

Roj: **STS 2460/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2460**Id Cendoj: **28079120012015100321**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/06/2015**Nº de Recurso: **1679/2014**Nº de Resolución: **329/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENEDEZ DE LUARCA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP V 1887/2014,**
STS 2460/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil quince.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por **Sabino y Maite**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Tercera), con fecha veinte de Mayo de dos mil catorce, en causa seguida contra Sabino y Maite, por delitos societarios y apropiación indebida, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente los acusados Sabino, representado por el Procurador Sr. D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz y defendido por la Letrada Sra. D^a M. Elena Melón Crispín; y **Maite**, representada por la Procuradora D^a Patricia Gómez-Pimpollo del Pozo y defendida por el Letrado Sr. D. José Antonio Méndez Pinedo.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de los de Valencia instruyó el procedimiento Abreviado con el número 147/2012, contra Sabino y Maite; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3^a, rollo 95/2013) que, con fecha veinte de Mayo de dos mil catorce, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Entre el 10 de octubre de 2007 y 23 de enero de 2008 Sabino, mayor de edad, sin antecedentes penales y apoderado de la sociedad BAUER 4 PROYECTOS URBANOS S.L. integrada por los socios Amador y Argimiro (hermanos del acusado) y Calixto (casado con una hermana del acusado) y que gestionaba "La Colomera, Cooperativa Valenciana", realizó extracciones por un importe total de 291.300 euros de la cuenta número 220017224 de la sucursal de La Caixa sita en la calle Correos de Valencia, de la que era titular la citada cooperativa. Ésta se había constituido en era construir 14 viviendas en Oropesa del Mar (Castellón) siendo encargados del proyecto Amador y Argimiro y Calixto. La suma citada se fue transfiriendo a la cuenta de BAUER 4 PROYECTOS URBANOS S.L. y de la empresa propiedad de ésta, DESARROLLO INMOBILIARIO DE PETRES S.L. (DIP), mediante el uso de claves y firma electrónica de Amador, que era también presidente de la Cooperativa. En virtud de acta de manifestaciones efectuada el 11 de agosto de 2008 ante notario de Valencia se reconoció por Sabino que entre el 10 de octubre de 2007 al 23 de enero de 2008 realizó las referidas salidas de la cuenta de la Cooperativa por un importe total de 291.300 euros y que lo había hecho sin conocimiento de ningún miembro del Consejo Rector de la Cooperativa, "habiendo obtenido las claves electrónicas en la oficina nº 3456 Correos, C/ Correos nº 12, 46002, Valencia de "La Caixa", "sin consentimiento ni conocimiento del Presidente, D. Amador, de la tesorera D^{ña}. Maite ni de la Secretaria Doña Jacinta .," "Que estas acciones las realicé de manera unipersonal, con total desconocimiento y sin autorización, del resto de los miembros de la Cooperativa antes



referenciada, por lo que exoneró de cualquier responsabilidad a los miembros del Consejo Rector, así como al resto de los socios de la Cooperativa". El importe del dinero distraído fue repuesto en las arcas de la Cooperativa con anterioridad a la asamblea de 2 de octubre de 2008 de la citada Cooperativa en la que se renovaron los cargos de gestión y representación.

Como se ha dicho, BAUER 4 PROYECTOS URBANOS S.L. era propietaria de la empresa DIP que tenía en propiedad un terreno en Petrés y de NABLA 10 S.L., propietaria de dos terrenos, uno en Finestrat y otro en Paterna. Ante la imposibilidad de afrontar los gastos del vencimiento de las pólizas suscritas por BAUER 4 PROYECTOS URBANOS S.L. con diferentes entidades bancarias, en fecha 6 de octubre de 2008 se acordó llevar a cabo nuevas aportaciones dinerarias por los socios, por 150.000 euros cada uno, así como solicitar un préstamo hipotecario a la entidad la CAM por 380.000 euros.

En la Junta universal de accionistas de 25 de junio de 2009 de DESARROLLO INMOBILIARIO DE PETRÉS S.L., se acordó cambiar el sistema de administración de la empresa, y estableciéndose una administración mancomunada y nombrándose al efecto administradores a Sabino y Argimiro por tiempo indefinido, formalizándose los acuerdos en escritura pública de 29 de junio del mismo año.

El 2 de septiembre siguiente, en virtud de escritura pública otorgada en Torrente (Valencia) ante el Notario D. Jesús Beneyto Feliú, Sabino actuando como apoderado de BAUER QUATRO PROYECTOS URBANOS S.L. transfirió la titularidad de las participaciones de ésta en la empresa DESARROLLO INMOBILIARIO DE PETRÉS a su esposa, Maite en dación de pago de lo aportado en su día a BAUER, valorándose la entidad transferida en 150.000 euros. El acusado actuó sin autorización ni conocimiento del administrador de la entidad, Argimiro ni de los demás socios de BAUER QUATRO PROYECTOS URBANOS S.L. y usando los poderes de que disponía, escriturados en fecha 13 de octubre de 1998. Seguidamente, Maite nombró a Sabino administrador único de DIP y éste ordenó a la Agencia Tributaria que ingresara el importe de IVA que iba a ser devuelto a la sociedad en la cuenta número 3118 0035 16 2032726123 de la Caja Rural de Torrent (Valencia) abierta a nombre de DIP y en la que, a fecha 21 de octubre de 2009 Hacienda ingresó 114.935,65 euros; dinero del que dispuso el acusado, de forma que a fecha 30 de octubre la cuenta contaba con un saldo de 25,15 euros. El cambio de titular de la empresa DIP no se inscribió en el Registro Mercantil.

Argimiro y su esposa, Violeta, obtuvieron un préstamo de 410.000 euros en el Deutsche Bank S.A.E. el 17 de febrero de 2009 sobre su vivienda sita en la CALLE000 de Valencia y que había sido ya hipotecada por el Banco Santander por 200.000 euros el 4 de abril de 2008 y se había ampliado por 44.744,97 euros el 4 de junio de 2008. Calixto y su esposa, Angelina, el 22 de diciembre de 2008 obtuvieron de la CAM un préstamo hipotecario sobre su vivienda sita en la AVENIDA000, por 165.000 euros.

Por BAUER 4 PROYECTOS URBANOS S.L. se hipotecó el terreno que NABLA 10 S.L. tenía en Finestrat, en garantía del préstamo de 380.000 euros obtenido en virtud de escritura de fecha 2 de noviembre de 2009. En la operación intervino personalmente Sabino como apoderado de la entidad NABLA S.L. que era la hipotecante no deudora.

El 20 de mayo de 2010 se libra escritura pública referida a DIP en la que se acuerda el cese en la administración mancomunada de Argimiro Y Sabino y se nombra al acusado administrador único. El 21 de mayo de 2010 mediante acta notarial se notificó a Argimiro el cambio de titular de DIP y su cese como administrador de ésta(sic)".

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

"Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Sabino y a Maite como autores responsables de un delito de apropiación indebida del art. 252 en relación con el art. 250 1.5º del Código Penal a la pena de 2 años de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena y multa de 7 meses a razón de 6 euros diarios a cada uno.

SEGUNDO: Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Sabino y a Maite, como autores del resto de delitos de que eran acusados.

TERCERO: Se imponen las costas procesales proporcionalmente devengadas a los acusados(sic)".

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, por Sabino y Maite, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los presentes recursos.

Cuarto.- El recurso interpuesto por Sabino, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia de su representado, y vulneración del principio "in dubio pro reo", e infracción del art. 24.2 de la Constitución



Española , que señala "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".

2.- En virtud de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim , por pura infracción de Ley, por infracción de precepto penal por no aplicarse correctamente los arts. 252 y 293 CP , en contradicción con los hechos declarados probados.

3.- Y por infracción de Ley del art. 849.2 de la LECr , en relación con el art. 861 del mismo cuerpo legal , señalando como particulares para su remisión los relacionados en el escrito unido a los presentes autos.

Quinto.- El recurso interpuesto por Maite , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Se interpone el recurso por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECrim por indebida aplicación del artículo 252 del C.P .

2.- Se interpone el recurso por infracción de Ley, al amparo del nº 2 del art. 849 de la LECrim por error en la apreciación de la prueba basándose en los documentos que obran en autos el escrito de acusación del Ministerio Fiscal. A los folios 420 y ss del rollo de la Audiencia Provincial. Así como al amparo del art. 5.4 de la LOPJ denunciando la vulneración de los principios constitucionales de un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva la ley, Y POR HABERSE PRODUCIDO INDEFENSIÓN recogidos en el artículo 24 puntos 1 y 2 de la Constitución Española de 1978 .

3.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del artículo 24.1 de la CE , por haberse producido indefensión.

Sexto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, por parte del mismo solicita la inadmisión de los recursos de casación interpuestos, o subsidiariamente su desestimación, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sétimo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día veintiséis de Mayo de dos mil quince.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los dos recurrentes han sido condenados como autores de un delito de apropiación indebida del artículo 252 en relación con el artículo 250.1.5, ambos del Código Penal , a la pena de dos años de prisión y multa de siete meses. En la sentencia de instancia, junto a otros hechos que el Tribunal de instancia ha considerado no constitutivos de delito o bien, de delitos no incluidos en las acusaciones, declara probado que la empresa BAUER CUATRO PROYECTOS URBANOS, S.L., era propietaria de la empresa Desarrollo Inmobiliario de Petrés, S.L., (DIP, S.L.) que tenía en propiedad un terreno en Petrés, y de la empresa NABLA 10, S.L., a su vez propietaria de otros dos terrenos, en Finistrat y en Paterna. Ante la dificultad de afrontar los gastos del vencimiento de distintas pólizas suscritas con diferentes entidades bancarias, se acordó que cada socio aportara 150.000 euros, así como solicitar un préstamo a la CAM por 380.000 euros. El 25 de junio de 2009, se modificó el régimen de administración y se estableció una administración mancomunada, nombrándose administradores al acusado recurrente Sabino y a Argimiro . El día 2 de setiembre siguiente, el acusado Sabino , actuando como apoderado de BAUER CUATRO, transfirió la titularidad de las participaciones de ésta en DIP, S.L. a su esposa, la acusada Maite , en dación en pago de lo aportado en su día a BAUER CUATRO, valorándose la entidad transferida en 150.000 euros. El acusado, actuó sin autorización ni conocimiento del administrador de la entidad, Argimiro , ni de los demás socios de BAUER CUATRO y lo hizo usando los poderes de que disponía, escriturados en fecha 13 de octubre de 1998. Seguidamente, Maite nombró a Sabino administrador único de DIP, y éste ordenó a la Agencia Tributaria que ingresara el importe del IVA que iba a ser devuelto a esa sociedad en una cuenta corriente de la misma, lo que se efectuó por la Agencia el 21 de octubre de 2009, por importe de 114.935,65 euros, dinero del que dispuso el acusado antes del día 31 de dicho mes.

En el fallo de la sentencia impugnada no se fija indemnización alguna derivada de este hecho, aclarando el Tribunal que no fue solicitada por las acusaciones.

Contra la sentencia interponen recurso de casación.

Recurso interpuesto por Sabino

En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim , denuncia error en la apreciación de la prueba derivado de documentos, y designa a estos efectos una escritura de venta de inmuebles de la mercantil DIP,



S.L. de fecha 11 de diciembre de 2013, de dación en pago de los mismos al Banco de Sabadell a través de la entidad Solvia, con la finalidad de cubrir hipotecas y pagar las deudas con la entidad bancaria en relación con la promoción inmobiliaria iniciada en Petrés; varios documentos privados firmados el 11 de diciembre de 2013 por los querellantes, en los que se hace constar la reducción de su crédito contra DIP, S.L. al tiempo de la anterior escritura; y varios justificantes de pago realizados desde la cuenta corriente del recurrente a las cuentas de las mercantiles BAUER CUATRO PROYECTOS URBANOS, S.L. y NABLA 10, S.L. y a las cuentas de los querellantes, con las que justifica el destino de los 114.000 euros procedentes de la devolución del IVA. Con esos documentos pretende demostrar que saldó todas las deudas que pudo y que los querellantes han sido resarcidos de cualquier perjuicio económico que pudieran haber sufrido.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 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 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.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

2. Los documentos designados no demuestran por sí mismos ningún elemento fáctico que contradiga el contenido de los hechos probados que se refieren al recurrente y que la Audiencia ha considerado constitutivos de delito, es decir, los relativos a la transmisión a su esposa, la coacusada Maite, de las participaciones que la entidad BAUER CUATRO tenía de la sociedad DIP, S.L. y la disposición efectiva de los 114.000 euros recibidos por esta sociedad en concepto de devolución de IVA. El primero de los documentos, además de ser de fecha muy posterior a dicha transmisión e incluso a la recepción en la cuenta de DIP, S.L. de la devolución de IVA que tiene lugar en octubre de 2009, solamente se refiere a la gestión que el recurrente hizo de las deudas que dicha sociedad tenía contraídas con la entidad bancaria Banco de Sabadell en relación con su actividad inmobiliaria; los documentos designados en segundo lugar, demuestran que, en esa misma fecha, 11 de diciembre de 2013, los querellantes recibieron en pago parcial de su crédito contra la dicha sociedad, unas determinadas cantidades de dinero, pero ninguna relación tiene tal cosa con la transmisión de las acciones y la disposición del dinero, que habían tenido lugar años antes y que la Audiencia ha considerado delictivas. Y en cuanto a los movimientos de dinero reflejados en los justificantes de pago aportados en tercer lugar, solamente podrían acreditar que tales movimientos tuvieron lugar, pero no el origen del dinero ni tampoco las razones a las que obedecían. Por lo tanto, los documentos no tienen por sí mismos poder demostrativo de hechos contrarios a los que el Tribunal de instancia ha declarado probados.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el primer motivo, denuncia vulneración de la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo. Entiende que se le ha condenado sin que exista prueba suficiente, pues lo único que se ha valorado, dice, son las declaraciones de la parte acusadora, basándose en el empobrecimiento de unas sociedades cuyo objeto social era la promoción inmobiliaria. Razona acerca del primero de los hechos imputados, la extracción de 291.300 euros de la cuenta de la Cooperativa La Colomera señalando que el dinero fue devuelto. En cuanto a los hechos que se consideran en la sentencia impugnada constitutivos de delito, señala que actuó en todo momento como administrador de hecho en base al poder otorgado el 13 de octubre de 1998, que le facultaba para actuar en nombre de BAUER CUATRO con las mismas facultades que el administrador, y que en la sentencia se afirma que no se practicó prueba pericial sobre el perjuicio ocasionado a BAUER CUATRO con dicha dación en pago. Respecto al destino del dinero obtenido con la devolución del IVA, señala que se empleó en el pago de deudas de BAUER CUATRO, de NABLA 10 y de los cuatro socios, y que en el procedimiento se aportaron justificantes que no se mencionan en la sentencia. Insiste en que no se ha probado la existencia de



un perjuicio económico, lo que impide la calificación como apropiación indebida. Tampoco se ha acreditado que supusiera para el recurrente un beneficio económico.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia por otra efectuada por un Tribunal que no ha presenciado la prueba.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada. Y de otro lado, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento arbitrario o manifiestamente erróneo, no es posible prescindir de la valoración de pruebas personales efectuada por el tribunal que ha presenciado directamente la práctica de las mismas.

2. Nada impide que el Tribunal apoye la construcción del relato fáctico de la sentencia, en todo o en parte, en pruebas documentales, periciales o personales, como pueden ser las declaraciones de los perjudicados o de quienes se personan como querellantes en la causa, pues no rigen en nuestro sistema las reglas propias de la prueba tasada. En el caso, en lo que se refiere a los hechos que han sido considerados constitutivos de delito, únicos a los que aquí procede referir la queja del recurrente, se tienen en cuenta las declaraciones de los querellantes, pero también la abundante prueba documental e incluso las propias declaraciones del recurrente y de la coacusada, su esposa Maite . Por otro lado, no se ha cuestionado la realidad de la transmisión de las acciones, acreditada por la escritura pública que la refleja y de la disposición del dinero, acreditada, a su vez, por los extractos bancarios.

Se refiere especialmente el recurrente a dos aspectos, en los que se entremezclan cuestiones fácticas y jurídicas. En primer lugar, afirma que actuó dentro de las funciones que le asignaba el poder otorgado a su favor el 13 de octubre de 1998. Y en segundo lugar, argumenta sobre la inexistencia de perjuicio.

En cuanto al primero, es cierto, y así se declara probado, que el recurrente actuó como apoderado de la sociedad BAUER CUATRO, transmisora de las participaciones sociales a la esposa de aquel como dación en pago. Pero también lo es que solamente tenía las facultades propias del administrador que se reflejan en el poder, y éstas no alcanzaban a la transmisión de las participaciones sociales intervivos si no era con previo cumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 29 de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada , entonces en vigor. El recurrente manifestó ante el notario, y así consta en la escritura pública, que esta Sala ha examinado al amparo del artículo 899 de la LECrim , que tales previsiones se habían cumplido, cuando no había sido así, pues los socios no tienen conocimiento de la venta hasta el mes de mayo del año 2010. Tal como se recoge en la sentencia impugnada, FJ 2º, el recurrente no ostentaba la administración de BAUER, *no contó con la autorización del administrador único ni consentimiento de junta alguna* , sin que los demás socios tuvieran conocimiento de ello con anterioridad a su realización. Actuó, entonces, como apoderado, pero fuera de las facultades otorgadas por el poder.

De otro lado, aunque en la sentencia se recoge con cierta confusión, de las afirmaciones contenidas en la fundamentación jurídica y del examen de la documental obrante al folio 58 de la causa, se desprende que en junio de 2009, es decir, antes de los hechos, la sociedad BAUER CUATRO PROYECTOS URBANOS, S.L. había procedido, en junta universal de accionistas, a modificar el sistema de administración, nombrando administradores mancomunados al recurrente y a su hermano Argimiro , lo que pone en cuestión la subsistencia del apoderamiento acordado sobre la base de un sistema de administración diferente y por alguien cuyas facultades como administrador único habían sido revocadas.

En cualquier caso, el recurrente no actuó dentro de las facultades propias del administrador, pues a éste no le correspondía por su propia autoridad, la transmisión libre de las participaciones sociales, limitada fuertemente por las disposiciones contenidas en el artículo 29, ya citado, de la LSRL , a cuyas previsiones nos e dio el debido cumplimiento.



3. En cuanto a la existencia de perjuicio, la jurisprudencia ha afirmado últimamente que *la apropiación indebida no requiere un enriquecimiento del sujeto activo, sino perjuicio del sujeto pasivo, lo que rige tanto en el supuesto de apropiación de cosas como en la consistente en la distracción del dinero* (STS nº 87/2015, de 11 de febrero). En cuanto a esta segunda conducta, la jurisprudencia ha estimado que no es un elemento del delito la existencia de un enriquecimiento por parte del autor, cuando se ha seguido la línea jurisprudencial según la cual en el artículo 252 existe, al lado de la apropiación clásica de cosas un supuesto de administración desleal que, además de la condición del sujeto pasivo como titular de un poder de disposición sobre el patrimonio ajeno, otorgado por la ley, el negocio jurídico o conferidas por la autoridad, solamente requiere la causación de un perjuicio a través del ejercicio abusivo de aquellas facultades. Enriquecimiento que, sin embargo, se ha considerado generalmente inherente al hecho de la apropiación de cosas, en atención al significado de la incorporación al patrimonio propio o de un tercero.

De cualquier manera, es cierto que en la sentencia impugnada se razona que *no se ha practicado prueba pericial sobre la incidencia de la dación en pago de DIP ni siquiera en la situación económica de BAUER que fue el sujeto pasivo del delito* . Sin embargo, ello no quiere decir que, aun en ausencia de una prueba pericial, no pueda afirmarse la existencia de un perjuicio.

El perjuicio puede considerarse como una desvalorización del patrimonio, ocasionada por cualquier causa. Es importante a estos efectos determinar el concepto de patrimonio al que se debe atender. La jurisprudencia ya había señalado en la STS de 23 de abril de 1992 , que *"... en la doctrina moderna, el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa, la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial "*. En la STS nº 91/2010 se insistía en este concepto diciendo lo siguiente: *" Pero bastaría la propia merma, por sustracción, de un derecho económico que les pertenece, para que el perjuicio típico fuera tenido por existente. Hemos dicho en STS 841/2006, de 17 de julio , que las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada "*. Y más recientemente, STS nº 201/2014, de 14 de marzo , se afirmaba en relación al perjuicio patrimonial, que *"... es cierto que tiene lugar cuando se produce una disminución patrimonial lesiva para el perjudicado, pero la jurisprudencia ha manejado un concepto objetivo individual de patrimonio que obliga a tener en cuenta la finalidad económica de la operación realizada por el titular a los efectos de identificar la existencia del perjuicio patrimonial "*.

Por lo tanto, podrá apreciarse la existencia del perjuicio típico cuando mediante la conducta imputada se impida al titular del patrimonio afectado el ejercicio de sus facultades para la disposición ordinaria del mismo a la que tenía derecho, en orden al cumplimiento de las finalidades decididas por aquel titular.

4. En la sentencia se describe una situación en la que la sociedad BAUER, de la que eran socios otras tres personas, además del recurrente, tenía tales dificultades de financiación que llevaron a aquellos, y así consta al folio 299 de la causa, a acordar una aportación de 150.000 euros cada uno y además, a solicitar un préstamo por importe de 380.000 euros, cuya devolución se financiaría en parte con los 114.000 euros que se iban a recibir en concepto de devolución de IVA. En esas circunstancias, el recurrente, sin conocimiento del resto de los socios, y para incorporarlas al patrimonio de la coacusada, su esposa Maite , extrajo del patrimonio de la sociedad BAUER CUATRO, las participaciones sociales que la hacían propietaria de otra sociedad, DIP, S.L., que realizaba una promoción inmobiliaria en Petrés, lo que suponía no solo la falta de control sobre el funcionamiento y operatividad de la misma, lo que ya de por sí constituye un perjuicio, sino, además, la imposibilidad de contar con los 114.000 euros que suponían que iban a recibir y que efectivamente recibieron al mes siguiente, octubre de 2009, que podrían haber sido empleados en las finalidades acordadas en cada momento por los legítimos administradores de la sociedad; y del mismo modo, la imposibilidad de disponer del patrimonio de la sociedad DIP, S.L.. De otro lado, apareciendo acreditado que cada uno de los socios había



aportado 150.000 euros, es claro que resulta perjuicio para los demás del pago íntegro a uno solo de ellos, cuando además no consta que la deuda estuviera ya vencida y fuera exigible su inmediata satisfacción.

Por lo tanto, puede afirmarse la existencia de un perjuicio económico, aun cuando no estuviera estrictamente determinado en su importe y aun cuando, como se recoge en la sentencia impugnada, FJ 6º, no se concretara en una reclamación de indemnización civil.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción de los artículos 252 y 293 del Código Penal en contradicción con los hechos declarados probados. En el desarrollo del motivo se refiere a la distinción entre el delito societario y la apropiación indebida, señalando que debería aplicarse el delito societario por ser menos gravoso para el reo. Recoge el contenido de algunas resoluciones de esta Sala sobre la cuestión. Señala que en el caso, actuó como administrador de hecho, de conformidad con el poder otorgado el 13 de octubre de 1998 y aunque debió contar con la consulta a los demás socios y notificarlo al administrador actuó dentro de sus atribuciones. Así, mediante la dación en pago procedió a cancelar una deuda cierta, líquida y vencida de la sociedad BAUER CUATRO con su esposa, sin haber causado perjuicio alguno. Insiste en la cancelación de otras deudas a través de la venta de los inmuebles de la sociedad DIP a Solvia y en el destino de los 114.000 euros que recibió como devolución del IVA.

1. Aunque el recurrente se refiere al artículo 293 del Código Penal, cuyo contenido reproduce, lo cierto es que no ha sido aplicado en la sentencia, por lo que su alegación carece de contenido y fundamento alguno. En cuanto al artículo 252 del Código Penal, respecto del ámbito de actuación del recurrente y de la existencia de perjuicio, se reitera el contenido del anterior fundamento jurídico.

2. En cuanto a la distinción entre las figuras de apropiación indebida y el delito societario del artículo 295 del Código Penal, la condena se ha producido por el primero de los delitos mencionados, por lo que es preciso establecer si en la conducta se contienen los requisitos necesarios para apreciar el delito de apropiación indebida, que en el caso recaería sobre valores, al referirse la acción a la transmisión de las participaciones sociales que BAUER CUATRO tenía en DIP, S.L., que la hacían propietaria de la misma; y sobre dinero al disponer de los 114.000 euros recibidos por la sociedad en concepto de devolución del IVA.

La jurisprudencia ha señalado que el delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal requiere "... la existencia concatenada de cuatro elementos: a) recepción por un sujeto activo de dinero, efectos, valores u otra cosa mueble o activo patrimonial, recepción que se produce de forma legítima, b) que ese objeto haya sido recibido, no en propiedad, sino en virtud de un título jurídico que obliga a quien lo recibe a devolverlo o a entregarlo a otra persona, c) que el sujeto posteriormente realice una conducta de apropiación con ánimo de lucro o distracción dando a la cosa un destino distinto y d) que esta conducta llegue a producir un perjuicio patrimonial a una persona (STS núm. 153/2003, de 8 febrero y STS nº 915/2005) ", (STS nº 537/2014, de 24 de junio). En orden a la distinción con el delito societario del artículo 295 del Código Penal, se han señalado distintos aspectos en la evolución de la jurisprudencia sobre el particular. Así, entre otras tesis, se ha dicho que el administrador societario que dispone fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrae obligaciones en nombre de ésta causándole un perjuicio, actúa dentro de las facultades propias del administrador, aun cuando lo haga deslealmente en el sentido de que no lo hace guiado por la finalidad de obtener beneficio para la entidad que administra, mientras que quien se apodera de bienes muebles que ha recibido por alguno de los títulos previstos en el artículo 252, haciéndolos suyos o incorporándolos a su patrimonio o al de un tercero, no solo no actuará en beneficio de su principal, sino que nunca lo hará dentro de las facultades propias del administrador, que en ningún caso le autorizaría a ello. Desde otra perspectiva, se ha valorado la naturaleza estática del patrimonio afectado en el caso de la apropiación indebida por contraste con el dinamismo inherente a la administración del patrimonio societario, en cumplimiento de los fines de la entidad, en el delito del artículo 295. O se ha tenido en cuenta que en el delito societario el administrador actúa facultades jurídicamente reconocidas, cosa no apreciable en la apropiación indebida. O bien que la disposición de los bienes tiene en esta última un carácter definitivo, mientras que no ocurre así en el delito societario.

En general, se ha admitido (STS 517/2013, de 17 de junio) que la apropiación indebida comprende los supuestos de apropiación genuina con "animus rem sibi habendi" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para el titular, mientras que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero.

3. En el caso, el recurrente actuó, al menos aparentemente, como apoderado de BAUER CUATRO, pero, en todo caso, lo hizo fuera o más allá de las facultades que le correspondían según el poder y la ley aplicable. Se aprovechó, pues, de su posición y de la apariencia que esta generaba, para ejecutar la acción apropiatoria. En segundo lugar, las facultades de administración que le correspondían son las que justificaban su poder de



disposición sobre los bienes de la sociedad, como tal administrador, aunque las excediera en el caso. En tercer lugar, la conducta realizada constituye un indudable acto de apropiación, en tanto que extrae definitivamente las referidas participaciones del ámbito de decisión de la sociedad y las entrega en dación en pago a un tercero, en el caso, la coacusada, su esposa Maite . Aun cuando se exigiera como elemento del delito el animus rem sibi habendi, en lo que la jurisprudencia no es unánime, lo cierto es que tal ánimo está presente en la conducta de quien, sin serlo, actúa como dueño de una cosa, incluso cuando lo hace para, como dueño, transmitirla a un tercero, pues, como señalaba esta Sala en un caso de distracción de dinero, "... el propósito de tener el dinero para sí sería de apreciar aunque el autor solo persiguiera una tenencia transitoria, como ocurre en todos los casos como el presente, en los que no se comprueba un enriquecimiento personal definido del autor, sino solo una disposición antijurídica del dinero administrado ", (STS nº 1248/2000, de 12 de julio). Y en cuarto lugar, como hemos ya señalado, la conducta causó un perjuicio patrimonial a un tercero, en cuanto que, ilícitamente, privó a la sociedad BAUER CUATRO de la efectividad de su poder de disposición sobre las participaciones sociales en la otra sociedad, DIP, S.L., perdiendo al mismo tiempo la posibilidad de disponer del patrimonio de esta sociedad, que, a través de los correspondientes órganos de decisión, le correspondían como único titular de las participaciones sociales.

Por todo ello, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Maite

CUARTO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción por aplicación indebida, del artículo 252 del Código Penal . Argumenta que ha sido condenada por apropiarse de 114.000 euros que cobra como devolución de IVA en una sociedad gestionada de modo efectivo por su marido y que luego fue reembolsada a las sociedades de los querellantes, pero quien designó la cuenta de ingreso y dispuso del dinero fue su marido, sin que apareciese la recurrente. De otro lado, dice, no consta el perjuicio irrogado.

1. Parte de las cuestiones planteadas en el motivo ya han sido resueltas en anteriores fundamentos jurídicos, cuyo contenido se da ahora por reproducido. Así, las relativas a la concurrencia de los elementos del delito de apropiación indebida y, concretamente, a la existencia de perjuicio típico.

2. Por otro lado, la recurrente ha sido condenada por la disposición de los 114.000 euros recibidos por DIP como devolución de IVA, pero, tal como se entiende en la sentencia impugnada, esa fase de la conducta no puede independizarse de la anterior, en la que se produce la apropiación de las participaciones sociales que BAUER CUATRO tenía en la empresa DIP, S.L., que la hacían de facto propietaria de la misma, operación en la que intervino como receptora y, por lo tanto, en concepto de cooperadora necesaria. Y es claro que tal operación, seguida del nombramiento que la acusada hace de su marido, el coacusado Sabino , como administrador único, tiene como finalidad autorizarle para que disponga del patrimonio de la sociedad, como efectivamente hizo. Carece, pues, de relevancia que, tras nombrar a su marido, el coacusado Sabino , administrador único de DIP, fuera éste quien ejecutara los actos materiales de disposición que se describen en la sentencia y a los que alude en sus alegaciones.

Por todo ello, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim , denuncia error en la apreciación de la prueba, designando como documento el escrito de acusación del Ministerio Fiscal. Igualmente hace referencia a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva sin indefensión. En el desarrollo del motivo se limita a señalar que no fue acusada por el Ministerio Fiscal de la apropiación de las participaciones de BAUER CUATRO en DIP, S.L..

1. El motivo por error en la apreciación de la prueba se basa en la existencia de documentos que por su propio poder demostrativo acrediten la existencia o inexistencia de un hecho relevante para el fallo que sea contrario a la relación fáctica contenida en la sentencia, y sin que existan sobre el particular otras pruebas que el Tribunal haya podido valorar. A estos efectos, no puede considerarse como documento el escrito de acusación del Ministerio Fiscal. De un lado, porque se trata de un documento procesal, originado en el proceso, y de otro porque no puede acreditar la existencia o inexistencia de hechos ocurridos fuera del mismo.

2. Cuestión diferente es la denunciada vulneración del principio acusatorio. Pues a los efectos de determinar los hechos y los delitos respecto a los que puede pronunciarse el Tribunal es preciso, con carácter previo, establecer cuales son los hechos y los delitos contenidos en las acusaciones.

El principio acusatorio exige la separación total entre las funciones de acusar y juzgar, con lo que se preserva estructuralmente la posición imparcial del Tribunal, y asimismo supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él. Dicho de otra forma, la condena presupone una acusación. A ello se añade, pero ya en relación al derecho de defensa, que la acusación ha de formularse en condiciones tales que el acusado pueda defenderse.



Aunque no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en Sentencias 17/1988, 168/1990, 47/1991, 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994, ha consagrado una constante doctrina que reflejada, entre otras, en Resoluciones de esta Sala de 14 febrero 1995, 14 marzo, 29 abril y 4 noviembre 1996, es del siguiente tenor: « los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo ». (STS nº 1590/1997, de 30 de diciembre).

En el mismo sentido, destacando nuevamente la necesidad de conocer la acusación para evitar la indefensión, esta Sala ha señalado en STS nº 1954/2002, de 29 de enero, y reiterado en numerosas sentencias posteriores, que " el contenido propio del principio acusatorio consiste en que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él acusación por una parte acusadora ajena al órgano enjuiciador, en tales términos que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por la acusación y la defensa, lo que significa que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria ".

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación. La cuestión de la vinculación a la pena interesada por las acusaciones ha sido tratada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006, en el que acordó que " el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa ".

El principio acusatorio, por lo tanto, contiene una prohibición, dirigida al Tribunal, de introducir hechos perjudiciales para el acusado sustancialmente distintos de los consignados por la acusación. Tal forma de proceder afectaría al principio acusatorio, en cuanto el Tribunal invade las funciones del acusador construyendo un relato fáctico que, esencialmente, no tiene su antecedente en la acusación. Pero también se relaciona íntimamente con otros principios, pues también lesiona el derecho a un Juez imparcial, en cuanto la actuación del Tribunal puede valorarse como una toma de posición contra el acusado. Y desde otro punto de vista, se relaciona también con el derecho de defensa, pues el Tribunal que introduce de oficio en la sentencia hechos desfavorables para el acusado, relevantes para la calificación jurídica, infringe ese derecho en cuanto no ha permitido la defensa contradictoria respecto de los mismos, ya que aparecen sorpresivamente, una vez finalizado el juicio oral.

Sin embargo, en ninguna de estas perspectivas, el principio acusatorio impide que el Tribunal configure los detalles del relato fáctico de la sentencia según las pruebas practicadas en el juicio oral, siempre que respete la identidad sustancial del hecho imputado. Es al Tribunal y no a las partes a quien corresponde valorar la prueba practicada, y en su consecuencia puede introducir en el relato otros elementos, siempre que sean de carácter accesorio respecto del hecho imputado, que incrementen la claridad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido. Igualmente es posible que el órgano jurisdiccional entienda que la prueba practicada solamente acredita una parte de los hechos imputados, aplicando a éstos las normas penales procedentes, siempre que se trate de delitos homogéneos y no más graves.

Todo ello tiene un límite infranqueable, pues ha de verificarse siempre con respeto al hecho nuclear de la acusación, que no puede ser variado de oficio por el Tribunal en perjuicio del reo.

3. En el caso, el acusador público no imputó a la recurrente participación en los hechos relativos a la transmisión de las participaciones de DIP, S.L. y en la disposición del dinero recibido por este de la Hacienda Pública. Sin embargo, tal como señala el Ministerio Fiscal en su informe ante esta Sala, la acusación particular sostenida en nombre de los socios de BAUER CUATRO incluyó en su relato de los hechos la transmisión de las participaciones en la que la recurrente aparecía como adquirente de las mismas, que calificó como delito societario imputado al coacusado Sabino, y además, acusaban a ésta y al citado coacusado, de un delito de apropiación indebida por la disposición que habían hecho de los 114.000 euros recibidos en concepto de devolución de IVA. La Audiencia no afirmó que esta conducta no fuera constitutiva de delito, sino que entendió que, respecto de Sabino, quedaba englobada en los actos previos de transmisión de las



participaciones sociales, no dando lugar, pues, a la existencia de un delito continuado, sin que las acusaciones hayan interpuesto recurso en relación a esta decisión.

En consecuencia, al condenar por esos hechos y por ese título jurídico a la recurrente, no se ha producido infracción alguna del principio acusatorio.

SEXTO.- En el tercer motivo, se queja la recurrente de la indefensión que considera que le ha producido la imprecisión de las cantidades y actos descritos y la disparidad de los múltiples relatos fácticos de los supuestos hechos, lo que le ha impedido defenderse. Sugiere, además, la conveniencia de haber procedido a una auditoría que aclarase la existencia y cuantía de los perjuicios.

1. En cuanto a los hechos por los que ha recaído condena en contra de la recurrente, están claramente expuestos en las conclusiones de las acusaciones particulares, en las que se recoge que la recurrente recibió, como dación en pago de su crédito con BAUER CUATRO PROYECTOS URBANOS, S.L., a través de su marido, el coacusado Sabino, que actuaba como apoderado, las participaciones sociales que aquella sociedad tenía en la sociedad DIP, S.L., y que, aprovechándose de ello, lo nombró administrador único, procediendo en ese concepto a comunicar a la Hacienda Pública la cuenta donde debía ingresarse el dinero procedente de la devolución por IVA, y a disponer del mismo en su integridad de modo inmediato, por lo que en ese aspecto, único relevante en relación a la condena, no se ha producido indefensión, en tanto que conoció debidamente los hechos imputados y pudo defenderse de las imputaciones que hacían las acusaciones.

2. En cuanto a la posible proposición y práctica de otras pruebas, sobre la existencia de un perjuicio patrimonial debe reiterarse lo ya dicho más arriba, pues su existencia puede derivarse de los hechos, en los que constan los elementos patrimoniales de los que se vio privada la sociedad BAUER CUATRO y su valoración.

No consta, por otro lado, que se le denegara a la defensa la práctica de ninguna prueba que pueda considerarse relevante.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** a los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, interpuestos por las representaciones procesales de los acusados **Sabino y Maite**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, con fecha 20 de Mayo de 2.014, en causa seguida contra los mismos, por delito de apropiación indebida. Condenamos a dichas partes recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menendez de Luarca, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.