



Roj: **STS 2830/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2830**

Id Cendoj: **28079120012019100469**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/09/2019**

Nº de Recurso: **1361/2018**

Nº de Resolución: **403/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 482/2018,**
STS 2830/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 403/2019

Fecha de sentencia: 17/09/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1361/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1361/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 403/2019

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 17 de septiembre de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados Torcuato y Bernarda , y por la Acusación Particular **IBIZA MM22, S.L. y Virgilio como administrador, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, que condenó a los anteriores acusados por delito de apropiación indebida, los componentes de la Sala** Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados, respectivamente por los Procuradores Sres. Muñoz Barona y Caballero Aguado y la Acusación Particular Ibiza MM22, S.L. y Virgilio , como administrador, representada por el Procurador Sr. San Miguel Hoover, siendo parte recurrida el Responsable Civil Subsidiario Alquiler General de Vehículos, representada por el Procurador Sr. Caballero Aguado.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 7 de Palma de Mallorca incoó Diligencias Previas con el nº 2072/2013 contra Torcuato y Bernarda , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, que con fecha 27 de febrero de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Probado y así se declara: D. Torcuato , mayor de edad y sin antecedentes penales, es administrador único de la mercantil GRANRENCAR S.L. constituida el 20 de febrero de 2008 y con C.I.F. nº. B64802713, cuyo objeto social es "La explotación de negocio y alquiler de vehículos sin conductor, compra, venta, importación y exportación de los mismos y reparación mecánica y de chapa de vehículos de todas clases, así como la compra-venta de vehículos automóviles y motocicletas", y dedicada casi exclusivamente al alquiler de vehículos sin conductor. Dicha sociedad, está participada en un 20% por el propio D. Torcuato y en un 80% por la mercantil IBIZA MM22 S.L. D. Torcuato , previamente concertado con la también acusada, su esposa D^a. Bernarda , pero de la que llevaba separado de hecho varios años, sin antecedentes penales, y con el ánimo de obtener un beneficio económico ilícito en perjuicio de la propia GRANRENCAR S.L. y de IBIZA MM22 S.L., sin el conocimiento ni consentimiento de esta última, **constituyeron la sociedad Alquiler General de Vehículos S.L. en fecha 12 de septiembre de 2012 con el mismo objeto social que GRANRENCAR S.L.** En el mes de febrero de 2013, los acusados, guiados por ese ánimo y en ejecución del plan previamente ideado, comenzaron a cambiar la titularidad de los vehículos que hasta ese momento eran propiedad de GRANRENCAR S.L. y que en su mayoría estaban arrendados a terceros mediante contratos de larga duración, traspasándolos a nombre la mercantil ALQUILER GENERAL DE VEHICULOS S.L. en representación de la cual actuaba la acusada Bernarda , pactando valores notablemente inferiores a los de mercado y sin que GRANRENCAR S.L. hubiese percibido el importe de los mismos. Así, los acusados procedieron a cambiar la titularidad de los vehículos propiedad de GRANRENCAR S.L. en los registros de tráfico mediante las facturas de fecha e importe que se indican a continuación, siendo perfectamente conscientes que el valor real de los mismos era muy superior al importe consignado en las facturas de venta, según resulta de la tasación efectuada.

MATRÍCULA	FECHA	FACTURA	IMPORTE	FACTURA	QWC	19/02/2013	4.840,00	DPX	3.630,00	NQJ	3.630,00	MXW	341,96	RGX	439,05	HKW	4.840,00	RSK	681,01	BLN	726,00	SNH	444,77	MFQ	300,79	YBQ	448,17	SQR	3.630,00	DSK	3.630,00	JHH	442,79	SCV	3.630,00	VFD	3.630,00	THC	4.840,00	HWX	4.840,00	LDB	726,00	CQR	3.630,00	JYD	426,00	HBZ	726,00	CTS	726,00	LQJ	726,00	JWM	726,00	VFG	726,00	LFS	726,00	NLK	726,00	XLQ	600,00	NCR	726,00	KMG	3.630,00	BBD	726,00	MVQ	726,00	CYW	390,33	PXW	726,00	HPZ	726,00	KSG	726,00	DCK	726,00	JQN	3.630,00	KYN	3.630,00	KSF	2.420,00	WKF	14.520,00	XTY	11.107,80	DVS	6.655,00	PCH	7.260,00	BZX	390,33	XSK	600,00	LRC	519,66	WYZ	24/02/13	32.428,00	DVB	01/03/2013	4.000,01	KTZ	3.000,00	LGK	600,00	HFJ	01/04/2013	600,00	HFY	4.000,01	WGP	4.000,01	RYD	4.000,01	NJR	12/04/2013	600,00	PKY	246,82	QRY	600,00	CQY	600,00	XQD	246,82	FFQ	217,50	YDQ	246,42	JPJ	217,50	VTJ	600,00	MYW	600,00	NML	217,50	PNB	217,50	NRG	246,42	VWS	217,50	YSM	246,05	QNL	246,05	XHD	246,05	CNC	217,50	YPV	246,82	QTK	300,00	TFP	300,00	VFS	600,00	HBV	600,00	LJT	251,64	CRT	248,35	NXH	246,05	QZJ	246,05	BMR	248,35	GYX	251,64	XYK	304,48	NNQ	251,64	TZM	217,50	CYP	248,35	JBP	251,64	ZXL	248,35	MPH	600,00	ZMR	600,00	QLF	304,29	VVZ	246,05	BZQ	246,05	QMB	0,00
-----------	-------	---------	---------	---------	------	-----	------------	----------	------	-----	----------	------	-----	----------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	----------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	----------	------	-----	----------	------	-----	--------	------	-----	----------	------	-----	----------	------	-----	----------	------	-----	----------	------	-----	--------	------	-----	----------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	----------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	----------	------	-----	----------	------	-----	----------	------	-----	-----------	------	-----	-----------	------	-----	----------	------	-----	----------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	----------	-----------	------	-----	------------	----------	------	-----	----------	------	-----	--------	------	-----	------------	--------	------	-----	----------	------	-----	----------	------	-----	----------	------	-----	------------	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	--------	------	-----	------	------



ZTN 246,82 RLQ 246,05 THT 246,05 CWW 231,63 DCY 231,63 CZM 231,63 YFR 600,00
.... FKY 246,42 JYR 246,42 GVL 217,50 KJZ 248,35 VBF 282,84 DBC 600,00 LFG 246,05
.... WVN 277,60 KRV 1.500,00 QDB 246,05 BFJ 600,00 QGQ 681,01 QVS 246,42 JMK
300,00 QXR 246,82 DZR 600,00 TTZ 600,00 TRQ 300,00 DST 231,63 NGM 24/04/2013
600,00 UH...WH. 07/05/2013 121,00 WTH 121,00 FHV 121,00 LTS 09/05/2013 121,00 LVQ
13/05/2013 600,00 THG 339,01 JJZ 339,01 NGF 339,01 PWY 339,01 NWW 339,01 WNM
356,68 ZBT 246,71 BMV 363,40 CNS 3.000,00 QMF 247,09 SBF 15/05/2013 600,00 DKL
1.500,00 KFR 600,00 HKL 600,00 SXQ 600,00 LFL 1.500,00 QDY 1.500,00 VTX 1.500,00
.... HZY 1.500,00 TBQ 600,00 HCK 600,00 ZRQ 600,00 CCW 600,00 YMZ 600,00 NZH
600,00 DRD 600,00 YVV 600,00 QPL 300,00 YPR 600,00 ZTK 600,00 PHC 657,04
HBY 600,00 ZLS 300,00 XWZ 300,00 ZLC 300,00 SMS 300,00 SRY 600,00 HRY 600,00
.... VDB 600,00 FHW 300,00 RYB 647,53 BSJ 300,00 PYV 600,00 SGY 600,00 FCN
300,00 NBD 600,00 SGQ 600,00 TJF 600,00 XDJ 263,88 GVJ 600,00 QYV 600,00 GXJ
16/05/2013 300,00 SYF 600,00 NCT 1.500,00 MVN 1.500,00 NPL 600,00 TGZ 600,00
GLK 300,00 SBH 600,00 HYC 600,00 QPV 600,00 YBS 600,00 HMF 600,00 TQR 600,00
.... XBY 600,00 VRM 600,00 BFB 600,00 WTR 1.500,00 LKG 1.500,00 HHK 600,00 TJX
1.500,00 PGB 600,00 DMD 600,00 YSZ 600,00 CGH 600,00 ZKL 1.500,00 NTM 600,00
.... WBR 600,00 NRJ 1.500,00 XRH 600,00 PYT 1.500,00 TTK 600,00 XMG 600,00
YZW 600,00 XYX 600,00 WYV 600,00 DDL 600,00 LLZ 800,00 YVS 600,00 KXG 600,00
.... VXN 600,00 KBH 300,00 DLD 600,00 NBK 300,00 FHG 600,00 BRH 1.500,00 SKD
1.500,00 HSY 300,00 GLZ 600,00 NPP 300,00 BMQ 600,00 PJG 1.500,00 NJH 300,00
.... TZX 1.500,00 LKV 800,00 WBT 1.500,00 WPS 1.500,00 ZHQ 1.500,00 KKP 1.500,00
.... DCW3 600,00 PGK 1.500,00 GQD 1.500,00 XYR 600,00 SSW 1.500,00 KXM 300,00
XPC 600,00 NSJ 600,00 PLM 600,00 JZT 1.500,00 DYQ 1.500,00 RFW 1.500,00 BNL
01/07/2013 3.000,00 MZD 3.000,00 KSV 08/08/2013 600,00 NWP 30/01/2014 580,80
.... FRM 8.470,00 ZRC 8.470,00 PBB 8.470,00 QCL 8.470,00 YGZ 8.470,00 MHQ 19/02/2014
8.470,00 SQZ 8.470,00 QKT 8.470,00 TZV 8.470,00 NHQ 8.470,00 MYV 28/03/2014 9.680,00
.... CMC4 NO CONSTA NO CONSTA BWZ5 NO CONSTA NO CONSTA MRK6 NO CONSTA NO CONSTA
268 vehículos TOTALES: 386.351,68 euros

El precio facturado por el traspaso de la flota de vehículos (386.351,68 euros) era muy inferior a su valor de mercado -1.825.735,2 euros-, en atención al valor real determinado por la fecha de matriculación de los vehículos, pero sin consideración a porcentaje alguno de aumento en consideración a posibles extras, y teniendo en cuenta que es normal un descuento de entre el 15 y el 20% por la venta en grupo de una flota, motivo por el que al haberse transmitido prácticamente la totalidad de la flota y de la actividad, esta operación, conforme a la normativa reguladora, se hallaba exenta de IVA. En el mes de mayo de 2013, cuando ya se habían transmitido la mayoría de los vehículos a ALQUILER GENERAL DE VEHICULOS S.L., el acusado Torcuato , abandonó el local y la campa donde se desarrollaba la actividad de GRANRENCAR S.L., llevándose consigo toda la documentación, facturas y contratos, aunque la contabilidad se llevaba externamente. Simultáneamente, las trabajadoras de GRANRENCAR S.L. D^a. Casilda y D^a. Constanza , dejaron de prestar sus servicios laborales en la expresada entidad y comenzaron a prestar sus servicios laborales para la mercantil ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L., quedando GRANRENCAR S.L. sin trabajadores. A la vez, en fecha 8 de mayo de 2013, D. Torcuato , para evitar que nadie más pudiera hacer alguna gestión de la sociedad y reaccionar para evitar las acciones que estaba llevando a cabo, procedió a revocar los poderes que GRANRENCAR S.L. había otorgado a D. Virgilio mediante escritura de fecha 20 de febrero de 2008 y a su esposa D^a. Encarnacion en fecha 5 de febrero de 2009. Al adquirir dichos vehículos, ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L. comenzó a facturar a los que hasta entonces habían sido clientes de GRANRENCAR S.L. por el alquiler de los mismos vehículos, quedando esta última con actividad muy reducida y prácticamente liquidada de hecho, desarrollando ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L. la actividad de alquiler de vehículos que hasta entonces llevaba a cabo GRANRENCAR S.L. La entidad ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L., que carecía de fondos propios y de financiación externa, utilizando parte de las ganancias obtenidas con el alquiler de los vehículos adquiridos ilícitamente de GRANRENCAR S.L. y que debería haber percibido esta última, efectuó, entre febrero de 2013 y enero de 2015, transferencias a cuentas de GRANRENCAR S.L. por valor de 793.800 euros. A dicha cantidad total habría que añadir 7.500 euros, en conformidad con el justificante de pago de fecha de 17/02/14 aportado por ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L. en enero de 2018. En lógica consecuencia, la cantidad total asciende a 801.300 euros. A mayor abundamiento, gran parte de estas transferencias no fueron entregas reales a GRANRENCAR S.L. porque en la contabilidad figuran que se destinaron a la cuenta del socio Torcuato por importe de 71.639,06 euros, sin que dicha entrega esté justificada. De manera que tras la actuación llevada a cabo por los acusados, GRANRENCAR S.L., quedó, si no imposibilitada, sí con serias dificultades de seguir desarrollando su actividad y de participar en el mercado al carecer de un gran número de vehículos que arrendar



y, en lógica consecuencia, sin posibilidad de atender sus obligaciones de pago con terceros, dejando de atender los pagos de diversos préstamos y cuentas de créditos concedidos a GRANRENCAR S.L. para la adquisición de vehículos con garantías hipotecarias de inmuebles de IBIZA MM 22 S.L. o de otras sociedades administradas por D. Virgilio como BALAFI VERD S.L., así como pagarés entregados a la mercantil SUPERAUTO MALLORCA S.A. para el pago de parte de los vehículos adquiridos por GRANRENCAR S.L. Lo cuantificado del daño por pérdidas estimadas de fuentes de rentas por la ilícita transmisión de la empresa sin deudas ha sido estimado en 278.610,7 euros".

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

"Que debemos condenar y condenamos a los acusados Torcuato y a Bernarda , como responsables en concepto de autores o y/cooperadora necesaria, respectivamente, de un delito de apropiación indebida (en la actualidad de administración desleal), agravado por la cuantía, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años de prisión y multa de 6 meses, a razón de una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, para el primero de los nombrados; y de 2 años de prisión y multa de 6 meses, a razón de la misma cuota, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada cuota de multa impagada, para la segunda, con la accesoria común de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y a que por vía de responsabilidad civil, junta y solidariamente, ambos acusados indemnicen a la entidad Granrencar por los perjuicios sufridos por pérdida de activos, transmisión del negocio y cantidades pendientes de justificar en la suma de 664.224,72 euros (seiscientos sesenta y cuatro mil doscientos veinticuatro con setenta y dos euros), por todos los conceptos, con mas los intereses procesales correspondientes a calcular desde la fecha de la presente resolución y expresa condena en costas, incluyendo las devengadas a la Acusación particular. Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad AGV. Notifíquese esta resolución al acusado y demás partes personadas, y hágasele saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de Casación, en el plazo de cinco días, a contar desde la notificación a las partes y a sus representados, valiendo la última de las notificaciones para el cómputo del plazo".

Con fecha 7 de marzo de 2018 se dictó Auto de aclaración de la anterior sentencia, conteniendo la siguiente Parte Dispositiva:

"ACLARAR la anterior sentencia de esta Sala número 91/18, de 27 de febrero , al haberse cometido en la misma un error a la hora de calcular el importe de las responsabilidades civiles, por haber tomado el valor de 265 vehículos y no de 268 -extremo aclarado en el plenario- y, de otra parte, al confundir la cifra de cantidades pendientes de justificación con la fijada por daños por pérdidas de fuentes de renta. Corregidos ambos importes, conforme a la operación de sumas y restas que se contiene en el cuerpo de esta resolución, el importe de la responsabilidad civil que habrán de satisfacer los acusados Torcuato y Bernarda , solidariamente y la entidad AGV subsidiariamente, asciende a la cantidad de 834.274,69 euros, en lugar de los que recoge el fallo de la sentencia (664.224,72 euros), extremo que se aclara y sustituye. Cítese al condenado Torcuato , así como a su defensa y a las partes acusadoras, a la comparecencia prevista en el artículo 505 de la Lecrim , la cual tendrá lugar en la Sala de esta Sección Segunda, el próximo día 12 de Marzo de 2018 a las 9:55 horas de su mañana. Se declaran de oficio las costas de este incidente. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que el cómputo del plazo para interponer el recurso de casación, a que alude el fallo de la sentencia que ahora se aclara, ha de verificarse desde la notificación de esta resolución".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados Torcuato y Bernarda , y por la Acusación Particular **IBIZA MM22, S.L.** y **Virgilio** , como administrador, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Bernarda** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr . y 5.4 L.O. 671985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con el art. 24 de la C.E ., al lesionar la sentencia recurrida los derechos de mi mandante a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un juicio justo y con todas las garantías, a la defensa, a las garantías en cuanto a los medios de prueba, al uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa, a la igualdad de armas procesales y en la aplicación de la ley, a las garantías del principio acusatorio, al derecho a un juez imparcial y a las garantías del principio de legalidad penal.



Segundo.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E. : no existe prueba de cargo suficiente para sustentar una sentencia condenatoria.

Tercero.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por indebida aplicación del art. 252 del C. Penal en relación con el art. 250.1.5ª del C. Penal y 74 del mismo texto legal .

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

Primero.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el Art. 849.1 de la L.E.Crim. en relación con el 5.4 de la L.O.P.J ., ya que estimamos que se ha infringido el Art. 24.2 de la Constitución Española por haberse conculcado el derecho de mi patrocinado a la presunción de inocencia.

Segundo.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el art. 851.4 de la LECrim . y del art. 24.2 de la CE , por vulneración del principio acusatorio.

III.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **IBIZA MM22, S.L.** y Virgilio como administrador, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por apreciarse un patente error en la valoración de la prueba, basado en documentos obrantes en autos e introducidos en el juicio oral (dictamen pericial del tasador de vehículos Sr. Julián , aportado como Doc. Cinco del escrito de 27/12/2017; y dictamen pericial del economista y auditor de cuentas Sr. Gines , aportado como Doc. Seis del mismo escrito de 27/12/2017), que demuestran la equivocación del Tribunal *a quo* sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Segundo.- Al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española .

Tercero.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley. Indebida inobservancia de los artículos 109.1 , 115 y 116.1 del Código Penal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la inadmisión de todos los motivos, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular IBIZA MM 22, S.L. y Virgilio como administrador, que solicitó también la inadmisión e impugnó y del Responsable Civil Subsidiario Alquiler General de Vehículos y Bernarda , que se adhirieron al recurso del acusado Torcuato e impugnó el de la Acusación Particular.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 10 de septiembre de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada nº 91/18, de fecha 27-2-2018 por la Sección 2ª de la AP de Mallorca.

Se recoge en la sentencia el siguiente resumen de hechos probados que es preciso tener en cuenta ante los recursos deducidos:

1.- Condición del condenado Torcuato como administrador societario al 20% de GRANRENCAR SL y el 80% de IBIZA MM22 SL.

Probado y así se declara: D. Torcuato , mayor de edad y sin antecedentes penales, es administrador único de la mercantil GRANRENCAR S.L. constituida el 20 de febrero de 2008 y con C.I.F. nº. B64802713, cuyo objeto social es "La explotación de negocio y alquiler de vehículos sin conductor, compra, venta, importación y exportación de los mismos y reparación mecánica y de chapa de vehículos de todas clases, así como la compra-venta de vehículos automóviles y motocicletas", y dedicada casi exclusivamente al alquiler de vehículos sin conductor.

Dicha sociedad, está participada en un 20% por el propio D. Torcuato y en un 80% por la mercantil IBIZA MM22 S.L.

2.- Concierto de Torcuato con Bernarda para constituir la sociedad Alquiler General de Vehículos S.L. en fecha 12 de septiembre de 2012 con el mismo objeto social que GRANRENCAR S.L.

D. Torcuato , **previamente concertado** con la también acusada, su esposa Dª. Bernarda , pero de la que llevaba separado de hecho varios años, sin antecedentes penales, y con el ánimo de obtener un beneficio económico ilícito en perjuicio de la propia GRANRENCAR s.L. y de IBIZA MM22 S.L., sin el conocimiento ni consentimiento

de esta última, constituyeron la sociedad Alquiler General de Vehículos S.L. en fecha 12 de septiembre de 2012 con el mismo objeto social que GRANRENCAR S.L.

3.- Cambio de titularidad de vehículos de GRANRENCAR por los acusados a favor de ALQUILER GENERAL DE VEHICULOS S.L

En el mes de febrero de 2013, los acusados, guiados por ese ánimo y en ejecución del plan previamente ideado, **comenzaron a cambiar la titularidad de los vehículos que hasta ese momento eran propiedad de GRANRENCAR S.L. y que en su mayoría estaban arrendados a terceros mediante contratos de larga duración, traspasándolos a nombre la mercantil ALQUILER GENERAL DE VEHICULOS S.L. en representación de la cual actuaba la acusada Bernarda** , pactando valores notablemente inferiores a los de mercado y sin que GRANRENCAR S.L. hubiese percibido el importe de los mismos.

Así, los acusados procedieron a **cambiar la titularidad de los vehículos propiedad de GRANRENCAR S.L. en los registros de tráfico mediante las facturas de fecha e importe que se indican a continuación, siendo perfectamente conscientes que el valor real de los mismos era muy superior al importe consignado en las facturas de venta, según resulta de la tasación efectuada** .

4.Precio facturado por el traspaso de la flota de vehículos (386.351,68 euros)

El precio facturado por el traspaso de la flota de vehículos (386.351,68 euros) era muy inferior a su valor de mercado -1.825.735,2 euros-, en atención al valor real determinado por la fecha de matriculación de los vehículos, pero sin consideración a porcentaje alguno de aumento en consideración a posibles extras, y teniendo en cuenta que es normal un descuento de entre el 15 y el 20% por la venta en grupo de una flota, motivo por el que al haberse transmitido prácticamente la totalidad de la flota y de la actividad, esta operación, conforme a la normativa reguladora, se hallaba exenta de IVA.

5.- Abandono de GRANRENCAR por Torcuato

En el mes de mayo de 2013, cuando ya se habían transmitido la mayoría de los vehículos a ALQUILER GENERAL DE VEHICULOS S.L., el acusado Torcuato , abandonó el local y la campa donde se desarrollaba la actividad de GRANRENCAR S.L., llevándose consigo toda la documentación, facturas y contratos, aunque la contabilidad se llevaba externamente.

6.- Abandono de las trabajadoras e inicio de actividad laboral en la de Torcuato

Simultáneamente, las trabajadoras de GRANRENCAR S.L. D^a. Casilda y D^a. Constanza , dejaron de prestar sus servicios laborales en la expresada entidad y comenzaron a prestar sus servicios laborales para la mercantil ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L., quedando GRANRENCAR S.L. sin trabajadores.

7.- Revocación de poderes por Torcuato que GRANRENCAR S.L. había otorgado a D. Virgilio mediante escritura de fecha 20 de febrero de 2008 y a su esposa D^a. Encarnacion en fecha 5 de febrero de 2009.

A la vez, en fecha 8 de mayo de 2013, D. Torcuato , para evitar que nadie más pudiera hacer alguna gestión de la sociedad y reaccionar para evitar las acciones que estaba llevando a cabo, procedió a revocar los poderes que GRANRENCAR S.L. había otorgado a D. Virgilio mediante escritura de fecha 20 de febrero de 2008 y a su esposa D^a. Encarnacion en fecha 5 de febrero de 2009.

8.- Facturación de la nueva sociedad a clientes que eran de GRANRENCAR y con sus propios vehículos desapòderados.

Al adquirir dichos vehículos, ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L. comenzó a facturar a los que hasta entonces habían sido clientes de GRANRENCAR S.L. por el alquiler de los mismos vehículos, quedando esta última con actividad muy reducida y prácticamente liquidada de hecho, desarrollando ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L. la actividad de alquiler de vehículos que hasta entonces llevaba a cabo GRANRENCAR S.L.

9.- Transferencias a cuentas de GRANRENCAR S.L. por valor de 793.800 euros.

La entidad ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L., que carecía de fondos propios y de financiación externa, utilizando parte de las ganancias obtenidas con el alquiler de los vehículos adquiridos ilícitamente de GRANRENCAR S.L. y que debería haber percibido esta última, efectuó, entre febrero de 2013 y enero de 2015, transferencias a cuentas de GRANRENCAR S.L. por valor de 793.800 euros.

A dicha cantidad total habría que añadir 7.500 euros, en conformidad con el justificante de pago de fecha de 17/02/14 aportado por ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L. en enero de 2018. En lógica consecuencia, la cantidad total asciende a 801.300 euros.

10.- Entregas no justificadas a Torcuato .



A mayor abundamiento, gran parte de estas transferencias no fueron entregas reales a GRANRENCAR S.L. porque en la contabilidad figuran que se destinaron a la cuenta del socio Torcuato por importe de 71.639,06 euros, sin que dicha entrega esté justificada.

11.- Desactivación funcional de GRANRENCAR SL.

De manera que tras la actuación llevada a cabo por los acusados, GRANRENCAR S.L., quedó, si no imposibilitada, sí con serias dificultades de seguir desarrollando su actividad y de participar en el mercado al carecer de un gran número de vehículos que arrendar y, en lógica consecuencia, sin posibilidad de atender sus obligaciones de pago con terceros, dejando de atender los pagos de diversos préstamos y cuentas de créditos concedidos a GRANRENCAR S.L. para la adquisición de vehículos con garantías hipotecarias de inmuebles de IBIZA MM 22 S.L. o de otras sociedades administradas por D. Virgilio como BALAFI VERD S.L., así como pagarés entregados a la mercantil SUPERAUTO MALLORCA S.A. para el pago de parte de los vehículos adquiridos por GRANRENCAR S.L.

12.- Cuantificación del daño.

Lo cuantificado del daño por pérdidas estimadas de fuentes de rentas por la ilícita transmisión de la empresa sin deudas ha sido estimado en 278.610,7 euros".

Valoración de la prueba por el Tribunal

a) Sobre la cesión de activos de la entidad Granrencar a AGV y continuación de esta última explotando la actividad de alquiler de vehículos que gestionaba la anterior.

No hay cuestión que Torcuato y su ex mujer Bernarda en fecha 12 de septiembre de 2012, constituyeron la sociedad AGV (Alquiler General de Vehículos), junto con sus dos hijos, la cual se hallaba dedicada a la compra y alquiler de vehículos y se ubicaba en la misma campa que Granrencar.

En fecha 21 de agosto Torcuato vende su participación en AGV a sus dos hijos y deja de ser socio de la entidad.

Consta asimismo que Torcuato en esa fecha era el administrador de la entidad Granrencar. Desde el abril de 2010, la citada sociedad pertenecía en un 80% del CS a Ibiza MM 22 S.L y en un 20% a Torcuato -folio 110 y dictamen pericial económico de Gines -.

b) Venta de participaciones de Torcuato a su esposa de GRANRENCAR y reventa de ésta al primero.

En fecha 15 de marzo de 2013, Torcuato, actuando por sí y en representación de otras dos personas (Ariadna y Isaac), después de que Torcuato procediera a comprar las participaciones que dichos testaferros habían previamente vendido a Ibiza MM 22 S.L., incurriendo pues en una doble venta, trasmite a su esposa 301 participaciones de Granrencar, si bien esta posteriormente en fecha 21 de agosto de 2013, revende de nuevo estas participaciones al Sr. Torcuato (folios 51 y 61 del Rollo).

c) Venta del condenado a AGV de 268 vehículos

Resulta asimismo acreditado que Granrencar (Torcuato) en el primer semestre de 2013, procede a vender a AGV, de la que es administradora su ex mujer y acusada Bernarda, un total de 268 vehículos, por un precio facturado de 386.351,68 euros y que además de venderle dichos vehículos AGV se queda con la clientela y fondo de comercio de Granrencar. También AGV asume los empleados de Granrencar (ver informaciones de la DGT folios 395, 619. Informe de la DGT de que todos los vehículos eran de Granrencar en fecha 31/12/2012 y copia de las facturas con las que Granrencar vendió los vehículos que antes eran de su propiedad) y 625 e **informes periciales de tasación, de los cuales resulta que no se cuestiona la transmisión de estos vehículos, sino su precio y valoración económica.**

d) Sucesión de empresas y traslado de activos.

Se produjo una sucesión de empresas con traslado de activos y personal de Granrencar a AGV - modelos 347-, resultado de los análisis de los flujos de caja y cuentas de ambas sociedades y declaración el inspector de trabajo Luis Antonio, así como de los testigos empleados y de algún empresario (Jose Miguel, ANSAB RENT A CAR S.L.) que reconoció haber seguido alquilando vehículos a AGV en la creencia de que estaba contratando con Granrencar -

Tanto Torcuato como Bernarda reconocieron la transmisión de los vehículos y del negocio, si bien la Sra. Bernarda dijo desconocer que Granrencar perteneciera a Virgilio y que era ignorante de las valoraciones de los vehículos, dado que pagó por la compra del negocio lo que le pidió su ex marido -1 millón de euros- (o casi todo) a quien consideraba dueño de Granrencar.



Las empleadas de Granrencar, que pasaron a desempeñar los mismos trabajos que en AGV, pero con mayor sueldo, admitieron que las instalaciones de ambas entidades estaban en la misma campa y que los clientes eran los mismos de una y de otra entidad. También dijeron que quien en verdad dirigía y gestionaba la empresa Granrencar y tenía despacho propio, aunque desde Ibiza, era el Sr. Virgilio (la testigo Sra. Constanza, fue muy expresiva al referirse al Sr. Virgilio, diciendo que era el que llevaba todo el "cotarro").

El testigo inspector de trabajo constató la sucesión de empresas y que cuando giró la visita de inspección la entidad Granrencar, que compartía la campa con AGV, se hallaba cerrada. Comentó también que los trabajadores de Granrencar figuraban en situación de trabajadores de otra entidad, Edimburgo, pero en situación de subcontratista. Para él las tres empresas estaban vinculadas, pero respecto a Edimburgo no se pudo acreditar.

El traspaso de los activos no corrientes se verificó, según resulta de la prueba pericial de tasación efectuada por la Acusación particular, por precio inferior al valor real, de cuya fiabilidad no dudamos por cuanto para la valoración de los vehículos se ha acudido a fijar su precio conforme a su antigüedad o valor venal, dado que el **precio facturado (386.351,68 euros)** es manifiestamente inferior al de mercado de los vehículos. Y éste, se ha tenido que establecer por el valor venal de los vehículos, pues en el activo de la sociedad el inmovilizado se fija por valor de compra y este valor no es fiable en la medida en que parte de estos vehículos provenían de una sociedad del querellante que había vendido a Granrencar (Superauto), habiendo establecido un valor por conveniencia (declaración de Virgilio) y el de la facturación se hizo de igual modo (no constando su pago en la fecha de facturación). Además, parte de los vehículos transmitidos tenía varios años de antigüedad y otros eran de leasing, con lo cual la propiedad de los mismos era del banco, aunque en la contabilidad se anotasen como inmovilizado pendiente de ejercitar la opción de compra, la cual se tiene que anotar en el pasivo como deuda con las cuotas de los alquileres pendientes.

e) Traspaso de clientela.

El traspaso de la clientela y del fondo de comercio generó, deducido del análisis comparativo de las cuentas de ambas sociedades y de los flujos de caja, tanto de operaciones como de financiación y resultando la sucesión de empresas y traspaso del negocio de Granrencar a AGV, como es lógico, un perjuicio para la empresa cedida y para el socio mayoritario de la misma (IBIZA MM 22, Virgilio), el cual, además, asumía costes de financiación a través de empresas suyas, dado que la cesión se verificó dejando las deudas y el pasivo en la entidad cedente.

Descargo de los acusados ante la inobjetable sucesión de empresas y traslado de activos, derivado del resultado de las manifestaciones de los acusados y testigos, así como de la constatación financiera de la gestión de los activos, según resulta del informe emitido por el perito de la Acusación, no cuestionado por el de la defensa en cuanto a esa cesión de activos, sino en la valoración y cuantificación del negocio cedido y perjuicio causado.

f) Justificación de Torcuato de las operaciones.

Torcuato se defendió articulando una suerte de legítima defensa. Afirmó que la sociedad Granrencar se hallaba en quiebra. Que tenía deudas con Superauto (Virgilio) por compra de vehículos por precios fijados por Virgilio al alza y que la sociedad Granrencar tenía deudas por derivación de hacienda por impagos de sociedades vinculadas a Virgilio, condenado por defraudación tributaria.

Con tales manifestaciones el Sr. Torcuato no hizo sino **reconocer el traspaso de activos y el consiguiente perjuicio causado a la sociedad Granrencar, si bien pretendió justificarlo, aunque sin sustento probatorio alguno - tanto el perito de la acusación como el de la defensa concluyeron que a diciembre de 2012, el resultado de la explotación era positivo -**.

Y aunque se han aportado requerimientos de embargos a AGV por créditos de Granrencar y de otra entidad, Fórmula Mallorca, no consta que sean por derivación de responsabilidad tributaria y la fecha de estos requerimientos es posterior a la cesión operada (febrero de 2016, septiembre de 2016 y febrero de 2017).

g) Inexistencia de pruebas de situación concursal de GRANRENCAR

No tenemos constancia, a salvo de las manifestaciones realizadas por Torcuato -que no nos merecen crédito ninguno dado que negó conocer la escritura de abril de 2010, por la que IBIZA MM 22 compró el 80% del CS (declaración sumarial)- estuviera en situación de disolución, empero si así fuera estaba obligado a convocar junta social para instar la liquidación y **el mismo traspaso en masa de activos de Granrencar a AGV (una flota de 268 vehículos y el fondo de comercio menos las deudas), requería esa misma convocatoria y aprobación en Junta General. La ley no le permitía llevar a cabo la venta de activos que realizó**, pues en verdad supuso prácticamente la cesión total de la actividad a la empresa AGV (arts. 160 f) de la Ley de sociedades de capital

y 365 y 367, aprobada por Real Decreto 1/2010, de 2 de julio , y STS, Sala Primera, número 144/2017, de 1 de marzo).

h) Perjuicio evidente a GRANRENCAR

Además, se trató de un traspaso de activos que dejó a la sociedad Granrencar sin casi actividad y las deudas quedaron en Granrencar, causando un perjuicio a esta última entidad.

i) Abuso de funciones.

Abusó, pues, Torcuato del poder de administración y usó el poder no solo para contraer obligaciones en perjuicio de Granrencar y de su socio mayoritario, sino para que de estos activos se apropiase AGV, cometiendo pues delito de apropiación indebida, ya que el uso del poder lo utilizó para un abuso, tanto intensivo (contraer obligaciones o disponer de bienes en perjuicio), como extensivo (incorporando y traspasando los bienes de la sociedad a otra entidad que él constituyó y a la que luego cedió sus participaciones a sus hijos y apropiándose de cantidades sin justificación).

j) Posición de Bernarda

La posición defensiva de su ex mujer Bernarda , pivotó sobre el desconocimiento que dijo tener de que la sociedad Granrencar pertenecía a Virgilio y que era ignorante de la valoración de los vehículos y dijo haber efectuado pagos por la cesión de empresa operada, por lo que la empresa cedida no se vio perjudicada.

Ya hemos dicho que no hay duda de que se produjo una sucesión de empresas. Bernarda no podía ignorar que al llevarse los activos y dejar las deudas en Granrencar se perjudicaba a dicha entidad. Ambas entidades tenían sus instalaciones en la misma campa, se quedó con los trabajadores y con el negocio de alquiler de vehículos.

Ese traspaso de activos, aunque fue oneroso y hubo ingresos de AGV a Granrencar, generó un riesgo cierto de despatrimonialización de la entidad cedida, del que no podía ser ignorante, con perjuicio para dicha entidad y para los socios de la misma, pues habiendo comprado participaciones de Granrencar a su ex marido y a quien luego de ello se las revendió, debía de ser consciente de que en la entidad había otro socio. De hecho, en lugar de comprar las participaciones a su marido finalmente optó por constituir otra sociedad y traspasar a esta el negocio.

Al declarar la Sra. Bernarda admitió que sabía que su ex marido y el Sr. Virgilio tenían intereses en varias empresas y que compartía la campa con Granrencar, luego, si Virgilio era el gestor y verdadero administrador de Granrencar (así lo declararon las empleadas de Granrencar que pasaron a prestar servicios en AGV) y adquirió su negocio y acogió a sus trabajadores y se quedó con gran parte de su flota, no podía desconocer esta circunstancia.

Otra conclusión resultaría contraria a la lógica misma de los acontecimientos documentados:

- 1.- Compra de participaciones de Granrencar por Bernarda .
- 2.- Reventa otra vez a su marido.
- 3.- Constitución de AGV y todo ello en un periodo sospechoso.
- 4.- Lo es cuando se produce el divorcio de los acusados (la Sentencia es de 29 de julio de 2013) por mucho que pudieran estar separados de hecho, disolución formal que busca, naturalmente, producir efectos económicos entre la pareja y sus hijos.

El traspaso de la actividad de negocio de alquiler de una entidad a otra, tal y como reconoció la Sra. Bernarda , de la que se nutría AGV, cuando Granrencar, sin duda, tiene otro socio y tiene deudas con terceros, supone ya un apoderamiento de fondos que eran de Granrencar.

Toda esta operativa se produce además en un periodo sospechoso, como hemos dicho.

k) Precio facturado de compra de los vehículos por AGV a GRANRENCAR por debajo del precio de mercado

Finalmente, y a todas luces el precio facturado por la compra de los vehículos se produjo por debajo del precio de estimado de mercado y de ello se benefició AGV, con el consiguiente incremento de activo, aunque no quedase reflejado en sus cuentas, pues el valor contable es siempre el de adquisición, el cual se va amortizando.

Formamos convicción, pues, de que ambos acusados se concertaron para despatrimonializar la entidad Granrencar, traspasando sus activos y fondo de comercio a la entidad AGV, dejando en Granrencar las deudas con el consiguiente perjuicio de esta última entidad y beneficio económico de AGV, que se quedó con parte de los ingresos de contratos de alquiler traspasados y con sus vehículos a precio inferior al real.



Ya hemos comentado que la conducta es de apropiación y no de administración desleal ya que no solo se produjo un perjuicio para la entidad Granrenicar, sino que hubo un apoderamiento y distracción de fondos provenientes de esta a la entidad AGV y en esa actuación participaron ambos acusados, con dolo directo claro de Torcuato y, cuando menos, eventual de parte de su ex pareja, por cuanto al llevar a cabo la sucesión de empresas generó un riesgo cierto de perjuicio económico para la entidad cedida y para sus socios y posibles acreedores y el correlativo beneficio que supuso para ella como administradora y socia de AGV, por apoderamiento del activo de la anterior.

l) Apropiación indebida.

La calificación correcta es la de delito de apropiación indebida en detrimento de la administración desleal (aunque en la actualidad conforme a la normativa vigente la conducta sería de administración desleal), por cuanto el acusado excediéndose de las facultades que tenía para administrar los bienes de la sociedad, procedió a la transmisión de los activos de la misma, causando un grave perjuicio a la sociedad administrada y trasladando dichos activos a otra sociedad, que sucedió a la primera.

No solo ha habido abuso del poder, sino también distracción de fondos y apoderamiento de los mismos en beneficio de un tercero y propio (cantidades que recibió en la cuenta de socio y que no están justificadas).

ll) Autoría.

De dicho ilícito son responsables ambos acusados en concepto de autores, por cuanto **se pusieron de común acuerdo para llevar a cabo la conducta descrita en los hechos probados**.

Aun discutiendo ello y de estimar que Bernarda participó en el delito cometido por su ex marido y administrador -en la actualidad el delito cometido habría de calificarse como administración desleal y es un delito especial propio y antes como apropiación indebida no tenía ese carácter-, lo sería a título de cooperadora necesaria con el concurso de un doble dolo -conciencia de que el administrador se excede en sus facultades de administración con distracción de bienes- y colaboración principal en esa distracción al constituir una sociedad nueva que sucede a la anterior apropiándose de esos bienes y activos y dejando en la cedente las deudas.

m) No continuidad delictiva

No cabe apreciar la continuidad delictiva ex artículo 74 del CP, pues ya ha sido tenida en cuenta el apoderamiento de la flota de vehículos para estimar que la cuantía de la defraudación era de notoria importancia (en la fecha de los hechos no estaba en vigor la super-agravación del apartado 2 del artículo 250 del cp - superior a 250.000 euros), por lo que de apreciarse la continuidad delictiva para una nueva agravación ello infringiría el principio del non bis in idem y la Jurisprudencia constante en esta materia (Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de 30 de octubre de 2007)".

N) Responsabilidad civil.

Por lo que respecta a la valoración de la responsabilidad civil, convenimos en que esta **ha de valorarse conforme al criterio de empresa en funcionamiento, tal y como propuso el perito económico de la acusación particular**, pues **no nos parece acertado fijar el importe del negocio con base a criterios puramente contables en lugar de financieros** - método de descuento de flujos actualizados- teniendo en cuenta que lo que se produce es una sucesión de empresas en funcionamiento.

Criterio de valoración del perjuicio: Valor venal.

Para **valorar los perjuicios hay que tomar en consideración el valor venal que tenía la flota transmitida**, a tenor del informe emitido por el perito de la acusación (el de la defensa tachó de excesiva la valoración, pero en relación a algunos modelos de vehículos, indicando que se limitó a realizar un examen aleatorio).

Ante tal falta de seriedad hemos descartado ese informe, aunque sí consideramos las apreciaciones del perito de la defensa, en punto a que hay que tomar en consideración que **se trata de la compra de una flota y no por vehículo y que en flota se desprecian porcentajes de aumento por extras, siendo ello subjetivo**.

Además, éste perito no compartió que existiera una valoración de compra y otra de venta.

Aquí en todo caso estamos en compra -solo hubo una transmisión- y no reventa), pero sin consideración a aumento ninguno por extras, pues ese incremento se verificó teniendo en cuenta el hipotético estado de cada vehículo en función de un porcentaje de aumento, según la opinión del socio mayoritario de Granrenicar (Sr. Virgilio), si bien y en la medida en que parte de esa flota contaba en el inmovilizado como vehículos en leasing -aunque en tráfico conste que eran propiedad de Granrenicar, extremo que la Sra. Bernarda atribuyó a un error a la hora de rellenar el formulario de venta y la testigo empleada de AGV Casilda así lo confirmó, y ello viene corroborado también por los estados contables de Granrenicar, dado que en el 2012 figura una deuda



por leasing de 710.459,61 euros, a ese valor -el de los coches- hay que descontar dicha partida de leasing, por tratarse de un pasivo destinado a sufragar la compra de vehículos vendidos. Y a la valoración conjunta de los vehículos les aplicamos un descuento del 20% por tratarse de la venta de una flota.

A la cantidad resultante, hay que añadir los perjuicios derivados por la pérdida de renta aparejada a la transmisión de la flota, conforme a la valoración efectuada por el perito de la acusación, dado que no compartimos las conclusiones de perito de la defensa, pues éste las ha descartado sobre la base de que dicha valoración no tiene en cuenta una tasa de riesgo muy elevada en función al surgimiento de contingencias como la pérdida de clientes, y porque los fondos propios de la entidad provenían de financiación ajena y no de socios (menos del 1%, aunque el Sr. Virgilio a través de otras empresas financiaba la marcha del negocio), pero lo cierto es que se cedió el negocio en funcionamiento y la entidad AGV obtuvo ingresos indebidos, tanto en cifras de ingresos totales, como de flujos de explotación y en el fondo en su informe reconoce que la actividad era positiva con un saldo contable de neto de más 13.000 euros, debiendo de tener en cuenta que tampoco han aflorado pasivos ocultos, dado que las actuaciones aportadas por la agencia tributaria son diligencias de embargo de créditos que Granrenicar tenga frente a terceros, de ahí que prefiramos el informe económico de la acusación, pero con las matizaciones ya comentadas.

A estas tres partidas, así fijadas: valor venal de los vehículos a precio de compra, menos un descuento del 20% por transmisión de flota, menos las cuotas de leasing y de opción de compra y daños por pérdida de rentas, hemos de sumarle los pagos realizados de AGV a Granrenicar que no están justificados, pero no en cuanto a determinadas partidas que aparece anotadas en la contabilidad por gastos que se dicen no justificados por gastos de seguros y reparaciones de vehículos.

No tomamos en consideración estas dos partidas ya que el propio Sr. Virgilio admitió que en Granrenicar siguieron quedando vehículos, tanto los familiares como otros e industriales, pero en mal estado, dijo, y que hubo que repararlos, de ahí, que pudieran verificarse esos gastos por reparaciones, alquileres y para seguros (folios 28 y 29 del informe del perito económico de la acusación), que, no lo olvidemos, figuran en la contabilidad de Granrenicar y la llevanza de la contabilidad estaba externalizada (Torcuato lo dijo, y es lógico que así fuera, teniendo en cuenta el perfil de los socios; sin formación contable, y la complejidad de la operativa) y la realizaba una gestoría. Además, en las cuentas constan ingresos totales y flujos de caja de operaciones positivos en Granrenicar durante el año 2013 y 2014, aunque fueran muy inferiores a los del ejercicio 2012, al haberse traspasado casi la totalidad de la explotación hacia AGV (ver informe pericial del perito Gines, folio 14).

No hemos aplicado tampoco el IVA por la venta de la flota, ya que al haberse transmitido casi la totalidad del negocio y la mayor parte de vehículos, la operación, conforme a la normativa reguladora, se halla exenta de IVA o al menos el devengo del impuesto resulta más que dudosa y, por eso, no lo contemplamos al hacer la cuenta (art. 7 de la Ley 37/92).

Los perjuicios así calculados arrojan, conforme hemos expuesto más arriba y de forma sistematizada (con partidas a sumar y a restar), el siguiente resultado, que consta en el auto de aclaración de fecha 7 de Marzo de 2018.

SUMANDOS :

- .- Valoración de 268 vehículos sin extras (2.469.260, frente a la cifra de 265), con descuento del 20% y sin añadir el IVA 1.975.408 euros.
- .- Daños por pérdidas estimadas de fuentes de renta 298.987,24 euros.
- .- Pagos a AGV pendientes de justificar a favor del Sr. Torcuato 71.639,06.

RESTANDOS :

Deuda por leasing 710.459,61.

Importes recibidos de AGV 801.300.

TOTAL: 834.274,69 euros.

El importe de la responsabilidad civil que habrán de satisfacer los acusados Torcuato y Bernarda, solidariamente y la entidad AGV subsidiariamente, asciende a la cantidad de 834.274,69 euros, en lugar de los que recoge el fallo de la sentencia (664.224,72 euros).

RECURSO DE Torcuato

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del art.849.1 de la LECrim, art. 5.4 de la LOPJ y art 24.2 de la CE. Denuncia el recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.



Entiende el recurrente que no ha existido apropiación indebida por el simple hecho de que no hubo un perjuicio para la sociedad. Y apunta que las operaciones que constan probadas se hacen "en beneficio" de la empresa dada su situación.

Sin embargo, no es este el resultado que surge de los hechos probados donde se desarrolla un operativo claramente destinado a una labor de desapoderamiento de los vehículos de GRANRENCAR para traspasarlos a la nueva sociedad, Alquiler General de Vehículos S.L., que había constituido el recurrente con su mujer.

Existe connivencia entre ambos para llevar a cabo este operativo. No se trata de "salvar" a GRANRENCAR, sino que muy al contrario todo el operativo se lleva a cabo para despatrimonializarla y pasar su activo de vehículos, empleados y clientes a la nueva sociedad que constituye con su mujer.

La intención es claramente despatrimonializadora de GRANRENCAR y de aprovechamiento de su condición de administrador societario del 20% de la misma para poder haber llevado a cabo todo el operativo, que, lejos de la defensa que lleva a cabo el recurrente supone una clara ilicitud con el componente doloso y tendencial que está detrás del operativo societario que lleva a cabo.

Con respecto a las transferencias que señala haber llevado a cabo, ello lo que provoca nada más es que el perjuicio sea menor y se descuenta en el operativo contable que ha sido llevado a cabo en la fundamentación jurídica y en el apartado de la responsabilidad civil antes expuesto. Se han contabilizado las transferencias y los perjuicios, por lo que las primeras solo tiene una consecuencia en materia de responsabilidad civil, pero el delito se ha cometido en cualquier caso con la dolosa despatrimonialización.

El hecho probado es concluyente frente al alegato del recurrente de que la operación no es ilícita y que se vulnera la presunción de inocencia. Se ha desarrollado el operativo ilícito desplegado por el recurrente en los 12 puntos recogidos en el FD nº 1 en cuanto a lo que constituye el hecho probado, y es concluyente la argumentación del Tribunal al respecto, a saber:

1.- Torcuato y su ex mujer Bernarda en fecha 12 de septiembre de 2012, constituyeron la sociedad AGV (Alquiler General de Vehículos), junto con sus dos hijos, la cual se hallaba dedicada a la compra y alquiler de vehículos y se ubicaba en la misma campa que Granrencar.

2.- Torcuato en esa fecha era el administrador de la entidad Granrencar. Desde el abril de 2010, la citada sociedad pertenecía en un 80% del CS a Ibiza MM 22 S.L y en un 20% a Torcuato -folio 110 y dictamen pericial económico de Gines -.

3.- Existe una venta de participaciones de Torcuato utilizando testafierros a su esposa de GRANRENCAR y reventa de ésta al primero.

4.- Venta del recurrente a AGV, de la que es administradora su ex mujer y acusada Bernarda , un total de 268 vehículos, por un precio facturado de 386.351,68 euros y que además de venderle dichos vehículos AGV se queda con la clientela y fondo de comercio de Granrencar.

5.- AGV asume los empleados de Granrencar.

6.- Se produjo una sucesión de empresas con traslado de activos y personal de Granrencar a AGV.

7.- El traspaso de la clientela y del fondo de comercio generó, deducido del análisis comparativo de las cuentas de ambas sociedades y de los flujos de caja, tanto de operaciones como de financiación y resultando la sucesión de empresas y traspaso del negocio de Granrencar a AGV, como es lógico, un perjuicio para la empresa cedida y para el socio mayoritario de la misma (IBIZA MM 22, Virgilio), el cual, además, asumía costes de financiación a través de empresas suyas, dado que la cesión se verificó dejando las deudas y el pasivo en la entidad cedente.

8.- Inexistencia de pruebas de situación concursal de GRANRENCAR.

9.- Se trató de un traspaso de activos que dejó a la sociedad Granrencar sin casi actividad y las deudas quedaron en Granrencar, causando un perjuicio a esta última entidad.

10.- Se comete un delito de apropiación indebida, ya que el uso del poder lo utilizó para un abuso, tanto intensivo (contraer obligaciones o disponer de bienes en perjuicio), como extensivo (incorporando y traspasando los bienes de la sociedad a otra entidad que él constituyó y a la que luego cedió sus participaciones a sus hijos y apropiándose de cantidades sin justificación).

No solo se produjo un perjuicio para la entidad Granrencar, sino que hubo un apoderamiento y distracción de fondos provenientes de esta a la entidad AGV y en esa actuación participaron ambos acusados, con dolo directo claro de Torcuato y, cuando menos, eventual de parte de su ex pareja, por cuanto al llevar a cabo la sucesión de empresas generó un riesgo cierto de perjuicio económico para la entidad cedida y para sus socios



y posibles acreedores y el correlativo beneficio que supuso para ella como administradora y socia de AGV, por apoderamiento del activo de la anterior.

La calificación correcta es la de delito de apropiación indebida en detrimento de la administración desleal (aunque en la actualidad conforme a la normativa vigente la conducta sería de administración desleal), por cuanto el acusado excediéndose de las facultades que tenía para administrar los bienes de la sociedad, procedió a la transmisión de los activos de la misma, causando una grave perjuicio a la sociedad administrada y trasladando dichos activos a otra sociedad, que sucedió a la primera.

No solo ha habido abuso del poder, sino también distracción de fondos y apoderamiento de los mismos en beneficio de un tercero y propio (cantidades que recibió en la cuenta de socio y que no están justificadas).

11.- Datos relevantes del iter criminal:

a.- Compra de participaciones de Granrencar por Bernarda .

b.- Reventa otra vez a su marido.

c.- Constitución de AGV y todo ello en un periodo sospechoso.

d.- Lo es cuando se produce el divorcio de los acusados (la Sentencia es de 29 de julio de 2013) por mucho que pudieran estar separados de hecho, disolución formal que busca, naturalmente, producir efectos económicos entre la pareja y sus hijos.

12. Precio facturado de compra de los vehículos por AGV a GRANRENCAR por debajo del precio de mercado.

Finalmente, y a todas luces el precio facturado por la compra de los vehículos se produjo por debajo del precio de estimado de mercado y de ello se benefició AGV, con el consiguiente incremento de activo, aunque no quedase reflejado en sus cuentas, pues el valor contable es siempre el de adquisición, el cual se va amortizando.

13.- Ambos recurrentes se pusieron de común acuerdo para llevar a cabo la conducta descrita en los hechos probados.

No se puede, con ello, tratar esta cuestión en el orden civil. La descripción de los hechos probados y la argumentación jurídica determina la existencia de una común operación de administración desleal y de apropiación indebida, no solamente el primer ilícito, ya que concurre el abuso de las funciones del administrador societario ahora recurrente con los actos puros de apropiación de los vehículos que administraba para llevarlos a otra sociedad que constituye ad hoc, y con una gran intención finalística del aprovechamiento de su condición de administrador de GRANRENCAR para despatrimonizarla, pero con actos apropiatorios.

La condena por apropiación indebida es correcta frente a la pretensión del recurrente, ya que los actos son tanto de administración desleal como de apropiación indebida como ya señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo 316/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 2036/2017 , donde destacamos que:

"Como señalamos en esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia 428/2012 de 6 Jun. 2012, Rec. 1268/2011 : "No obstante la existencia de tal línea delimitativa, existirán casos en que determinados actos participen del ejercicio del cargo de administrador, completándose a continuación con otros actos apoderativos o distractivos, actos propios del delito de apropiación indebida, o bien dentro de una continuidad de actos, unos tengan la caracterización de administración desleal y otros la de apropiación indebida".

En esta sentencia del TS donde se había condenado por el Tribunal de instancia por ambos delitos y sendas penas en concurso real se recogió que:

"La punición única, aunque agravada en la vía de la extensión del marco de la penalidad de 1 a 6 años de prisión, nos permite que visto el perjuicio total causado, el grave daño y la cantidad de hechos sancionados como apropiación indebida y administración desleal citados en los hechos probados nos deben llevar en esa continuidad delictiva a individualizar la pena en la de 4 años que es más favorable que la impuesta por separado, e individualiza punitivamente mejor el marco de los hechos perpetrados.

La citada sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 209/2018 de 3 May. 2018, Rec. 1203/2017 señala, asimismo, que se admite ese tipo de continuidad delictiva entre morfologías defraudatorias si obedecen a un designio conjunto o se aprovecha idéntica ocasión, siendo más correcto castigar unitariamente a través del expediente de la continuidad delictiva regulado en el art. 74 CP . Igualmente se cita la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 622/2016 de 12 Jul. 2016, Rec. 148/2016 que admite la continuidad delictiva de apropiación indebida y el antiguo delito societario de administración desleal, aunque valorando la punición respecto a si es más beneficioso hacerlo de forma conjunta o por separado".



Con ello, se diluye la pretensión del recurrente de atraer el ilícito a la administración desleal vigente al momento de los hechos.

Con respecto a la presunción de inocencia, concurre prueba bastante y suficiente para enervarla. Y, así, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

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

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

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

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

La prueba de cargo reflejada por el Tribunal y que ha sido debidamente valorada ha sido, según se puntualiza por el Tribunal las siguientes:

"1.- Las empleadas de Granrencar, que pasaron a desempeñar los mismos trabajos que en AGV, pero con mayor sueldo, admitieron que las instalaciones de ambas entidades estaban en la misma campa y que los clientes eran los mismos de una y de otra entidad.

2.- El testigo inspector de trabajo constató la sucesión de empresas y que cuando giró la visita de inspección la entidad Granrencar, que compartía la campa con AGV, se hallaba cerrada. Comentó también que los trabajadores de Granrencar figuraban en situación de trabajadores de otra entidad, Edimburgo, pero en situación de subcontratista. Para él las tres empresas estaban vinculadas, pero respecto a Edimburgo no se pudo acreditar.

El traspaso de los activos no corrientes se verificó, según resulta de la prueba pericial de tasación efectuada por la Acusación particular, por precio inferior al valor real, de cuya fiabilidad no dudamos por cuanto para la valoración de los vehículos se ha acudido a fijar su precio conforme a su antigüedad o valor venal, dado que el precio facturado (386.351,68 euros) es manifiestamente inferior al de mercado de los vehículos. Y éste, se ha tenido que establecer por el valor venal de los vehículos, pues en el activo de la sociedad el inmovilizado se fija por valor de compra y este valor no es fiable en la medida en que parte de estos vehículos provenían de una sociedad del querellante que había vendido a Granrencar (Superauto), habiendo establecido un valor por conveniencia (declaración de Virgilio) y el de la facturación se hizo de igual modo (no constando su pago en la fecha de facturación). Además, parte de los vehículos transmitidos tenía varios años de antigüedad y otros eran de leasing, con lo cual la propiedad de los mismos era del banco, aunque en la contabilidad se anotasen como inmovilizado pendiente de ejercitar la opción de compra, la cual se tiene que anotar en el pasivo como deuda con las cuotas de los alquileres pendientes.

3.- El traspaso de la clientela y del fondo de comercio generó, deducido del análisis comparativo de las cuentas de ambas sociedades y de los flujos de caja, tanto de operaciones como de financiación y resultando la sucesión de empresas y traspaso del negocio de Granrencar a AGV, como es lógico, un perjuicio para la



empresa cedida y para el socio mayoritario de la misma (IBIZA MM 22, Virgilio), el cual, además, asumía costes de financiación a través de empresas suyas, dado que la cesión se verificó dejando las deudas y el pasivo en la entidad cedente.

4.- De la declaración del recurrente deduce el Tribunal que no hizo sino reconocer el traspaso de activos y el consiguiente perjuicio causado a la sociedad Granrencar, si bien pretendió justificarlo, aunque sin sustento probatorio alguno -tanto el perito de la acusación como el de la defensa concluyeron que a diciembre de 2012, el resultado de la explotación era positivo-. Y aunque se han aportado requerimientos de embargos a AGV por créditos de Granrencar y de otra entidad, Formula Mallorca, no consta que sean por derivación de responsabilidad tributaria y la fecha de estos requerimientos es posterior a la cesión operada (febrero de 2016, septiembre de 2016 y febrero de 2017).

5.- Declaración de la recurrente Sra., Bernarda : Al declarar la Sra. Bernarda admitió que sabía que su ex marido y el Sr. Virgilio tenían intereses en varias empresas y que compartía la campa con Granrencar, luego, si Virgilio era el gestor y verdadero administrador de Granrencar (así lo declararon las empleadas de Granrencar que pasaron a prestar servicios en AGV) y adquirió su negocio y acogió a sus trabajadores y se quedó con gran parte de su flota, no podía desconocer esta circunstancia. Otra conclusión resultaría contraria a la lógica misma de los acontecimientos documentados: compra de participaciones de Granrencar por Bernarda , reventa otra vez a su marido, constitución de AGV y todo ello en un periodo sospechoso: cuando se produce el divorcio de los acusados (la Sentencia es de 29 de julio de 2013) por mucho que pudieran estar separados de hecho, disolución formal que busca, naturalmente, producir efectos económicos entre la pareja y sus hijos. El traspaso de la actividad de negocio de alquiler de una entidad a otra, tal y como reconoció la Sra. Bernarda , de la que se nutría AGV, cuando Granrencar, sin duda, tiene otro socio y tiene deudas con terceros, supone ya un apoderamiento de fondos que eran de Granrencar.

6. Prueba pericial económica y contable explicada en el FD nº 4 de la sentencia de la que se desprende la existencia del perjuicio.

En consecuencia, como concluye la fiscalía, el examen de la sentencia permite establecer la justificación de la comisión de un delito de apropiación indebida por el recurrente, por la apropiación definitiva de los vehículos pues desde la constitución de la mercantil AGV evidenció un ánimo apropiatorio de lo ajeno con disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular GRANRENCAR (por todas SSTs 163/16 de 2 de Marzo y 476/2015, de 13 de julio) existiendo prueba suficiente y válida, lícitamente obtenida y practicada en juicio oral conforme a los principios de inmediación, contradicción y publicidad, con contenido incriminatorio respecto de la participación del acusado en el hecho delictivo, fue exhaustivamente analizada con observación de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos, por lo que el derecho invocado no fue vulnerado.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Con base en el art. 851.4 de la LECrim , y art. 24.2 de la CE . La queja del recurrente es por haber sido condenado por un delito por el que no fue acusado por el Ministerio Fiscal pues en sus conclusiones provisionales solicitaba la absolución del recurrente.

No existe la pretendida infracción del principio acusatorio, ya que no solo formuló acusación la fiscalía, sino, también, la acusación particular. Por ello, la alegación realizada por el recurrente no es viable dado que la acusación por delito de apropiación indebida o administración desleal venía siendo mantenida por la acusación particular, y no es preciso, por ello, que esta acusación la sostenga siempre la fiscalía para que no se vulnere el acusatorio.

No se constata ninguna clase de indefensión material, toda vez que el acusado estuvo informado desde el inicio del delito imputado objeto de acusación y por ende pudo defenderse, estando asistido de letrado que pudo ejercitar sus funciones sin trabas ni impedimento alguno y proponer y practicar la prueba oportuna, sin que el cambio de calificación del Fiscal suponga una modificación del escenario en el que se encontraban los acusados, ya que consta en los antecedentes de hecho de la sentencia que la Fiscalía modificó las conclusiones y calificó igual que lo había hecho la acusación particular, es decir: "Los hechos relatados serían constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal , en relación con el artículo 250.1.5º y 74 del mismo cuerpo legal , o, subsidiariamente, de un delito continuado de administración desleal del artículo 295 del Código Penal en su redacción vigente en el momento de los hechos, en relación con el artículo 74 del Código Penal ".

Con ello, la existencia de una previa acusación particular formalmente válida y de la que pudo defenderse el acusado no permite estimar este motivo.



El Tribunal Constitucional ya cuidó de destacar que nadie será acusado en proceso penal respecto a una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (sentencias del TC 54/1985, de 18 de abril y 17/1989, de 30 de enero). Constituye, asimismo, el primer elemento de derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto - sentencia 48/1983, de 24 de mayo -. Consiste sustancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de las cargas que contra él se formulan - sentencias 14/1986, de 12 de noviembre ; 17/1988, de 16 de febrero , y 30/1989, de 7 de febrero - y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos - sentencia 170/1990, de 5 de noviembre -. Pero ello se cumple tanto sea la fiscalía como la acusación particular formulen esa acusación previa de la que pueda defenderse el acusado, aunque la fiscalía formule primero petición de absolución y luego la modifique en el plenario formulando acusación siempre que esté en el marco de juego procesal acusatorio fijado por la acusación particular.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Bernarda

CUARTO.- 1.- Al amparo del art. 852 de la LECrim , art. 5.4 de la LOPJ y art. 24 de la CE . Denuncia la recurrente la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un juicio con todas las garantías en cuanto a los medios de prueba, a un juez imparcial.

Respecto a un informe ampliatorio de la agencia tributaria que había sido interesado previamente se hace constar en el recurso que "La letrada que precedió a quien suscribe se lamentó en fase de informes de no haber podido contar con esa documentación para justificar un aspecto determinante en la valoración de la prueba sobre los delitos que se ventilaban".

Pero, como refiere la fiscalía, la prueba interesada, información a la Agencia Tributaria de la existencia de deudas por la empresa GRANRENTCAR, fue incorporada al rollo de la Audiencia el día anterior a la celebración del juicio. En el presente caso la defensa no reiteró la solicitud de la prueba al comienzo del juicio, mencionando, al parecer en el trámite de informes no haber dispuesto de dicha prueba a fin de justificar una parte determinante para su defensa.

En los casos en los que se ha interesado una prueba documental debe interesarse en el trámite de cuestiones previas si se ha incorporado esa prueba interesada y admitida, en su caso, y que se le dé traslado para su conocimiento, a fin de que, en su caso, pueda tenerla en cuenta en el plenario, aunque se haya incorporado físicamente al rollo, o bien si no existe la misma, o se ha cumplimentado mal postular la suspensión del juicio, y si se deniega protestar a los efectos de hacerlo valer en la segunda instancia, pero el silencio no permite y convalida que pueda llevarse a cabo una nulidad del juicio o la sentencia cuando la parte permite con su omisión que el juicio siga adelante y la documental se incorpore más tarde una vez el juicio ha concluido, ya que si es la parte la que propone la documental, y ésta le es de relevancia lo procedente es pedir la suspensión hasta que la documental se haya incorporado, y no hacerlo ver en el trámite de informe, o que ese documento se haya incorporado una vez finalizado el juicio, lo que es improcedente procesalmente. De suyo, la recurrente señala que el oficio de la AEAT llega el 17 de Abril, mucho después de haber concluido el juicio, con lo que no era posible su incorporación al plenario, ya que debió hacerse en el trámite de documental, y si no estaba en ese instante debió instarse la suspensión, pero no admitir que ese oficio pudiera incorporarse una vez concluido el juicio, porque esa incorporación era extemporánea.

Pero no es posible acudir a esta vía impugnativa si no se actúa en la fase de cuestiones previas, limitándose a hacerlo ver en la fase de informes, como se refiere en el recurso, ya que la operativa procesal que se ha reiterado en otras ocasiones es la de plantear este punto en las cuestiones previas, y en el caso de que la prueba solicitada y admitida no se encuentre incorporada plantear una posible suspensión del juicio si se considerase una prueba de cargo y relevante. Pero el silencio en ese momento procesal impide acudir a la fase de informes para suscitar un debate preliminar sobre prueba propuesta y admitida que pertenece a la fase del inicio del juicio oral, donde la parte puede y debe actuar y, en su caso, suscitar la suspensión en base a la trascendencia, o no, de la prueba que se interesó. Y si se aportó y no se dio traslado, al menos que se localice y se haga en ese acto, a fin de hacerlo valer en su defensa, y, finalmente, en trámite de informe.

En cualquier caso, se alega por la recurrente que "La finalidad de la prueba propuesta por esta parte era acreditar la existencia importantes deudas anteriores, así como el motivo de las mismas, algunas de ellas con la Agencia Tributaria con la que mediante las mismas se justificaría el bajo precio de la compraventa negocial entre las dos mercantiles, toda vez que la empresa Granrentcar SL. Estaba prácticamente quebrada a resultas de las mismas".



Pero no hay que olvidar que todo el operativo que ha llevado la recurrente en concierto con el primer recurrente ha sido declarado probado que lo ha sido de forma unilateral y a espaldas del otro socio, el cual desconocía las operaciones que se habían llevado a cabo, no había autorizado las mismas, y que, en consecuencia, había sido perjudicado por el "vaciamiento" empresarial, de medios para hacer seguir la empresa y de clientela, que es lo que constituye el delito cometido. No se trataba de que los recurrentes condenados pudieran de modo y forma unilateral actuar al margen del socio que detentaba el 80% de la empresa y que pudieran despatrimonializarla para valorar ahora, según se alega, cómo hacer frente a las deudas con la AEAT para su pago, cuando la actuación ya descrita en los hechos probados ya constituía el tipo penal, con independencia de posteriores operaciones.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 2.- Con base en el art. 24.2 de la CE . La queja de la recurrente es por vulneración del derecho a la presunción de inocencia por haber sido condenada con total ausencia de pruebas.

Señala la recurrente que no existe prueba de su responsabilidad penal. Apunta que el Sr Torcuato le propone la constitución de una nueva sociedad en beneficio de sus hijos: Alquiler General de Vehículos S.L, a la que le traspasará el negocio de GRANRENTACAR SL. Señala que desconocía que había un negocio a medias entre el Sr. Torcuato y el Sr. Virgilio y niega el conocimiento de la situación que se recoge en los hechos probados.

Señala que: "No puede fundamentarse a la vista de la prueba practicada una participación activa de la Sra. Bernarda en la compraventa enjuiciada, ni siquiera una participación como cooperadora necesaria, al desconocer en todo caso la participación del Sr. Virgilio en la empresa, considerando que su anterior marido el Sr. Torcuato era el propietario y administrador único de la empresa, pactando con este el traspaso negocial y abonando el precio pactado conforme lo establecido. Por tanto, tenía un absoluto desconocimiento y era ajena a una posible defraudación a través de la compra de la sociedad Granrentacar S.L. No puede argumentarse, como argumenta la Sala en su sentencia, que, si conocía la participación del Sr. Virgilio en la Sociedad... Y que no existe prueba ni indicio alguno que permita sustentar que mi mandante tenía un conocimiento de la participación de terceros en la sociedad adquirida, no siendo en ningún momento desvirtuadas las manifestaciones vertidas por la misma en la vista oral, alegando un total desconocimiento de la situación accionarial de Granrentacar SL, considerando como único propietario y administrador el Sr. Torcuato , acordando con este la compraventa de la empresa y su precio, siendo abonado el mismo conforme lo pactado, desconociendo en todo momento la participación de terceros en la sociedad".

Pues bien, en casos semejantes al aquí analizado debemos recordar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 444/2018 de 9 Oct. 2018, Rec. 2701/2017 , en donde analizamos las consideraciones acerca de la participación en un delito económico en la operativa criminal del cónyuge o la pareja del autor directo, y así decimos que:

"Podemos precisar los siguientes puntos de relevancia en esta colaboración de la pareja del autor directo que se dan en el presente caso en la intervención declarada probada por el Tribunal, y según hechos probados intangibles:

1.- No se exige un dolo técnico: No se trata de exigirse un dolo técnico acerca de la operativa delictiva previa en hechos que luego dan lugar a un delito, ya que la actividad delictiva se deduce de la prueba indiciaria y la colaboración de la recurrente no exige que esta sea la autora del operativo.

2.- No es delito de sospecha : No se trata en estos casos de implantar un "delito de sospecha" de la pareja del delincuente económico, sino que en estos casos es preciso valorar el ámbito de intervención, la forma en la que éste se lleva a cabo y si existen formas de intervención que evidencian un dolo directo o eventual en la comisión de los hechos, y la existencia de ese dolo ha sido aceptado por el Tribunal de forma clara y expeditiva en su resolución.

3.- La participación relevante : En los delitos cometidos en pareja de carácter económico, siendo uno de ellos el artífice principal no siempre y en todo caso debe establecerse una coautoría en el delito económico de la pareja del autor principal, ya que, en efecto, puede limitarse la intervención a meros actos de firma desconociendo realmente lo que está ocurriendo, pero en estos casos debe valorarse el grado y forma de participación y en el presente caso se aprecia el grado suficiente de lo que podemos denominar "la participación relevante" de la pareja del autor directo principal en el delito económico.

Esta participación se desprende de la forma de los actos.

4.- La presunción de conocimiento : Indiscutiblemente, en este tipo de casos debe analizarse cada hecho concreto para valorar si se trata de una "presunción de conocimiento" a la vista de la forma colaborativa, o de



ésta misma se desprende la ausencia de éste y son solo meros actos de firma sin contenido cognoscitivo de la realidad que está detrás del modus vivendi del autor directo.

5.- El animus adiuuandi : En estos casos hay que recordar que la participación sólo es punible, como tal, en su forma dolosa, es decir, que el partícipe debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es el autor, y debe tener el conocimiento y la intención de que con su comportamiento está ayudando a la comisión del delito, requiriendo el concierto de voluntades, la conciencia de la ilicitud y el animus adiuuandi (STS de 11 de noviembre de 1991).

6.- Conocimiento y voluntad : Por ello, en estos casos la condena por autoría, cooperación necesaria o complicidad del entorno familiar exige dos elementos claves, a saber:

1.- Conocimiento de la colaboración necesaria para el fin pretendido. Es decir, no solamente exige un comportamiento que objetivamente constituya un eslabón imprescindible, o no, tan imprescindible en la conducta del delito económico concreto de que se trate, sino también el conocimiento de que la colaboración prestada está contribuyendo a la realización de un acto típico y antijurídico en el que concurren todos y cada uno de los elementos integradores del referido delito (tanto desde el punto de vista del tipo objetivo como desde el punto de vista del tipo subjetivo), y

2.- Voluntad delictiva de llevar a cabo ese acto con un fin ilícito. Es decir, la voluntad de prestar dicha colaboración contando con el referido conocimiento.

Pero lo que debe quedar claro es que la relación matrimonial o de pareja de hecho no puede suponer en ningún caso una presunción de conocimiento.

7.- El acto neutral : En estos casos, como apunta la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 5 de diciembre de 2012, "en estos supuestos es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada. Por ello los actos que convenimos en conocer como "neutrales" serían aquellos cotidianos de los que se puede predicar que, siendo socialmente adecuados, no cabe tenerlos por "típicos" penalmente. Y no lo son porque, con independencia del resultado, esos actos no representan un peligro socialmente inadecuado".

Así, como ya antes se ha indicado en relación a la teoría del acto neutral, apuntamos en la STS núm. 34/2007 de 1 de febrero que: "una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución. Se recuerdan en esta sentencia criterios para poder calificar un acto neutral como participación delictiva: se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc."

8.- El dominio funcional del hecho : Es sabido que una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. Precisamente, en esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho.

Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores, pero en los casos en los que se pretende extender la coparticipación a la pareja del autor directo por el mero hecho de ser la pareja del directo autor del delito quiebra al no poder admitirse u operar en una presunción en contra de aquella asimilable al hecho de que la convivencia, por el mero hecho de existir, debe conllevar una fuente de responsabilidad penal. Por ello, la jurisprudencia ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar.

Así, la teoría de la participación en sentido estricto -excluida la autoría- se materializa en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre:

a) Papel secundario del partícipe pero con dolo acreditado de esa participación. La realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico.



b) Papel básico y esencial. Aquella otra forma de actuar en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito.

9.- La prueba de dolo: Se ha expuesto con frecuencia y acierto que el dolo no se puede fotografiar, y que es preciso acudir a prueba indiciaria en estos casos para apreciar la existencia de ese dolo. En estos casos debe exigirse la prueba del elemento subjetivo del injusto, requisito consistente en que el sujeto activo del delito conozca la actividad delictiva, la consienta y participe de forma directa o indirecta en la ejecución de actos materiales que permitan apreciar una conducta activa, que no de omisión, en los actos ilícitos cometidos por su pareja. Además, no se trata simplemente que los conozca, sino que colabora activamente en la comisión de los delitos, porque por sí mismo el mero conocimiento del acto ilícito no es en sí delictivo, y la legislación no exige a la pareja del autor material de un delito de carácter económico, o de la naturaleza que sea, una actitud de obstrucción en los delitos cometidos por su pareja, siendo la actitud omisiva atípica, pero es típica la activa con actos relevantes. Y en este caso el Tribunal ha descrito con sumo detalle los "actos relevantes" en este ámbito de colaboración, actividades que se exige se detallen por el Tribunal sentenciador para formar el proceso de motivación de la sentencia.

10.- La prueba indiciaria .

Así, posiblemente la prueba directa será prácticamente imposible ante el hermetismo y la opacidad con que actúan quienes cometen este tipo de delitos, lo que obliga a aplicar la prueba indirecta o indiciaria para tratar de inferir el conocimiento real que tenga en este caso la pareja que no es la autora material y directa de los hechos.

Pero nótese que la prueba indiciaria debe sustentarse con eslabones de base contundentes y de peso que permitan que sumándolos conlleven a un enlace preciso y directo el cual pueda establecerse, sin lugar a dudas, el "conocimiento" y voluntad de querer cometer el delito y cometerlo. Así, la prueba del delito resultará de la acreditación de determinados extremos fácticos -indicios-, cada uno de los cuales ha de estar completamente probado y que entre esos hechos básicos y el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) ha de existir "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", como dice el citado 386.1 LEC, es decir, ha de haber una conexión tal entre unos y otros hechos que, acaecidos los primeros, cabe afirmar que se ha producido el último, porque las cosas ordinariamente ocurren así y así lo puede entender cualquiera que haga un examen detenido de la cuestión (STS núm. 436/2007, de 28 de mayo)".

Pues bien, en el presente caso, hemos hecho constar cuáles son los hechos probados, que son intangibles en esta sede que existió un concierto entre ambos recurrentes en el operativo llevado a cabo, frente al "desconocimiento" que se sostiene por la recurrente. Es lo que se ha entendido o denominado como "ignorancia deliberada", porque sus actuaciones no pueden venir predicadas por la ignorancia, al exigirse una decisiva colaboración en la despatrimonialización. Y, así, consta en los hechos probados que:

2.- Concierto de Torcuato con Bernarda para constituirla sociedad Alquiler General de Vehículos S.L. en fecha 12 de septiembre de 2012 con el mismo objeto social que GRANRENCAR S.L.

D. Torcuato , previamente concertado con la también acusada, su esposa D^a. Bernarda , pero de la que llevaba separado de hecho varios años, sin antecedentes penales, y **con el ánimo de obtener un beneficio económico ilícito en perjuicio de la propia GRANRENCAR S.L.** y de IBIZA MM22 S.L., sin el conocimiento ni consentimiento de esta última, constituyeron la sociedad Alquiler General de Vehículos S.L. en fecha 12 de septiembre de 2012 con el mismo objeto social que GRANRENCAR S.L.

3.- Cambio de titularidad de vehículos de GRANRENCAR por los acusados a favor de ALQUILER GENERAL DE VEHICULOS S.L.

En el mes de febrero de 2013, los acusados, guiados por ese ánimo y en ejecución del plan previamente ideado, **comenzaron a cambiar la titularidad de los vehículos que hasta ese momento eran propiedad de GRANRENCAR S.L. y que en su mayoría estaban arrendados a terceros mediante contratos de larga duración, traspasándolos a nombre la mercantil ALQUILER GENERAL DE VEHICULOS S.L. en representación de la cual actuaba la acusada Bernarda** , pactando valores notablemente inferiores a los de mercado y sin que GRANRENCAR S.L. hubiese percibido el importe de los mismos.

Así, los acusados procedieron a **cambiar la titularidad de los vehículos propiedad de GRANRENCAR S.L. en los registros de tráfico mediante las facturas de fecha e importe que se indican a continuación, siendo perfectamente conscientes que el valor real de los mismos era muy superior al importe consignado en las facturas de venta, según resulta de la tasación efectuada** .

4.- Precio facturado por el traspaso de la flota de vehículos (386.351,68 euros)

El precio facturado por el traspaso de la flota de vehículos (386.351,68 euros) era muy inferior a su valor de mercado -1.825.735,2 euros-, en atención al valor real determinado por la fecha de matriculación de los



vehículos, pero sin consideración a porcentaje alguno de aumento en consideración a posibles extras, y teniendo en cuenta que es normal un descuento de entre el 15 y el 20% por la venta en grupo de una flota, motivo por el que al haberse transmitido prácticamente la totalidad de la flota y de la actividad, esta operación, conforme a la normativa reguladora, se hallaba exenta de IVA.

5.- Abandono de GRANRENCAR por Torcuato

En el mes de mayo de 2013, cuando ya se habían transmitido la mayoría de los vehículos a ALQUILER GENERAL DE VEHICULOS S.L., el acusado Torcuato , abandonó el local y la campa donde se desarrollaba la actividad de GRANRENCAR S.L., llevándose consigo toda la documentación, facturas y contratos, aunque la contabilidad se llevaba externamente.

6.- Abandono de las trabajadoras e inicio de actividad laboral en la de Torcuato

Simultáneamente, las trabajadoras de GRANRENCAR S.L. D^a. Casilda y D^a. Constanza , dejaron de prestar sus servicios laborales en la expresada entidad y comenzaron a prestar sus servicios laborales para la mercantil ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L., quedando GRANRENCAR S.L. sin trabajadores.

7.- Revocación de poderes por Torcuato que GRANRENCAR S.L. había otorgado a D. Virgilio mediante escritura de fecha 20 de febrero de 2008 y a su esposa D^a. Encarnacion en fecha 5 de febrero de 2009.

A la vez, en fecha 8 de mayo de 2013, D. Torcuato , para evitar que nadie más pudiera hacer alguna gestión de la sociedad y reaccionar para evitar las acciones que estaba llevando a cabo, procedió a revocar los poderes que GRANRENCAR S.L. había otorgado a D. Virgilio mediante escritura de fecha 20 de febrero de 2008 y a su esposa D^a. Encarnacion en fecha 5 de febrero de 2009.

8.- Facturación de la nueva sociedad a clientes que eran de GRANRENCAR y con sus propios vehículos desapoderados.

Al adquirir dichos vehículos, ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L. comenzó a facturar a los que hasta entonces habían sido clientes de GRANRENCAR S.L. por el alquiler de los mismos vehículos, quedando esta última con actividad muy reducida y prácticamente liquidada de hecho, desarrollando ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L. la actividad de alquiler de vehículos que hasta entonces llevaba a cabo GRANRENCAR S.L.

9.- Transferencias a cuentas de GRANRENCAR S.L. por valor de 793.800 euros.

La entidad ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L., que carecía de fondos propios y de financiación externa, utilizando parte de las ganancias obtenidas con el alquiler de los vehículos adquiridos ilícitamente de GRANRENCAR S.L. y que debería haber percibido esta última, efectuó, entre febrero de 2013 y enero de 2015, transferencias a cuentas de GRANRENCAR S.L. por valor de 793.800 euros.

A dicha cantidad total habría que añadir 7.500 euros, en conformidad con el justificante de pago de fecha de 17/02/14 aportado por ALQUILER GENERAL DE VEHÍCULOS S.L. en enero de 2018. En lógica consecuencia, la cantidad total asciende a 801.300 euros.

10.- Entregas no justificadas a Torcuato .

A mayor abundamiento, gran parte de estas transferencias no fueron entregas reales a GRANRENCAR S.L. porque en la contabilidad figuran que se destinaron a la cuenta del socio Torcuato por importe de 71.639,06 euros, sin que dicha entrega esté justificada.

11.- Desactivación funcional de GRANRENCAR SL.

De manera que **tras la actuación llevada a cabo por los acusados, GRANRENCAR S.L., quedó, si no imposibilitada, sí con serias dificultades de seguir desarrollando su actividad y de participar en el mercado al carecer de un gran número de vehículos que arrendar y, en lógica consecuencia, sin posibilidad de atender sus obligaciones de pago con terceros, dejando de atender los pagos de diversos préstamos y cuentas de créditos concedidos a GRANRENCAR S.L. para la adquisición de vehículos con garantías hipotecarias de inmuebles de IBIZA MM 22 S.L. o de otras sociedades administradas por D. Virgilio como BALAFI VERD S.L., así como pagarés entregados a la mercantil SUPERAUTO MALLORCA S.A. para el pago de parte de los vehículos adquiridos por GRANRENCAR S.L.**

12.- Cuantificación del daño.

Lo cuantificado del daño por pérdidas estimadas de fuentes de rentas por la ilícita transmisión de la empresa sin deudas ha sido estimado en 278.610,7 euros".



Y en la valoración de la prueba se evidencia que los actos llevados a cabo por la recurrente no son de mero trámite, sino que implican operaciones relevantes en donde bien con dolo directo, o eventual debería ser consciente de que el operativo desplegado era, cuanto menos, extraño.

Nótese que consta en la valoración de la prueba que, desarrollando los hechos probados en los que se hace mención a los "acusados", se conectan operaciones de que:

1.- No hay cuestión que Torcuato y su ex mujer Bernarda en fecha 12 de septiembre de 2012, constituyeron la sociedad AGV (Alquiler General de Vehículos), junto con sus dos hijos, la cual se hallaba dedicada a la compra y alquiler de vehículos y se ubicaba en la misma campa que Granrenicar.

2.- Resulta asimismo acreditado que Granrenicar (Torcuato) en el primer semestre de 2013, **procede a vender a AGV, de la que es administradora su ex mujer y acusada Bernarda , un total de 268 vehículos** , por un precio facturado de 386.351,68 euros y que además de venderle dichos vehículos AGV se queda con la clientela y fondo de comercio de Granrenicar. También AGV asume los empleados de Granrenicar (ver informaciones de la DGT folios 395, 619. Informe de la DGT de que todos los vehículos eran de Granrenicar en fecha 31/12/2012 y copia de las facturas con las que Granrenicar vendió los vehículos que antes eran de su propiedad) y 625 e **informes periciales de tasación, de los cuales resulta que no se cuestiona la transmisión de estos vehículos, sino su precio y valoración económica .**

3.- Tanto Torcuato como Bernarda reconocieron la transmisión de los vehículos y del negocio, si bien la Sra. Bernarda dijo desconocer que Granrenicar perteneciera a Virgilio y que era ignorante de las valoraciones de los vehículos, dado que **pagó por la compra del negocio lo que le pidió su ex marido - 1 millón de euros - (o casi todo) a quien consideraba dueño de Granrenicar.**

Pero en este punto debemos hacer notar un dato indiciario importante, ya que se procede al pago de una cantidad tan importante por la recurrente solo porque se lo pedía su ex marido, lo que solo puede tener sentido dentro del marco del concierto previo.

Así, con relación al desconocimiento de la recurrente el Tribunal valora de forma concreta que:

"Posición de Bernarda

La posición defensiva de su ex mujer Bernarda , pivotó sobre el desconocimiento que dijo tener de que la sociedad Granrenicar pertenecía a Virgilio y que era ignorante de la valoración de los vehículos y dijo haber efectuado pagos por la cesión de empresa operada, por lo que la empresa cedida no se vio perjudicada.

Ya hemos dicho que no hay duda de que se produjo una sucesión de empresas. **Bernarda no podía ignorar que al llevarse los activos y dejar las deudas en Granrenicar se perjudicaba a dicha entidad. Ambas entidades tenían sus instalaciones en la misma campa, se quedó con los trabajadores y con el negocio de alquiler de vehículos.**

Ese traspaso de activos, aunque fue oneroso y hubo ingresos de AGV a Granrenicar, **generó un riesgo cierto de despatrimonialización de la entidad cedida, del que no podía ser ignorante, con perjuicio para dicha entidad y para los socios de la misma, pues habiendo comprado participaciones de Granrenicar a su ex marido y a quien luego de ello se las revendió, debía de ser consciente de que en la entidad había otro socio. De hecho, en lugar de comprar las participaciones a su marido finalmente optó por constituir otra sociedad y traspasar a esta el negocio.**

Al declarar la Sra. Bernarda admitió que sabía que su ex marido y el Sr. Virgilio tenían intereses en varias empresas y que compartía la campa con Granrenicar, luego, si Virgilio era el gestor y verdadero administrador de Granrenicar (así lo declararon las empleadas de Granrenicar que pasaron a prestar servicios en AGV) y adquirió su negocio y acogió a sus trabajadores y se quedó con gran parte de su flota, no podía desconocer esta circunstancia.

Otra conclusión resultaría contraria a la lógica misma de los acontecimientos documentados:

1.- Compra de participaciones de Granrenicar por Bernarda .

2.- Reventa otra vez a su marido.

3.- Constitución de AGV y todo ello en un periodo sospechoso

4.- Lo es cuando se produce el divorcio de los acusados (la Sentencia es de 29 de julio de 2013) por mucho que pudieran estar separados de hecho, disolución formal que busca, naturalmente, producir efectos económicos entre la pareja y sus hijos.



El traspaso de la actividad de negocio de alquiler de una entidad a otra, tal y como reconoció la Sra. Bernarda , de la que se nutría AGV, cuando Granrencar, sin duda, tiene otro socio y tiene deudas con terceros, supone ya un apoderamiento de fondos que eran de Granrencar.

Toda esta operativa se produce además en un periodo sospechoso, como hemos dicho".

Con ello, la argumentación del Tribunal es suficiente para considerar válido el conocimiento y coexistir una ignorancia deliberada que le hace ser responsable, como concluye el Tribunal con la práctica de la prueba practicada.

El motivo se desestima.

SEXTO .- 3.- Al amparo del art. 849.1 de la ley de enjuiciamiento criminal , por indebida aplicación del art. 252 del código penal en relación con el art. 250.1 5ª del código penal y 74 del mismo texto legal .

Se cuestiona la consideración de los hechos probados como delito de apropiación indebida, pero debe recordarse que sobre este extremo ya se ha tratado su tipificación en el FD nº 2, donde se ha especificado que los hechos probados conllevan una despatrimonialización de la empresa GRANRENCAR con desapoderamiento de activos para trasladarlos a otra sociedad constituida ad hoc para esa tendencia de restar los activos a esta sociedad para pasarlos a la constituida por los condenados, en virtud de un complejo operativo de actuaciones de compra y venta que den apariencia de lo que ahora la recurrente, pero olvidando que existe un perjudicado que era poseedor del 80%, nada menos, del activo apropiado que no había consentido nada de lo que se ha realizado, y al que se le ha provocado un claro y evidente perjuicio, ya que en modo alguno autorizó los movimientos que han realizado los condenados de común acuerdo, y no como "acto neutral" que alegaba la recurrente para tratar de justificar un "apartamiento" de las responsabilidades contraídas por el primer recurrente, que si bien pudo tener una mayor responsabilidad en los hechos por ejercer un liderazgo en el operativo, lo cierto es que ello ha sido reflejado por el Tribunal en el reproche penal.

Así, consta en el FD nº 3 de la sentencia que:

"En cuanto a la pena a imponer atendido el perjuicio económico causado y aprovechamiento de Torcuato del poder de administración y reventa de las participaciones que eran de IBIZA MM 22, a cuyo administrador le revocó la condición de apoderado en Granrencar, la establecemos, para éste último, en 3 años de prisión (la máxima prevista para el tipo básico). La multa la dejamos en el mínimo, 6 meses, con una cuota de 6 euros, la cual nos releva de toda motivación por la cuantía.

Para su ex mujer, Bernarda , en cambio, establecemos la penalidad en 2 años de prisión (y la misma extensión de multa y cuota). **El menor reproche para ella viene porque aunque actuó con dolo y sabía que perjudicaba a Granrencar y a la sociedad que participaba en ella, IBIZA MM 22, a través del denunciante, también es verdad que realizó pagos desde AGV y aunque por debajo del precio real, la trasmisión fue onerosa. Además, hay que tener en cuenta que aunque tenía que saber que Virgilio tenía intereses en Granrencar, podía tener dudas sobre que tuviera el control de la entidad, habida cuenta de que su ex marido previamente le vendió parte de las participaciones sociales en una escritura mendaz (folios 51 y 61 del Rollo de Sala y 110) , puesto que dichas participaciones no eran de los vendedores sino del Sr . Virgilio , el cual hasta el 2010 operó en GRC a través de terceros testaferros".**

Sin embargo, los actos son constitutivos de un delito de apropiación indebida por el apoderamiento de activos que no podían disponer con la libertad con la que lo hicieron. Nótese que la disponibilidad sin autorización de bienes societarios de los que solo detentaba un poder del 20% el primer recurrente produce una disposición irregular y cambio de sociedad sin autorización alguna; disposición que integra un delito de apropiación indebida al momento de los hechos, afirmando el Tribunal que "De dicho ilícito son responsables ambos acusados en concepto de autores, por cuanto se pusieron de común acuerdo para llevar a cabo la conducta descrita en los hechos probados. Aun discutiendo ello y de estimar que Bernarda participó en el delito cometido por su ex marido y administrador -en la actualidad el delito cometido habría de calificarse como administración desleal y es un delito especial propio y antes como apropiación indebida no tenía ese carácter-, lo sería a título de cooperadora necesaria con el concurso de un doble dolo -conciencia de que el administrador se excede en sus facultades de administración con distracción de bienes- y colaboración principal en esa distracción al constituir una sociedad nueva que sucede a la anterior apropiándose de esos bienes y activos y dejando en la cedente las deudas".

La colaboración de la recurrente en los actos de apropiación están basados en actos de abuso de funciones y poder, pero que se entremezclan con actos apropiativos, como antes hemos reseñado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 316/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 2036/2017 . Con ello, está acreditada la intervención de la recurrente en los hechos probados y la corresponsabilidad penal, aunque con un menor grado de reproche penal que ha sido reconocido por el Tribunal con la penalidad antes referida.



El motivo se desestima.

Virgilio Y LA MERCANTIL IBIZA MM22 SL.

SÉPTIMO.- 1.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim , Denuncia el recurrente error del juzgador en la apreciación de la prueba basada en documentos obrantes en autos.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004 , donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim . pueda prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991 ; 22 de septiembre de 1992 ; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996 ; 11 de noviembre de 1997 ; 27 de abril y 19 de junio de 1998 ; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan, por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con intermediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000 , 1006/2000 de 5.6 , 1701/2001 de 29.9).

Como ya hemos expuesto en otras resoluciones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 182/2000 de 8 Feb. 2000, Rec. 404/1999) la propia relevancia de los dictámenes periciales, justifica la consolidada doctrina de la Sala relativa a la excepcionalidad de los mismos para entenderlos incluíbles en el apartado segundo del artículo 849, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

- a) La existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos; y
- b) Dándose lo anterior, tratándose de hechos relevantes en relación con los efectos jurídicos pretendidos por las partes, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ello. Concurriendo los requisitos anteriores la prueba pericial debe ser incluida en el supuesto del artículo 849.2 (también S.T.S. de 22/11/1999).

Lo que habrá que valorar es si los informes periciales que se invocan han sido contrarrestados por otros medios probatorios que han llevado a la convicción del Tribunal de que el relato de hechos se evidencia y desprende de la prueba practicada, y que ésta queda debidamente explicada en contradicción a los documentos que como pericial refiere la parte recurrente.

Pues bien, hay que recordar que en la sentencia se hace constar que:

"Para valorar los perjuicios hay que tomar en consideración el valor venal que tenía la flota transmitida, a tenor del informe emitido por el perito de la acusación (el de la defensa tachó de excesiva la valoración, pero en



relación a algunos modelos de vehículos, indicando que se limitó a realizar un examen aleatorio). Ante tal falta de seriedad hemos descartado ese informe, aunque sí consideramos las apreciaciones del perito de la defensa, en punto a que hay que tomar en consideración que se trata de la compra de una flota y no por vehículo y que en flota se desprecian porcentajes de aumento por extras, siendo ello subjetivo. Además, este perito no compartió que existiera una valoración de compra y otra de venta. Aquí en todo caso estamos en compra -solo hubo una transmisión- y no reventa), pero sin consideración a aumento ninguno por extras, pues ese incremento se verificó teniendo en cuenta el hipotético estado de cada vehículo en función de un porcentaje de aumento, según la opinión del socio mayoritario de Granrenca (Sr. Virgilio), **si bien y en la medida en que parte de esa flota contaba en el inmovilizado como vehículos en leasing** -aunque en tráfico conste que eran propiedad de Granrenca, **extremo que la Sra. Bernarda . atribuyó a un error a la hora de rellenar el formulario de venta y la testigo empleada de AGV Casilda así lo confirmó** , y **ello viene corroborado también por los estados contables de Granrenca, dado que en el 2012 figura una deuda por leasing de 710.459,61 euros, a ese valor -el de los coches- hay que descontar dicha partida de leasing, por tratarse de un pasivo destinado a sufragar la compra de vehículos vendidos**. Y a la valoración conjunta de los vehículos les aplicamos un descuento del 20% por tratarse de la venta de una flota".

Es decir, que frente al pretendido error que refiere el recurrente y que pretende apoyarse en pericial lo que debe valorarse es la suficiencia de la valoración probatoria en el ámbito de la responsabilidad civil. Y sobre esta determinación en la instancia y planteamiento en sede casacional.

Ya se ha precisado con reiteración que (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 349/2012 de 26 Abr. 2012, Rec. 1335/2011) "Es doctrina jurisprudencial reiterada que el quantum de la indemnización por las responsabilidades civiles ex delicto no pueden ser sometidas a la revisión casacional y sí solo las bases sobre las que opera el juzgador para fijar el monto de esas indemnizaciones (STS de 14 de diciembre de 2011 resolviendo el recurso 855/2011) por tratarse de un criterio valorativo soberano, más que objetivo o reglado, atendiendo a las circunstancias personales, necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, daño emergente y lucro cesante (STS 06 de Julio del 2010 resolviendo el recurso 10206/2010)".

Como señala la fiscalía la existencia de leasing en determinados vehículos el Juzgador afirma su existencia en base a las declaraciones de la acusada, Sra Bernarda , la empleada de la empresa Sra Casilda , así como del estado contable de la empresa, contabilidad externa a la empresa que era llevado por una gestoría. El quantum final aclarado en el auto de aclaración.

El quantum final queda fijado en la sentencia en los siguientes términos:

"Los perjuicios así calculados arrojan, conforme hemos expuesto más arriba y de forma sistematizada (con partidas a sumar y a restar), el siguiente resultado, que consta en el auto de aclaración de fecha 7 de Marzo de 2018.

SUMANDOS :

- Valoración de 268 vehículos sin extras (2.469.260, frente a la cifra de 265), con descuento del 20% y sin añadir el IVA 1.975.408 euros.
- Daños por pérdidas estimadas de fuentes de renta 298.987,24 euros.
- Pagos a AGV pendientes de justificar a favor del Sr. Torcuato 71.639,06.

RESTANDOS :

Deuda por leasing 710.459,61.

Importes recibidos de AGV 801.300.

TOTAL: 834.274,69 euros.

El importe de la responsabilidad civil que habrán de satisfacer los acusados Torcuato y Bernarda , solidariamente y la entidad AGV subsidiariamente, asciende a la cantidad de 834.274,69 euros, en lugar de los que recoge el fallo de la sentencia (664.224,72 euros)".

Esta resta por deuda de leasing la considera el Tribunal acreditada, conforme se ha expuesto, y lo que supone no es un error en las bases, sino en una distinta valoración de su pericial frente a los elementos probatorios que se integran para evaluar el quantum final. Y nótese que se ha tenido que acudir a un auto de aclaración para fijar la cuantía definitiva ante un error en su cuantificación que ha quedado subsanado.

El motivo se desestima.



OCTAVO .- 2.- Al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española .

Se cuestiona la inclusión en el cálculo de la responsabilidad civil un sustraendo consistente en deuda por leasing para la financiación de los vehículos vendidos como flota".

Se reitera de nuevo el anterior motivo por esta fórmula, pero debe estarse a la argumentación dada por el Tribunal. La tutela judicial efectiva no consiste en el reconocimiento que la parte pretende que le sean resueltos los pedimentos que reclama. En este caso el Tribunal ha considerado probada, como se ha expuesto, la deducción del coste del leasing, de lo que difiere la recurrente. Pero la negativa a la concesión de la pretensión no es vulneración de la tutela judicial efectiva, sino que en este caso se produce una distinta valoración de la recurrente con el Tribunal de instancia, pero éste motiva de forma suficiente el descuento en el quantum indemnizatorio del concepto del leasing.

Se recoge en el FD nº 4 de la sentencia que:

"Para valorar los perjuicios hay que tomar en consideración el valor venal que tenía la flota transmitida, a tenor del informe emitido por el perito de la acusación (el de la defensa tachó de excesiva la valoración, pero en relación a algunos modelos de vehículos, indicando que se limitó a realizar un examen aleatorio). Ante tal falta de seriedad hemos descartado ese informe, aunque sí consideramos las apreciaciones del perito de la defensa, en punto a que hay que tomar en consideración que se trata de la compra de una flota y no por vehículo y que en flota se desprecian porcentajes de aumento por extras, siendo ello subjetivo. Además, este perito no compartió que existiera una valoración de compra y otra de venta. Aquí en todo caso estamos en compra -solo hubo una transmisión- y no reventa), pero sin consideración a aumento ninguno por extras, pues **ese incremento se verificó teniendo en cuenta el hipotético estado de cada vehículo en función de un porcentaje de aumento, según la opinión del socio mayoritario de Granrencar (Sr. Virgilio), si bien y en la medida en que parte de esa flota contaba en el inmovilizado como vehículos en leasing - aunque en tráfico conste que eran propiedad de Granrencar, extremo que la Sra. Bernarda atribuyó a un error a la hora de rellenar el formulario de venta y la testigo empleada de AGV Casilda así lo confirmó, y ello viene corroborado también por los estados contables de Granrencar, dado que en el 2012 figura una deuda por leasing de 710.459,61 euros, a ese valor -el de los coches- hay que descontar dicha partida de leasing, por tratarse de un pasivo destinado a sufragar la compra de vehículos vendidos. Y a la valoración conjunta de los vehículos les aplicamos un descuento del 20% por tratarse de la venta de una flota.**

A la cantidad resultante, hay que añadir los perjuicios derivados por la pérdida de renta aparejada a la transmisión de la flota, conforme a la valoración efectuada por el perito de la acusación, dado que no compartimos las conclusiones de perito de la defensa, pues éste las ha descartado sobre la base de que dicha valoración no tiene en cuenta una tasa de riesgo muy elevada en función al surgimiento de contingencias como la pérdida de clientes, y porque los fondos propios de la entidad provenían de financiación ajena y no de socios (menos del 1%, aunque el Sr. Virgilio a través de otras empresas financiaba la marcha del negocio), pero lo cierto es que se cedió el negocio en funcionamiento y la entidad AGV obtuvo ingresos indebidos, tanto en cifras de ingresos totales, como de flujos de explotación y en el fondo en su informe reconoce que la actividad era positiva con un saldo contable de neto de más 13.000 euros, debiendo de tener en cuenta que tampoco han aflorado pasivos ocultos, dado que las actuaciones aportadas por la agencia tributaria son diligencias de embargo de créditos que Granrencar tenga frente a terceros, de ahí que prefiramos el informe económico de la acusación, pero con las matizaciones ya comentadas.

A estas tres partidas, así fijadas: **valor venal de los vehículos a precio de compra, menos un descuento del 20% por transmisión de flota, menos las cuotas de leasing y de opción de compra y daños por pérdida de rentas**, hemos de sumarle los pagos realizados de AGV a Granrencar que no están justificados, pero no en cuanto a determinadas partidas que aparecen anotadas en la contabilidad por gastos que se dicen no justificados por gastos de seguros y reparaciones de vehículos.

No tomamos en consideración estas dos partidas ya que el propio Sr. Virgilio admitió que en Granrencar siguieron quedando vehículos, tanto los familiares como otros e industriales, pero en mal estado, dijo, y que hubo que repararlos, de ahí, que pudieran verificarse esos gastos por reparaciones, alquileres y para seguros (folios 28 y 29 del informe del perito económico de la acusación), que, no lo olvidemos, figuran en la contabilidad de Granrencar y la llevanza de la contabilidad estaba externalizada (Torcuato lo dijo, y es lógico que así fuera, teniendo en cuenta el perfil de los socios; sin formación contable, y la complejidad de la operativa) y la realizaba una gestoría. Además, en las cuentas constan ingresos totales y flujos de caja de operaciones positivos en Granrencar durante el año 2013 y 2014, aunque fueran muy inferiores a los del



ejercicio 2012, al haberse traspasado casi la totalidad de la explotación hacia AGV (ver informe pericial del perito Gines , folio 14)".

No puede afirmarse, por ello, que no se ha dado una respuesta motivada respecto a la reducción del importe por leasing, ya que la circunstancia de la distinta valoración del recurrente no provoca o determina la vulneración de la tutela judicial efectiva.

El motivo se desestima.

NOVENO .- 3.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley. Indebida inobservancia de los artículos 109.1 , 115 y 116.1 del Código Penal .

Cuando se cuestiona en sede casacional el quantum indemnizatorio sólo puede ser cuando se fijan las bases de modo defectuoso o con error patente o con arbitrariedad. No se trata de fijar en este caso una responsabilidad penal, o no, con alteración, sino la fijación de las bases de la determinación del quantum, y eso se ha explicado y motivado en el FD 4º de la sentencia, de la misma manera que en el auto de aclaración, y no en los hechos probados se ha determinado la cifra concreta del alcance de la responsabilidad civil derivada del delito cometido, ajustando el Tribunal el perjuicio real al estado contable del cálculo de sumandos y en el auto de aclaración se fija el "restando" por el concepto del leasing, toda vez que pueden completarse y complementarse las partidas de la responsabilidad civil cuando se fijen las bases en la sentencia, como se ha hecho en el FD 4º y deba completarse en razón a errores y defectos padecidos, como ocurrió y se aclaró.

No existe la vulneración pretendida. Está motivada la partida del leasing, que se aclaró, al igual que lo hizo el Tribunal en el auto de aclaración por partidas superiores.

El motivo se desestima.

DÉCIMO .- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim)

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados Torcuato y Bernarda , así como de la Acusación Particular **IBIZA MM22, S.L.** y **Virgilio** como administrador, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, de fecha 27 de febrero de 2018 , en causa seguida contra los anteriores acusados por delito de apropiación indebida. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos y a la pérdida del depósito constituido por la Acusación Particular. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Andres Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina