



Roj: **STS 5244/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5244**

Id Cendoj: **28079120012016100901**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2016**

Nº de Recurso: **764/2016**

Nº de Resolución: **896/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 2420/2015,**
STS 5244/2016

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 896/2016

RECURSO CASACION N°: 764/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha Sentencia : 30/11/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Monterde Ferrer

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : OVR

"Delito continuado de Apropiación Indevida. Distracción de dinero recibido de inversionista con finalidad específica de adquisición de inmuebles en Dubai. Especial gravedad. Quebrantamiento de forma. Error de hecho en la apreciación de la prueba. Infracción de ley. Comiso de las cuentas bloqueadas de una sociedad, que el condenado había abierto en su condición de apoderado. La magra explicación que proporciona el auto de aclaración de 17-2-2016 , para denegar la petición de la recurrente no parece que pueda integrar la excepción a la regla general del decomiso de bienes, medios o instrumentos o ganancias provenientes del delito, establecida en los textos anteriores a la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, consistente en "que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente". Recursos de la acusadora particular y del acusado. Se estima parcialmente el de la primera y se desestima el del segundo.

N°: 764 /2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Fallo: 08/11/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 896/2016



Excmos. Sres.:

D. José Manuel Maza Martín

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D. Juan Saavedra Ruiz

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 764/2016, interpuesto por la representación procesal del condenado D. Javier , y la acusadora particular D^a Marí Trini , contra la sentencia dictada el 30 de Junio de 2015 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, en el Rollo de Sala Nº 1043/2013, correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 63/2010 del Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Fuengirola, que le condenó como autor responsable de un delito de **apropiación indebida**, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Javier , representado por el Procurador D. Isidro Orquín Cedenilla; y la acusadora particular D^a Marí Trini , representada por la Procuradora D^a María Lourdes Cano Ochoa; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Fuengirola, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 63/2010 en cuya causa la Sección 9^a de la Audiencia Provincial de Málaga, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 30 de Junio de 2015, que contenía el siguiente **Fallo**: *"Que absolviendo a **Javier** del delito de estafa que se le imputaba, le debemos condenar y condenamos como autor de un delito de apropiación indebida, ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **dos (2) años de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y a que indemnice a Torcuato en 19.690,75 € y a Marí Trini en 134.090,16 €, más lo intereses legales correspondientes, condenándole igualmente al pago de las costas procesales causadas, incluidas las correspondientes a las acusaciones particulares personadas.*

Que debemos absolver y absolvemos a "Cajamar Caja Rural S.C." de la pretensión indemnizatoria deducida en su contra.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2a del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia."

2.- En fecha 17 de Febrero de 2016, la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó AUTO de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"La sala acuerda, aclarar la sentencia 343/15, recaída en el Rollo de Sala 1043/13, el día 30 de junio de 2015, en el particular expresado en el único fundamento de derecho de la presente."*

3.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos**: *" PRIMERO.- A principios del año 2004 Onesimo , novio de Marí Trini , que residía en Mallorca, se desplazó a Suiza por motivo de negocios, y al regresar le comentó a la Sra. Marí Trini que había contactado en Zurich con el llamado Carmelo , quien la manifestó que era príncipe y propietario de la entidad "UFB ROYAL AG", con domicilio social en Vaduz (Liechtenstein), proponiéndole tanto a Onesimo como a Marí Trini que invirtieran en la construcción de un complejo hotelero llamado "Hydrópolis" que se iba a llevar a cabo en Dubai, declinando la Sra. Marí Trini dicho ofrecimiento.*

Marí Trini y Onesimo suscribieron no obstante en fecha 20 de junio de 2004 un contrato de agencia con "UFB ROYAL AG", en virtud del cual, y con relación al proyecto "PPI Private Placement Investment "Hydropolis"



Unter Wasser Hotel Resort Dubai", aquellos cobrarían una comisión del 6% de las cantidades que obtuvieran de inversores interesados en dicho proyecto.

Posteriormente dicho individuo propuso a Marí Trini que traspasara su dinero a una cuenta de la entidad Cajamar, sucursal sita en c/ Molino nº 1 de Fuengirola, donde según le dijo trabajaba un empleado suyo de entera confianza, pues, según le dijo el Sr. Carmelo, podría obtener una elevada rentabilidad en un corto espacio de tiempo.

La Sra. Marí Trini llamó entonces a dicho supuesto empleado, el acusado **Javier**, mayor de edad y sin antecedentes penales, al teléfono que le había proporcionado el supuesto príncipe, quien le indicó que el número de cuenta en donde debía ingresar el dinero, siendo la nº NUM000, en la cual ingresó Marí Trini el día 26 de octubre de 2014 la cantidad de 284.090,16 €, haciendo constar como beneficiario "UFB ROYAL AG Hydropolis".

Dicha cuenta había sido aperturada el día 19 de abril de 2004 por el acusado a nombre de "UFB ROYAL AG", en base a un supuesto poder otorgado por la junta directiva de la sociedad y una copia de los estatutos de la misma, que fueron considerados bastantes por los empleados competentes de Cajamar. En dicha documentación se decía que Javier ostentaba el cargo de Vicepresidente de la División Financiera de la sociedad.

De dicha suma, 150.000 € se ingresaron en una cuenta a plazo fijo con vencimiento mes a mes con no NUM001 a un interés del 2%, que el acusado abrió a nombre de "UFB ROYAL AG".

La cuenta no NUM000 tenía antes de que la Sra. Marí Trini hiciera la transferencia un saldo de 7.228,10 €. Entre tal fecha y el mes de febrero de 2005, fecha en la que el Juzgado instructor acordó su bloqueo, solo se efectuaron los siguientes ingresos: 10.000 € a nombre de Noelia, 10.000 € a nombre de Enma, 10.000 € a nombre de Isabel y 5.000 € a nombre de Rodrigo.

En dicho periodo el acusado hizo reintegros en ventanilla por importe un total de 86.780 €.

El saldo de la cuenta tenía en el momento en que se acordó el bloqueo un saldo de 56.836,01 €.

El acusado, que actuaba con el propósito de obtener un beneficio patrimonial injustificado, no aplicó el dinero recibido de Marí Trini a los fines que éste le indicó, apoderándose al menos de parte del mismo.

En cuanto a los 150.000 € que el acusado ingresó en la cuenta a plazo fijo, fueron recuperados por la Sra. Marí Trini por acordarlo así el juzgado instructor durante la tramitación de las Diligencias Previas de que dimana el presente Rollo.

SEGUNDO.- Marí Trini, en virtud del contrato de agencia al que antes se ha hecho referencia, suscrito en fecha 20 de junio de 2004 con "UFB ROYAL AG", convenció a su amigo Torcuato, residente como ella en Mallorca, para que invirtiera 19.690,75 € en el proyecto "Hydropolis", consistente en la construcción de una ciudad submarina en Dubai, que supuestamente estaba patrocinado por aquella sociedad. El Sr. Torcuato creía que con ello estaba suscribiendo 5.000 participaciones de la futura cotización bursátil de dicho proyecto.

Dicha suma de dinero fue transferida a la cuenta abierta en Cajamar por el acusado, la ya mencionada NUM000. Posteriormente, se informó al inversor que se invertiría el dinero en un la investigación y desarrollo de un medicamento, si bien se desconoce el destino que el acusado dio a dicha suma."

4.- Notificada la sentencia a las partes, las representaciones de los recurrentes anunciaron su propósito de interponer recurso de casación que se tuvieron por preparados por auto de 4 de Abril de 2016, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

5.- Por medio de escritos, que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal en 28 de Abril de 2016, el Procurador D. Isidro Orquín Cedenilla y el 29 de Abril de 2016, la Procuradora Dña. M^a Lourdes Cano Ochoa, interpusieron los anunciados recursos de casación articulados en los siguientes **motivos:**

D. Javier

Primero.- Al amparo del art 849.1 LECr., por **infracción de ley**, por indebida aplicación de los arts. 252, 249, 250.1.6, 1.6 y 74 CP.

Segundo.- Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida inaplicación del art 21.6º y 66.1 y 2 CP.

Tercero.- Amparado en el art 849.1 LECr, por **infracción de ley**, y de los arts. 109 y 120 CP, referidos a la **responsabilidad civil** derivada de los delitos.

Cuarto.- Amparado en el art. 849.2 LECr. por error de **hecho en la apreciación de la prueba**, basado en documentos que obran en autos.



Quinto.- Amparado en el art. 851 de la LECr., por **quebrantamiento de forma**, por no expresar la sentencia, clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, existiendo contradicción entre los distintos que se reflejan.

Sexto.- Por **quebrantamiento de forma**, por haberse denegado la diligencia de prueba testifical inicialmente admitida.

Séptimo.- Al amparo del art 850.1 de la LECr., por **quebrantamiento de forma**, por haberse denegado la diligencia de prueba documental presentada al inicio de las sesiones del juicio oral.

Octavo.- Al amparo del art 850.1 de la LECr., por **quebrantamiento de forma**, por haberse omitido el **emplazamiento** de la entidad UFB ROYAL AG.

Noveno.- Al amparo del art. 852 de la LECr, por vulneración del derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva** y a un proceso con todas las garantías, sin indefensión del art. 24.2 CE.

Décimo.- Al amparo del art. 852 de la LECr, por vulneración del derecho fundamental del art 24 CE, en relación con el derecho a obtener una **motivación adecuada** de la prueba practicada.

Undécimo.- Al amparo del art. 852 de la LECr, por vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** del art. 24.2 CE.

Duodécimo.- Al amparo del art. 852 de la LECr, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin **dilaciones indebidas**, del art. 24 CE, en relación con el art. 5.4 LOPJ, por inaplicación del art 21.6 CP.

D^a Marí Trini

Primero.- Al amparo del art. 849.2 de la LECr por **error en la apreciación de la prueba**, basado en documentos 22 al 39 y 431 al 468.

Segundo.- Al amparo del art. 849.2 de la LECr por **error en la apreciación de la prueba**, basado en documentos que obran a los folios 22 a 39 y 431 a 468.

Tercero.- Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción del art. 120.3 CP.

Cuarto.- Por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por infracción del art 127 CP.

6.- El Ministerio **Fiscal** y la Acusadora particular, por medio de escritos fechados el 19 de Julio de 2016, y el 1 de Junio de 2016 respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos de los recursos que, subsidiariamente, impugnaron; a excepción del motivo cuarto de la acusación particular, que el Ministerio Fiscal apoyó.

7.- Por providencia de 26 de Octubre de 2016 , se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **8 de Noviembre de 2016**, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa, prolongándose la deliberación hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE D. Javier :

PRIMERO.- El primero motivo se configura, al amparo del art 849.1 LECr, por **infracción de ley**, por indebida aplicación de los arts 252, 249, 250.1.6, 1.6 y 74 CP.

1. El recurrente discrepa de la consideración del delito de apropiación indebida, puesto que no consta que él recibiera ningún dinero, sino que fue la entidad UFB ROYAL AG -creada nada menos que en 1994, y con la consideración de tercero, de la que el acusado es un simple apoderado- la expresa receptora de los fondos; ni que recibiera ningún encargo de algún inversor, pues a ninguno conocía. Y tampoco se declara probado ni la supuesta forma del apoderamiento, -pues no ha habido traspaso de la mas mínima cantidad de la cuenta de la empresa a las suyas personales-, ni su cuantía.

Y así, respecto a la Sra. Marí Trini , sostiene que la propia sentencia afirma que de haber existido engaño, no lo fue por su representado, sino por el supuesto príncipe, declarando igualmente, la falta de concierto entre ambos, y que resulta curioso, como la denunciante sólo procedió a denunciar a su representado, pero es que además, se realizó el plazo fijo de 150.000 € que habían concertado; -al tipo de interés concertado- y respecto al mismo, que le fue devuelto a la denunciante, por lo que ninguna apropiación indebida se produjo. Y en cuanto al resto de lo ingresado, ni siquiera la sentencia, dice la cantidad de la que se apropió ni el medio por el cual se pudo apropiarse de los fondos, que no existe ninguna transferencia de la sociedad UFB ROYAL AG. a la cuenta de



su representado. Y que sobre la apropiación al señor Torcuato , que invirtió captado por la Sra. Marí Trini , en las cuentas de UFB, ROYAL, AG ni siquiera en los hechos probados hay una declaración de que su representado se haya apoderado de nada. Y por último afirma que se desconoce el destino que el acusado dió a dicha suma, con lo que no se sabe ni se le atribuye apropiación o una mala gestión.

2. El art. 252 CP , que ha sido aplicado en *nuestro caso*, requiere como elemento subjetivo del tipo, el que en el sujeto se de el adecuado *animus rem sibi habendi*, presupuesto subjetivo necesario para encuadrar una conducta en el tipo expresado, que a su vez requiere de un concreto elemento objetivo previo, y es que el sujeto, con anterioridad a la apropiación, fuera un mero detentador de la posesión en base a alguno de los títulos que se expresan en el tipo o cualesquiera otros (que la inicial legítima posesión se convierta en un ilegítimo e indebido ejercicio por el sujeto del *ius disponendi*). Cfr. STS 29-1-2007, nº 44/2007.

Debe partirse de la base, que el cauce casacional seguido requiere el más absoluto respeto a la intangibilidad de los hechos probados, y así lo tiene declarado esta Sala hasta la saciedad, "*que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, y correspondientemente su desestimación-conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr.*" (**STS 368/2014 de 6 de mayo**). Del intangible *factum*, resulta la configuración de todos los elementos nucleares y periféricos del delito por el que ha sido condenado, *la recepción* en una cuenta aperturada el día 19 abril 2004, por el acusado a nombre de UFB ROYAL, *la no aplicación* el dinero recibido de Marí Trini a los fines que ésta le indicó que se aplicarían, así como la disposición de 86.780 €, que mediante reintegros por ventanilla, realizó el acusado, apoderándose de parte del dinero recibido. El hecho de que la cuenta no estuviera a nombre del acusado sino de la supuesta empresa referida, es absolutamente *indiferente*, a los efectos penales, en primer lugar porque el acusado tenía *dominio exclusivo* de dicha cuenta, como se deduce de los reintegros efectuado por el mismo, así como de que la misma fuera abierta por el acusado en base a un supuesto poder otorgado por la junta de la Sociedad, y una copia de los estatutos, en donde se decía que el acusado ostentaba el cargo de "vicepresidente de la división financiera" de la sociedad.

3. Iguales consideraciones hay que hacer respecto a la apropiación realizada de la cantidad del otro perjudicado, Sr. Torcuato constando en los hechos probados el ingreso en dicha cuenta, aperturada por el acusado, de 19.690,75 euros, con lo que dicha cantidad recibida, entraba en la esfera de disposición del acusado, sin que el mismo procediera a darle el destino pactado. Y al afirmarse que "*se desconoce el destino del acusado dio a dicha suma*", de manera palmaria, se recoge el incumplimiento por parte del acusado de la obligación contraída, así como la pérdida por parte del perjudicado de los 19.690,75 euros ingresados en la cuenta.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo se articula por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida inaplicación del art 21.6º y 66.1 y 2 CP.

1. Para el recurrente, la sala de instancia, que no ha apreciado la circunstancia atenuante de *dilaciones indebidas* como *muy cualificada*, ha olvidado que el procedimiento se inició el 11 enero 2005, estando dicho procedimiento en el juzgado de instrucción, hasta el 20 marzo 2013, es decir ocho años, que la diligencia de instrucción sólo consistieron, en la declaración del imputado, pedir a la Policía informe sobre otras posibles denuncias, petición a Cajamar información sobre las cuentas y declaración de los denunciantes, del director de Cajamar, que por auto de 24 marzo 2010 se transformaron las diligencias previas en procedimiento abreviado, y tardaron tres años en remitirse a la audiencia Provincial de Málaga, y que el juicio oral no se celebra hasta el 30 abril 2015, con varias suspensiones, todas ellas atribuibles al órgano judicial, con lo cual ha transcurrido *11 años* desde su inicio.

2. El motivo no puede acogerse. En *primer lugar*, porque el cauce casacional empleado, requiere como hemos dicho anteriormente, partir de la intangibilidad del "factum", y en los hechos probados, no consta circunstancia alguna que permita la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas. En *segundo lugar*, porque tal cuestión no fue planteada en la instancia, apareciendo por primera vez en esta sede "per saltum", hurtando, tal cuestión, del debate contradictorio en la instancia, y en definitiva imposibilitando al tribunal de dar una respuesta al no plantear dicha materia en el juicio oral, y si bien es cierto que esta Sala en ocasiones ha llegado a verificar directamente la concurrencia de la existencia de dilaciones extraordinarias, que justificaran su apreciación, mediante el examen directo de los autos, en todo caso es condición indispensable, que el recurrente, señale en esta sede, cumpla con la carga de identificar los períodos extraordinarios de paralización y las causas de los mismos, así como si se procedió o no a denunciar tales paralizaciones. Y *en el caso* presente, el recurrente no lo hace con la suficiente precisión, sino que de manera genérica, afirma que se ha tardado 11 años en resolver en la causa, y las escasas diligencias de pruebas que se han efectuado durante la instrucción), siendo doctrina de esta Sala, que "*la aceptación de una excepción a la regla general de exclusión de*



cuestiones nuevas en casación exige, de modo claro, que quien invoca la atenuante cumpla la carga de identificar los períodos de extraordinarios de paralización y señalar los motivos por los que son indebidos los retrasos . Eludir la contradicción en la instancia no faculta para eludirla nuevamente en la casación" (STS 71/2016 de 9 de febrero, por todas).

3. Del examen de la causa resulta que respecto al tiempo transcurrido desde que llegó la causa a la Audiencia, hasta que se dicta la correspondiente sentencia, no existió *paralización alguna*. Del examen del *Rollo*, se desprende, la existencia de diversos *señalamientos*, como consecuencia de intentar, a través de las distintas comisiones rogatorias la localización de testigos, propuestos por la defensa, que bien se negaron a asistir, o bien que no pudieron ser localizados, amén de interesar la *traducción*, de las diversas pruebas documentales, presentadas por la defensa, en el idioma alemán, y que era preceptivo su traducción.

En cuanto al *periodo* transcurrido durante la instrucción, se puede decir, -sin perjuicio de convenir con el recurrente de la existencia de cierto *desorden* en la incorporación de documentos, y secuencias de actos procesales, entremezclados (tomo II, in fine" en el que se incorpora la resolución de la Audiencia Provincial, resolviendo el recurso de apelación del recurrente, contra el auto de pase a procedimiento abreviado)-, que *no se observan, paralizaciones significativas*, que permitan apreciar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, que requieren no olvidemos, la existencia de "*dilaciones extraordinarias* "; y mucho menos como pretende el recurrente, que se aprecie como muy cualificada.

La necesaria traducción de los documentos presentados al alemán; la necesaria intervención de intérprete, que motivó la suspensión de la declaración del imputado, quien citado para recibirle declaración como imputado, lo solicitó; así como la asistencia de abogado de oficio, para luego comparecer en el procedimiento, con abogado por él designado; la posterior incorporación al procedimiento como perjudicado de Torcuato , que hizo necesario la práctica de nuevas diligencias de instrucción, no revelan la existencia de paralizaciones significativas en procedimiento, que motiven la aplicación de la atenuante invocada. Por otra parte, no podemos menos que señalar, que el recurrente ha sido condenado por un delito continuado de apropiación indebida previsto y penado en el artículo 252, en relación con los artículos 249, 250.1.6º y 74 del código Penal, (una de las apropiaciones superior a 50.000 euros) y pese a ello la sentencia *no impone la pena en la mitad superior*, preceptiva según el *artículo 74*, sino que lo condena a la *pena de dos años*, que evidentemente estaría incluida en el grado inferior. Y en todo caso, aun aceptando por buena la aplicación simplemente del artículo 252 en relación con el 250.1.6º, la pena que en principio podría recorrerse en toda su extensión, al no existir circunstancias atenuantes y agravantes, le ha sido *impuesta en la mitad inferior*, pena pues perfectamente imponible, en este último supuesto para el caso que se hubiera apreciado dicha atenuante.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El tercer motivo se ampara en el art 849.1 LECr, por **infracción de ley** y de los arts 109 y 120 CP, referidos a la *responsabilidad civil* derivada de los delitos.

1. Por el recurrente se afirma que la sentencia condena a su representado a que indemnice a Marí Trini en 134.090,16 euros, cuando de los hechos probados no se determina que esa cantidad sea la apropiada por su representado. Y que por otra parte, establece la obligación, en el *auto aclaratorio* de la sentencia, del pago de los intereses legales de los 150.000 € del plazo fijo, cuando en el año 2010 el juzgado acordó hacer entrega a la señora Marí Trini de los 150.000 €, así como de sus intereses, según los hechos probados.

2. Ante todo hay que reseñar que en el presente motivo , no se cuestiona la responsabilidad civil de la cantidad establecida en favor Don Torcuato , y sólo la debida a la otra perjudicada.

De los intangibles hechos probados, -según hemos visto- resulta que la perjudicada entregó al recurrente la cantidad de 284.090, 16 euros, de los cuales 150.000, fueron ingresados en el plazo fijo que constan en "factum", cantidad esta, que sí le fue devuelta durante la instrucción a la perjudicada, no así el resto de la cantidad entregada, siendo evidente que restados los 150.000 € devueltos, la cantidad pendiente de devolución, es la de 134.090, 16 euros, como establece correctamente la sentencia. Dicha cantidad es en definitiva, la apropiada por el acusado, habiéndola ingresado en su cuenta, en vez de darle el destino pactado, sin que sea óbice el hecho de que, acordado el bloqueo de las cuentas del recurrente, existiera un saldo de 56.836,01 euros, puesto que el delito ya se había consumado, y en definitiva la cantidad acordada por la sentencia es la que resulta del perjuicio sufrido por doña Marí Trini .

3. En cuanto al pago de los *intereses legales* , de los 150.000 € ingresados en el plazo fijo, el propio recurrente reconoce que los intereses de dicho plazo se ingresaban en la cuenta NUM000 , es decir en la cuenta aperturada por el mismo, el día 19 abril 2004 a nombre de UFB ROYAL AG, y de la que sólo él, tenía plena disponibilidad: y reconociendo la sentencia que se abonaron los intereses pactados *al 2%* en dicha cuenta, es obvio que *los mismos no fueron entregados a la perjudicada*, por ello se establece la responsabilidad civil



del acusado también respecto a dichos intereses, indebidamente cobrados por el mismo. Sin que pueda ser argumento alguno el empleado de contrario, de que de la misma manera que se acordó durante la instrucción que se dieran a la perjudicada los 150.000 €, pudiera haberse acordado que se entregarán también los intereses, pues al no haberse hecho, al acordarlo en este momento se cumple con las exigencias de resarcimiento parcial del perjuicio sufrido.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El cuarto motivo se ampara en el art. 849.2 LECr. por error de **hecho en la apreciación de la prueba**, basado en documentos que obran en autos, que demuestra la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, y que deben llevar a la absolución del acusado.

1. Reconociendo el recurrente que, dada la caótica instrucción, el tribunal debió tener grandes dificultades para analizar la documental aportada, para lo que necesitaría un guión, como documentos demostrativos del error, invoca los siguientes:

- a) Folio 6(traducido al 124 y 895), contrato de sociedad UFB ROYAL AG, con la querellante Marí Trini .
 - b) Folio 11, justificante de la transferencia de 284.945 euros de Marí Trini , siendo beneficiaria la sociedad UFB ROYAL AG HYDROPOLIS.
 - c) Folios 24 al 41, apoderamiento de de UFB ROYAL AGE al Sr. Javier , con apostilla, estatutos de la entidad, certificación mercantil, e identificación de su presidente D. Luis y restantes órganos de administración.
 - d) Folio 46 (traducido al 891), comunicación del presidente de UFB ROYAL AG a Cajamar, de fecha 31-12-2004, dejando sin efecto la firma de su apoderado.
 - e) Folio 47 (idéntico al folio 628),comunicación de la central de Cajamar al director de la sucursal de Fuengirola, de fecha 11-1-2005, referida a la anulación de firma de apoderados.
 - f) Folio 7 5(traducido al 917), contrato firmado por la querellante Sra. Marí Trini , como representante de UFB ROYAL AG con una inversora (Sra Noelia).
 - g) Folio 169 (traducido al 166), correo del Sr Javier de 15-11-2004, informando a la querellante del ingreso de 284.09016 euros, que ella había efectuado en la cuenta de UFB Royal, y confirmándole el destino de 150.000 euros.
 - h) Folio 174, (traducido al 130) fax del Sr. Javier de 15/1/2005 informando a la querellante Sra. Marí Trini , sobre fecha de vencimiento del depósito de 150.000 euros.
 - i) Folio 179 (traducido al 167), correo del Sr. Javier a la querellante Sra. Marí Trini , de 15-2-2005, informando que por su denuncia, ya no era apoderado y le ruega se ponga en contacto directamente con la empresa UFB ROYAL AG.
 - j) Folio 220 (traducido al 924), correo de la querellante Sra. Marí Trini de 26-1-2005 con las comisiones recibidas por ella de UFB ROYAL AG.
 - k) folio 226 (traducido al 848), contrato firmado por la querellante Marí Trini y su novio Onesimo , con UF ROYAL AG, sin intervención del Sr. Javier .
 - l) Folios 255 al 568 con la información de las cuentas bancarias en Cajamar Fuengirola, acreditativas de que no hay transferencias de fondos desde las cuentas de UFB ROYAL AG a las privadas del Sr. Javier .
 - ll) Folio 632. Cuenta preparada en Cajamar Fuengirola, a nombra de la querellante Sra. Marí Trini , que nunca llegó a firmar, motivo por el que los 150.000 euros no podían figurar a su nombre.
 - m) Folios 715 a 718. Comunicaciones de los querellantes con el presidente de UFB ROYAL AG Sr. Luis tratando sobre sus inversiones en dicha entidad.
 - n) CD aportado con el escrito de defensa, donde aparecen los pagos y transacciones referidos a UFB ROYAL AG, efectuados por el Sr. Javier .
 - o) Auto de 9-11-2005, dictado por el Juzgado de Instrucción, acordando la retención o bloqueo de fondos, entre otros, de las cuentas de UFB ROYAL AGE, 9 meses después de la fecha que señala la sentencia, plazo durante el que no hubo retirada de fondos por parte del Sr. Javier .
2. Ante todo, hay que recordar que esta Sala ha repetido, respecto del los requisitos que han de cumplimentarse para el éxito del motivo (Cfr. SSTS 19-6-2012, nº 562/201; 1340/2002, de 12 de julio; 14-10-2002, nº 1653/2002; nº. 496 ,de 5 de abril de 1999):



"A) Que ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas.

B) Que evidencie 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.

C) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

D) 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".

Así pues, son exigencias propias de un documento casacional el que goce de literosuficiencia y autonomía probatoria, es decir, que por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas. Y eso de ningún modo puede afirmarse de los documentos señalados en apoyo del motivo, de modo que no se percata el impugnante que no ha cumplido en general los requisitos que enumera exigidos por la jurisprudencia. Por el contrario, los propios documentos propuestos y el resto de la prueba practicada sustentan de forma evidente el juicio histórico de la sentencia

3. En efecto, prescindiendo de la falta de concreción, en algunos casos, de los particulares que de manera genérica, se refiere el recurrente, y la cita a tales efectos, *folios 255 al 568*, (información de las cuentas bancarias), o la de otros como el Auto judicial, por el que se acordó el bloqueo de las cuentas, que carecería de la condición de documento a estos efectos, lo cierto es que *ninguno de los documentos citados por el recurrente*, ni el contrato de la sociedad (f, 6), la transferencia de los 284.945 euros (f,11), el apoderamiento de UFB ROYAL, (f, 24 a 41), la comunicación del Presidente de dicha sociedad a Cajamar (f,46 y 47), el contrato (f, 75) el correo (f,169), las comunicaciones (f,174 y 179), las comisiones recibidas por la denunciante, o el contrato por ella firmado o el no firmado por Cajamar, o la comunicaciones de los querellantes (f,220 y 226, 632, 715 a 718), ni el CD aportado por la defensa, relativo a los pagos efectuados por el recurrente como apoderado de la sociedad, tienen virtualidad alguna para la modificación del fallo, pues *ninguno de ellos*, que por cierto la sentencia valora, contraponiéndolo a las otras pruebas practicadas, *excluye* ni se contrapone con los *hechos probados*, que no son otros que el apoderamiento de las cantidades recibidas por el recurrente y entregadas por ambos perjudicados, no dándoles el destino pactado. Como hemos dicho repetidamente, la estimación de este motivo requiere entre otros requisitos que, *"el documento designado no debe entrar en colisión probatoria con otros elementos de prueba. Si así ocurriera, corresponde al tribunal de instancia apreciar y valorar la prueba y formar su convicción en los términos resultantes en el art. 741 de la Ley procesal. Por último, el documento designado que acredita un hecho, en los términos señalados, debe tener relevancia en la subsunción, es decir, debe tener virtualidad para modificar la calificación jurídica de los hechos y, por ende, el fallo de la sentencia. (Cfr. STS 524/2016 de 16 de junio, por todas).*

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El quinto motivo esgrime, al amparo del art 851 de la LECr., **quebrantamiento de forma**, por no expresar la sentencia, clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, existiendo contradicción entre los distintos que se reflejan.

1. Se afirma por el recurrente, que la sentencia no es clara y terminante en expresar cuáles son los hechos que se declara probados, y que ni siquiera determinan el *importe del dinero* supuestamente apropiado; refiriéndose "a una parte del mismo"; que la sentencia menciona a un supuesto príncipe que no se sabe muy bien con quien contactó y que éste en todo caso sería y así lo dice en los fundamentos jurídicos, el autor del engaño, cuyo resultado no expresa; como tampoco por qué no debe responder la empresa UFB ROYAL.

2. Como esta Sala ha señalado en SSTS como la 807/2016, de 27 de octubre, el vicio de falta de claridad en los Hechos Probados requiere como requisitos: a) que en la narración fáctica se produzca incompreensión, duda, confusión u omisiones que determinen su ininteligibilidad en una cuestión de relevancia; b) que tales incompreensiones u omisiones tengan directa relación con la calificación jurídica, es decir impidan o dificulten notoriamente la subsunción; c) que esta falta de entendimiento provoque un vacío descriptivo no subsanable a través de otros pasajes o del entendimiento conjunto de los hechos probados. (S.T.S. 483/2013, de 12 de junio, entre otras).

Este vicio casacional no faculta para complementar o alterar los hechos probados con particulares o extremos que interesen a las partes, lo que únicamente podrá hacerse a través del cauce del art. 849.2º de la Lecrim., sino únicamente para anular (art. 901 bis b, de la Lecr), aquellas sentencias que, por la oscuridad de su



relato fáctico, no permitan una subsunción precisa, lo que no equivale, desde luego, a que no conduzcan a la consecuencia jurídica interesada por la parte recurrente.

3. Realmente, no se concreta por el recurrente, en que consiste la contradicción denunciada, y en cuanto a la falta de *concreción de la cantidad defraudada*, nos remitimos a lo que ya dijimos respecto el, 3º de los motivos, por *infracción de ley*, pues constan en los hechos probados el ingreso por los perjudicados en la cuenta aperturada por el recurrente a nombre de UFB ROYAL, de las cantidades señaladas en el "factum", así como los 150.000 euros recuperados por Dª Marí Trini, no habiendo recuperado el otro perjudicado cantidad alguna.

Y aunque la sentencia no sea un prodigio al respecto, en cuanto a la afirmación relativa a que la Sentencia no expresa de manera clara y terminante qué *hechos* se declaran probados, debemos partir de la base, -como ya sabemos- que la falta de claridad, que la invocada norma procesal prevé como posible motivo de casación, ha de tener, ante todo, una causa estrictamente gramatical o semántica; esto es, debe estar determinada por la existencia en el «factum» de la Sentencia recurrida de expresiones o frases ininteligibles o ambiguas que impidan la comprensión de lo que el Tribunal ha querido declarar probado, siendo necesario, además, que la incomprendibilidad afecte a la calificación jurídica de los hechos -es decir, que por no estar los hechos claramente formulados su calificación jurídica sea prácticamente inviable- y que la falta de inteligibilidad provoque un vacío o laguna en el relato histórico. Así utilizando palabras de esta Sala tal vicio se producirá, -"cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitada o imprecisa, de modo que, por su insuficiencia u oscuridad o por no expresarlos de forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante y dubitada, pueda conducir a subsunciones alternativas o sea imposible realizar la subsunción, consecuencia de la ambigüedad del relato"(Cfr. STS 725/2011 de 30 de junio).Y nada de eso se da en la Sentencia impugnada, la mera lectura de los hechos probados lo revela.

En definitiva, en el caso actual no concurren los requisitos de este vicio casacional, de modo que no cabe apreciar que en la narración fáctica se produzca incomprendimiento, duda, confusión u omisiones que determinen su ininteligibilidad en ninguna cuestión de relevancia.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- El sexto motivo se articula, al amparo del art 850.1 de la LECr., por **quebrantamiento de forma**, por haberse denegado la diligencia de prueba testifical inicialmente admitida, y consistente en la presencia del testigo Luis, Presidente de la sociedad UFB ROYAL AG.

1. Defiende el recurrente que la denegación en la vista,-a pesar de su protesta-, de la comparecencia del testigo, dada su importancia es totalmente arbitraria y causante de indefensión.

2. Como ya hemos recordado en ocasiones precedentes (Cfr STS 784/2016, de 20 de octubre), la casación por el motivo de denegación de prueba previsto en el art. 850.1 LECr, requiere para que prospere, según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659, 746.3, 785 y 786.2 LECr. y de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, las condiciones siguientes:

1º) La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 793; ap. 2 de la citada Ley actual art. 786.2).

2º) La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona.

3º) Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio.

4º) Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa.

Y 5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación (SSTS. 1661/2000 de 27-11; 869/2004, de 2-7; 705/2006, de 28-6 ; y 849/2013, de 12-11).

Y esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece, en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, que, para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba, hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de



casación previsto en el art. 850.1 LECr. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio *ex post*. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar *a posteriori* y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable *a posteriori* convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

La STC 142/2012, de 2 de julio, al analizar el derecho a la prueba en el ámbito del art. 24.2 de la CE , argumenta que "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero)". Y también tiene dicho que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (STC 45/2000, de 14 de febrero).

3. En el caso presente, nos encontramos con que, *tras varias suspensiones del juicio oral*, el propuesto como testigo, de nacionalidad alemana, a quien no se le podía obligar a comparecer, manifestó simplemente que "*su estado de salud le impedía comparecer*", no alcanzando a comprender la necesidad de dicho testigo, que como "presunto" titular o presidente de la empresa Royal, *en 11 años* no había comparecido, (pese a que se acordó el bloqueo de cuentas, así como la devolución de 150.000 euros a la perjudicada) *ni* en qué, su declaración, era *decisiva* en términos de defensa, pues acreditada por la prueba practicada, la entrega de dinero por los perjudicados al recurrente, este no aplicó el dinero recibido al fin destinado, obteniendo un beneficio patrimonial, y así el Tribunal en el *Fundamento de Derecho Primero*, (pag. 4), explicita que en base al desarrollo del juicio y de las pruebas practicadas, no consideró necesaria su asistencia.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- El séptimo motivo se funda, al amparo del art 850.1 de la LECr., en **quebrantamiento de forma**, por haberse denegado la diligencia de prueba documental presentada al inicio de las sesiones del juicio oral, en aplicación del art. 785.1 y consistente en los correos electrónicos de Luis , presidente de la entidad UFB ROYAL, dirigidos al Sr Javier .

1. Se sostiene que el tribunal de instancia rechazó la prueba alegando, que la documentación no gozaba de las condiciones necesarias para garantizar su autenticidad, y que es evidente que dicha decisión fue arbitraria e irrazonable, adelantando el juicio sobre la valoración de la prueba, pues su autenticidad pudo quedar acreditada mediante otras pruebas, como la declaración de sus autores. Su carácter decisivo radica en que acredita que el acusado era un mero apoderado y que cumplió su función correctamente, hasta el punto de que en cuanto dejó de serlo entregó toda la documentación a su poderdante.

2. El tribunal, en el fundamento de derecho primero, (pag .4 *in fine*), y en cuanto a la documental que el recurrente pretendió aportar en el acto del juicio oral, la desestimó, por no "*gozar de las condiciones necesarias para garantizar su autenticidad*".

Es de resaltar, que tal documentación, según el recurrente se trataba de "*supuestos*" correos entre el acusado y Luis , presidente de UFB ROYAL, correos datados el 22 y 23 de febrero de 2005, es decir *en poder del recurrente 11 años* antes del juicio oral, resultando curioso cuando menos, que en tan dilatada instrucción, se esperara para su aportación en el acto del juicio, cuando de haberse aportado de manera diligente, se hubiera podido verificar sin problema alguno sobre su autenticidad

Y además ha de tenerse en cuenta, que mal podría acreditarse su autenticidad, si como la propia sentencia recoge en su fundamento de derecho primero, el testigo Sr. Luis , había declinado su presencia por alegados motivos de salud.



Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

OCTAVO.- El octavo motivo se configura, al amparo del art 850.1 de la LECr., por **quebrantamiento de forma**, por haberse omitido el *emplazamiento* de la entidad UFB ROYAL AG, destinataria de las entregas de dinero, poderdante del Sr. Javier y contratante con los denunciados.

1. Se sostiene que la entidad es la sociedad que el Auto aclaratorio reconoce que no ha sido parte y, por tanto que es un tercero; que durante la instrucción no se accedió a emplazarla, pese a que se adoptó como medida cautelar la retención de todas sus cuentas bancarias, y que en 2010 se acordó la entrega a la Sra. Marí Trini de 150.000 euros que estaban en la cuenta de la entidad. Y que al comienzo de las sesiones del juicio oral se volvió a solicitar, petición a la que se sumó el Ministerio fiscal. Todo lo cual produce indefensión al recurrente, especulando la sentencia sobre las relaciones entre todas las partes.

2. No obstante la invocación por el recurrente del art 850.1 LECr, en cuanto este precepto atañe exclusivamente a la denegación de prueba, hay que suponer que en realidad se está refiriendo al nº 2 del mismo artículo, que encuadra la *omisión de citación* de partes, como el procesado, responsable civil subsidiario, parte acusadora o actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral. Ello, evidentemente supone que el omitido sea *parte* en el proceso, y eso es precisamente lo que aquí no ocurre.

En efecto, además de lo dicho respecto al insólito aquietamiento de la sociedad y de su Presidente, respecto a unas resoluciones judiciales que bloquean "sus cuentas", y ordenan extraer de la misma 150.000 euros para devolver a la perjudicada, lo cierto es, que aún en el caso de haber solicitado en la instrucción tal petición, se aquietó el recurrente ante el silencio del instructor, y *esperó al juicio oral* para reiterarla, juicio oral que había sido suspendido en diversas ocasiones; pero es más, como afirma la Sentencia en su *Fundamento de Derecho Primero*, (pág. 4), nadie había interesado la responsabilidad civil de la referida "sociedad", con lo que difícilmente la misma podía ser condenada. Las calificaciones de las acusaciones (f. 1017, 1080 y ss y grabación vista) así lo constatan.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

NOVENO.-El motivo noveno, se formula al amparo del art. 852 de la LECr, por vulneración del derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva** y a un proceso con todas las garantías, sin indefensión del art. 24.2 CE.

1. Se sostiene por el recurrente que se le ha causado indefensión, por cuanto al haberse denegado el emplazamiento de la compañía UFB ROYAL AG, habiendo solicitado tal emplazamiento por el juzgado no se contestó, indicando tan sólo que "ya se proveerá", lo que en ningún momento se realizó.

2. Se materializa ahora desde el prisma de la infracción constitucional, el mismo motivo que analizamos precedentemente, evitando repeticiones innecesarias, nos remitimos a lo allí expuesto.

Consecuentemente el motivo ha de ser desestimado.

DÉCIMO.-El décimo motivo se ampara en el art. 852 de la LECr, por vulneración del derecho fundamental del art 24 CE, en relación con el derecho a obtener una **motivación adecuada** de la prueba practicada.

1. Se afirma por el recurrente, que la sentencia carece de todo análisis sobre la prueba practicada, pues no existe ni la más mínima valoración de la misma ni su trascendencia o importancia, así como que no ha examinado mínimamente los variados *documentos* existentes en las actuaciones, y que por lo tanto no llega a cumplimentar las exigencias mínimas de motivación.

2. Como ha recordado repetidamente esta Sala (SSTS de 18 de marzo de 1996; 13 de noviembre de 1998; 7-6-2012, nº 469/2012), el derecho a la **tutela judicial efectiva**, que tiene su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, con carácter de derecho fundamental, en el sentido en el que aquí se alega, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho, es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o *pronunciamento debidamente fundado*.

Ello significa que la tarea casacional ha de contraerse en los supuestos de mención del referido derecho fundamental, a la estricta comprobación de los contenidos argumentales de la resolución recurrida, de su razonabilidad y valor como respuesta fundada a las cuestiones suscitadas y sobre las que se pronuncia, pero sin que, en ningún caso, pueda suponer la utilización de esta vía entrar a valorar nuevamente el material probatorio disponible, sustituyendo el criterio a este respecto del Tribunal de instancia por el que aquí pudiera alcanzarse.

Conviene, por tanto, precisar que no debe confundirse la alusión a ese derecho a la tutela judicial efectiva con una simple *discrepancia* en la *valoración* de la prueba disponible, llevada a cabo por el Tribunal "a quo", a quien



corresponde en exclusiva esa función, ni con un derecho del recurrente a obtener una respuesta obligadamente complaciente con sus pretensiones.

Y esto es, precisamente, lo que ocurre en el presente caso en el que se razona cumplidamente en los correspondientes fundamentos jurídicos de la Sentencia, especialmente en su FJ tercero (fº 6 a 8), dedicado al delito de apropiación indebida por el que ha sido condenado el recurrente.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

UNDÉCIMO.- El motivo undécimo se configura, al amparo del art. 852 de la LECr, por vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** del art 24.2 CE.

1. Para el recurrente el mismo ha sido condenado sin que exista ninguna prueba de cargo que justifique su condena. No existe en la sentencia ni el más mínimo análisis sobre la prueba que hayan podido llevar al tribunal sobre su culpabilidad, ni documentales, ni testificales. Tampoco ha sido capaz de determinar cuál es la cantidad objeto de apropiación, ni cuándo, ni cómo se realizó, ni las relaciones existentes entre los intervinientes, ni tampoco si existieron efectivamente los proyectos de inversión.

2. Como tantas veces ha dicho esta Sala, el motivo esgrimido viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen (STS 12-2-92); o como ha declarado el TC (S.44/89, de 20 de febrero) "por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales". De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS 21-6-98), conforme al art. 741 de la LECr, no correspondiendo al Tribunal de Casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia (STC.126/86 de 22 de octubre y 25/03, de 10 de febrero). Por tanto, desde la perspectiva constitucional, el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 LECr., implica que los distintos medios de prueba han de ser apreciados básicamente por los órganos judiciales, a quienes compete la misión exclusiva de valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación de los fallos contenidos en sus Sentencias (Cfr STS 591/2013).

3. El tribunal de instancia, si bien es cierto que comete el desliz -contrariando los mismos hechos probados- de insinuar cierta duda (fº 7) sobre la total disposición por el acusado de los 134.090 euros objeto de la apropiación, en los fundamentos de Derecho Segundo y Tercero, que para evitar innecesarias repeticiones damos por reproducidos, explícita las pruebas de las que se ha servido, para llegar a la solución condenatoria, recogiendo las declaraciones de los *perjudicados*, -tanto las prestadas en el juicio oral, (con todas las garantías que rodean el mismo), como en la instrucción, respecto a las *cantidades ingresadas* en la cuenta abierta por el acusado; hecho este no negado por el recurrente, (y corroborado por la documental obrante); como respecto *al destino* que debía de darse a dichas cantidades; analizando igualmente la *versión exculpatoria* prestada por el mismo, descartando su credibilidad, tanto en lo relativo a que dichas cantidades fueron ingresadas en su cuenta por Marí Trini " *sin su consentimiento*", (afirmación esta, que desde luego resulta increíble). Resultando desvirtuada tal afirmación por el correo obrante a f. 166, dirigido por el recurrente a la perjudicada, indicándole la cuenta donde debía hacerle el ingreso; así como el resto de las manifestaciones exculpatorias del acusado, al que en definitiva no otorga el Tribunal credibilidad alguna. Y en cuanto a la de motivación, se desprende de lo expuesto en dichos fundamentos, que si bien escueta, no pude considerarse ni insuficiente, ni arbitraria ni ilógica.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DUODÉCIMO.- El duodécimo motivo busca su amparo en el art. 852 de la LECr, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin **dilaciones indebidas**, del art 24 CE, en relación con el art 5.4 LOPJ, por inaplicación del art 21.6 CP.

1. El recurrente manifiesta reiterar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en todo el procedimiento, tanto en la fase de instrucción, juicio oral y dictado de sentencia. Y así aplicado lo anterior al caso presente, entiende que debe declararse que, dadas las características de los hechos y la escasa complejidad de las diligencias practicadas, se ha producido una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones.

2. A la hora de interpretar la atenuante de dilaciones indebidas, esta Sala ha destacado que son dos los aspectos que han de tenerse en cuenta. De un lado, la existencia de un " *plazo razonable*", referido en el artículo 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el " *derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable*" y, por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su artículo 24.2. La Jurisprudencia



ha destacado que siendo dos conceptos confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a proceso pueda tener obtener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren sin embargo en sus parámetros interpretativos, pues las " *dilaciones indebidas*" son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la existencia de lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales, mientras que el " *plazo razonable*" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 81/10, de 15.2 o 416/13, de 26.4). En todo caso, ambas lesionan el derecho fundamental del acusado -cuando no hayan sido provocadas por él mismo- a que su causa sea conocida y resuelta en un tiempo *prudencial* (STS 1589/05, de 20.12), tanto considerando que las circunstancias personales, familiares y sociales del acusado cambian durante procesos temporales singularmente dilatados, por lo que la pena no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y rehabilitación como lo harían en el momento en que la acción evidenció la necesidad de resocialización (STS 1515/02, de 16.9), como por infligir la demora un padecimiento natural al acusado que debe computarse en la pena estatal que se imponga, para lograr mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la sanción impuesta y el mal causado por su acción (STS 932/08, de 10.12).

3. Como ya vimos con relación al motivo segundo del mismo recurrente, del examen de la causa, resulta que respecto al tiempo transcurrido desde que llegó la causa a la Audiencia, hasta que se dicta la correspondiente sentencia, *no existió paralización* alguna. Del examen del *Rollo*, se desprende, la existencia de diversos *señalamientos*, como consecuencia de intentar, a través de las distintas comisiones rogatorias la localización de testigos, propuestos por la defensa, que bien se negaron a asistir, o bien que no pudieron ser localizados, amén de interesar la *traducción*, de las diversas pruebas documentales, presentadas por la defensa, en el idioma alemán, y que era preceptivo su traducción.

En cuanto al *periodo* transcurrido durante la instrucción, se puede decir, -sin perjuicio de convenir con el recurrente de la existencia de cierto *desorden* en la incorporación de documentos, y secuencias de actos procesales, entremezclados (tomo II, in fine" en el que se incorpora la resolución de la Audiencia Provincial, resolviendo el recurso de apelación del recurrente, contra el auto de pase a procedimiento abreviado)-, que *no se observan, paralizaciones significativas*, que permitan apreciar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, que requieren no olvidemos, la existencia de " *dilaciones extraordinarias* "; y mucho menos como pretende el recurrente, que se aprecie como muy cualificada.

La necesaria traducción de los documentos presentados al alemán; la necesaria intervención de intérprete, que motivó la suspensión de la declaración del imputado, quien citado para recibirle declaración como imputado, lo solicitó; así como la asistencia de abogado de oficio, para luego comparecer en el procedimiento, con abogado por él designado; la posterior incorporación al procedimiento como perjudicado de Torcuato , que hizo necesario la práctica de nuevas diligencias de instrucción, no revelan la existencia de paralizaciones significativas en procedimiento, que motiven la aplicación de la atenuante invocada. Por otra parte, no podemos menos que señalar, que el recurrente ha sido condenado por un delito continuado de apropiación indebida previsto y penado en el artículo 252, en relación con los artículos 249, 250.1.6º y 74 del código Penal, (una de las apropiaciones superior a 50.000 euros) y pese a ello la sentencia *no impone la pena* en la *mitad superior*, preceptiva según el *artículo 74*, sino que lo condena a la *pena de dos años*, que evidentemente estaría incluida en el grado inferior. Y en todo caso, aun aceptando por buena la aplicación simplemente del artículo 252 en relación con el 250.1.6º, la pena que en principio podría recorrerse en toda su extensión, al no existir circunstancias atenuantes y agravantes, le ha sido *impuesta en la mitad inferior*, pena pues perfectamente imponible, en este último supuesto para el caso que se hubiera apreciado dicha atenuante.

Estando, por tanto, perfectamente justificada la pena impuesta, aun en el caso de que se hubiera aplicad la atenuante reivindicada, el motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DE LA ACUSADORA PARTICULAR DÑA Marí Trini :

DECIMOTERCERO.- El primero de los motivos se formula, al amparo del art. 849.2 de la LECr., por **error en la apreciación de la prueba**, basado en documentos 22 al 39 y 431 al 468.

1. Se afirma por la recurrente que, habiendo interesado en el escrito de calificación definitiva *el comiso* de las cuentas de UFB ROYAL, bloqueadas por orden judicial, no se resolvió por la sentencia, y ejercitado el correspondiente recurso de aclaración, en el auto aclaratorio de 17-2-2016, se denegó la petición, por considerar la Sala, que no procedía el comiso por no haber sido la entidad parte en el procedimiento. Tal denegación obedece a un error en la apreciación de la prueba, pues de los documentos que obran en las actuaciones se desprende, que los utilizados por el acusado para la apertura de la cuenta, carecían de tal



condición, ya que ni se encontraban legalizados, ni convenientemente traducidos, faltando la correspondiente apostilla de la Haya; que las fotocopias, eran insuficientes para *acreditar la existencia real de la sociedad*; y que el documento presentado tampoco acreditaba de manera fehaciente el carácter de vicepresidente de la división financiera de la sociedad. Y que *de lo actuado se desprende la falta de relación del acusado en tal concepto con la sociedad*, pues en la cuenta se establecía la autorización del mismo para operar en ellas, pues toda la documentación no son más que mera fotocopias, cuyo único fin era proporcionar una fachada de solvencia para el delito; y que en definitiva con la apertura de la cuenta a nombre de dicha sociedad, lo único que se pretendió, era articular una barrera entre el delincuente su víctima, con el fin de evitar la recuperación del dinero.

Y así concluye la recurrente, entendiéndose que de los documentos invocados se desprende la procedencia del comiso en su día interesado.

2. Debemos recordar, por ejemplo con la STS 27-6-2012, nº 569/2012, que el motivo, por la vía del art. 849.2 LECr. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer *los datos fácticos* que se recogen en la declaración de hechos *probados*, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre *aspectos* o extremos de naturaleza *fáctica, nunca* respecto a los pronunciamientos de orden *jurídico* que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECr. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Y puede añadirse que, respecto del motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, (Cfr. SSTs. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10), viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECr ;
- 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

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

- 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como *literosuficiente*, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error;
- y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial.

3. Ciertamente, como demuestra el visionado de la grabación de la vista del juicio oral, las dos acusaciones particulares, modificando en tal acto sus conclusiones provisionales, asumiendo la calificación alternativa



formulada por el Ministerio Fiscal respecto del delito de apropiación indebida, solicitaron el decomiso de las cuentas bloqueadas en Cajamar. E igualmente es cierto que ,habiéndose solicitado que se aclarara la sentencia en cuatro aspectos, respecto del último decretó el auto de la sala de instancia de fecha 17-2-2016, " *no haber lugar a acordar el comiso que se pretende respecto de los saldos de las cuentas bancarias de UFB ROYAL AG, al no haber sido la misma, parte del procedimiento*".

Por su parte el *factum* de la sentencia da por probado en su apartado *primero*, que "...en la cuenta nº NUM000 ...que le indicó el acusado Javier ... Marí Trini el día 26 de octubre de 2014 ingresó la cantidad de 284.090 16 euros ,haciendo constar como beneficiario a UFB ROYAL AG Hydropolis. Dicha cuenta había sido aperturada el día 19 de abril de 2004 por el acusado a nombre de UFB ROYAL AG"....De dicha suma 150.000 euros se ingresaron en una cuenta a plazo fijo...a nombre de UFB ROYAL AG...los cuales fueron recuperados por la Sra Marí TriniEl saldo de la cuenta en el momento en que en el mes de febrero de 2005, el Juzgado Instructor acordó su bloqueo, ascendía a 56.83601 euros."

Y en el apartado *segundo*, se da por probado que "... Torcuato ...transfirió a la cuenta abierta en Cajamar ya mencionada...19.69075 euros para que se invirtiera en el proyecto Hydropolis .Posteriormente se informó al inversor que se invertiría el dinero en una investigación y desarrollo de un medicamento, si bien se desconoce el destino que el acusado dio a dicha suma".

Con ello se evidencia que en el caso sometido a nuestra consideración no se dan los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que sea modificado aspecto alguno de los pronunciamientos fácticos de la sentencia y, por tanto pueda prosperar el motivo esgrimido.

En realidad, trata la recurrente de conseguir por vía inadecuada un pronunciamiento de orden *jurídico* que resulta improcedente, con arreglo a los parámetros jurisprudenciales más arriba esbozados.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOCUARTO.- El motivo segundo se ampara en el art. 849.2 de la LECr, por **error de hecho en la apreciación de la prueba**, basado en documentos que obran a los folios 22 a 39 y 431 a 468, que demuestran tal error en el rechazo de la responsabilidad civil subsidiaria de Cajamar Caja Rural S.C.C".

1. Se afirma por la recurrente que, interesada en el escrito de calificación la *responsabilidad civil subsidiaria* de dicha entidad bancaria, la sentencia la *descarta*, cuando los documentos citados y que aportó el acusado para la apertura de dichas cuentas, eran *meras fotocopias*, insuficientes e incompatibles con las prácticas bancarias, para ello. No habiéndose verificado por los empleados de la entidad bancaria, la insuficiencia de dichos documentos para tal fin, que carecían, cómo indica en el motivo anterior, de traducción, legalización, y no eran más que meras fotocopias. Y si a esto añadimos el total descuido de los empleados, ante las extracciones realizadas en dicha cuenta por el acusado, indudablemente facilitó la *entidad bancaria por su negligencia* el delito. Este se cometió utilizando una cuenta que nunca debió ser abierta, con una absoluta dejación por parte del personal del banco en la comprobación de los documentos precisos, y sin un posterior control sobre las operaciones del acusado.

2. Como ya vimos, debemos recordar, "que la vía del artículo 849.2 de la Alecrín., implica la existencia de un documento con poder demostrativo directo (literosuficiencia del documento) que tiene como efecto corregir el relato fáctico del Tribunal de instancia bien sea añadiendo, suprimiendo o modificando alguna de sus partes, sin que sea posible entrar en el campo valorativo de los medios probatorios, que corresponde al mismo, y sin que tampoco concurren otros medios de prueba, sean personales o documentales, que contradigan el tenor de los documentos o de sus particulares designados" (STS 489/2016 de 7 de junio). Y no es lo que ocurre en el caso enjuiciado, donde el recurrente pretende, (sin perjuicio de la falta de concreción de los particulares), basar el error en la prueba en lo que su parcial percepción, ha deducido el Tribunal, de los documentos citados, que por lo que se refiere a la apertura de la cuenta por parte de Cajamar, y consiguiente responsabilidad civil subsidiaria, contó el *Tribunal con la declaración del empleado de Cajamar* Leovigildo , que venía a contradecir la deducción que pretende extraer el recurrente de las fotocopias aportadas. Por otra parte, sobre la legalidad o no de la apertura de la referida cuenta, y respecto a la responsabilidad civil subsidiaria interesada, el Tribunal en el Fundamento de Derecho Quinto -plenamente compatible- manifiesta las razones de su exclusión."

Así, señala la sala de instancia que: "En este caso..el acusado...acusado había celebrado el 18/12/01 un contrato de colaboración con Cajamar (folios 624 y siguientes), en virtud del cual aquel percibiría una comisión por cada acto u operación que promoviera y fuera formalizada por la entidad, habiendo declarado el director de la sucursal de Fuengirola Sr. Juan Manuel que en su condición de agente financiero el cometido de Javier era la captación de clientes.

No existía por tanto una relación de las previstas en el art. 120.3, por mucho que se interprete dicho precepto en sentido amplio, como establece la Jurisprudencia, no habiéndose acreditado en absoluto que con



independencia de lo que él hubiera podido manifestar a los perjudicados, éstos no lo pudieron comprobar personalmente, pues como ya se dijo los contactos con Marí Trini fueron telefónicos o a través de correo electrónico, nunca personales, y mucho menos en el caso del Sr. Torcuato, pues éste se entendió siempre con la Sra. Marí Trini.

En cuanto a la documentación que sirvió de base a la apertura de la cuenta de UFB ROYAL, declaró en el plenario Leovigildo, empleado de Cajamar, que efectuó en su día el informe estimando bastante la documentación aportada para ello, no recordando concretamente el caso por el que se le preguntaba frecuencia con que se realizan este tipo de operaciones, reiterando no obstante que la documentación que tuvo a la vista, que se encuentra unida a las actuaciones, era suficiente a los fines expresados. Examinados los folios 23 y siguientes de las actuaciones se constata que el mencionado testigo recibió los estatutos de UFB ROYAL, la carta de identidad del que aparecía como presidente de la Junta Directiva y el acta de la junta en la que se nombró al acusado Vicepresidente de la División Financiera, otorgándole un amplio elenco de facultades, apareciendo la apostilla exigida por el Convenio de la Haya al folio 30, documentación que otorgaba la apariencia de la legitimidad de la apertura de cuentas por parte del Sr. Javier.

Con independencia de ello, lo cierto es que las razones por las cuales Marí Trini transfirió su dinero a la cuenta abierta a nombre de dicha mercantil no fue la solvencia o seguridad derivada del hecho que la cuenta estuviese abierta en Cajamar, sino las promesas recibidas del supuesto príncipe con el que su novio se entrevistó en Zurich."

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOQUINTO.-Como tercero de los motivos, se formula **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por infracción del art 120.3 CP.

1. Reclama la recurrente la condena de la entidad Cajamar Caja Rural SCC., como *responsable civil subsidiaria*, por entender que la actuación de sus empleados se incardina en el art 120.3 CP, en tanto la documentación presentada a ellos por el Sr. Javier carecía de los mínimos requisitos para acreditar que las cuentas que abrió en dicho establecimiento eran de titularidad de una sociedad suiza, pues era evidente su falta de representación, con lo que se vulneraron las más elementales normas de actuación profesional; y si aquél se apropió indebidamente al menos de parte del dinero depositado, fue extrayéndolo por ventanilla, sin ningún reparo por parte del personal de Cajamar.

2. Por lo que se refiere a la infracción de ley, ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones (SSTS. 8.3.2006, 20.7.2005, 25.2.2003, 22.10.2002), que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr. es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr.

3. El *factum* que debe ser respetado en el cauce casacional seguido, en el aspecto que ahora interesa, nos dice que."La Sra Marí Trini llamó entonces a dicho supuesto empleado, el acusado Javier, mayor de edad y sin antecedentes penales, al teléfono que le había proporcionado el supuesto príncipe, quien le indicó que el número de cuenta en donde debía ingresar el dinero, siendo la n° NUM000, en la cual ingresó Marí Trini el día 26 de octubre de 2014 la cantidad de 284.090,16 €, haciendo constar como beneficiario "UFB ROYAL AG Hydropolis".

Dicha cuenta había sido abierta el día 19 de abril de 2004 por el acusado a nombre de "UFB ROYAL AG", en base a un supuesto poder otorgado por la junta directiva de la sociedad y una copia de los estatutos de la misma, que fueron considerados bastantes por los empleados competentes de Cajamar. En dicha documentación se decía que Javier ostentaba el cargo de Vicepresidente de la División Financiera de la sociedad.

De dicha suma, 150.000 € se ingresaron en una cuenta a plazo fijo con vencimiento mes a mes con no NUM001 a un interés del 2%, que el acusado abrió a nombre de "UFB ROYAL AG".

La cuenta no NUM000 tenía antes de que la Sra. Marí Trini hiciera la transferencia un saldo de 7.228,10 €. Entre tal fecha y el mes de febrero de 2005, fecha en la que el Juzgado instructor acordó su bloqueo, solo se efectuaron los siguientes ingresos: 10.000 € a nombre de Noelia, 10.000 € a nombre de Enma, 10.000 € a nombre de Isabel y 5.000 € a nombre de Rodrigo.



En dicho periodo el acusado hizo reintegros en ventanilla por importe un total de 86.780 €.

El saldo de la cuenta tenía en el momento en que se acordó el bloqueo un saldo de 56.836,01 €.

El acusado, que actuaba con el propósito de obtener un beneficio patrimonial injustificado, no aplicó el dinero recibido de Marí Trini a los fines que éste le indicó, apoderándose al menos de parte del mismo.

En cuanto a los 150.000 € que el acusado ingresó en la cuenta a plazo fijo, fueron recuperados por la Sra. Marí Trini por acordarlo así el juzgado instructor durante la tramitación de las Diligencias Previas de que dimana el presente Rollo."

4. Es cierto que la sentencia de instancia en esa narración desliza algún calificativo que parece inducir a la duda sobre la veracidad y consistencia de la documentación examinada y "considerada bastante por los empleados competentes de Cajamar". Así cuando habla de *supuesto empleado, supuesto príncipe, y supuesto poder*. Y en el hecho segundo, aún añade ,cuando habla de la inversión del Sr. Torcuato en el proyecto Hydropolis, que éste estaba *supuestamente patrocinado* por aquella sociedad (UFB ROYAL AG.).

En el resto no hay elementos de los que pueda extraerse la responsabilidad pretendida. Y, sin duda esa afición al empleo del calificativo, responde a un amaneramiento en la expresión, con probable origen en la calificación primitiva de los hechos como estafa. Sin embargo hay que entender que carece de significación, si se tiene en cuenta la rotundidad con que la propia sala *a quo* ,rechaza la responsabilidad civil subsidiaria de Caja Rural Intermediterránea Cajamar, en su fundamento jurídico quinto.

En efecto, la sentencia después de transcribir los términos del invocado art 120.3 CP, según el que " *Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera cometido sin dicha infracción*", cita jurisprudencia de esta Sala y , a partir de ella apostilla que " *es exigible, por tanto, que entre el infractor y el presunto responsable civil subsidiario exista una relación laborar o de hecho en virtud de la cual el primero se halle bajo la dependencia, onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica, de su principal o, al menos, que la tarea, actividad, misión o servicio o función que realice cuente con el beneplácito, aquiescencia o anuencia, del supuesto responsable civil subsidiario*".

Y precisa que " *en este caso, el acusado había celebrado el 18/12/01 un contrato de colaboración con Cajamar (folios 624 y siguientes), en virtud del cual aquel percibiría una comisión por cada acto u operación que promoviera en y fuera formalizada por la entidad, habiendo declarado el director de la sucursal de Fuengirola Don. Juan Manuel que en su condición de agente financiero el cometido de Javier era la captación de clientes.*

No existía por tanto una relación de las previstas en el art. 120.3, por mucho que se interprete dicho precepto en sentido amplio, como establece la Jurisprudencia, no habiéndose acreditado en absoluto que el acusado prestara sus servicios en las oficinas de la sucursal o hiciera uso de las instalaciones y servicios de la misma, pues con independencia de lo que él hubiera podido manifestar a los perjudicados, éstos no lo pudieron comprobar personalmente, pues como ya se dijo los contactos con Marí Trini fueron telefónicos o a través de correo electrónico, nunca personales, y mucho menos en el caso del Sr. Torcuato , pues éste se entendió siempre con la Sra. Marí Trini .

En cuanto a la documentación que sirvió de base a la apertura de la cuenta de UFB ROYAL, declaró en el plenario Leovigildo , empleado de Cajamar que efectuó en su día el informe estimando bastante la documentación aportada para ello, no recordando concretamente el caso por el que se le preguntaba frecuencia con que se realizan este tipo de operaciones, reiterando no obstante que la documentación que tuvo a la vista, que se encuentra unida a las actuaciones, era suficiente a los fines expresados. Examinados los folios 23 y siguientes de las actuaciones se constata que el mencionado testigo recibió los estatutos de UFB ROYAL, la carta de identidad del que aparecía como presidente de la Junta Directiva y el acta de la junta en la que se nombró al acusado Vicepresidente de la División Financiera, otorgándole un amplio elenco de facultades, apareciendo la apostilla exigida por el Convenio de la Haya al folio 30, documentación que otorgaba la apariencia de la legitimidad de la apertura de cuentas por parte del Sr. Javier ."

Y, *con independencia de ello -concluye, muy significativamente- lo cierto es...es que las razones por las cuales Marí Trini transfirió su dinero a la cuenta abierta a nombre de dicha mercantil no fue la solvencia o seguridad derivada del hecho que la cuenta estuviese abierta en Cajamar, sino las promesas recibidas del supuesto príncipe con el que su novio se entrevistó en Zurich*".

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.



DECIMOSEXTO.- El cuarto motivo se articula por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por infracción del art. 127 CP.

1. La recurrente recuerda que tanto esa acusación como la del Sr. Torcuato interesaron -al calificar alternativamente los hechos como delitos de apropiación indebida en el acto del Juicio Oral- que, como consecuencia accesoria, se procediera al *comiso* de las cuentas bancarias de la sociedad UFB ROYAL AG, bloqueadas por orden judicial en la entidad Cajamar, y ello a fin de hacer frente a las responsabilidades civiles del penado, por entender que dichas sumas eran ganancias obtenidas por la comisión de delitos, circunstancia prevista en el art. 127 CP.Y que solicitado por vía de aclaración el tribunal de instancia lo denegó, viniendo a entender que la sociedad era una tercera persona que había adquirido de buena fe el dinero ingresado en su cuenta y no había tenido conocimiento ni posibilidad de intervenir en el proceso.

Y frente a ello, argumenta la recurrente, en *primer* lugar, que no puede entenderse que el dinero bloqueado pertenezca a la mercantil UFB ROYAL AG, y ello porque desde que efectuó la Sta. Marí Trini el ingreso de su dinero en la cuenta, sin que se empleara en la inversión "Hydrópolis", dicho dinero fue objeto de apropiación indebida. La cuenta bancaria es, a un tiempo medio para la perpetración del delito, y ganancia derivada de él. En *segundo* lugar, que tampoco puede sostenerse que UFB ROYAL AG, domiciliada en Suiza, sea la lícita propietaria de las sumas bloqueadas, si la sociedad que debió recibir las cantidades para invertirlas en el proyecto "Hydrópolis" era UFB ROYAL AG, con domicilio social en Vaduz (Liechtenstein). En *tercer* lugar, que si la cuenta fue abierta por el Sr. Javier en el ejercicio de sus atribuciones y ostentando el cargo de Vicepresidente de su División económica, sin que se haya emitido orden de cese del referido en dicho cargo, hay que entender que ha sido cumplidamente informada la sociedad de los pormenores del proceso, no ha hecho gestión oficial en su defensa y citado como testigo su supuesto presidente Sr. Luis , no ha acudido al juicio alegando, sin confirmación documental, problemas de salud. Y, *finalmente*, que si no se acuerda el comiso, las cuentas bloqueadas van a quedar en un "limbo" fuera del alcance de las víctimas del delito, sin darles el uso reparador de la defraudación que prevé la citada norma penal.

2. Decíamos con relación al primer motivo de la recurrente, formulado por *error facti*, que es cierto que, habiéndose solicitado que se aclarara la sentencia en cuatro aspectos, respecto del último decretó el auto de la sala de instancia de fecha 17-2-2016, " *no haber lugar a acordar el comiso que se pretende respecto de los saldos de las cuentas bancarias de UFB ROYAL AG, al no haber sido la misma, parte del procedimiento*".

Por su parte el *factum* de la sentencia, que es lo que ha de tenerse en cuenta en un motivo basado en el *error iuris*, da por probado en su apartado *primero*, que "...en la cuenta nº NUM000 ... *que le indicó* el acusado Javier ... Marí Trini el día 26 de octubre de 2014 ingresó la cantidad de 284.09016 euros ,haciendo constar como beneficiario a UFB ROYAL AG Hydropolis. Dicha cuenta había sido *aperturada* el día 19 de abril de 2004 *por el acusado* a nombre de UFB ROYAL AG, en base a un supuesto *poder* otorgado por la junta directiva de la sociedad y una copia de los estatutos de la misma, que fueron considerados bastantes por los empleados competentes de Cajamar. En dicha documentación se decía que Javier ostentaba el cargo de Vicepresidente de la División Financiera de la sociedad. De dicha suma, 150.000 euros se ingresaron en una cuenta a plazo fijo...a nombre de UFB ROYAL AG...los cuales fueron recuperados por la Sra Marí Trini ... El *acusado hizo reintegros* en ventanilla por importe un total de 86.780 euros. El saldo de la cuenta (nº NUM000) en el momento en que en el mes de febrero de 2005, el Juzgado Instructor acordó su bloqueo, ascendía a 56.83601 euros."

Y en el apartado *segundo*, se da por probado que"... Torcuato ...transfirió a la cuenta abierta en Cajamar ya mencionada...19.69075 euros para que se invirtiera en el proyecto Hydropolis .Posteriormente se informó al inversor que se invertiría el dinero en una investigación y desarrollo de un medicamento, si bien se desconoce el *destino que el acusado dio* a dicha suma".

3. La magra explicación que proporciona el auto de aclaración de 17-2-2016, para denegar la petición de la recurrente diciendo: " *no haber lugar a acordar el comiso que se pretende respecto de los saldos de las cuentas bancarias de UFB ROYAL AG, al no haber sido la misma, parte del procedimiento*", realmente no parece que pueda integrar la *excepción a la regla general* del decomiso de bienes, medios o instrumentos o ganancias provenientes del delito, establecida en los textos anteriores a la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, consistente en " *que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente*".

Y ello porque los hechos probados -recordemos- declaran que: "*Dicha cuenta había sido aperturada el día 19 de abril por el acusado a nombre de "UFB ROYAL AG", en base a un supuesto poder otorgado por la junta directiva de la sociedad y una copia de los estatutos de la misma*", y constando en los referidos hechos probados, que los perjudicados ingresaron el dinero en dicha cuenta, y que de la misma el acusado realizó las extracciones que constan en el *factum*, (cuenta que el acusado era el único autorizado para disponer) es evidente, que, no constando fehacientemente la titularidad de un tercero, el ÚNICO Y VERDADERO TITULAR ERA EL ACUSADO,



como así lo entendió el Juez de instrucción cuando acordó el bloqueo de la referida cuenta. Y si a todo lo anterior añadimos que, desde el año 2005 en que se acordó el bloqueo, la presunta empresa, no ha realizado alegación alguna contra dicha medida, es obvio que poner la cuenta a nombre de Royal, era crear la ficticia apariencia de la existencia de un tercero".

Y en tal caso ha señalado esta Sala (Cfr STS 857/2012, de 9-11; STS 499/2013, de 11 de junio; 165/2016, de 2 de marzo), que el límite a la aplicación del comiso vendría determinado por la pertenencia de los bienes a terceros de buena fe no responsables del delito que los hayan adquirido legalmente, bien entendido que la jurisdicción penal tiene facultades para delimitar situaciones fraudulentas y para constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente empleada para encubrir la realidad del tráfico jurídico y para enmascarar el origen ilícito del dinero empleado en su adquisición. A ello debe añadirse la argumentación de la sentencia 974/2012, de 5 de diciembre, que considera correcta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo para eliminar la ficticia estructura societaria y descubrir la realidad patrimonial del recurrente, verdadero y único titular de los bienes. Pues sostener lo contrario supondría - STS. 1027/2007, de 10 de diciembre- un verdadero abuso de derecho que nos obligaría a aplicar la doctrina sobre levantamiento del velo, que proscribiera la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si, por ello, se comete fraude de Ley o se perjudican derechos de terceros, escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos.

En consecuencia, el motivo ha de ser estimado.

DECIMOSÉPTIMO.- Conforme a lo expuesto procede la **desestimación** del recurso de casación interpuesto infracción de precepto constitucional, infracción de ley y por quebrantamiento de forma, por la representación del acusado D. Javier, contra la sentencia dictada con fecha 30 de Junio de 2015 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga; y la **estimación en parte** del recurso interpuesto por infracción de precepto constitucional y por infracción de ley contra la misma resolución, por la representación de la acusadora particular DÑA. Marí Trini, haciendo imposición al primero de las **costas** de su recurso, declarando de oficio las correspondientes al recurso de la segunda, de conformidad con las previsiones del art. 901 de la LECr.

III. FALLO

Debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, por la representación del acusado D. Javier, contra la sentencia dictada con fecha 30 de Junio de 2015 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga; y la **estimación en parte** del recurso interpuesto por infracción de precepto constitucional y por infracción de ley contra la misma resolución, por la representación de la acusadora particular DÑA. Marí Trini, haciendo imposición al primero de las **costas** de su recurso, declarando de oficio las correspondientes al recurso de la segunda.

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

D. José Manuel Maza Martín D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde D. Juan Saavedra Ruiz

764/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Fallo: 08/11/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 896/2016

Excmos. Sres.:

D. José Manuel Maza Martín

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro



D. Pablo Llarena Conde

D. Juan Saavedra Ruiz

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil dieciséis.

En la causa rollo nº 1043/2013 seguida por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 63/2010, incoado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Fuengirola, por delito de **apropiación indebida**, contra D. Javier ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Francisco Monterde Ferrer.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos probados en lo que no se opongan a lo que se señala en esta sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el fundamento jurídico decimosexto de nuestra sentencia rescindente, habiéndose estimado el motivo de infracción de ley, formulado por la acusadora particular Dña. Marí Trini , debemos **acordar el comiso** del saldo de la cuenta nº NUM000 bloqueada en la presente causa, obrante en la entidad "Caja Rural Intermediterránea, Cajamar".

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, que no resultaren incompatibles,

III. FALLO

Debemos **acordar y acordamos el comiso** del saldo de la cuenta nº NUM000 bloqueada en la presente causa, obrante en la entidad "Caja Rural Intermediterránea, Cajamar".

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, que no resultaren incompatibles; con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

D. José Manuel Maza Martín D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde D. Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.