aceptación del inicial querellante (Carlos Miguel), para hacer frente a los gastos que generaba la construcción del citado proyecto, sin que conste alteración mendaz alguna en ningún instrumento de cambio, ya sea cheque o pagaré, más allá del " juego de peloteo " de los pagarés que la propiedad alentó para financiar, con cargo finalmente al constructor, la obra, llegando a extraerse de la C/C de La Caixa NUM002 por el acusado Marcos por tales conceptos, por sí o a través de sus empresas, mediante las cuales operaba, vagas sumas, (una suma que ascendió a 61.483,54 ? , disponiendo igualmente de las cantidades en efectivo por importe de 67.673,96 ?). E igualmente cobró cheques emitidos por Pérez Mesa SL por importe de 18.481 ? y su empleado D. Jose Francisco por importe de 117.669 ?.

Sin embargo, no consta que aplicase tales las cantidades cobradas o extraídas de la C/C a otros usos que al pago de pagarés, comisiones, gastos generados por su actividad y colaboración, al haber realizado igualmente él desembolsos para atender los gastos.

5a.- "La empresa Nicolás González e hijos S.L." carece de contabilidad, no constando a fecha actual haber cesado como administrador solidario al acusado Marcos .

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que debemos **absolver y absolvemos** a Gaspar del delito de apropiación indebida y delito societario que era objeto de acusación con todos los pronunciamientos favorables con expresa imposición de sus costas al querellante.

Que debemos **absolver y absolvemos** a Marcos del delito de apropiación indebida y delito societario que era objeto de acusación con todos los pronunciamientos favorables y costas de oficio.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por la Acusación Particular en representación de Nicolás González e Hijos SL. 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 del recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO .- Al amparo del art. 849.2 LECrim ., por error en la apreciación de la prueba basado en documentos.

SEGUNDO .- Al amparo del art. 852 LECrim . y art. 24 CE .

TERCERO .- Al amparo del art. 852 LECrim . y art. 24 CE .

CUARTO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por inaplicación indebida del art. 295 CP .

QUINTO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . en relación con el art. 240.3 LECrim



SEXTO.- Al amparo del art. 851.1 LECrim .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día doce de diciembre de dos mil trece.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente al pronunciamiento absolutorio de los querellados Marcos y Gaspar , de los delitos societarios del art. 295 CP , en concurso de normas del art. 8.4 CP , con el delito de apropiación indebida del art. 252, en relación con el art. 250.1.4 °, 5 ° y 6 ° y 74.1 y 2 CP , según la calificación de la acusación particular, articula esta última seis motivos de casación: **el primero** por infracción de Ley, art. 849.2 LECrim , error en la apreciación de la prueba derivado de documentos; **segundo y tercero** por infracción de preceptos constitucionales, al amparo del art. 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , vulneración art. 24.1 CE , derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; **cuarto y quinto** por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim por inaplicación indebida, respectivamente, art. 295 CP , y 240.3 LECrim , y el **sexto** por quebrantamiento de forma, art. 851.1 por contradicción hechos probados.

Con carácter previo habrá de recordarse la doctrina del Tribunal Constitucional, y de esta Sala en orden a las exigencias para la revocación de las sentencias penales absolutorias. En este sentido en SSTs. 176/2013 de 13.3 , 896/2012 de 21.11 y 236/2012 de 22.3 , hemos traído a colación la STC. 135/2011 de 12.9 que recordando la doctrina de dicho tribunal iniciada en la S. 167/2002, de 18-9; y reiterada en numerosas posteriores sentencias (las últimas 21/2009, de 26.1 ; 108/2009, de 11.5 ; 118/2009 de 18.5 ; 214/2009, de 30.11 ; 30/2010, de 17.5) y sirviéndose en su exposición de la STC 1/2010 de 11-1 , precisa: "nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absolutorio, que se inicia en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y ha sido reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre las más recientes SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2 ; 24/2009, de 26 de enero, FJ 2 ; y 118/2009, de 18 de mayo , FJ 3), señala que 'el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción'. En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Habiéndose enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 170/2005, de 20 de junio , FJ 2 , 164/2007, de 2 julio, FJ 2 , y 60/2008, de 26 de mayo , FJ 5). De acuerdo con esa misma jurisprudencia la constatación por las indicadas razones de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) determina también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3 ; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1 ; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1 ; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2 ; 360/2006, de 18 de diciembre , FFJJ 3 y 4). "En este sentido, la reciente STC 45/2011, de 11 de abril , FJ 3, nos recuerda que "el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania, § 55 ; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumania, § 39 ; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64 ; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania , §§ 58 y 59)". Respecto de esta misma cuestión, en las SSTC 120/2009, de 18 de mayo (FFJJ 3 y 6), y 2/2010, de 11 de enero, (FJ 3), a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, hemos dicho que "cuando



el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32 ; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan -Å ke Andersson c. Suecia , § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia , § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu c. Rumania , §§ 54 y 55, 58 y 59- que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de julio de 2000 -caso Tierce y otros c. San Marino, §§ 94, 95 y 96-, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación. Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31) de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionarán la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas» (STC 196/2007, de 11 de septiembre). En efecto, tempranamente pusimos ya de manifiesto en la STC 170/2002, de 30 de septiembre (RTC 2002\170) (F. 15) la doctrina sentada por la STC 167/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002\1 67) no es aplicable cuando, a partir los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el tribunal pueda decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH 29 de octubre de 1991 (TEDH 1991 \46), caso Jan-Ake Andersson c. Suecia, aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con intermediación en la apelación en los supuestos en que « no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos», por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (RCL 1999\1 190) (en el mismo sentido, SSTEDH de 29 de octubre de 1991 [TEDH 1991/45], caso Fejde c. Suecia ; de 5 de diciembre de 2002 [2002\72], caso Hoppe c. Alemania ; y de 16 de diciembre de 2008 , caso Bazo González e. España, § 36).

En segundo lugar, no en todo control sobre la actividad probatoria desarrollada en la primera instancia se proyecta la garantía de intermediación. Decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de intermediación a que nos venimos refiriendo. Más aún, el referido test no se proyecta sobre la valoración de cualesquiera medios de prueba sino sólo sobre las que venimos denominando pruebas de carácter personal.

En efecto, no será de aplicación cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental, tal como, en este sentido, pone de manifiesto la STC 40/2004, de 22 de marzo (RTC 2004\40) (F. 5) cuando afirma que «existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal (en el mismo sentido, SSTC 198/2002, de 26 de octubre [2002\198] , F. 5 ; 230/2002, de 9 de diciembre [2002 \230] , F. 8; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, 3 ; 80/2003, de 10 de marzo [2003 \80 AUTO] , F. 1) como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el juez a quo cuando procedió a su valoración.

En relación con la prueba pericial atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito



de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC 143/2005, de 6 de junio [RTC 2005\143] , F. 6), esto es, cuando el tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que lo documenta (STC. 75/2006 de 13.3). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio, con el fin de explicar, aclarar y ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba (SSTC. 10/2004, de 9.2 ; 360/2006 de 18.12 ; y 21/2009 de 26.1).

Por lo que se refiere a la valoración de pruebas indiciarias, hemos declarado que cuando el órgano de apelación se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación. Si bien, también hemos reiterado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando, sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo" sin celebrar nueva vista, ni haber procedido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas (SSTC 127/2010, de 29.11 , 36/2008 de 25.2 , 24/2009 de 26.1).

En las SSTC. 15/2007 y 54/2009 de 23.2 , se precisa que ""es preciso enfatizar que, incluso cuando la credibilidad del testimonio se pondera por el órgano judicial ad quem a partir de la concurrencia de elementos objetivos, será necesaria la garantía de inmediación si con ello se revisa la valoración de tal prueba efectuada en primera instancia. Ello es así porque de la consideración crítica sobre los argumentos utilizados por el órgano a quo para concluir que el testimonio no ofrecía el grado de credibilidad necesario para fundar la condena, no se infiere directamente la veracidad del mismo, sino que para ello es preciso efectuar una valoración específicamente dirigida a afirmar o negar dicha credibilidad, y esta segunda fase del enjuiciamiento habrá de verse necesariamente apoyada sobre elementos de juicio necesitados de la inmediación ... Expresado en otros términos, que las razones por las que un Juez considera que la declaración de un testigo no ostenta credibilidad sean ilógicas o irrazonables no implica que tal declaración sea veraz, de igual modo que considerar como irrazonables o ilógicas las razones que avalan un veredicto de inocencia no puede dar lugar a una atribución de culpabilidad. En suma, para la valoración de la credibilidad de un testimonio será precisa siempre la concurrencia de la inmediación, so pena de vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24.2 CE , como de hecho acontece en el presente caso".

Además esta doctrina ha sido matizada en otras sentencias como las 142/2011 de 26.9 y 126/2012 de 18.6 , en el sentido de que la naturaleza de otras pruebas, singularmente la documental, permite su valoración en fase de recurso, sin que sea precisa la reproducción del debate oral, por lo que la condena por el tribunal Superior basada en tal medio de prueba, sin celebración de vista pública, no infringiría aquel derecho (por todas, SSTC 40/2004, de 22.3 ; 214/2009, de 30.11 ; 46/2011 de 11-4) pero dicha sentencia 145/2011 contiene una importante advertencia sobre la necesidad de que por el órgano de apelación debió efectuarse la audiencia de los acusados como exigencia del derecho de defensa (art. 24.2 CE). Así concluyó: "...por la Audiencia Provincial para alcanzar la convicción condenatoria puede calificarse como estrictamente documental. Ahora bien, en la STC 184/2009, de 7 de septiembre , se enfatizó la trascendencia que, desde la perspectiva del derecho de defensa pueden alcanzar aquellas declaraciones. En el mismo sentido, en la reciente STC 45/2011, de 11 de abril , FJ 2, se afirma que cuando en el juicio de apelación el debate no sea estrictamente jurídico, esto es, cuando en el mismo se ventilen cuestiones de hecho que afecten a la declaración de inocencia o culpabilidad, la posibilidad de comparecencia del acusado en el mismo es una expresión del derecho de defensa, de manera que ha de darse a éste la oportunidad de que pueda exponer, ante el Tribunal encargado de revisar la decisión impugnada, su personal versión acerca de su participación en los hechos que se le imputan, lo que ha de concretarse en su citación para ser oído.- Pues bien, en el supuesto que aquí se examina, si bien los recurrentes no invocan en su escrito de demanda formalmente el derecho de defensa (art. 24.2 CE), sí hacen explícita mención a la circunstancia de que no fueron oídos por el órgano de apelación que, en el juicio de inferencia que realizó, concluyó que aquéllos participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. No tratándose, por tanto, de una cuestión de estricta calificación jurídica en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto -al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se reputaron simulados- la Audiencia Provincial debió citar al juicio de apelación a quienes, habiendo negado su culpabilidad -dado que refutaron la finalidad simulatoria en la instancia- resultaron a la postre condenados para que, de estimarlo oportuno, ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos. Es decir, el órgano de apelación debió conceder la oportunidad a los acusados de ser oídos a fin de que, apreciando de forma directa sus explicaciones, pudiera formar adecuadamente su convicción.- Constatada así la infracción del derecho de defensa (art. 24.2 CE) en su concreción relativa a la posibilidad de ser oído cuando se debaten cuestiones de hecho y de Derecho por el Tribunal que dictó el pronunciamiento condenatorio, ha de otorgarse



el amparo solicitado sin que sea necesario, en consecuencia, continuar con el análisis del resto de los motivos alegados por los demandantes."

Por último conviene destacar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22-11- 2011, caso Cadena Calero contra España que reitera la doctrina de dicho tribunal, en relación con el alcance de celebrar una vista y examinar con inmediación determinadas pruebas en aquellos casos en los que se procede a condenar al acusado en segunda instancia o en casación, tras una sentencia absolutoria.

En este caso el TEDH se pronuncia específicamente sobre el alcance de dicha obligación en casación, realizado las siguientes consideraciones:

"46 (...) el tribunal Supremo, para llegar a nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de éste último, en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo eventual) en relación con las personas afectadas. Ahora bien, el TS concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos.

En opinión del tribunal, el TS se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, es obligado constatar que, cuando la inferencia de este tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual) no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado en relación a los hechos que se le imputan". A partir de este razonamiento, la sentencia concluye que ha existido una violación del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos :

"49. Como consecuencia, el tribunal considera que las cuestiones que debía examinar el tribunal Supremo, requerían la valoración directa del testimonio del acusado o incluso del de otros testigos (ver Botten c. Noruega 19.2.96; Ekabatani c. Suecia precitada y los asuntos españoles arriba mencionados).

50. En definitiva, el tribunal recuerda que se celebró una vista oral ante el Tribunal Supremo, durante la cual aunque el representante del acusado tuvo ocasión de exponer sus alegaciones, entre ellas, las relativas a la valoración jurídica de los hechos del caso, el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad".

No siendo ocioso recordar que en el reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19.12.2012, en orden a la posibilidad de celebración de vista en casación con citación del acusado, se adoptó el acuerdo de que **"la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso, ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la Ley"**.

Razonamientos los anteriores que deberán ser tenidos en cuenta en orden a la inviabilidad de los motivos -en particular los articulados por error en la valoración de la prueba-.

SEGUNDO: El motivo primero por infracción de Ley se articula al amparo del art. 849.2 LECrim , por haber existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que si bien se tienen en cuenta de manera individual alguno de ellos, podría llegarse a la conclusión de que no tienen virtualidad para la modificación del fallo de cara a una sentencia condenatoria, pero en su conjunto y teniéndolos todos en cuenta, si que deben servir para modificar ese fallo en el sentido mantenido por la acusación, dichos errores se refieren;

1º el importe total de la ejecución de obra que fue 70.864.555 Ptas. (425.904,55 E), y no 140.290.003 Ptas. (843.189,95 E), como se fija en los hechos probados, designando como particular el informe de medición y avalúo de las obras acabadas emitido por el aparejador D. Oscar en fecha 7.5.2002 (folios 46 a 124).

2º persona que intervino en la negociación para la venta de los chalets firmando al efecto los contratos privados para ello, así como recibiendo ciertas cantidades en efectivo, pues si bien la sentencia dice que esos tratos se hicieron por D. Carlos Miguel , hoy fallecido, la verdad es que la persona que en nombre de la sociedad Nicolás González e Hijos SL, intervino en dichos documentos fue el acusado Marcos . Otro error estaría en la Pág. 3 sentencia, punto 2 de la relación de hechos probados, donde se dice que el comprador D. Eusebio abonó a la firma del contrato 7.000.000 Ptas. Mediante cheque bancario a favor de la mercantil Nicolás González e Hijos SL, cuando de dicho documento se desprende que esa cantidad se entregó en efectivo metálico y se entregó al acusado Marcos (estipulación 3ª del contrato, forma de pago) y no a Carlos Miguel .

3º cantidades entregadas al constructor, al constar en las actuaciones de que el constructor y acusado en esta causa, Gaspar cobró a través de su sociedad distintas cantidades de dinero, a pesar de que en el relato de



hechos probados se haga constar que "la constructora PÉREZ MESA S.L., no habiendo cobrado absolutamente nada la citada entidad", dichos documentos obran a los folios 37 a 45, estando firmados por aquél y por tanto aceptando la entrega de distintas cantidades de dinero a cuenta de las obras que se iban realizando.

4ºcantidades dispuestas por Marcos de la cuenta corriente de la sociedad Nicolás González e hijos SL, para si como para sus sociedades.

Así en el penúltimo párrafo del punto 4º de los hechos probados se hace constar que "...llegando a extraerse de la C/C de La Caixa NUM002 por el acusado Marcos por tales conceptos, por sí o a través de sus empresas, mediante las cuales operaba, varias sumas, (una suma que ascendió a 61.483,54 E, disponiendo igualmente de las cantidades en efectivo por importe de 67.673,96 E). Cuando la realidad es que los 61.483,54 E fue la cantidad extraída por Marcos de la cuenta de la propiedad de Nicolás González e Hijos SL, tanto en efectivo, como mediante dos cheques al portador y mediante una transferencia a una cuenta personal suya (conclusiones, punto 9 del folio 12 informe emitido por la perito Dª Carla) puesto en relación con los documentos obrantes a los folios 1194 E, 1199, 1212 a 1217.

Y en cuanto al importe de los 67.673,96 E, no se trata de cantidades en efectivo, sino que dicha cantidad deviene de cheques cobrados o transferencias de fondos hechas por el acusado desde la cuenta de la sociedad querellante a cuentas de sociedades suyas (Mimusa, Instanten y Suministros Caben SL.) tal y como se acredita por el informe pericial antes señalado en relación con los documentos obrantes a los folios 1398, 1171 a 1779 y 1493.

5ºcantidades que recibieron ciertas sociedades de Marcos bien mediante el ingreso de cheques, bien mediante transferencias, todas ellas, procedentes o con origen en la cuenta de la sociedad Nicolás González e Hijos SL.

Según la sentencia no consta que las cantidades que de una manera u otra había cobrado las hiciese suyas o no consta que aplicase tales cantidades cobradas o extraídas de la C/C a otros usos que al pago de pagares, comisiones, gastos generados por su actividad y colaboración, pero en la declaración de hechos probados se omite que desde la cuenta de la sociedad querellante se emitieron cheques y se hicieron transferencias a favor de las sociedades del acusado Marcos , estas cantidades se desprenden de los documentos, folio 1398 -certificación bancaria acreditativa del ingreso en la cuenta corriente de Mimosa e Instaten SL, de dos cheques de la sociedad Nicolás González e Hijos SL, por importe, cada uno de ellos de 4.000.000 Ptas., a los folios 1171, 1172, 1173, 1176, 1178, documento que acreditan cuatro transferencias bancarias hechas por Marcos desde la cuenta de la sociedad querellante a la sociedad Mimosa por importe conjunto de 1.500.-000 Ptas., a los folios 1174 y 1175, 1177 y 1179 otros dos traspasos de fondos verificados por Marcos desde la cuenta de la querellante a la cuenta de su sociedad particular Instaten, por un importe total de 1.260.000 Ptas., y por último, al folio 1493, certificación bancaria acreditativa de que Marcos realizó otra transferencia desde la cuenta de la sociedad de que era administrador solidario, Nicolás González e Hijos SL, a la cuenta de su sociedad "Suministros Caben SL", por importe de 500.000 Ptas., resultando en total dispuesto o pagado a las tres sociedades de 11.260.000 Ptas., (67.673,96 E), pero en los hechos probados no se recogen como tal, sino como "cantidades en efectivo" de las que no hay constancia a que se aplicaron.

6ºcantidades que el acusado Marcos cobró mediante cheque al portador emitidos por la constructora Pérez Mesa SL, haciéndolas suyas.

Así en los hechos probados, en su punto 3º (primer párrafo pagina 5 sentencia) se dice que "Igualmente se emitieron por la citada constructora talones al portador por importe de 127.247.389 Ptas., de los cuales consta que algunos eran cobrados por el acusado Marcos

(Por importe de 33.201.283 Ptas.) y otros por su empleado D. Jose Francisco (por importe de 22.278.417 Ptas.), quien a su vez entrega el importe a D. Marcos o a D. Carlos Miguel , sin que conste que el acusado Marcos hiciese suyas dichas cantidades",

Pues bien centrándonos en las cantidades cobradas directamente por el acusado -33.201.283 Ptas., los documentos, folios 1421, 1535, 1536, 1548, 1580. 1590. 1591 acreditan el ingreso en su cuenta particular de los distintos cheques emitidos al portador por Pérez mesa por el importe total antes reseñado.

Asimismo se debe rectificar el error recogido en los hechos probados, penúltimo párrafo del punto 4, en contradicción con lo expuesto en el punto 3, al hacer constar "e igualmente cobró cheques emitidos por Pérez Mesa SL, por importe de 18481 E, y su empleado D. Jose Francisco por importe de 117.699 E.

7ºcantidades dispuestas del crédito al promotor en la C/C sociedad Nicolás González e Hijos SL,

En los hechos probados se omite hacer constar que según los documentos folios 231 a 251 puestos en relación con el informe pericial de Dª Carla se acredita que de la cuenta se hicieron disposiciones del crédito



hipotecario al promotor por importe de 106.679.359 Ptas., y se amortizó préstamo por importe de 67.626.359 Ptas., con lo que queda pendiente de acreditarse el destino de otras 39.053.166 Ptas., de las que únicamente disponía Marcos .

Todos estos errores, según la recurrente, han de llevar a la rectificación del fallo y a la comisión de un delito de apropiación indebida en concurso de normas con el delito societario de administración desleal.

El motivo deviene improsperable.

Como hemos dicho en SSTs. 316/2013 de 17.4 , 176/2013 de 13.3 , 569/2012 de 27.6 , por la vía del art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECrim . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta Sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10 , viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;



3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim .;

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001 de 19-7 , 1390/2011 de 27.12 - el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos.

No otra cosa ha acontecido en el caso presente, el vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos: 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiente, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error; y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial.

Así la STS 1952/2002, de 26.11 , recuerda que el error de hecho sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominado "literosuficientes" o "autosuficientes" se acredite de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba, siempre y cuando el supuesto no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim .

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con expresa designación de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilita una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

En definitiva, este motivo de casación, por error en la apreciación de la prueba previsto en el art. 849.2 LECrim , no autoriza a una revaloración de la prueba documental, sino que permite rectificar el hecho probado en tanto se acredita un error del tribunal al declarar o al omitir declarar probado un hecho relevante para el fallo, del que no existan otras pruebas, cuando su inexistencia o su existencia resulte de forma incontrovertible del particular de un documento.

En el caso analizado los documentos designados no acreditan el error denunciado y por sí solos no son suficientes para modificar el fallo absolutorio.

Así el primero de los documentos: informe de medición y avalúo de las obras del perito Sr. Aurelio en relación al importe final de la ejecución de la obra, carece de la necesaria literosuficiencia, al estar en contradicción con las 11 certificaciones de obra presentadas por la constructora, en las que se incluían distintas mejoras y ampliaciones al inicial proyecto, que no reflejó, por tanto, el precio final, real y efectivo de la obra, y cuya validez, pese a no estar firmadas por la propiedad, sienta la Sala de instancia, en el fundamento jurídico segundo, in fine, contraponiéndola con la medición realizada por el testigo de la acusación Sr. Aurelio , de las declaraciones de los testigos compradores de los chalets, que además de indicar que los tratos para la adquisición de los inmuebles los sostuvieron con el otro administrador Carlos Miguel , siendo éste quien otorgó la escritura pública y a quien le abonaron el precio de la compraventa, "afirmaron todos ellos, al serles preguntados por las reformas contempladas en los contratos privados aportados por la querellada, pese a estar su firma, que efectivamente abonaron la señal mediante un talón conformado a nombre de la sociedad querellante y que exigieron todas y cada una de las reformas que se contemplan en los mismos, como condición para adquirir las viviendas.



Y respecto a que a la persona que intervino en los contratos y mejoras pactadas con los compradores no fue Carlos Miguel , tal dato no resulta relevante, no solo porque los compradores afirmaron lo contrario, sino porque, en definitiva las escrituras públicas de compraventa, de 24.10, 26.10 y 16.10.2001, fueron otorgadas personalmente por Carlos Miguel quien recibió el resto del precio en el momento de la firma de la escritura.

Y en cuanto al resto de documentos relacionados con las entregas de cantidades al constructor, cantidades dispuestas por Marcos de la C/C de la querellante para sí o para sus sociedades, y cantidades dispuestas de la C/C del crédito hipotecario al promotor, no es posible extraer la consecuencia que pretende la recurrente, en contradicción con lo afirmado en el factum sobre la peculiar forma de financiación de la ejecución de la obra.

El sistema alentado por la propiedad (entidad Nicolás González e Hijos S.L.) y en el que querellante y querellados de mutuo acuerdo actuaban, era el siguiente: librado por el acusado Marcos un pagaré (o por Carlos Miguel en los ocho últimos casos), se entregaba al acusado Javier , quien lo descontaba entregando un recibo, pero antes de llegar su vencimiento, y ante la manifestación por la propiedad de que no iba ser atendido por falta de fondos, aceptaba su renovación a cambio de entregar por su importe, menos los gastos del descuento, un cheque al portador que era cobrado por la propiedad, o bien hacía traspasos o ingresos en la C/C de la entidad querellante. De esta manera, a la emisión de los citados 132 pagarés (por valor de 479.670.354 Ptas. equivalentes en 2.882.876,89 euros), se corresponden los pagos realizados por la entidad PÉREZ MESA, así mediante talones al portador expedidos por la empresa PÉREZ MESA S.L. por valor de 107.275.307 Ptas. (equivalentes a 644.737,58 ?), así mediante traspasos desde las cuentas de PÉREZ MESA por valor de 6.420.000 Ptas. (38.584,98 ?), así mediante ingresos en efectivos por la citada constructora PÉREZ MESA S.L. en la cuenta corriente de la propiedad por valor de 52.445.092 Ptas. (equivalentes a 315.201,35 euros). Igualmente se emitieron por la citada constructora talones al portador por importe de 127.247.389 Ptas., de los cuales consta que algunos eran cobrados por el acusado Marcos (por importe de 33.201.283 Ptas.) y otros por su empleado D. Jose Francisco (por importe de 22.278.417 Ptas.), quien a su vez entrega el importe a Dº Marcos o a Dº Carlos Miguel , sin que conste que el acusado Marcos hiciese suyas dichas cantidades, y sin que resultase perjudicada la entidad Nicolás González e Hijos S.L.. De ahí la coincidencia entre los ingresos en efectivo en la C/C de la entidad Nicolás González S.L. y la fecha de vencimiento de los pagarés.

En conclusión, de los 485.670.354 Ptas. contenidos en los pagarés emitidos por la entidad Nicolás González e Hijos S.L. no consta ninguno cobrado a la fecha de vencimiento por la constructora, Pérez Mesa S.L., quien por el contrario emitió cheques, talones, hizo ingresos y efectuó traspasos por un importe de 437.669.088 Ptas. (2.630.444,20 E).

TERCERO: El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim , y 5.4 LOPJ , por vulneración del art. 24.1 CE , derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Se denuncia en el motivo la irracionalidad del juicio de ponderación de la prueba practicada y trasladada a los hechos probados, por ser el razonamiento vertido en la sentencia vacío de motivación y resultar ilógico, irracional e incluso absurdo y arbitrario, en la aplicación del principio in dubio pro reo, al haber la posibilidad según la Sala de instancia, de que, por un lado fuera cierto de que Marcos tuviera pendiente el cobro de ciertas cantidades por comisiones o gastos generados por su actividad y colaboración, así como por haber realizado desembolsos para atender pagos, y, por otro, que esas cantidades, de ser ciertas, las debía percibir a través de sus sociedades, y fueran las que cobró a título personal mediante cheque al portador en sus cuentas personales- es decir se admite que bajo el concepto de cheque al portador emitidos por la constructora Pérez Mesa SL, el querellado Marcos cobro 23.201.283 Ptas. A título personal, pero que "no consta que hiciese suyas dichas cantidades" ya que en virtud del principio in dubio pro reo por el se le absuelve, puede que esas cantidades "las destinase al pago de pagares, comisiones, gastos generados por su actividad y colaboración, al haber realizado igualmente él desembolsos para atender los gastos".

El motivo en cuanto denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no puede ser acogido.

En efecto es doctrina reiterada de que esta Sala -por todas SSTs. 994/2007 de 5.12 y 694/2010 de 15.7 , a) la que recuerda que la tutela judicial efectiva, desde el prisma de la parte acusadora, sólo se instala en el ámbito propio de la mera legalidad, lo cual significa que tiene derecho a acudir a los Jueces y Tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que, en todo caso, la pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante, esto es, que la tutela judicial efectiva la concede el Texto Constitucional in genere y que, por ello, no habrá denegación de justicia cuando las pretensiones no prosperan, máxime cuando los órganos jurisdiccionales, forzosamente han de fallar en pro de una de las partes, sin que el acogimiento de las formuladas por la parte contraria entrañen falta de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.



Por ello, debe señalarse que no existe un derecho constitucional a obtener la condena penal de otra persona que pueda esgrimirse frente al Legislador o frente a los órganos judiciales SSTC 199/96 de 3.12 , 41/97 de 10.3 , 74/97 de 21.4 , 67/98 de 18.3 , 215/99 de 29.11 , 21/2000 de 31.1).

En esta dirección la sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19.5.2004 , precisa que el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva no incorpora el derecho a la condena del acusado en virtud de la acción penal planteada sino que, como hemos recordado de forma reiterada, este derecho tiene un contenido complejo que incluye el derecho a acceder a Jueces y Tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución fundada en derecho y a su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento previsto en la Ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión (SSTS. 3.10.97 , 6.3.97).

Asimismo el Tribunal Constitucional al analizar el control de constitucionalidad en materia de recursos de amparo contra sentencias absolutorias, en sentencias 45/2005 de 28.2 , 145/2009 de 15.6 , ha recordado que la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental a la condena penal de otra persona (por todas SSTC. 157/90 de 18.10 , 199/96 de 3.12 , 215/99 de 29.11 , 168/2011 de 16.7), sino que meramente es titular del ius ut procedatur, es decir del derecho a poner en marcha un proceso, substanciando de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (por todas STC. 120/2000 de 10.5), que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción (por todas, SSTC. 31/96 de 27.2 , 16/2001 de 29.1) y que no se agota en un mero impulso del proceso o mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso (SSTC. 218/97 de 4.12 , 138/99 de 22.7 , 215/99 de 29.11). y, por consiguiente, el análisis y la declaración de vulneración de los derechos procesales invocados es ajeno a la inexistencia de un derecho de la víctima del proceso penal a la condena penal de otro y ha de efectuarse tomando como referente el canon de los derechos contenidos en los artículos 24.1 y 2 C .E. ". Por ende la función de este tribunal se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el ius ut procedatur del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las Leyes en vigor reconocen. Supuesto este en que si es posible declarar la nulidad de la sentencia penal absolutoria al haber sido dictada en el seno de un proceso penal substanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso, respetando en él las garantías que le son consustanciales (SSTC. 215/99 de 29.11 , 168/2001 de 16.7), o en fin, por poder incurrir la sentencia absolutoria en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, no satisfaciendo así las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (STC. 45/2005 de 8.2).

En el caso presente en el motivo se insiste en que el Tribunal de instancia no ha valorado el conjunto de toda la prueba, en particular, los documentos aportados de forma lógica y racional, olvidando que aunque la motivación de las resoluciones es exigible, ex art. 120 CE . "siempre" esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio, no obstante ha de señalarse que en las sentencias condenatorias el canon de motivación debe ser más riguroso que en las absolutorias, pues de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad y la presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal, en el que la exigencia de motivación cobra especial intensidad y por ello se refuerza el canon exigible (SSTC. 34/97 , 157/97 , 200/97 , 109/2000 , 169/2004).

Consecuentemente el juicio de culpabilidad ha de estar precedido por la expresión del proceso lógico que lleva al juzgador a superar la duda inicial inherente a la presunción de inocencia, de suerte que la motivación viene a ser una exigencia más del derecho a que dicha presunción sea respetada. Por el contrario en el juicio de no culpabilidad o de inocencia basta con que esté fundado en la declaración de la falta de convicción, bien sobre la realidad del hecho, bien sobre la participación en él del acusado. La necesidad de razonar la certeza incriminatoria a que haya llegado el Tribunal es una consecuencia no solo del deber de motivación sino del derecho a la presunción de inocencia. No existiendo, en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado participara en el hecho que relata, porque esto sólo significa que la duda inicial no ha sido sustituida por la necesaria certeza. Y es claro que basta la subsistencia de la duda para que no sea posible la emisión de su juicio de culpabilidad y sea forzosa, en consecuencia, la absolución (STS. 1045/98 de 23.9).

Tal criterio se ha mantenido en las SSTS. 11.9.98 , 18.4.2001 , 19.4.2001 , 11.12.2002 , señalando que la exigencia de la motivación "será obviamente distinta si la sentencia es condenatoria o absolutoria". En este supuesto, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE .), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva arbitraria. En otras palabras, la motivación de la



sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia.

En el caso presente la sentencia impugnada analiza la prueba practicada en el plenario consistente en las declaraciones de los acusados y testificales, la pericial practicada de forma conjunta por D. Florian , a instancia judicial, y por D^a Carla , a instancia de la acusación particular, y la ingente documental introducida tanto por la acusación como por la defensa y que no ha sido impugnada y plasma los hechos que considera probados que no son constitutivos del delito continuado de apropiación indebida, ya en su modalidad tradicional (art. 252 CP), ya en la específica del delito societario cometido por administrador (art. 295 CP), y ello, sobre las siguientes bases que destaca el Ministerio Fiscal en su documentado informe:

1º En la prueba pericial, ambos peritos muestran su conformidad en el dato de que la constructora del querellado Gaspar , Pérez Mesa SL, no cobro cantidad alguna por la construcción de los cuatro chalets.

2º Tal querellante Carlos Miguel -hoy fallecido- conocía la utilización por su empresa del sistema de financiación irregular mediante pagarés que se descontaban y se sustituían con otros posteriores incrementados en su importe. La sentencia considera acreditado que Carlos Miguel firmo ocho de ellos emitidos los días 26, 27 y 28 septiembre 2001 por importe de 43.200.000 Ptas. Fue el quien dirigió los trabajos de ejecución de las obras en los últimos meses, firmó las escrituras pública de tres de ellos y cobró el precio de ellos, ingresando solo parte de esos cobros -en total 60.560.170 Ptas.- en la C/C de la sociedad de la que era administrador solidario junto con el querellado Marcos .

3º Que la Sala no aprecia connivencia o acuerdo entre los querellados en la utilización de esa forma de financiación para apoderarse de dinero en perjuicio de la entidad querellante.

4º Que la discrepancia inicial entre los peritos radica en las cantidades cobradas por el acusado Marcos y su empleado Jose Francisco , pero en todo caso por la fecha de los reintegros julio 2000 a abril 2001 -los mismos debieron efectuarse con conocimiento de la querellante, pues con posterioridad Carlos Miguel emitió pagarés por importe de 43.000.000 Ptas.

5º La falta de diligencia en la llevanza de la contabilidad y su descontrol por los dos administradores, de ahí que respecto al acusado el pronunciamiento absolutorio devenga necesario por la duda existente del verdadero comportamiento como tal administrador en la mecánica de financiación de la obra, de ahí que en el fundamento jurídico 3º se incluye que no ha quedado acreditado que el acusado Marcos dispusiera fraudulentamente del dinero de la cuenta de la sociedad, ni que contrajera más allá de las indicaciones que le daba Carlos Miguel , del mismo modo y manera obligaciones a cargo de la sociedad, causando con ello un perjuicio típico.

En definitiva, la Sala de instancia a partir de las declaraciones de los acusados, los distintos testigos -en especial- los compradores de los chalets, periciales y documental, llega a un pronunciamiento absolutorio. Razonamiento que no puede considerarse ilógico o arbitrario.

En efecto, sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1 ; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista



objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.

En conclusión las garantías de intermediación, publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de confirmación de los hechos. En cuanto garantías constitucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la absolución (o de la condena) cuando el mismo consista no en volver a valorar las pruebas y en su caso, a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato absolutorio (o inculpativo), la declaración de inocencia (o de culpabilidad) y la no imposición de la pena (o su imposición).

CUARTO: El motivo tercero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim . Y 5.4 LOPJ , vulneración del art. 24.1 CE , derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El motivo, al igual que el precedente, denuncia la irracionalidad del juicio de ponderación de la prueba practicada y trasladada a los hechos probados, por ser la sentencia, tanto en los hechos probados, como en sus razonamientos fundadores irracional y arbitrario por la falta de la necesaria lógica o coherencia en relación a la participación y/o intervención en los hechos del acusado Gaspar , por cuanto las cantidades de las que depuso el acusado Marcos , sin haber justificado el destino de las mismas, tanto de la cuenta corriente de la entidad Nicolás González e Hijos, SL, como cobradas a título personal por los cheques emitidos al portador y entregados al mismo por la entidad constructora Pérez Mesa, SL, se las repartió con este acusado Gaspar , pues resultaría absurdo e irracional el admitir que el constructor, sin cobrar nada, sufragara la obra de su bolsillo, habiendo resultado un colaborador necesario para Marcos en la apropiación y distracción de tan importantes cantidades de dinero.

Dando por reproducida la argumentación expuesta en el anterior motivo, su desestimación resulta obligatoria, siendo especial explícita la sentencia recurrida al señalar como ambos peritos están totalmente de acuerdo en que la constructora de este acusado no cobró absolutamente nada por los trabajos de construcción de los cuatro chalets y que por el contrario realizó un abultado desembolso al participar en la financiación irregular de la obra, rechazando así, por temeridad, la pretensión elevada a definitiva por la acusación particular contra el constructor, pudiendo afirmarse que la misma no puede tener otra explicación que el intento de paralizar las ejecuciones instadas por la misma como tenedora de los últimos pagarés y su inclusión como deudora en la suspensión de pagos -no olvidemos que tal como se recoge en el factum el sistema de financiación alentado por la propia querellante conllevó finalmente el endeudamiento de la constructora Pérez mesa SL, del acusado Gaspar , frente al banco de las cantidades objeto de descuento, pero que al no atenderse finalmente los pagares sucesivamente renovados, se vio avocada a una situación concursal en el procedimiento de suspensión de pagos, recogiendo en su activo, el importe íntegro de la obra así como los gastos financieros que le generó esta situación- **pero sin que se atisbe la menor connivencia entre ambos acusados Gaspar y Marcos , para perjudicar a la entidad querellante.**

QUINTO: El motivo cuarto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , por la inaplicación indebida del art. 295 CP , por cuanto de la propia narración fáctica y de su fundamentación jurídica debería haberse tenido por cometido el delito de administración desleal, dado que resulta claro y evidente que la sociedad se fue despatrimonializando y por esa razón no se pagó al constructor y que, como consecuencia de ese impago dicho constructor, y un banco en su momento, vienen o han venido reclamando a la sociedad importantes cantidades de dinero, lo que se traduce en un perjuicio real causado por actuación de Marcos .

La doctrina de esta Sala Segunda (SSTS. 655/2010 de 13.7 , 625/2009 de 17.6 , 513/2007 de 19.6 entre otras), y en orden a la distinción del delito societario del art. 295 CP , y de la apropiación indebida del art. 252, podemos resumirla en que respecto a la conducta descrita en el art. 295 CP , la dicción literal del precepto "disponer fraudulentamente" requiere la mediación del engaño, lo que para algunos sectores acerca este delito a la figura de "la estafa" sin olvidar su conocida proximidad con la apropiación indebida. En relación con esta última, esta Sala ha declarado en SSTS. 279/2007 de 11.4 , 754/2007 de 2.10 , 121/2008 de 26.2 , 374/2008 de 24.6 , ha declarado que cuando se trata de administradores de sociedades no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el art. 295 CP . vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del art. 295, actúa en todo momento como tal administrador y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible



también en los sujetos activos del delito de administración desleal del art. 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida de deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador.

La jurisprudencia ha venido a señalar ante las dificultades surgidas a partir de la Ley orgánica 10/1995, por la ampliación del tipo de la apropiación indebida -actual art. 252 - y la instauración del tipo de delito societario que describe el art. 295, que los tipos suponen dos círculos secantes; pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria, mientras que por su parte el segundo abarca otros comportamientos -como es el caso de la asunción abusiva de obligaciones- ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida. Existe así una zona común, en la que el comportamiento delictivo cubre ambas hipótesis típicas, hasta el punto de poder constituir simultáneamente delito de apropiación indebida y, además, delito societario, a resolver con arreglo a las normas concursales contenidas en el art. 8 CP . (SS. 7.12.2000 , 11.7.2005 , 27.9.2006). Pero también es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del anterior y plenamente diferenciable del mismo, pues mientras que en el artículo 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador, de ahí que el tipo no conlleva necesariamente el "animus rem sibi habendi", sino que solo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal, y que hemos expuesto en numerosas sentencias (por todas 867/2002 Caso Banesto y 71/2004 Caso Wardbase-Torras) que el delito del artículo 295 CP tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados a su particular patrimonio, bastando la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a donde se han dirigido, esto es la despatrimonialización de la sociedad, que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo.

Por ello doctrina autorizada entiende que la única forma clara de diferenciar ambos tipos delictivos radica en el apoderamiento. Si éste existe, hay una apropiación indebida, en caso contrario, administración desleal, o si se quiere llamarlo así, fraudulenta.

En esta dirección la STS. 760/2010 de 15.9 recuerda que la diferenciación de los tipos penales del artículo 295 y el de apropiación indebida, particularmente en su modalidad de "distracción", previsto en el artículo 252 ha sido objeto de reiterada consideración por la Jurisprudencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Por un lado se ha proclamado que cuando un comportamiento es susceptible de ser subsumido tanto en el tipo penal del artículo 252 como en el del 295, dada la menor pena impuesta en éste, ha de optarse por la tipificación como apropiación indebida por ser **el más grave** . (Artículo 8.4 del Código Penal) (STS 11 de abril de 2007 (recurso nº 915/2006) nº 678/2006 de 7 de junio , núm. 1362/2005 de 23 noviembre y nº. 224/98 de 26 de febrero).

Pero no se ha renunciado a la búsqueda de elementos diferenciadores. Entre éstos se han señalado, para aplicar el tipo menos grave del artículo 295: la *no existencia de exlimitación* de los administradores fuera del ámbito de las facultades del cargo.

"Así, para aplicar el delito del artículo 295 CP , se exige que el administrador desleal a que éste artículo se refiere actúe en todo momento como tal administrador, y que lo haga dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones; "El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador" (Sentencia del TS núm. 915/2005, de 11 julio).

Centrándonos ya en este ámbito del delito del art. 295 CP , el tipo se configura como un tipo de resultado en el que este está constituido expresamente por el perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositantes "depositarios" dice la norma, cuenta participes o titulares de los bienes, valores o capital administrado. El bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es pues, el patrimonio de tales personas. En este punto puede ser útil distinguir entre el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae



la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso, perjudicado).

El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que "dispongan fraudulentamente de los bienes" o en que "contraigan obligaciones" han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues "el perjuicio" resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo "a sus socios, depositarios (parece que debiera decir "depositantes"), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre". Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo.

El delito es de resultado en su sentido más tradicional, es decir, que se precisa un efecto derivado y conexo causalmente o por imputación objetiva a alguna de las conductas típicas: disponer de bienes o contraer obligaciones. El resultado es un "perjuicio económicamente evaluable", entendiendo por "perjuicio" tanto la merma patrimonial cuanto la ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado. "Económicamente evaluable" significa que se pueda concretar el valor de dicho perjuicio en dinero, bien constatando documentos, bien mediante un informe pericial.

En definitiva, tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren - como se dice en la STS. 841/2006 de 17.7 - la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así) de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendido en la norma penal. La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en sentencias 915/2005 de 11.7 , 402/2005 de 10.3 , 554/2003 de 14.4 .

En el caso presente en el factum -cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim , se recoge que el sistema de financiación era alentado por la propia propiedad, la sociedad querellante Nicolás González e Hijos SL,, y en el que el querellante y querellados actuaban de mutuo acuerdo, e incluso utilizada por el otro administrador y también querellante Carlos Miguel quien a su vez emitió los últimos pagares, trató con los compradores sobre las mejoras, firmó las escrituras y cobró los pagos realizados por aquellos a la firma de estos y que el querellado Marcos era el encargado de gestionar con el otro acusado Gaspar el cobro y pagares y cheques a cargo de la empresa, con pleno conocimiento y aceptación del inicial querellante, Carlos Miguel , para hacer frente a los gastos que generaba la construcción del citado proyecto, por lo que no puede entenderse cometido el delito del art. 295 CP .

SEXTO: El motivo quinto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim . Por aplicación indebida de los arts. 123 CP . Y 240.3 LECrim , por inexistencia de mala fe o temeridad en el mantenimiento de la acusación a lo largo del procedimiento.

En relación a la condena en costas -limitada a las causadas al querellado Gaspar , hemos dicho en STS. 367/2012 de 3.5 , que el art. 240.3 LECrim , y último párrafo establece que las costas procesales pueden ser impuestas al querellante particular o actor civil, cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fé (STS 903/2009, de 7.7).

Así tiene declarado esta Sala en numerosas sentencias, que cita la 387/98 de 11-3 , que en materia de arbitrio judicial es necesario distinguir dos modalidades: el de primer grado o absoluto que no viene sujeto a ninguna clase de limitaciones, y el de segundo grado o limitado que viene subordinado al concurso de determinados condicionamientos, siendo consecuencia de la diferencia entre una y otra clase de arbitrio la de que mientras que las resoluciones que se dicten en virtud del primero no son susceptibles de revisión casacional, si lo son en cambio, las que se dicten haciendo uso del segundo, por lo que al no quedar el menor resquicio de duda de que a esta segunda clase pertenece el arbitrio concedido a los tribunales en materia de costas en aquellos casos en que la imposición de éstas venga subordinada al concurso de temeridad o mala fé en el litigante a quien procede imponerlas, como ocurre en el presente caso, resulta incuestionable la posibilidad de someter a revisión casacional lo que los tribunales de instancia hayan acordado al respecto.

El TC ha recordado en resoluciones como el auto 171/86 y sentencias 84/91 y 48/04 , que la imposición de costas es "...un efecto derivado del ejercicio temerario o de mala fe de las acciones judiciales o de la desestimación total de éstas". Por lo que su justificación radica en "...prevenir los resultados distorsionados del entero sistema judicial que se derivarían de una excesiva litigiosidad y en restituir a las parte contraria los gastos que, en menoscabo de la satisfacción de sus pretensiones, le ocasione la defensa de sus deudas e intereses legítimos frente a quienes promuevan acciones o recursos mercedores de la imposición de costas.



Habiendo el mismo TC declarado con reiteración (SSTC 131/86 , 239/88 , 147/89 y 34/90 "...que la decisión sobre imposición es cuestión que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y corresponde en exclusiva a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional pues constituye valoración de hechos o conductas de las partes".

Aunque no hay un concepto o definición legal de la temeridad o mala fe (STS 37/2006) se suele entender por esta Sala, como pauta general, que tales circunstancias han concurrido cuando la pretensión ejercida carezca de toda consistencia y que la injusticia de su reclamación sea tan patente que deba ser conocida por quien la ejercitó, de aquí que tenga que responder por los gastos y perjuicios económicos causados por su temeraria actuación.

Sobre los conceptos de **temeridad** y mala fe que emplea el art.240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para establecer la condena en costas al querellante, la doctrina de esta Sala (SSTS 2177/2002, de 23 de diciembre ; 387/98, de 11 de marzo ; 205/97, de 13 de febrero ; 46/97, de 15 de enero ; 305/95, de 6 de marzo ; y de 5-3-93) ya ha advertido sobre la inexistencia de una definición legal, por lo que ha de reconocerse un cierto margen de valoración subjetiva en cada caso concreto.

No obstante lo cual debe entenderse que tales circunstancias han concurrido cuando carezca de consistencia la pretensión acusatoria en tal medida que no puede dejar de deducirse que quien la formuló no podía dejar de conocer lo infundado y carente de toda consistencia de tal pretensión y, por ende, la injusticia de la misma, por lo que en tal caso debe pechar con los gastos y perjuicios económicos ocasionados a los acusados con tal injustificada actuación, sometiéndoles no sólo a la incertidumbre y angustia de ser acusado en un proceso penal, sino también a unos gastos que no es justo que corran de su cuenta.

La STS de 19-9-2001, 1600/2001 (recordando las 361/1998, de 16 de marzo; de 25 de marzo 1993; de 15 enero 1997), destaca que la interpretación de esos conceptos ha de ser restrictiva, pero sin olvidar también que el absuelto ha podido ser injustificadamente sometido a un proceso penal que le ha causado no solo unas evidentes molestias e incertidumbres, sino también unos gastos que no es justo que corran de su cuenta.

La STS. 608/2004 de 17.5 , incide en esta misma cuestión, recordando que conforme a lo dispuesto en el art. 240.3 LECrim la condena en costas del querellante particular o actor civil será procedente cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe, es decir, existe un criterio rector distinto para la imposición de las costas al condenado y a la acusación particular, pues mientras ex art. 123 CP en relación con el 240.2 LECrim , las costas procesales se tienden impuestas pro la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, la imposición de las mismas al querellante particular o actor civil está subordinada a la apreciación de la temeridad o mala fe en su actuación procesal. No existe un principio objetivo que determine la imposición de costas a dichas partes, sino que **la regla general será la no imposición, aun cuando la sentencia haya sido absolutoria y contraria a sus pretensiones**, excepto si está justificada dicha conducta procesal como temeraria o de mala fe a juicio del tribunal, que deberá motivarlo suficientemente (SSTS 17.5.2004 y 30.5.2007).

O también la STS 842/2009 que insiste en que "la jurisprudencia de esta Sala, tiene declarado sobre esta cuestión que, ante la ausencia de una definición auténtica de lo que haya de entenderse por temeridad o mala fe, ha de reconocerse un margen de valoración subjetiva al tribunal sentenciador, según las circunstancias concurrentes en cada caso, ponderando a tal fin la consistencia de la correspondiente pretensión acusatoria, teniendo en cuenta, por un lado, la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos términos legales, pero sin olvidar que el que obliga a otro a soportar una situación procesal debe responder por los gastos que tal situación le ha originado, salvo limitadas excepciones en las que se haya podido considerar que tenía razones para suponer que le asistía el derecho; siendo generalmente válida, a estos efectos, una referencia a la actuación del Ministerio Fiscal, por el carácter imparcial de la institución, de tal modo que alguna sentencia de esta Sala ha llegado a decir que existe temeridad cuando la pretensión de la acusación particular supera ampliamente tanto la petición del Fiscal como la considerada ajustada a Derecho por el tribunal: resta por decir que la temeridad o la mala fe puedan aparecer en cualquier momento de la causa, sin que sea preciso que se aprecien desde el inicio de la causa ,"con cita también de numerosos precedentes jurisprudenciales.

Ciertamente es posible distinguir los conceptos de mala fe y temeridad, aunque sus efectos en materia de costas sean los mismos. El primero, tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia (ver el art. 433 C. Civil en materia de posesión), mientras que el segundo tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es explicable al que es consciente de su falta de razón procesal y a pesar de ello insiste en que el ejercicio de la acción, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho, sucediendo que en muchos casos ambos planos se confunden o superponen.



Y por último las recientes SSTs. 375/2013 de 24.4, 585/2013 de 25.6, recogen la doctrina jurisprudencial sobre imposición de costas a la acusación en el caso de sentencia absolutoria declaran con cita de la Sentencia 682/2006, de 25 de junio, "que el concepto de mala fe, por su carácter subjetivo es fácil de definir pero difícil de acreditar, no así el de temeridad, que concurre cuando la acusación formulada carece de consistencia en tal medida que cabe decir que quien la ejercitó y la mantuvo no podía dejar de conocer su carencia de fundamento, debiendo ser objeto de interpretación restrictiva estos conceptos, de modo que la regla general será su no imposición (STS. 19.9.2001, 8.5.2003 y 18.2, 17.5 y 5.7, todas de 2004, entre otras muchas).

Al respecto hemos enumerado diversos criterios en la STS 1068/2010 de 2 de diciembre recordando que la imposición de las costas a la acusación particular, cuyo fundamento es la evitación de infundadas querellas o la imputación injustificada de hechos delictivos, debe atenerse a los criterios de evidente temeridad y notoria mala fe, criterios que esta Sala adjetiva, sugiriendo la excepcionalidad en la aplicación de la norma. La temeridad y mala fe han de ser notorias y evidentes, correspondiendo su prueba a quien solicita la imposición.

En el caso presente la sentencia de instancia razona, solo en relación al querellado Gaspar, la imposición al querellante de sus costas, al quedar acreditado que éste ha utilizado el proceso penal al servicio de fines distintos a aquellos que justifican su exigencia intentando paralizar el cobro de las deudas generadas para el citado acusado absuelto y determinando su estado de insolvencia.

El motivo cuestiona esta interpretación, señalando que cuando interpuso la querrela -julio 2002- no constaba reclamación por ningún concepto, especialmente de Gaspar o su empresa. Argumento no atendible, por cuanto en la propia querrela se hace referencia al juicio cambiario 194/02 Juzgado 1ª Instancia nº 7 La Laguna instado por el Banco Santander, la querellante por un principal de 202.781,48 E; al juicio cambiario 592/05, instado precisamente por la entidad "Pérez Mesa SL", Juzgado 1ª Instancia nº 7 La Laguna por un principal de 185.383 Euros, contra la querellante y por último los autos de suspensión de pagos 524/07 del Juzgado 1ª Instancia nº 1 La Orotava, con crédito contra la querellante por 132.000.000 ptas.

SEPTIMO: El motivo sexto por quebrantamiento de forma, art. 851.1 LECrim . por incurrir en manifiesta contradicción los hechos probados así como con los fundamentos donde se sustentan

Así denuncia que en algunos párrafos de la sentencia, tanto en los hechos probados como en los fundamentos de derecho, se dice que era Carlos Miguel quien negocio con los compradores recibiendo de ellos el dinero entregado, tanto a la firma de los documentos privados como de las escrituras públicas, y por otro lado, en los mismos hechos probados y también en los fundamentos jurídicos, se diga que Marcos se dedicó a la promoción de los chalets construidos formalizando los contratos privados y a gestionar el cobro y pago de pagares y cheques con el otro acusado.

Y existe otra contradicción cuando se afirma que "Está fuera de toda duda que el querellante (el fallecido Carlos Miguel) cobró los chalets y no abonó cantidad alguna al constructor ni ingresó en la C/C. acreditada en la Caixa pese a quedarse con el cuarto chalet", cuando por otro lado se dice que del dinero recibido en el otorgamiento de las escrituras, el citado Carlos Miguel, administrador solidario de la entidad querellante, tan solo utilizó 363.973,95 E, para amortizar el crédito hipotecario.

El motivo se desestima.

Como la jurisprudencia ha recordado en sentencias 121/2008 de 26.2, 754/2007 de 2.10 y 253/2007 de 26.3, la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resultan incompatibles entre si, de suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 259/2004 de 4.3).

La doctrina jurisprudencial reiterada 717/2003 de 21.5, 2349/2001 de 12.12, 776/2001 de 8.5, 1661/2000 de 27.11, señala para la prosperabilidad de este motivo los siguientes requisitos:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trata de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconocible y antitético y no de una mera contradicción ideológica o conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada.

b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma no pueda subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato. Por ello la contradicción debe ser absoluta, esto es,



debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no puede ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato.

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, esto es, no puede ser denunciada la contradicción que se advierta o crea advertirse entre el *factum* y la fundamentación jurídica de la resolución. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del Fundamento Jurídico que tengan su indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre los fundamentos fácticos tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.

d) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma. Por ello debe ser esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la material exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En definitiva, como decíamos en la STS. 1250/2005 de 28.10 "como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de *contrarios con la consiguiente destrucción de ambos*, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas".

Un ejemplo sería afirmar en el hecho probado "que era noche oscura y no había iluminación artificial, "y en otro apartado del relato fáctico, que se veía perfectamente".

En el caso presente o bien las contradicciones no son tales o bien se producen entre los hechos probados y los fundamentos jurídicos.

Así en el *factum* lo que se considera probado es que fue la propiedad, en adelante Nicolás González e Hijos SL,, la que fue suscribiendo los contratos de compraventa privados, asumiendo aquella dentro del precio final de cada chalet, distintas mejoras y ampliaciones al inicial proyecto, tal como negociaron los futuros compradores con D. Carlos Miguel , lo cual no contradice que el otro administrador Marcos se encargara de promocionar la venta de las citadas viviendas, formalizando los contratos privados, en el hecho probado no se dice que fuera Carlos Miguel quien firmó los contratos privados y recibió el dinero, sino la sociedad por medio de cheques bancarios a su favor, y sí que fue Carlos Miguel quien otorgó las escrituras públicas y quien recibió el resto del precio.

Y el dato afirmado de que el querellante cobró los chalets y no abonó cantidad alguna al constructor ni ingresó en la C/C acreditada de la Caixa, por más que se encuentra en el fundamento jurídico y no en los hechos probados, no está en contradicción con lo declarado probado que del precio recibido en el otorgamiento de las escrituras públicas al citado Carlos Miguel ... tan solo utilizó 363.973,95 E (60.560.170 Ptas.), para amortizar el crédito hipotecario, mediante la subrogación del crédito hipotecario en el momento de la venta de los chalets en octubre 2001 "sin que el resto de las cantidades percibidas a la firma de la escritura consten ingresadas por el inicial querellante fallecido, Sr. Carlos Miguel en la C/C de la sociedad".

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **La Acusación Particular en representación de Nicolás González e Hijos SL**, contra sentencia de 25 de febrero de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta , que absolvió a Gaspar de los delitos de los que venía siendo acusado; y se condenar al recurrente a las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, 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. Candido Conde-Pumpido Touron D. Jose Ramon Soriano Soriano **D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Antonio del Moral Garcia

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.