

Roj: **STS 1741/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1741**Id Cendoj: **28079120012015100211**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/04/2015**Nº de Recurso: **1385/2014**Nº de Resolución: **227/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SE 3483/2013,**  
**STS 1741/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil quince.

En los recursos de casación por Infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de **Agrícolas El Lino, S.L.** (en concepto de Acusación Particular), **Violeta y Marcial**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección VII, por delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sr. Venturini Medina y Sr. Abajo Abril; siendo parte recurrida **Bankia, S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Ortega Cortina.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción nº 6 de Dos Hermanas, incoó Procedimiento Abreviado nº 28/2010, seguido por delito de estafa, contra Roberto, Marcial, Violeta, Aguilera y Nogales y CIA (responsable civil subsidiaria) y **Bankia** (responsable civil subsidiaria), y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección VII, que con fecha 24 de Octubre de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

**"Primero** .- El 20 de septiembre de 2006, el acusado D. Roberto, ya reseñado, suscribió con la mercantil "Agrícolas El Lino, S.L." contrato de compraventa, en virtud del cual aquél adquiriría un total de doce parcelas urbanas industriales, sitas en el Plan Parcial Industrial 5 "Garrotal Oeste", de Palma del Río, por un precio total de 1.838.422'62 € más 294.147'62 euros de IVA.- Del precio de las fincas el acusado abonó 858147'39 euros. Por el resto, suscribió ocho pagarés por un importe de 1.274.432'85 € y con vencimiento 30 de septiembre de 2007, acordando con "Agrícolas El Lino, S.L." la posibilidad de renovarlos, antes de su vencimiento (mediante la emisión de unos nuevos con vencimiento posterior), en el caso de que las obras de urbanización no estuvieran aún finalizadas, puesto que se condicionaba la firma de la escritura pública a la finalización de las obras de urbanización de dicho polígono industrial, que se hallaba en fase de ejecución a la firma de dicho contrato.-

**Segundo** .- Haciendo valer dicha previsión, el acusado procedió a la renovación pactada, primero en fecha 5 de septiembre de 2007, y más tarde en fechas 10 de diciembre de 2007, 20 de mayo de 2008 y 9 de septiembre de 2008, esta última para evitar el impago del importe de los pagarés con vencimiento previsto para el día 15 de ese septiembre de los pagarés librados por el Sr. Roberto y descontados por la empresa vendedora.- En todos los casos, "Agrícolas El Lino, S.L.", cumpliendo lo pactado con el acusado, y puesto que había procedido al descuento de los efectos, ingresó el importe de los pagarés en la cuenta que aquél tenía abierta en Bancaja, con el nº NUM000, a fin de que, al haber procedido a emitir unos nuevos pagarés, pudiera atender al pago de los ya vencidos cuando le fueran reclamados por las entidades descontentos.- Y así, "Agrícolas El Lino, S.L.", en



la creencia de que ocurriría como en las anteriores ocasiones, y que los nuevos pagarés, o serían renovados, o bien serían pagados a su vencimiento, realizó tres transferencias entre los días 15 y 16 de septiembre de 2008 a la cuenta del acusado, por un importe total de 1.270.889'80 euros, para atender al pago de los pagarés que vencían el 15 de septiembre de 2008.- En esta última renovación de 9 de septiembre de 2008, el acusado D. Roberto , no obstante haber recibido dichas cantidades, las cuales debía destinar al pago de los efectos que vencían, como estipulaba la cláusula tercera de dicha renovación (folio 31), hizo suyos aquellos fondos, dio la orden al banco de no atender al pago de los efectos que le fueran presentados, y, después, destinó el dinero recibido "Agrícolas El Lino, S.L." para realizar el 17 de septiembre de 2008 pagos a terceros por un lado, y realizar transferencias a cuentas corrientes, cuyos titulares eran el propio Roberto por importe de 96.000 euros, su hijo -el también acusado D. Marcial - por importe de 712.000 euros, y la sociedad "Aguilera Nogales y Cía, S.A.", administrada por la acusada D<sup>a</sup> Violeta , de la que era apoderado su hijo y que pertenecía al 50 % a Roberto y a D<sup>a</sup> Violeta , por importe de 219.481'46 euros.- Por no atender el acusado D. Roberto al pago del importe los pagarés descontados por "Agrícolas El Lino, S.L." se ha visto obligada abonar su importe ala entidad en la que previamente los había descontado, con el consiguiente perjuicio al haber pagado su importe más los intereses, gastos y comisiones asociados a la operación de descuento, cuya cuantía no se ha acreditado.- **Tercero** Los acusados carecen de antecedentes penales y no han estado privados de libertad por esta causa". (sic)

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

"FALLO: Absolvemos a los acusados D. Marcial y D<sup>a</sup> Gloria de los delitos por los que venían siendo acusados por las acusaciones, con declaración de oficio de 2/3 partes de las costas acusadas. Absolvemos a los responsables civiles subsidiarios "Aguilera Nogales y Cía, S.A." y Bankia.- Condenamos al acusado D. Roberto como autor responsable de un delito de apropiación indebida, ya definido a las penas de 2 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, y multa de 10 meses con una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como al pago de 1/3 parte de las costas causadas, en la que se incluye 1/6 parte de las costas generadas por la actuación de la acusación particular.- En el orden civil el acusado D. Roberto indemnizará a la empresa "Agrícolas El Lino, S.L." en 1.270.889'80 euros más los gastos e intereses derivados del impago de los pagarés con fecha de vencimiento 15 de septiembre de 2008, que se determinaran en ejecución de sentencia y que ningún caso superaran la suma de 603.628 euros.- D. Marcial responderá subsidiariamente de la responsabilidad civil del acusado condenado en la cuantía de 712.000 euros; D<sup>a</sup> Violeta responderá subsidiariamente de la responsabilidad civil del acusado condenado en la cuantía de 219.481'46 euros.- Se condena a la acusación particular al pago de las costas causadas por la actuación procesal de Bankia". (sic)

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de **Agrícolas El Lino, S.L., Violeta y Marcial** , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**Cuarto.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de **Agrícolas El Lino, S.L.** formalizó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal .

SEGUNDO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal .

La representación de Violeta y Marcial basó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.2º LECriminal .

SEGUNDO: Al amparo del art. 849.2º LECriminal .

TERCERO: Al amparo del art. 849.2º LECriminal .

CUARTO: Al amparo del art. 849.2º LECriminal .

**Quinto.-** Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 26 de Marzo de 2015.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La sentencia de 24 de Octubre de 2013 de la Sección VII de la Audiencia Provincial de Sevilla , condenó a Roberto , como autor de un delito de apropiación indebida a la pena de dos años de prisión y multa de diez meses, con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.



Los hechos, en síntesis, se refieren a que el condenado / recurrente Roberto adquirió el 20 de Septiembre de 2006 de la mercantil "Agrícolas El Lino S.L." un total de doce parcelas por el precio de 1.838.422'62 euros más el IVA correspondiente.

De dicha cantidad abonó en efectivo 858.147'39 euros suscribiendo por el resto ocho pagarés con vencimiento el 30 de Septiembre de 2007, con posibilidad de renovación antes de su vencimiento.

De acuerdo con esta previsión se efectuaron tres renovaciones de los pagarés en las fechas de 5 de Septiembre de 2007, 10 de Diciembre de 2007 y 20 de Mayo de 2008.

Como quiera que "Agrícolas El Lino S.L." había descontado los pagarés recibidos, a consecuencia de la renovación de los pagarés, ingresó en la c/c del recurrente el dinero obtenido en el descuento de los pagarés para que el recurrente pudiera atender al pago de los nuevos pagarés renovados. Así sucedió en las tres renovaciones expresadas, actuando "Agrícolas El Lino S.L." en la creencia de que los nuevos pagarés serían renovados o pagados a su vencimiento, lo que así ocurrió en las tres renovaciones expresadas.

Hubo una última renovación el 9 de Septiembre de 2008, pero en este caso Roberto, no obstante haber recibido de "Agrícolas El Lino, S.L." las cantidades descontadas por éste, dio orden al banco de no atender el pago de los efectos que le fueran presentados, destinando con posterioridad el dinero recibido de "Agrícolas El Lino, S.L." a efectuar pagos a terceros, a realizar transferencias a cuentas corrientes cuyos titulares eran el propio Roberto, su hijo Marcial --por importe de 712.000 euros-- y a la Sociedad "Aguilera Nogales y Cía. S.A.", --por importe de 219.481'46 euros--, administrada por D<sup>a</sup> Violeta.

A consecuencia de ello, "Agrícolas El Lino, S.L." se ha visto obligada a abonar el importe de los pagarés descontados al banco ante el que hizo el descuento, más los gastos correspondientes, a consecuencia de la actuación del recurrente.

Contra la sentencia se han formalizados dos recursos de casación, uno por parte de los considerados en la sentencia como partícipes a título **lucrativo**, si bien en el fallo se les considera como responsables civiles subsidiarios, es decir Marcial y Violeta.

Asimismo se ha presentado recurso por parte de la mercantil "Agrícolas El Lino, S.L." en el ejercicio de la Acusación Particular.

Pasamos en primer lugar al estudio del recurso formalizado por Marcial --hijo del condenado-- y por Violeta --su madre--.

Segundo.- Recurso de Marcial y Violeta.

El recurso está desarrollado a través de **cuatro motivos**, el **primero y segundo** relativo a Violeta y el **motivo tercero y cuarto** atinente a su hijo Marcial.

La recurrente Violeta por el cauce del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia en el **motivo primero** como indebidamente aplicado el art. 122 del Cpenal relativo al participante a título **lucrativo**.

Se sostiene en la argumentación que la responsabilidad de la recurrente alcanza exclusivamente a la persona que se haya beneficiado de los efectos del delito cometido por tercero, sin tener intervención en el mismo, de acuerdo con el art. 122 del Cpenal, tal y como se declara en la sentencia.

Pues bien, desde esta situación, *alega la recurrente que ella no se benefició a título lucrativo de la transferencia efectuada por Roberto*. Según el *factum* al que hay que atenerse dado el cauce casacional empleado del *error iuris*, Roberto efectuó una *transferencia* por importe de 219.481'46 euros "....a la sociedad "Aguilera Nogales y Cia S.A." administrada por la acusada, D<sup>a</sup> Violeta, de la que era apoderado su hijo....".

Obviamente, el beneficiario de dicha transferencia fue la Sociedad, que tiene una personalidad jurídica distinta de la recurrente, por más que ésta sea la administradora y, además, fuera la propietaria del 50%.

La sentencia se equivoca cuando afirma que la recurrente Eusebia, persona física, fue la beneficiada con la transferencia, y más aún cuando en el f.jdco. sexto se acuerda la no declaración de la Responsable Civil Subsidiaria de la mercantil "Aguilera y Nogales y Cia S.A." con el argumento de que la misma no fue pedida lo que no es cierto porque en la calificación definitiva efectuada por la Acusación Particular, se solicitó expresamente la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil "Aguilera y Nogales y Cia S.A." como aparece recogido en el antecedente tercero de la sentencia recurrida.

En primer lugar, hay que *deslindar conceptos* jurídicos de partícipe a título **lucrativo** y responsable civil subsidiario a la vista de la confusión en que incurre la sentencia.



El art. 122 del Cpenal define al tercero a título **lucrativo** como aquel que se ha beneficiado en los efectos del delito o falta *sin haber participado en el mismo ni como autor ni como cómplice*.

Por tanto el tercero a título **lucrativo** se define por las siguientes notas :

- a) Nota *positiva* el haberse beneficiado de los efectos de un delito o falta.
- b) Nota *negativa* no haber tenido ninguna intervención en tal hecho delictivo, ni como autor o cómplice, pues en caso contrario sería de aplicación el art. 116 y *no* el 122 del Cpenal .
- c) Que tal participación o aprovechamiento de los efectos del delito lo sea a título *gratuito* , es decir, sin contraprestación alguna.
- d) Por tanto *no se trata de una responsabilidad ex delicto* , sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita –art. 1305 CCivil–. En definitiva, se trata de una manifestación aplicable al orden penal según el cual *no cabe un enriquecimiento con causa ilícita* – STS 324/2009 de 27 de Marzo –.
- e) Tal responsabilidad es *solidaria* junto con el autor material –o cómplice– del delito pero con *el límite del importe de lo que se ha aprovechado* . Por decirlo de otra forma, su responsabilidad es solidaria con el responsable penal hasta el límite del aprovechamiento / enriquecimiento **lucrativo** que haya tenido.
- f) La acción civil contra el partícipe por título **lucrativo** del delito de apropiación –como es el caso de autos– al tratarse de una *acción personal* está sujeta a los *plazos de prescripción* de tales acciones y el día inicial para el cómputo coincide con el inicio de la causa penal – STS 600/2007 –.

En definitiva la gran ventaja que tiene el art. 122 Cpenal equivalente al art. 108 del anterior Cpenal , es la de *permitir que dentro del propio proceso* penal el perjudicado pueda obtener el resarcimiento de aquella parte en que se haya beneficiado a título **lucrativo** el que no haya participado en el delito, lo que dada la naturaleza civil y no penal de la causa, la restitución de no existir tal precepto le hubiera obligado a un proceso civil, con las consecuencias de tiempo y coste procesal que ello acarrea.

Por contra, la *responsabilidad civil subsidiaria* :

- a) Tiene su origen en el propio delito.
- b) Se trata de una responsabilidad *ex delicto*.
- c) La obligación de hacer frente a las consecuencias económicas del delito se amplía a personas que no participaron en el a consecuencia de la *especial relación* que une al responsable penal con el responsable civil *en los términos y forma declarados en los arts. 120 y 121 del Cpenal* , que se refiere a casos de culpa *in vigilando* , una situación de dependencia, una culpa *in eligendo* , un beneficio para el responsable civil de lo efectuado por el responsable de la infracción o un mal funcionamiento defectuoso de los servicios públicos.
- d) Su extensión es coincidente con la declarada para el responsable penal.
- e) Su naturaleza es subsidiaria, es decir, en caso de impago por parte del responsable penal.

Pues bien, *en el presente caso* , la responsabilidad que se declara en la sentencia de la recurrente Violeta como tercero beneficiario a título **lucrativo** por el hecho de haber recibido del condenado una transferencia de 219.481'46 euros *no puede ser aceptada* porque dicha cantidad lo fue para la Sociedad "Aguilera y Nogales y Cia S.A." como ya se ha dicho, y por mucho que la recurrente fuera la administradora de la misma, *la beneficiaria fue la Sociedad y no ella personalmente* . Pudo y debió haberse declarado en la sentencia la condición de tercer responsable a título **lucrativo** de dicha Sociedad, pero *no* de la recurrente Eusebia Nogales, y por tanto *procede dejar sin efecto tal pronunciamiento* , lo que supone la *estimación del motivo, como ya interesó también el Ministerio Fiscal en su informe* .

*Procede la estimación del motivo* .

Tal estimación del motivo primero, deja sin contenido el motivo segundo en el que por la vía del *error facti* del art. 849-2º LECriminal se intentaba acreditar el error del Tribunal al estimar tercer Responsable Civil a título **lucrativo** a Eusebia Nogales cuando la beneficiaria fue la Sociedad.

**Tercero.-** Pasamos al estudio de los **motivos tercero y cuarto** que por el cauce del *error facti* del art. 849-2º LECriminal y con la *misma argumentación sostiene igual tesis respecto del hijo del condenado Marcial* , estimando indebidamente aplicado respecto de dicho recurrente su condición de tercer responsable a título **lucrativo** de acuerdo con el art. 122 Cpenal .

Hay que recordar que la invocación del motivo expresado, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos –entre otras STS 762/2004 de 14 de Junio , 67/2005 de 26 de Enero y 1491/2005 de 1 de Diciembre ,



192/2006 de 1 de Febrero , 225/2006 de 2 de Marzo y 313/2006 de 17 de Marzo , 835/2006 de 17 de Julio , 530/2008 de 15 de Julio , 342/2009 de 2 de Abril , 914/2010 de 26 de Octubre , 685/2013 de 24 de Septiembre y 875/2014 , entre otras--.

1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de Noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "*...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma...*", quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, tampoco tiene carácter documental a los efectos de este cauce casacional el soporte audiovisual en el que se haya podido grabar el acta del juicio o cualesquiera declaraciones testimoniales o de imputados, ni tampoco las fotografías, pues su contenido depende del lugar desde donde se toman, la luz del día, la calidad de la foto o el color, circunstancias que solo pueden ser valoradas por el Tribunal de instancia, que están en relación a ello es situación distinta por la inmediatez de que dispuso y de la que carece esta Sala Casacional.

*Tampoco* tienen naturaleza de documento casacional las diligencias de reconocimiento en rueda porque solo recogen las manifestaciones de quien las efectúa, que como tales son declaraciones personales -- STS 574/2004-- ni el acta de los registros domiciliarios ni las comparecencias de agentes policiales que intervinieron en las mismas, unas y otras son manifestaciones de las personas concernidas -- STS 950/2006 --.

También se pueden citar las SSTS 22/2000 ; 1553/2000 ; 335/2001 ; 284/2003 ; 196/2006 ; 766/2008 ; 195/2012 ; 365/2012 ; 545/2012 y entre las más recientes, 834/2014 y 875/2014 . *De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial* según la doctrina de esta Sala --SSTS nº 1643/98 de 23 de Diciembre , nº 372/99 de 23 de Febrero , sentencia de 30 de Enero de 2004 y nº 1046/2004 de 5 de Octubre --. La justificación de alterar el *factum* en virtud de prueba documental --y sólo esa-- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o en su caso, la pericial permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediatez y contradicción.

3.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

4.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración --razonada-- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal . Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. -- SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de Noviembre --.

5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99 , 765/04 de 11 de Junio .

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de *citar expresamente el documento* de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo -- art. 855 LECriminal -- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso ( STS 3-4-02 ), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la reciente sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de Marzo , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, *precisar los concretos extremos* del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" o buscar tales extremos, como un zahorí -- SSTS 465/2004 de 6 de Abril , 1345/2005 de 14



de Octubre , 733/2006 de 30 de Junio , 685/2009 de 3 de Junio , 1121/2009 , 1236/2009 de 2 de Diciembre , 92/2010 de 11 de Febrero , 259/2010 de 18 de Marzo , 86/2011 de 8 de Febrero , 149/2011 , 769/2011 de 24 de Junio , 1175/2011 de 10 de Noviembre , 325/2012 de 3 de Mayo , 364/2012 de 3 de Mayo , 691/2012 de 25 de Septiembre , 444/2013 de 16 de Mayo , 464/2013 de 5 de Junio , la ya citada 685/2013 de 24 de Septiembre , 994/2013 de 23 de Diciembre , 418/2014 de 21 de Mayo y 875/2014 de 15 de Diciembre --.

En el presente caso , la sentencia no refleja más que el condenado y *no* recurrente con el dinero que obtuvo y que tenía por objeto atender a los pagarés de Agrícolas El Lino, S.L. tras dar orden de no atender al pago de los pagarés, destinó el dinero que la propia Sociedad citada le había ingresado, procedente del descuento de los pagarés a realizar transferencias a su cuenta, a la de su hijo --el actual recurrente-- y a la de la Sociedad "Aguilera y Nogales y Cia S.L.". En la fundamentación jurídica de la sentencia se dice que esas transferencias eran para atender deudas. En cualquier caso, tal destino, que no está acreditado, aunque lo estuviera, nada afecta a la calificación jurídica de tercero beneficiario a título **lucrativo**, pues obviamente, el recurrente recibió el dinero expresado en el *factum* a título **lucrativo** beneficiándose él.

En la acción del recurrente encontramos *todos* los elementos que vertebran la figura del tercero a título **lucrativo** del art. 122 del Cpenal .

-El recurrente *no* ha participado en el delito de apropiación cometido por su padre, el condenado penalmente en la sentencia.

-Ha obtenido a título **lucrativo** un beneficio consistente en la transferencia que su padre le efectuó por importe de 712.000 euros.

-La obligación de reembolso que se le impone es consecuencia de la interdicción de enriquecimiento sin causa o causa ilícita.

-La obligación de resarcimiento se limita cuantitativamente al dinero recibido: los expresados 712.000 euros.

En todo caso, en la segunda sentencia se rectificará el pronunciamiento de la responsabilidad civil del recurrente que *no es subsidiaria sino solidaria* .

*Procede la desestimación del motivo .*

Por lo que se refiere al **motivo cuarto** , se alega que en el *auto aclaratorio de la sentencia* de fecha 10 de Abril de 2014 , se absolvió a su padre a quien en el fallo de la sentencia se le consideró como autor de un delito de apropiación indebida.

Ciertamente en dicho auto de aclaración se dictó para rectificar determinados errores en concreto el del segundo apellido de Violeta que es Violeta y *no* Gloria como se dice en la sentencia, pero de forma paradójica se *incurrieron en otros errores claros* como el de la absolución de Roberto , lo que *no* aparecía en la sentencia --como es obvio-- pero sí en el auto aclaratorio, por un evidente y claro descuido.

Ninguna trascendencia tiene tal error que *debió ser corregido por otro auto de aclaración* .

*Procede la desestimación del motivo .*

#### **Cuarto.- Recurso de la Acusación Particular.**

Se trata del recurso formalizado por la entidad "Agrícolas El Lino, S.L.". Su recurso está desarrollado a través de **dos motivos** .

El **motivo primero**, por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal , estima *indebidamente inaplicada la responsabilidad civil subsidiaria* vía art. 120-3º del Cpenal respecto de *Bankia* en la medida que fue a la persona de dicha entidad bancaria a la que el condenado Roberto le dio la orden verbal tras la última renovación de los pagarés de no atender al pago de los mismos.

La queja planteada por el recurrente viene acompañada de una abundante jurisprudencia --folios 4 a 18 de su escrito-- pero toda la argumentación parte de un concepto erróneo como acertadamente apunta la sentencia y es que *esa entidad bancaria--Bankia-- no mantenía relación contractual alguna con el recurrente* , y por lo tanto no tenía ninguna obligación ni compromiso con la Sociedad recurrente. Era el banco del acusado, y éste como cliente y titular de la cuenta tal y como recoge la sentencia, dio orden de que no fueran atendidos los efectos que se presentasen al cobro. Todo ello sin perjuicio de que además, la sentencia no tenga por acreditado el pretendido incumplimiento de las normas que rigen las buenas prácticas bancarias emitidas por el Banco de España.



Por lo demás, de acuerdo con el relato fáctico que debe ser respetado dada la vía casacional empleada, no existe base alguna para declarar la solicitada responsabilidad civil de la entidad, por lo que el motivo debe de ser rechazado.

*Procede la desestimación del motivo .*

El **motivo segundo** al amparo del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente aplicado el art. 267 LOPJ en relación al *error padecido en dicho auto de aclaración* dictado por el Tribunal en el que absolvió al condenado en vía penal.

Considera que la aclaración de la sentencia llevada a cabo por la Sala mediante auto de fecha 10 de Abril pasado, excede de los límites de una mera corrección, en cuanto al subsanar un error en los apellidos de los acusados altera el fallo absolviendo a todos los acusados.

Se trata de cuestión ya abordada en el anterior recurso.

Tiene razón el recurrente en que el auto aclaratorio absuelve a los tres acusados, pero se trata de un *mero y evidente error material* fácil de comprobar con una interpretación integradora del contenido del auto y que debió ponerse de manifiesto a la Sala para su corrección inmediata como establece el apartado 3º del art. 267 LOPJ , como ya se ha dicho.

*Procede la desestimación del motivo .*

**Quinto.-** De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede declarar de oficio las costas del recurso formalizado por Violeta y Marcial al haber prosperado uno de los motivos formalizados.

Procede la condena de las costas del recurso formalizado por la Acusación Particular, así como la pérdida del depósito constituido que se dedicará a las atenciones previstas en el art. 890 LECriminal .

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **Violeta y Marcial** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección VII, de fecha 24 de Octubre de 2013 , en lo referente al motivo primero afectante a Eusebia Nogales, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la **Acusación Particular Agrícolas El Lino, S.L.** , contra la referida sentencia, con imposición a la recurrente de las costas causadas de su recurso, y pérdida del depósito constituido al que se le dará las finalidades previstas en el art. 890 LECriminal .

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección VII, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil quince.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Dos Hermanas, Procedimiento Abreviado nº 28/2010, seguido por delito de estafa, contra Roberto , con DNI NUM001 , nacido en La Higuera (Jaén), el día NUM002 de 1945, hijo de Rosendo y de Adoracion , sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, con domicilio en Sevilla; contra Marcial , con DNI NUM003 , nacido en Sevilla, el día NUM004 de 1972, hijo de Roberto y de Violeta , sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, con domicilio en Sevilla; contra Violeta , con DNI NUM005 , nacida en Huétor Tájar (Granada), el día NUM006 de 1948, hija de Jaime y de Regina , con domicilio en Sevilla; contra **Aguilera y Nogales y Cia** y **Bankia** , como Responsables Civiles Subsidiarias; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, se hace constar lo siguiente:



## I. ANTECEDENTES

**Unico.**- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Unico.**- Por los razonamientos incluidos en el f.jdco. segundo de la sentencia casacional *debemos dejar sin efecto la declaración de que Violeta de ser responsable a título **lucrativo**, respondiendo de 219.481'46 euros.*

Asimismo en relación al otro recurrente Marcial en concepto de tercer beneficiario a título **lucrativo** responderá del abono de 712.000 euros *de forma solidaria* con el condenado en vía penal.

## III. FALLO

*Eliminamos el pronunciamiento de la sentencia relativo a la declaración de tercero beneficiario a título **lucrativo** de **Violeta** , eliminando igualmente el abono de la cantidad de 219.481'46 euros.*

En relación a **Marcial** como tercer beneficiario a título **lucrativo** su responsabilidad por importe de 712.000 euros, *es de forma solidaria con el condenado en vía penal* .

**Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentencia casacional no afectados por la presente resolución.**

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.