



Roj: **STS 858/2017 - ECLI:ES:TS:2017:858**

Id Cendoj: **28079110012017100159**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2017**

Nº de Recurso: **356/2015**

Nº de Resolución: **165/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 17090/2014,**
STS 858/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 8 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia dictada el 27 de octubre de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18.ª en el rollo de apelación 287/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario 107/2004 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Valdemoro. - Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador D. Vicente Ruigómez Muriedas, en nombre y representación de las entidades Hister S.A. e Hifony S.L. - Han comparecido ante esta sala en calidad de partes recurridas: la procuradora doña Ana Prieto Lara-Barahona, en nombre y representación de D. Carlos Jesús ; el procurador D. Luis Pozas Osset, en nombre y representación de D. Abelardo y Dª. Angelina .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Vicente García Mochales Benavente, en nombre y representación de las entidades Hister S.A. e Hifony S.L., formuló demanda de juicio ordinario, en reclamación de cantidad, en la que solicitó al Juzgado dictase sentencia en los siguientes términos:

«Dictar en su día sentencia, condenando a los codemandados Don Abelardo y Don Carlos Jesús , solidariamente del pago a mis representadas de las siguientes cantidades:

»a) A HISTER S.A. la cantidad de 565.679,50 ? más los intereses legales desde la fecha de su reclamación extrajudicial el 11 de noviembre de 2003.

»b) A HIFONY S.L. la cantidad de 1.060.611,53? más los intereses legales desde la fecha de su reclamación extrajudicial el 11 de noviembre de 2003.

»c) Declarar la afección de los bienes gananciales de Don Abelardo al pago de las indemnizaciones que se le atribuyan.

»Con expresa imposición en costas a los demandados».

2.- Por auto de 1 de abril de 2004 se admitió a trámite la demanda dando traslado a la parte para contestar.

3.- El procurador D. Javier Gotor Invarato en nombre y representación de D.ª Angelina y D. Abelardo .

«Que tenga por presentado este escrito por realizadas las manifestaciones que contiene se sirva admitirlo, teniéndome por comparecido y parte en representación de la demandada y por él se tenga por contestada la



demanda planteada de contrario u en su virtud se dicte sentencia por la que entrando en el fondo del asunto u tras los trámites pertinentes, se dicte sentencia desestimatoria de la demanda en cuanto a mis representados D.^a Angelina y D. Abelardo , condenando a la actora al pago de las costas causadas a esta parte en este procedimiento, junto con lo demás que en derecho proceda.»

4.- La procuradora doña Esmeralda Figueroa López, en nombre y representación de don Carlos Jesús , contestó a la demanda, suplicando al Juzgado se desestimase la demanda interpuesta con imposición a la actora de las costas causadas.

5.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 14 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«Que estimando la excepción de cosa juzgada planteada en este procedimiento por el demandado D. Carlos Jesús , representado por el Procurador de los Tribunales D. José Antonio Sañudo Sánchez (excepción a la que expresamente se adhirió la representación procesal de los otros dos demandados) debo sobreseer el presente procedimiento iniciado por las mercantiles HISTER e HIFONY S.L. ambas representadas por el procurador de los tribunales D. Rodolfo García Mochales Gutiérrez, contra D. Abelardo y Doña Angelina , representados por el procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Gotor Invarato, así como contra D. Carlos Jesús , representado por el procurador de los Tribunales D. José Antonio Sañudo Sánchez, sin que proceda emitir pronunciamiento alguno en materia de costas procesales».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de HIFONY S.L. e HISTER S.A., D. Carlos Jesús , interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, correspondiendo resolver a la sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 27 de octubre de 2014 con el siguiente fallo.

«DESESTIMANDO los recursos de apelación interpuestos por el Procurador Sr. Ruigómez Muriedas en nombre y representación de las mercantiles HISTER S.A e HIFONY S.L., y por la Procuradora Sra. Prieto Lara-Barahona en nombre y representación de DON Carlos Jesús , contra sentencia de 14 de enero de 2014 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Valdemoro en autos de Juicio Ordinario n.º 107/2004, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, imponiendo a los apelantes las costas causadas en esta alzada por sus respectivos recursos. Con pérdida del depósito constituido».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación .*

1. - La representación procesal de HISTER S.A. e HIFONY S.L. interpuso contra la anterior resolución recurso extraordinario por infracción procesal con base en un único motivo, al amparo de lo dispuesto en el número 4.º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- La sala dicto auto el 23 de noviembre de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«La sala acuerda:

»1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación de HISTER S.A. e HIFONY S.L., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimoctava), en fecha 27 de octubre de 2014 .

»2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte o partes recurridas formalicen por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la secretaría».

3. - Con fecha 11 de enero de 2017 esta sala dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva dice:

«Subsanar el error material padecido en el apartado 1.º de la parte dispositiva del auto de fecha 23 de noviembre de 2016 y solicitada por la representación procesal de HIFONY S.L. quedando fijado en los siguientes términos:

»1.º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de HISTER S.A. e HIFONY S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimoctava) en fecha 27 de octubre de 2014 ».

4.- La representación procesal de Don Carlos Jesús , así como la representación procesal de Abelardo y Angelina , manifestaron su oposición a los recursos formulados de contrario, alegando los hechos que estimaron oportunos.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del presente recurso el 1 de marzo de 2017 en que ha tenido lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Las sociedades Hister, S.A e Hifony, S.L. formularon demanda contra don Abelardo , don Carlos Jesús y doña Angelina ejercitando una acción de responsabilidad de los administradores sociales al amparo del art. 135 de la Ley de Sociedades Anónimas , entonces vigente.

Los demandados son administradores solidarios de Sapme Asesores S.L., que es una sociedad constituida por los cónyuges don Abelardo , doña Angelina , cuya sociedad de gananciales posee el 95% de la sociedad, y el hermano del primero, don Carlos Jesús con el 5% restante.

A doña Angelina se le llama al procedimiento para completar la relación litisconsorcial, al quedar afectada su sociedad conyugal.

2.- La demanda, tras alegar las relaciones entre las partes, hace el siguiente resumen, como fundamento de su pretensión:

«Don Carlos Jesús tenía acceso a los talonarios y efectos bancarios de mis representadas, a las que acudía para obtener los soportes contables con que se confeccionaba la contabilidad.

»b) La contabilidad era realizada en las dependencias de la sociedad que tenía con su hermano que es un experto en esta materia.

»c) Carlos Jesús o su hermano libraban efectos de las empresas a su nombre o al portador que luego eran cobrados directamente en sus cuentas personales.

»d) Ambos hacían figurar en la contabilidad que estos pagos correspondían a grandes proveedores de difícil comprobación, o eran deudas generadas entre las dos empresas familiares.

»e) Se maquillaba la contabilidad, para evitar el seguimiento de las cantidades detraídas

No se realizaba ninguna comprobación contable de los documentos que soportan la contabilidad.

»g) Se confeccionaban unas cuentas anuales ad hoc, en las que se enmascaraban las cantidades detraídas, remitiendo a la contabilidad de la otra empresa familiar los desajustes.

»h) En ningún caso estas cantidades, que en la contabilidad se reflejan, como hemos dicho, para el pago de proveedores, se han entregado a los codemandados en contraprestación por servicio o actividad alguna.

»i) Se daban someras explicaciones, una vez al año justificando la ausencia de beneficios en las deudas cruzadas entre empresas, cuyas contabilidades nunca se cruzaban ni comprobaban para ocultar el daño.

»Se estaba generando sin causa, un enriquecimiento injusto de los codemandados con el conocimiento, consentimiento y encubrimiento necesario de ambos hermanos, en perjuicio directo de mis representadas, que precisaba necesariamente una negligente actuación profesional a la hora de apuntar, confeccionar y cerrar las cuentas y balances de las empresas afectadas.»

3.- Se denuncia en la demanda el inicio de acciones penales, pero, con independencia de ellas, afirma que en este procedimiento civil se reclama a los codemandados, con carácter solidario, la responsabilidad por el daño directo que se ha producido a las actoras, como dueños, (los demandados) ejecutores y administradores directos de la contabilidad maquillada, por su actuación personal y profesional, destinada al encubrimiento del enriquecimiento injusto del que se han beneficiado en perjuicio de las demandantes, sin causa.

Se les reclama a ambos demandados responsabilidades civiles por:

(i) Distraer los fondos de las actoras, formalizar los efectos bancarios y cobrarlos por medio de oficinas bancarias como si de pagos a proveedores se tratara, generando un enriquecimiento injusto en su favor.

(ii) Por ser los encargados de la obtención de datos y la confección de la contabilidad de las empresas actoras, alterando voluntariamente los apuntes contables, disfrazando a sabiendas los efectos que nunca tenían un soporte documental, sin realizar el mínimo contraste entre los datos volcados y los documentos que los soportan, realizar su labor sin la mínima diligencia debida a un profesional mediante la comprobación documental, favoreciendo, en suma, el desvío y ocultación de importantes cantidades, de las que de una u otra forma se benefician.

Individualmente se reclama responsabilidad civil a don Abelardo por su falta de diligencia, siendo el encargado de revisar las cuentas anuales, como profesional especialista en la materia que es, permitiendo



que aparecieran en las cuentas de las sociedades apuntes contrarios a su propia naturaleza, incluso con signo contrario al que le hubiera correspondido, y que no se corresponden con la definición legal de las mismas.

Apuntes correlacionados y opuestos entre las contabilidades de las dos empresas familiares, actuaciones todas ellas que favorecían el enmascaramiento de las cantidades que iban siendo detraídas y justificaban, en suma, unos resultados y beneficios distorsionados.

4.- Se solicitó en el suplico de la demanda que se condenase solidariamente a don Abelardo y a don Carlos Jesús a pagar las siguientes cantidades:

(i) A Hister SA la cantidad de 565.679,50 ?.

(ii) A Hifony SL la cantidad de 1.060-611,53 ?.

5.- Durante la sustanciación del procedimiento se produjo la suspensión del mismo por prejudicialidad penal, según providencia de 21 de enero de 2005, confirmada por auto de 10 de mayo de 2005.

Las actuaciones penales se iniciaron en virtud de querrela interpuesta por Hister S.A e Hifony S.L, presentada el 19 de enero de 2005, por un delito de falsedad en documento mercantil y estafa contra Carlos Jesús y Abelardo .

Conoció de la instrucción el Juzgado número 2 de Valdemoro y, tras abrirse procedimiento abreviado, recayó sentencia, que es firme, dictada el 21 de mayo de 2010 por la sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid .

6.- Es de interés para el recurso lo siguiente:

(i) «Por el Ministerio Fiscal se calificaron definitivamente los hechos como constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil previsto y penado en el artículo 392 en relación con el artículo 390-1, apartados 2 y 3 del C. Penal , para cometer un delito continuado de estafa tipificado en los artículos 248 y 250.1-3 del mismo texto legal , de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 del C. Penal ; debiendo responder el acusado Carlos Jesús en concepto de autor conforme a lo establecido en el artículo 28 del C. Penal ; sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; solicitando se les imponga la pena de cuatro años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena, suspensión de empleo o cargo público, y multa de 11 meses a razón de 9 euros por día, con la responsabilidad subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas; pago de las costas procesales; debiendo indemnizar a las empresas HISTER S.A. e HIFONY S.L., en las cantidades recogidas en el escrito de calificación, más los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil »

(ii) «Por la acusación particular se calificaron definitivamente los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa del artículo 248 y 250.1-3 °, 6 ° y 7 ° del C. Penal y de un delito continuado de falsedad en documento mercantil de los artículos 392 y 390.1, apartados 2 ° y 3 ° del mismo texto punitivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 del C. penal ; debiendo responder los acusados en concepto de autores; sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; solicitando se le imponga la pena de seis años de prisión y multa de 24 meses a razón de 9 euros/mes, con las accesorias legales de suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; y con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas; pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, y que indemnicen a HISTER S.A. e HIPONY S.L., a través de sus representantes legales en la cantidad de 1.582.051, 32 euros, más los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , debiendo responder como responsable civil subsidiaria, la entidad SAPME ASESORES S.L. por aplicación del artículo 120.4 del C. Penal .»

(iii) Se declaró como probado que «durante los años 1999 a 2003, el acusado Carlos Jesús , mayor de edad y sin antecedentes penales, como socio de la entidad mercantil SAPME ASESORES S.L., era la persona encargada de llevar la contabilidad de las empresas denominadas HISTER S.A. e HIFONY S.L., cuyo administrador era Luis Alberto , y aprovechándose de ello y guiado por la intención de obtener un lucro económico en su propio provecho, y dado que tenía acceso a los talonarios de cheques de las referidas empresas, procedió a imitar la firma de Nicanor (hijo del administrador de las referidas entidades mercantiles) de una serie de cheques bancarios rellenando su importe para posteriormente ingresarlos en diversas cuenta corrientes bancarias de su propiedad, a la vez que, con el fin de tratar de justificar dichas "operaciones", manipuló también los libros de contabilidad correspondientes de las empresas antes citadas haciendo figurar en los mismos distintos asientos bajo el concepto de "efectos a pagar" o asientos similares, todo ello con la finalidad de ocultar la realidad de tales salidas de dinero realizadas en su propio beneficio. Los cheques bancarios que el acusado manipuló y sus respectivos importes fueron los siguientes...». «El importe total de los



talones bancarios manipulados por el acusado e ingresados en sus cuentas bancarias asciende a la cantidad de 1.582.051, 32 euros.

»No ha quedado acreditado que Abelardo , mayor de edad y sin antecedentes penales, hermano del anterior acusado y accionista de SAPME ASESORES SL., hubiera participado en la manipulación de los talones bancarios y de los libros de contabilidad correspondientes, ni que hubiera ordenado, tomado la decisión de participar en la conducta llevada a cabo por su hermano, o estuviera al corriente de la misma.»

(iv) La sentencia razona su decisión, con una valoración minuciosa de la prueba practicada, relacionada con la jurisprudencia aplicable al caso, condenando a Carlos Jesús como autor material de los delitos por los que viene acusado, y absolviendo a Abelardo de los mismos, por no considerar probado que éste participase como coautor material de los hechos objeto de acusación, ni tampoco como coautor de tipo intelectual y con dominio funcional.

7.- La sentencia de primera instancia de fecha 14 de enero de 2014 , estimó la excepción de cosa juzgada, acordando el sobreseimiento sin imposición de costas. La sentencia concreta que la acción ejercitada sería la de los artículos 133 y 135 LSA para exigir responsabilidad a los administradores demandados, recordando a continuación la regulación de la excepción de cosa juzgada contenida en el artículo 222 LEC ; y entiende que concurre la excepción por darse las identidades de sujeto, objeto y causa entre el presente procedimiento y el proceso penal en el se conoció de la querrela interpuesta por las ahora demandantes frente a los codemandados, D. Abelardo y D. Carlos Jesús , y contra la mercantil Sapme Asesores SL como responsable civil subsidiaria, y en el que se condenó a D. Carlos Jesús como autor responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso con un delito continuado de estafa a pena de prisión, y a que indemnice a las demandantes en la cantidad de 1.582.051'32 euros, declarándose la responsabilidad subsidiaria de Sapme Asesores SL, absolviendo a Abelardo . Y todo ello porque la parte querellante, ahora apelante, no renunció al ejercicio de la acción civil ni tampoco se reservó el ejercicio de dicha acción para hacerla valer precisamente en este procedimiento civil.

8.- Las mercantiles Hister, S.A. e Hifony, S.L interpusieron recurso de apelación contra la anterior sentencia por haber estimado esta la excepción de cosa juzgada con carácter material.

Correspondió conocer del recurso a la sección decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 27 de octubre de 2014 por la que desestimaba el recurso.

9.- La sentencia del tribunal de apelación comienza su motivación, para desestimar el recurso, haciendo una exposición de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional acerca de la vinculación de las sentencias penales absolutorias en el orden jurisprudencial civil.

Aplicando la referida doctrina y las consideraciones de las sentencias que cita, concluye que, pese a que se ha producido la absolución del codemandado don Abelardo , no es posible fundamentar la responsabilidad que como administrador se le imputa con cargo al art. 135 de la Ley de Sociedades Anónimas en la redacción vigente al tiempo de ocurrir los hechos:

(i) Según la propia demanda el criterio de imputación que establece para los administradores sociales es que ambos, tanto Carlos Jesús como Abelardo , habían procedido a manipular los talones que estaban en poder de la compañía que ellos administraban, y que al parecer ambos habían venido a falsear los mismos, aunque todos ellos aparecieran librados a nombre de Carlos Jesús o al portador, imputando los demandantes que la formalización de los mismos lo fue por parte de los dos administradores.

(ii) La sentencia penal establece como hecho probado que tales acciones las materializó Carlos Jesús , pero también establece que «no ha quedado acreditado que Abelardo ...hubiese participado en la manipulación de los talones bancarios y de los libros de contabilidad correspondientes, ni que hubiera ordenado, tomando la decisión de participar en la conducta llevada a cabo por su hermano, o estuviera al corriente de la misma»

(iii) Se ve que los hechos que se residencian como base de la imputación de responsabilidad de los administradores por la vía del artículo 135, son exactamente los mismos que los hechos por los cuales ha sido juzgado y condenado Carlos Jesús .

(iv) Como la actuación del codemandado Abelardo ya ha sido examinada por la jurisdicción penal y ha resuelto sobre la misma, no porque los hechos no fueran constitutivos de delito, que si lo eran, sino porque la propia jurisdicción penal ha declarado de modo terminante que el referido Abelardo no había tomado parte en los hechos delictivos perpetrados por su hermano ni consta que estuviera al corriente de los mismos, es por lo que se aprecia que la sentencia penal vincula en la jurisdicción civil.

(v) No es posible que la misma persona haya cometido o haya dejado de cometer los mismos hechos, la falsificación de determinados cheques y el cobro de los mismos, por lo que evidentemente el pronunciamiento



de la sentencia penal en este punto debe ser respetado por la jurisdicción civil, y lo que no es posible es que ahora pretenda valorarse de manera diferente la actuación del codemandado para intentar incluirlo dentro de otro concepto o dentro de otra faceta de la responsabilidad de los, administradores, cuando en la demanda se fijó como hecho constitutivo de la misma que la base de la imputación de la responsabilidad era la participación en la falsificación de los talones y el conocimiento por tanto de la apropiación de fondos producida.

(vi) Habiéndose determinado que dicha situación no se ha producido y que dicha participación no ha existido, no puede ahora regresar al ámbito de la jurisdicción civil para indicar que los mismos hechos deberían ser valorados de otra manera diferente, cuando en la demanda rectora de la litis se hacía descansar la responsabilidad precisamente en la comisión de tales hechos.

10.- La representación procesal de Hister SA e Hifony SL interpuso recurso extraordinario por infracción procesal contra la anterior sentencia, articulando un solo motivo.

11.- *Motivo Único. Enunciación y planteamiento .*

Al amparo del motivo 4º del artículo 469.1 de la LEC , se formula este motivo por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.1 de la Constitución , en su vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el artículo 222.4 de la LEC y la jurisprudencia recogida en las sentencias STS Sala 1ª de 26 de enero de 2012 , núm. 23/2012, recurso 156/2009; STS Sala 1ª Pleno de 19 de septiembre de 2013, núm. 532/2013, rec. 2008/2011 que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia STC núm. 192/2009, de 28 de septiembre ; y STS Sala la, S 26-11-2013, núm. 718/2013, rec. 1175/2011 , por la incorrecta aplicación del efecto de cosa juzgada material con respecto a la sentencia nº 80/10 de 21 de mayo de 2010, dictada por la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid .

En el desarrollo argumental del motivo la parte recurrente sostiene que la sentencia recurrida considera como "hechos probados" con efectos vinculantes para el proceso civil aquéllos que en realidad en la sentencia dictada en la jurisdicción penal sólo alcanzan la categoría de «hechos no acreditados» o «hechos que no han quedado plenamente acreditados» o «que no tienen la suficiente relevancia como para producir una calificación penal», y sostiene que la sentencia dictada en la jurisdicción penal no ha afirmado nunca la inexistencia de hechos, sino que se limita a señalar que no han quedado probados o suficientemente probados a los efectos de su calificación penal. Además, en el ámbito penal sólo fue sometido a enjuiciamiento uno de los reproches realizados a los administradores en la demanda civil, el referido a la falsificación de los cheques y manipulación de los libros contables, sin entrar en el resto del contenido de las pretensiones ejercitadas en dicha demanda.

Concluye que la sentencia recurrida ha cometido un error de hecho manifiesto en la apreciación equivocada de los hechos procesales condicionantes de la resolución jurídica adoptada, que ha impedido un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada en la demanda.

Como consecuencia de lo anterior solicita que se estime el recurso y, por ende, se deje sin efecto la sentencia recurrida y, en su lugar, se resuelva en fondo con arreglo a derecho, condenando a Abelardo y a Angelina conforma a los términos del suplico de la demanda.

12.- La Sala admitió el recurso extraordinario por infracción procesal y, previo el oportuno traslado, se opusieron a él las partes recurridas.

Porque la admisión fue provisoria, las partes recurridas oponen en sus escritos la inadmisibilidad del recurso, pero sin embargo se debe confirmar la admisión ahora, con carácter definitivo.

En el presente recurso no se plantea el error en la valoración de la prueba, porque lo que le sirve de sustento es la apreciación o valoración jurídica equivocada de los hechos procesales. Tal error en la valoración jurídica de los hechos si puede ser revisada por la Sala a efectos de la vinculación de la sentencia penal en el orden jurisdiccional civil, y, de ahí, que proceda la admisión del recurso.

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

1.- En evitación de confusiones se ha de tener en cuenta que la sentencia recurrida (F.D Segundo) ha decidido, y es el fundamento de la resolución, sobre la vinculación de las sentencias penales absolutorias en el orden jurisdiccional civil.

Por tanto las sentencias que cita la recurrente en la enunciación del motivo no tienen encaje en la infracción denunciada:

(i) La sentencia 23/2012, de 26 de enero , conoció de un supuesto en el que la resolución antecedente a la de la jurisdicción civil había recaído en la jurisdicción contencioso- administrativa, y no en la penal.



(ii) La sentencia 532/2013, de 19 de septiembre, conoció de un supuesto en el que la resolución que era antecedente a la que habría de recaer en la jurisdicción civil, se había dictado en la jurisdicción social, y no en la penal.

(iii) Finalmente la sentencia 718/2013, de 26 de noviembre, plantea como cuestión el efecto positivo, no negativo, de la cosa juzgada, y referido a un auto de sobreseimiento provisional por no existir indicios suficientes sobre la conducta negligente de un trabajador, y no sobre una sentencia penal absolutoria en los términos en que se dictó la analizada por la sentencia recurrida.

2.- De acuerdo con nuestra jurisprudencia más asentada, en el caso de que se hubiese dictado sentencia absolutoria, los hechos declarados probados en el procedimiento penal únicamente vincularían al juzgador civil cuando se hubiese considerado probada la inexistencia de los hechos denunciados o la falta de participación en los mismos del denunciado.

La sentencia 963/2011, de 11 de enero de 2012, resume esta doctrina jurisprudencial por remisión, a su vez, a la sentencia 212/2005, de 30 de marzo: «La doctrina jurisprudencial viene declarando que la sentencia penal absolutoria no produce el efecto de cosa juzgada en el proceso civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer (Sentencias, entre otras, 4 de noviembre de 1.996, 23 de marzo y 24 de octubre de 1.998; 16 de octubre de 2.000; 15 de septiembre de 2.003); o cuando se declare probado que una persona no fue autor del hecho (SS. 28 noviembre 1.992 y 12 abril y 16 octubre 2.000)»

3.- Respecto a la inexistencia de los hechos denunciados no hay debate, pues, como se ha recogido en el resumen de antecedentes, los hechos objeto de acusación se consideran probados y, por ende, existentes, en la sentencia penal.

La cuestión se contrae a la autoría, pues así como se considera autor material de los hechos declarados probados a Carlos Jesús, sin embargo se afirma que «no ha quedado acreditado» que Abelardo participase en tales hechos ni tampoco que los hubiese ordenado o tomado la decisión de que los llevase a cabo su hermano, o estuvieran al corriente de ellos.

En relación con esto último, esto es con la no acreditación de su autoría, ni material ni por dominio funcional, la sentencia de 28 de noviembre de 1992 expresa que esta doctrina «no es aplicable cuando la sentencia penal, admitiendo la existencia del hecho y sin excluir categóricamente la posibilidad de que una persona haya podido ser la autora del mismo, declara que no existen en el proceso las pruebas concluyentes, categóricas e inequívocas de la referida autoría, que permitan pronunciar una condena penal contra ella, por lo que, en aplicación del principio *indubio pro reo*, hoy constitucionalizado por el de presunción de inocencia (art. 24 nuestra Carta Magan), ha de inclinarse por la absolución del mismo, en cuyo supuesto queda abierta, sin efecto vinculante alguno, la posibilidad de que ante esta jurisdicción pueda ejercitarse, exclusivamente como es obvio, la acción civil correspondiente contra la misma persona y probarse en ella que dicha persona fue el autor de los hechos, que indudablemente existieron en la vida real y física..»

4.- Si se aplica esta doctrina al caso enjuiciado la sentencia penal absolutoria no puede vincular a la jurisdicción civil, pues la sentencia penal lo que afirma es que no existen pruebas «suficientes» para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, y que en definitiva pudieran demostrar su participación en los hechos penales que se enjuician a título de autor material.

Y en cuanto a la coautoría de tipo intelectual y con dominio funcional razona la sentencia penal que «a pesar de algunos de los datos podrían constituir indicios importantes y serios acerca de la posible participación de Abelardo, lo cierto es que ninguno de ellos es concluyente como para afirmar dicha participación "intelectual" y de las pruebas que se han practicado en las actuaciones, entiende esta Sala que no existen datos suficientes ni elementos probatorios suficientes como para poder concluir de forma rotunda que el acusado Abelardo tuviera conocimiento exacto de las actividades que estaba realizando su hermano»

Se aprecia, pues, que se reitera las expresiones de falta de pruebas «suficientes» o «categóricas» como para destruir la presunción de inocencia, pero no se afirma que categórica e inequívocamente sea autor de los hechos objeto de acusación que, como hechos probados, se declaran que existen.

A ello cabe añadir lo afirmado por la sentencia 383/2004, de 17 de mayo, que «las sentencias absolutorias dictadas en procedimiento penal por imprudencia no empece a que se pueda entablar la correspondiente acción civil por culpa extracontractual porque ésta tiene un radio de aplicación más amplio que la penal, por lo que hechos culposos que pueden dar lugar a la primera en cambio no pueden estar comprendidos en la segunda, habida cuenta su carácter más restrictivo debido a su naturaleza punitiva, y en atención a lo dicho ya en las sentencias de esta Sala en particular la de 10 de marzo de 1992, se sostiene que un mismo hecho puede ofrecer aspectos y valoraciones jurídicas distintas, unos de orden estrictamente civil, que determinan



la falta de identidad de la causa de pedir en las respectivas jurisdicciones, excluyentes de la aplicación del art. 1252 del Código Civil .»

La sentencia del TC de 15/2002 declara que [l]a absolución fundada en no haberse probado que el acusado fuere autor de los hechos no impide que en un ulterior proceso civil se puedan "valorar las pruebas y apreciar los hechos nuevamente en el plano de la responsabilidad civil, en el que junto al criterio estricto de la autoría material, pueden utilizarse otros elementos y criterios de imputación (teoría del riesgo, propiedad de las cosas, culpa in vigilando o in eligendo , etc)" »

La sentencia de 30 de marzo de 2005 (rec. 4006/98) declara que la sentencia absolutoria «no prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en el proceso civil (SSTS de 26 de mayo y 1 de diciembre de 1994 ; 16 de noviembre de 1995 ; 14 de abril de 1998 y 29 de mayo de 2001), y que no impide apreciar imprudencia civil..., pues no significa más que la conducta no es sancionable de acuerdo con la ley penal, no que la misma no pueda ser estimada como fuente de responsabilidad por la ley civil, en su caso (STS de 31 de enero de 2000)».

5.- A lo expuesto se ha de añadir que, en contra de lo que sienta la sentencia recurrida, los hechos por los que se exige responsabilidad civil a Abelardo en la demanda civil son más amplios que los que fueron objeto de acusación en la sentencia penal, que fue absolutoria para él.

En la demanda civil se le imputa, a título individual, e independientemente de los hechos dolosos objeto de la acusación penal para ambos hermanos, su falta de diligencia, siendo el encargado de revisar las cuentas anuales, como profesional especialista en la materia que es, permitiendo que apareciera en las cuentas de las sociedades apuntes contrarios a su propia naturaleza, incluso con signo contrario al que le hubiera correspondido, y que no se corresponden con la definición legal de las mismas.

Apuntes correlacionados y opuestos entre las contabilidades de las dos empresas familiares, actuaciones todas ellas que favorecían el enmascaramiento de las cantidades que iban siendo detraídas.

Pues bien, la acción civil derivada de su falta de control como profesional especialista en la materia, resulta cuando menos dudoso que sea la misma acción civil ejercitada en el proceso penal. En tales casos la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 17/2008), citada por la sentencia 619/2016, de 10 de octubre , se inclina por no apreciar la cosa juzgada en virtud del derecho fundamental de la parte demandante a la tutela judicial efectiva.

La STC 15/2002, de 28 de enero , FJ 4, señala [...] solo aquellas acciones que no fueron objeto de la sentencia penal, ya sea porque el perjudicado se las reservó para ejercitarlas en el posterior proceso civil, o porque no fueron ejercitadas en el proceso penal, son las que podrán ejercitarse y ventilarse en un posterior proceso civil y no quedarán afectadas por la cosa juzgada que produce la sentencia penal».

En el presente supuesto esta acción no fue ejercitada en el proceso penal, o al menos, según hemos dicho, resulta cuando menos dudoso, por lo que puede ventilarse en un proceso civil posterior. Por todo ello el recurso se ha de estimar.

TERCERO.- Llegados a esta fase de la decisión del recurso surge la interrogante de si procede la devolución de los autos al Tribunal para que dicte sentencia sobre la cuestión de fondo no resuelta en la recurrida.

Decíamos en la sentencia de 16 de noviembre de 2016 que la Sala en supuestos extraordinarios ha declarado que no procede asumir la instancia, y sí devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en relación con las pretensiones objeto de debate, con plena jurisdicción a la hora de valorar la prueba, «pues esta solución no está excluida del artículo 487.2 LEC para los recursos de casación fundados en el artículo 477.2.2.0 LEC , y, se estima en este caso necesaria para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia» (SSTS de 10/9/2012 , Rec. 1740/2009, de 3 de marzo cte 2011 , Rec. 2180/2006, de 18 de julio de 2011 , Rec. 2103/2007, de 25 de mayo de 2010 , Rec. 1020/2005 , y las que en ella se citan), como así lo denuncian los recurrentes...»

Normalmente se ha pronunciado la Sala en tal sentido en supuestos de desestimación de la prescripción o caducidad acogidas en las instancias, de forma que en éstas no se había valorado la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, tampoco se habría enjuiciado en derecho (STS 899/2011 de 30 noviembre). Falta por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido estas enjuiciadas, en puridad, por ninguna instancia, el pronunciamiento de esta Sala deba limitarse como autoriza el artículo 487.2 LEC , a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia».



Así hemos de proceder en el presente supuesto, para que con libertad de criterio, y sin que quepa apreciar ya la excepción de cosa juzgada, se resuelva la acción ejercitada en la demanda contra don Abelardo y doña Angelina .

CUARTO.- Conforme prevén los arts. 394.1 y 398. 1 LEC procede no imponer a los recurrentes las costas del recurso, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

FALLO

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

1.º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el procurador D. Vicente Ruigómez Muriedas, en nombre y representación de las entidades Hister S.A. e Hifony S.L. contra la sentencia dictada el 27 de octubre de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18.ª en el rollo de apelación 287/2014 , dimanante de los autos de juicio ordinario 107/2004 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Valdemoro.

2.º Anular, en consecuencia, la sentencia recurrida para que, con libertad de criterio, el Tribunal de apelación decida sobre el recurso de apelación, pero sin poder apreciar ya la excepción de cosa juzgada opuesta por don Abelardo y doña Angelina . **3.º** No se imponen a las recurrentes las costas del recurso. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.