



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

*Sentencia 784/2014, de 20 de noviembre de 2014
Sala de lo Penal
Rec. n.º 38/2014*

SUMARIO:

Delito de apropiación indebida y de administración desleal. Criterios de diferenciación. Responsable civil a título lucrativo. Se trata de dos delitos que son tangentes entre sí, de forma que teniendo una zona común a ambos delitos, existe otra zona más amplia que por tener caracteres propios, permite diferenciarlos. Por ello cuando los actos de disposición efectuados por el administrador societario que abusando de sus funciones dispone fraudulentamente de los bienes -tal y como reza el art. 295 CP-, el administrador actúa de esta manera desleal pero dentro de sus funciones como administrador se estará ante el delito del art. 295 CP, y se estará dentro del delito de apropiación indebida cuando el administrador se apropia o distrae dinero -tal y como dice el art. 252 CP-, pero actuando extramuros de sus funciones como administrador. Los supuestos dudosos de encaje en uno u otro tipo penal, deberán ser resueltos con las reglas del concurso de normas del art. 8.4 CP que nos reenvía al delito de apropiación indebida por ser más grave. Tratándose el delito de apropiación indebida de delito público, la actuación del Ministerio Fiscal era obligada, y por tanto la renuncia al ejercicio de acciones no podía operar en un delito público. La condenada como responsable civil a título lucrativo, supone dos elementos: uno positivo (aprovecharse de los efectos del delito o falta, beneficio que procede de un hecho delictivo), y otro negativo que la persona no haya sido condenada como partícipe de la infracción correspondiente pues caso contrario sería responsable penalmente de acuerdo con el art. 116 CP.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8.4, 74, 116, 122, 250.1, 252 y 295.

PONENTE:

Don Joaquín Giménez García.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Noviembre de dos mil catorce.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de Bienvenido, Adolfinia (responsable civil a título lucrativo) y Sertarraco, S.L. (responsable civil subsidiaria), contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección V, por delito de apropiación indebida, 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. Joaquín Giménez García, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sr. Rodríguez Peñamaría, Sra. Verdasco Cediell y Sra.



www.civil-mercantil.com

Uceda Blasco; siendo parte recurrida Donaldson Ibérica Soluciones en Filtraciones S.L., representada por el Procurador Sr. Montero Reiter.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 22 de Barcelona, incoó Diligencias Previas nº 2720/09, seguido por delito de apropiación indebida, contra Bienvenido y Julio, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección V, que con fecha 6 de Septiembre de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"ÚNICO.- Ha resultado probado y así se declara que: El acusado Bienvenido, nacido el NUM000 de 1943, fue Director General y Administrador solidario de Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración S.L. entre el año 2000 y el día 2 de marzo de 2009.- Esta compañía efectuó los pagos que se consignarán a continuación siguiendo las instrucciones de este acusado y con la conformidad de su Directora Financiera que los hacía efectivos y ejecutaba. Ambos, que actuaban concertadamente, eran concededores, antes de ser efectuados tales pagos, que no eran debidos por Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. y que las facturas emitidas que servían de soporte documental para la realización de tales pagos no se ajustaban a la realidad. Los repetidos pagos causaban a la citada mercantil el correspondiente perjuicio -con excepción de los consignados en el apartado D- y el consiguiente enriquecimiento directo o indirecto -con excepción de los del apartado D- de los acusados Bienvenido -hechos A, C y E- y Julio -hechos B-, y de aquellas entidades o personas a las que directa o indirectamente llegaban los fondos -hechos A, B y E (en cuanto a la familia de Bienvenido).- A.- Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. abonó a la entidad Sertarraco, S.L., de la que era socio en un 50% el acusado Bienvenido, las siguientes sumas dinerarias: 5.626.-Euros durante el año 2004, 98.047,48.-Euros durante 2005, 174.171,68.-Euros durante 2006, 156.177,76.-Euros durante 2007, 127.600.-Euros durante 2008, y 17.400.-Euros en enero de 2009, lo que hace un total de 579.022,92.-Euros. Los referidos pagos se realizaron mediante transferencias bancarias a unas cuentas bancarias de titularidad de Sertarraco, S.L. en las que figuraban como apoderado el repetido acusado.- Estos pagos no eran debidos por la sociedad Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L., aunque se instrumentaran como pago de una serie de facturas giradas por Sertarraco, S.L., contra aquélla. Tales facturas no correspondían a ninguna venta, ni ejecución de obra o servicio, que hubieran sido efectuadas por la entidad emisora de las facturas en interés de Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. y fueron confeccionadas siguiendo las instrucciones de Bienvenido, o al menos concertadamente con él.- Parte de los fondos obtenidos por Sertarraco, S.L. de esta forma fueron utilizados por el acusado Bienvenido y la Directora Financiera de Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. para que las compañías del grupo denominado Galarza a su vez pagaran parte de la deuda que tenían contraída con la repetida Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. por lo que los fondos volvieron a ésta, aunque en contrapartida quedaron extinguidos aquellos créditos saldados, y en consecuencia esta sociedad se vio perjudicada ya que no podía reclamarlos a las deudoras, quienes por otra parte tenían escasa solvencia al tiempo de producirse tales traslados de fondos. En concreto Talleres Galarza, S.A pudo abonar de esa forma la suma de 75.464,63.-Euros mediante un pago realizado en fecha 22 de junio de 2006, y Comercial para Graneles Portuarios la suma de 46.828,13.- Euros mediante varios pagos efectuados la final del año 2006 y durante el año 2007.- B.- Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. abonó a la mercantil Al Clima 48,

CEF.-**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

S.L., que era propiedad de Julio nacido el día NUM001 de 1955, siendo éste su Administrador y quien la gestionaba personalmente, las siguientes sumas dinerarias: 64.762,80.-Euros en el año 2004 y 3.302,72.-Euros en el año 2008, lo que hace un total de 68.065,52.-Euros. Los expresados pagos fueron realizados a cuentas bancarias de la compañía perceptora.- Aunque Julio mediante sus sociedades TCM y Al Clima 48, S.L., había tenido relaciones comerciales reales con Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L., como su subcontratista en la colocación y montaje de filtros de esta última, pero los pagos antes consignados -que ascienden a un total de 68.065,52.-Euros- no le eran debidos por la sociedad Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L., aunque se instrumentaran como pagos de una serie de facturas giradas por la citada Al Clima 48, S.L., contra aquélla. Tales facturas no correspondían a ninguna venta, ni ejecución de obra o servicio, que hubieran sido efectuadas por la entidad emisora de las facturas en interés de Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. y fueron confeccionadas siguiendo las instrucciones de Bienvenido , o al menos concertadamente con él.- Los acusados Bienvenido y Julio son hermanos.- Julio ha abonado a Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. el perjuicio causado -con respecto a este apartado B-, con anterioridad al inicio del juicio oral.- C.- Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. abonó a la mercantil Torcua, S.L. la cantidad de 46.674,92.-Euros en el año 2002 y 63.800.-Euros el año 2003, lo que hace un total de 110.474,92.-Euros.- Estos importes eran debidos por el acusado Bienvenido a Torcua, S.L. por obras que efectuó esa entidad en el domicilio de aquél.- Las facturas emitidas por Torcua, S.L. contra Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L., que fueron abonadas por ésta, correspondían a obra realizada efectivamente, pero deberían haber sido emitidas contra el referido acusado Bienvenido y pagadas por él, pues sólo a él le beneficiaba la obra.- D.- Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. abonó a la mercantil Rectificadora del Vallés, S.A. la cantidad de 7.954,30.-Euros en el año 2005, 9.104,84.-Euros en el año 2006, 9.926,16.-Euros en el año 2007, y 10.065,42.-Euros el año 2008, lo que hace un total de 37.050,72.-Euros. Los expresados pagos fueron realizados a cuentas bancarias de la compañía perceptora.- Estos importes eran debidos por Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. pues correspondían al importe a que ascendían las "cestas navideñas" con las que la referida entidad obsequiaba a sus empleados y directivos, y a gastos del servicio de restauración prestado por el Restaurante "Reina", que era disfrutado por los mismos. Todo ello en ejecución de la política seguida por el acusado Bienvenido de motivación del personal que prestaba sus servicios a la mercantil.- En estas facturas abonadas, que se correspondían a operaciones reales, deberían haber constado los conceptos antes mencionados.- E.- Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. abonó a la mercantil Viajes Transglobal, S.A., titular de la agencia de viajes utilizada por aquella compañía para los viajes de empresa realizados por su directivos y empleados, la suma de total de 11.350,60.- Euros, durante los años 2006, 2007, 2008 y principio de 2009, y que se correspondían con gastos de viajes de este acusado y de otros miembros de su familia, en concreto: Adolfinia , su esposa, Jose Enrique y Apolonio , sus hijos, viajes que no tenían utilidad ni beneficio para aquella sociedad, siendo de índole particular del repetido acusado y su familia.- Tal importe se corresponde con el pago de las siguientes facturas: -nº NUM002 siendo la mitad facturada: 357,80.-Euros.- nº NUM003 siendo la mitad facturada: 393,70.Euros.- nº NUM004 siendo el total facturado: 651,00.-Euros.- nº NUM005 siendo el total facturado: 592,40.-Euros.- nº NUM006 siendo el total facturado: 2.263,89.-Euros.- nº NUM007 siendo el total facturado: 756,38.-Euros.- nº NUM008 siendo el total facturado: 496,69.-Euros.- nº NUM009 siendo el total facturado: 577,76.-Euros.- nº NUM010 siendo el total facturado: 379,53.-Euros.- nº NUM011 siendo el total facturado: 3.847,33.-Euros.- nº NUM012 siendo el total facturado: 544,84.-Euros.- nº NUM013 siendo el total facturado 489,28.-Euros.- De las expresadas sumas dinerarias fue beneficiaria a título gratuito, pues disfrutó de los viajes, la esposa del acusado Adolfinia , con respecto a las siguientes facturas, y por un total importe de 4.621,25.-Euros: -nº NUM002 en



www.civil-mercantil.com

cuanto a la mitad facturada: 357,80.-Euros.- nº NUM003 en cuanto a la mitad facturada: 393,70.-Euros.- nº NUM004 en cuanto al tercio facturado: 217,00.- Euros.- nº NUM005 en cuanto al tercio facturado: 197,46.-Euros.- nº NUM006 en cuanto al tercio facturado: 754,29.-Euros.- nº NUM008 siendo el total facturado: 496,69.-Euros.- nº NUM009 en cuanto a un cuarto facturado: 144,44.- Euros.- nº NUM011 en cuanto a la mitad facturada: 1.923,66.-Euros.- nº NUM012 en cuanto a un cuarto facturado: 136,21.-Euros". (sic)

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Bienvenido y a Julio como autores criminalmente responsables de un delito continuado y consumado de apropiación indebida de los artículos 252, en relación al artículo 250.1.5º y 74 del Código Penal en concurso de normas, artículo 8.4 del mismo texto legal, con un delito continuado y consumado societario de los artículos 295 y 74 del mismo Código, y a su vez en concurso medial con un delito continuado y consumado de falsedad en documento mercantil de los artículos 390.1.2º, 392 y 74 del repetido Código, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, salvo la atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21.5 del repetido Código en el acusado Julio, a Bienvenido a la pena de PRISIÓN DE TRES AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de NUEVE MESES Y UN DÍA DE MULTA, con una cuota diaria de doce euros, y con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e insolvencia de ciento treinta y cinco días; y a Julio a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO y la pena de SEIS MESES DE MULTA, con una cuota diaria de cinco euros, y con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e insolvencia de noventa días. Y se condena a Bienvenido al pago de 9/15 de las costas y a Julio a 1,5/15 de las costas; declarando 3/15 de las costas de oficio (absolución hecho D).- Se condena a Bienvenido a pagar a Donaldson Ibérica Soluciones en Filtración, S.L. la suma de QUINIENTOS SETENTA MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO EUROS, CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS, más el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De la expresada suma y en cuanto a CUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTIÚN EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS se declara responsable civil a título lucrativo a Adolfina.- Y para el cumplimiento de la responsabilidad principal y subsidiaria que se les impone a los dos acusados, se les abona el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa.- DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Bienvenido de toda responsabilidad criminal por los hechos por los que se ha seguido la causa contra él relativos a Rectificadora del Vallés, S.A; y también en relación al delito de falsedad con respecto a los hechos relativos a Viajes Transglobal, S.A.". (sic)

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recurso de casación por las representaciones de Bienvenido, Adolfina y Sertarraco, S.L., 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 Bienvenido, formalizó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:



www.civil-mercantil.com

PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ .
SEGUNDO: Al amparo del art. 849.2 LECriminal .
TERCERO: Al amparo del art. 849.1 LECriminal .
CUARTO: Al amparo del art. 849.1 y 2 LECriminal .
QUINTO: Al amparo del art. 849.1 y 2 LECriminal .

La representación de Adolfina , basó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.1 LECriminal .
SEGUNDO: Al amparo del art. 849.2 LECriminal .

La representación de Sertarraco S.L ., formalizó su recurso de casación en base a los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 852 LECriminal .
SEGUNDO: Al amparo del art. 849.1 LECriminal .
TERCERO y CUARTO: Al amparo del art. 849.1º 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 13 de Noviembre de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de 6 de Septiembre de 2013 de la Sección V de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a Bienvenido y a su hermano Julio , como autores de un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252 en relación con el 250.1-5 º y 74 del Cpenal en concurso de normas con un delito continuado societario (administración desleal), y, a su vez, en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil concurriendo exclusivamente en Julio la atenuante muy cualificada de reparación del daño a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo, y asimismo declaró responsable civil a título lucrativo a Adolfina .

Los hechos, en síntesis, son los siguientes :

El condenado / recurrente Bienvenido , a la sazón Director General y Administrador solidario de la mercantil Donaldson Ibérica Soluciones en Infiltración S.L., entre el año 2000 y el 2 de Marzo de 2009 de acuerdo con la Directora Financiera, no acusada y concertadamente con ella efectuó diversos pagos por parte de Donaldson en base a facturas emitidas que actuaban como soporte documental para efectuar los mismos pagos que no se correspondían a la realidad ni a servicios prestados, de suerte que la mercantil citada tuvo el consiguiente perjuicio patrimonial por tales pagos indebidos.



www.civil-mercantil.com

La sentencia agrupa los pagos efectuados en cinco grupos .

El primer grupo se refiere a pagos efectuados a la mercantil Sertarraco cuyo 50% pertenecía al propio Bienvenido que entre los años 2004 a 2009 facturó a Donaldson un total de 579.022'92 euros, de los que 456.730'16 euros se referían a facturas de Sertarraco sin justificación ni correspondientes con servicios prestados, y el resto hasta el total indicado fue en concepto de pago de deudas reales de las empresas Galarza Talleres y Graneles Portuarios con Donaldson, pero estando ambas en estado de escasa insolvencia, con lo que si bien Donaldson se reintegró de tales deudas mediante esta operación circular, es lo cierto que Donaldson se quedó en la imposibilidad de reclamar tales demandas a las citadas empresas deudoras.

Un segundo grupo de facturas por importe de 68.065'52 euros fueron girados por la mercantil Clima 48 S.L., propiedad de Julio que tampoco se correspondían con pago alguno, si bien Julio antes del juicio oral reintegró a Donaldson la totalidad del importe señalado.

Un tercer grupo se refiere a facturas giradas por la mercantil Torcu S.L. contra Donaldson que obra entre los años 2002 a 2003 por un importe de 110.474'92 euros. La deuda en este caso era real porque se correspondía con servicios prestados por Torcu pero en el domicilio del propio Bienvenido , y en su exclusivo beneficio, sin embargo fueron abonados por Donaldson.

Un cuarto grupo referente al importe de unas cestas y regalos de Navidad carece de relevancia penal por responder a pérdidas reales, siendo la única irregularidad la identificación del gasto, pero que quedó extramuros del Cpenal.

Un quinto grupo se refiere a una serie de viajes particulares con su esposa e hijos, efectuados por Bienvenido al margen de su condición de administrador de Donaldson y que por lo tanto no redundaban en beneficio de la sociedad.

El total de los viajes así facturados y pagados por Donaldson a Viajes Transglobal S.A. ascendió entre los años 2006 a principios del 2009 a la cantidad de 11.350'60 euros, de ellos la sentencia considera que la esposa del recurrente, Adolfinia se benefició por un importe total de 4.621'25 euros.

Han formalizado recurso de casación el condenado, Bienvenido , Adolfinia , su esposa en la condición de tercer beneficiario a título lucrativo, y la mercantil Sertarraco S.L., considerada en la sentencia como responsable civil subsidiaria en los términos concretados en el auto de aclaración que complementa la sentencia.

Pasamos al estudio de dichos recursos.

Segundo. Recurso de Bienvenido .

Su recurso está desarrollado a través de cinco motivos .

El motivo primero , por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia .

Sabido es que dicha denuncia supone que la condena del denunciante carece de la prueba de cargo suficiente para sostener tal condena. Lejos de ello, el recurrente se limita a considerar que la subsunción jurídica de los hechos que se le imputan, no constituye un delito de apropiación, sino que se estaría ante un delito de administración desleal del art. 295 del Cpenal .

El recurrente no cuestiona los hechos que los reconoce como se afirma en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia, por lo que en realidad, el cauce casacional debió ser el del error iuris del art. 849-1º LECriminal con preferencia al utilizado, lo que por otra parte, no va a impedir dar respuesta a todas las cuestiones jurídicas planteadas.



www.civil-mercantil.com

Ya anticipamos que la calificación jurídica que sostiene la sentencia, de apropiación indebida es la correcta y en modo alguno puede prosperar la tesis del recurrente de que se está en presencia de un delito de administración desleal. La sentencia de instancia declara que de acuerdo con las reglas del concurso de normas o de leyes establecidas en el art. 8 del Cpenal, apartado 4º, este concurso de normas debe resolverse con aplicación del precepto penal más grave que excluya al de pena menor, lo que en el presente caso supone la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida.

Con reiteración la doctrina de esta Sala que en relación a los delitos de apropiación indebida y de administración desleal, se trata de dos delitos que son tangentes entre sí, de forma que teniendo una zona común a ambos delitos, existe otra zona más amplia que por tener caracteres propios, permite diferenciar y situar las acciones objeto de enjuiciamiento en uno u otro delito.

En este sentido y con las SSTS 915/2005 y 462/2009 de 12 de Mayo, podemos decir que el delito de apropiación indebida desde la perspectiva del delito de administración desleal se integra por los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo recibe los caudales en virtud de depósito, administración o comisión u otro título que contenga el fin que debe darse a los caudales.

b) Que ejecute un acto de disposición sobre el dinero u objeto de naturaleza ilegítimo en cuanto que excede de las facultades concedidas en la recepción de los efectos, dándole un destino distinto.

c) Que como consecuencia de ello se cause un perjuicio al sujeto pasivo, y

d) Como elemento subjetivo del injusto que sea consciente de que no solo se excede de las facultades que se le concedieron sino que se está claramente extramuros del marco de relaciones dentro del cual opera la entrega de los efectos o dinero.

Ello permite distinguir los supuestos de apropiación indebida y administración desleal, de suerte que cuando los actos de disposición efectuados por el administrador societario que abusando de sus funciones dispone fraudulentamente de los bienes --tal y como reza el art. 295 Cpenal --, el administrador actúa de esta manera desleal pero dentro de sus funciones como administrador se estará ante el delito del art. 295 Cpenal, y se estará dentro del delito de apropiación indebida cuando el administrador se apropia o distrae dinero --tal y como dice el art. 252 Cpenal --, pero actuando extramuros de sus funciones como administrador.

En todo caso, reconociendo que el art. 295 de administración desleal ha venido a completar y no a sustituir al delito de apropiación indebida los supuestos dudosos de encaje en uno u otro tipo penal, deberán ser resueltos con las reglas del concurso de normas del art. 8, en concreto con la regla del art. 8-4º Cpenal que nos reenvía al delito de apropiación indebida por ser más grave -- SSTS de 7 de Junio 2006; 279/2007 ; 513/2007 ; 754/2007 ; 121/2008 ; 1181/2009 ó 434/2010, y más recientemente 627/2013 de 18 de Julio--.

En el presente caso el recurrente, como administrador de la sociedad no solo ha actuado con deslealtad hacia la sociedad que administraba, sino que aprovechando su situación como administrador ha efectuado cualitativamente actos que quedaban fuera de sus facultades adoptando decisiones que desviaban el capital social a finalidades claramente distintas y que desbordaban las facultades de que disponía, no solo actuaba fraudulentamente dentro de sus funciones, sino que se situaba extramuros de sus facultades como no puede calificarse de otro modo al ordenar pagos de facturas de empresas en las que tenía intereses -- Sertarraco le pertenecía en un 50%, y en relación a Torcua se trató de trabajos efectuados en su propia casa, y lo mismo puede decirse de los viajes-- facturas que no se correspondían con servicios prestados a Donaldson y que por tanto eran falsas, habiendo incorporado a su



www.civil-mercantil.com

patrimonio los importes correspondientes, lo que constituye un acto nuclear del delito de apropiación indebida.

Desde el respeto al factum procede el rechazo del motivo .

Tercero.

Pasamos al estudio conjunto de los motivos segundo, tercero y cuarto , que por la vía del error facti (el segundo) y por la doble y simultánea vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal , y error facti del art. 849-2º LECriminal --lo que no deja de ser una incorrección procesal--, denuncia con la cita del documento de los folios 435 a 438 error en la valoración de los hechos en lo que ha incurrido el Tribunal al condenarle como autor de un delito de apropiación indebida, y por no haber apreciado en todo caso las atenuantes de reparación y de confesión.

En la argumentación del motivo segundo , designa el documento denominado "extinción y renuncia de acciones" por el cual tanto la sociedad Donaldson Ibérica y el recurrente, una vez reconocidos los hechos por éste, se obligan a no ejercer acciones de ningún tipo, dejaba la empresa y renunciaba el recurrente al cobro de toda indemnización. En base a este documento estima el recurrente que Donaldson Ibérica no estaba legitimada para ejercer la Acusación Particular.

Asimismo en relación al motivo tercero y en base al mismo documento se pretende que al haber renunciado el recurrente al ejercicio de acciones en reclamación de cualquier cantidad a Donaldson Ibérica por la extinción de su contrato, esta renuncia equivale --equivaldría en su tesis-- a una compensación por el daño causado ya que el recurrente renunció a toda indemnización que pudiera corresponderle y por tanto procedería la aplicación de la atenuante de reparación del daño .

Finalmente, en relación al motivo cuarto solicita la aplicación de la atenuante de confesión se dice que al haber reconocido el recurrente las irregularidades, tal reconocimiento equivaldría a la concurrencia de la atenuante de confesión.

Ninguno de los motivos puede prosperar .

Desde la perspectiva del error facti el documento indicado carece del valor que se le quiere otorgar para acreditar los tres errores que se denuncian.

En relación al motivo segundo, el reconocimiento de los hechos por parte del recurrente lo fue una vez acreditadas las apropiaciones y por tanto tratándose el delito de apropiación indebida de delito público, la actuación del Ministerio Fiscal era obligada, y por tanto la renuncia al ejercicio de acciones no podía operar en un delito público , por lo demás tal documento no supone una renuncia al ejercicio de acciones penales, ni siquiera civiles una vez que acusó también el Ministerio Fiscal. Se trata de una cuestión nueva alegada en esta sede casacional por primera vez con lo que de acuerdo con la doctrina existente en la Sala sobre las cuestiones nuevas en casación, ya se incurre en causa de inadmisión, lo que se dice ex abundantia . SSTS 895/2010 ó 600/2014 , entre las más recientes.

Tampoco procede las atenuantes solicitadas de reparación y de confesión tanto por razones procesales como sustantivas. Por razones procesales porque nada se recoge en el factum con valor de hecho que pudiera dar vida a las atenuantes solicitadas, y por razones sustantivas porque no ha existido verdadera reparación ni parcial ni total a la empresa perjudicada, ya que el perjuicio económico causado permanece indemne, y la renuncia a derechos futuros que pudieran corresponderle al recurrente era una hipótesis en supuesto caso de inexistencia de actividad delictiva por éste, lo que no es el caso por lo que no cabe compensación entre el perjuicio causado real y cuantificado, y un hipotético derecho ni vencido ni exigible del recurrente frente a la Sociedad ante un cese de su actividad.



www.civil-mercantil.com

De forma análoga, tampoco concurre la atenuante de confesión, pues no fue un reconocimiento voluntario anterior al descubrimiento de la ilicitud penal, sino con posterioridad a su acreditación.

Procede el rechazo de los tres motivos .

Cuarto.

En el quinto motivo , se solicita la atenuante de dilaciones indebidas .

Se alega que la denuncia se puso el 15 de Mayo de 2009 y que el juicio oral tuvo lugar el 2 de Septiembre, interesando la aplicación de la atenuante postulada bien ordinario o bien muy cualificado.

Teniendo en cuenta que la sentencia ha impuesto la pena en el mínimo imponible, el posible efecto que pudiera tener la atenuante ordinaria de dilaciones, única posible, sería irrelevante, por lo que procede también el rechazo del motivo.

Procede el rechazo del motivo .

Quinto. Recurso de Adolfina .

Se trata de la esposa de Bienvenido que fue condenada como responsable civil a título lucrativo a abonar 4.621'25 euros por los viajes efectuados, de acuerdo con el art.122 Cpenal .

La sentencia en el f.jdco. undécimo (por error está numerado como cuarto), se justifica la condena de la recurrente en los siguientes términos :

"...Se declara responsable a título lucrativo a Adolfina , ya que aunque no tuvo una conducta penalmente relevante, se aprovechó, a título lucrativo, (SSTS nº 428/2006 y nº 986/2009) en las sumas que a continuación se consignan y que hacen un total de 4.621,25.-Euros.

En efecto, de las expresadas sumas dinerarias fue beneficiaria a título gratuito, pues disfrutó de los viajes, la esposa del acusado Adolfina , con respecto a las siguientes facturas:

- nº NUM002 en cuanto a la mitad facturada: 357,80.-Euros.
- nº NUM003 en cuanto a la mitad facturada: 393,70.-Euros.
- nº NUM004 en cuanto al tercio facturado: 217,00.-Euros.
- nº NUM005 en cuanto al tercio facturado: 197,46.-Euros.
- nº NUM006 en cuanto al tercio facturado: 754,29.-Euros.
- nº NUM008 siendo el total facturado: 496,69.-Euros.
- nº NUM009 en cuanto a un cuarto facturado: 144,44.-Euros.
- nº NUM011 en cuanto a la mitad facturada: 1.923,66.-Euros.
- nº NUM012 en cuanto a un cuarto facturado: 136,21.-Euros....".

Su recurso está desarrollado en dos motivos , ambos encauzados por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal , si bien en realidad el motivo segundo lo es por la vía del error facti ya que se refiere a un error en base a la pericial que señala.

En relación al motivo primero :

Considera que su condena como partícipe a título lucrativo se sustenta tan solo en la cuestión de su beneficio determinada en el informe pericial, pero no existe prueba objetiva que acredite el conocimiento que Adolfina tenía del uso que su marido Bienvenido hacía de los fondos sociales para sufragar los gastos de esos viajes.



www.civil-mercantil.com

El motivo carece de fundamento en la medida en que la recurrente reconoció que no abonó los gastos de los viajes en los que acompañó a su marido cuando éste lo hacía por motivos laborales, como también admitió que tampoco había pagado los gastos de los viajes realizados en familia. Por tanto, el informe pericial junto con su reconocimiento de no haber pagado el importe de los viajes es suficiente para establecer su responsabilidad lucrativa.

En cuanto a su alegada ignorancia sobre la procedencia delictiva de los fondos utilizados para pagar los viajes, es incuestionable que tiene que concurrir este requisito, pues en caso contrario, esto es, el conocimiento del delito cometido por su marido, la hubiera convertido en autora de un delito de receptación.

Debe tenerse en cuenta que la condenada como responsable civil a título lucrativo de acuerdo con el art. 122 del Cpenal, supone una situación que se integra por dos elementos: uno positivo y otro negativo.

Como elemento positivo supone que la persona concernida se ha aprovechado de los efectos del delito o falta, que en el presente caso ascendió a 4.621'25 euros, beneficio que procede de un hecho delictivo.

Como elemento negativo, se exige que la persona no haya sido condenada como partícipe de la infracción correspondiente pues caso contrario sería responsable penalmente de acuerdo con el art. 116 Cpenal.

El origen de esta responsabilidad civil no está por tanto en una posible responsabilidad penal ex delicto, sino que la causa es la ilicitud civil de un enriquecimiento ilícito limitado a la parte de beneficio en que se haya enriquecido.

No es pues una responsabilidad civil ex delicto sino una responsabilidad civil derivada de la nulidad de los contratos con causa ilícita.

La jurisprudencia de la Sala en relación a esta figura, se ha concretado en la esposa que se benefició del ingreso en sus c/c de dinero producto de delitos cometidos por su esposo, o hijos de la condenada que igualmente se beneficiaron con ingresos a título lucrativo y situaciones semejantes. SSTs 532/2000; 1313/2006 ó 616/2009, entre otras.

Por lo que se refiere al motivo segundo, su rechazo se deriva de que, obviamente, la pericial no acredita el conocimiento del origen delictivo del importe de los viajes que efectuó la recurrente.

Sexto. Recurso de la Responsable Civil Subsidiaria Mercantil Sertarraco, S.L.

Se trata del recurso formalizado por la entidad Sertarraco, S.L., de la que, según el factum, el condenado Bienvenido es propietario en un 50%, habiéndose beneficiado con el abono por parte de Donaldson por un total de 446.730'16 euros, correspondientes a facturas falsas abonadas por Donaldson por servicios no efectuados.

Su recurso está desarrollado a través de cuatro motivos.

El motivo primero, al amparo del art. 852 LECriminal por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Denuncia que la sentencia no refiere el medio probatorio que le ha servido para tener por acreditado que Bienvenido era socio al 50% de Sertarraco S.L. y que las transferencias de Donaldson Ibérica se realizaron a cuentas bancarias de Sertarraco en las que este acusado figuraba como apoderado.

El motivo debe ser inadmitido por su falta de consistencia, puesto que, por un lado, Bienvenido reconoció ser socio de Sertarraco y, por otro, constan las facturas libradas por la sociedad responsable civil subsidiaria y el informe pericial, que demostraba que tales facturas no respondían a ninguna operación real.



www.civil-mercantil.com

Respecto a la otra cuestión que se dice carece de sustento probatorio, consta acreditado en autos que Bienvenido figuraba como apoderado de las cuentas de Sertarraco a las que fueron a parar los fondos, pero aunque así no fuera es innegable que siendo socio en un 50% de la sociedad beneficiaria, ello ya comportaba para él una ventaja.

Procede la inadmisión del motivo .

El motivo segundo , al amparo del art. 849.1º LECriminal , por Infracción de Ley.

Sin mencionar el precepto penal que considera infringido, reprocha que en el auto de 18 de Octubre de 2013, dictado en aclaración de la sentencia, se haya adicionado al f.jdco. quinto un párrafo, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de Sertarraco para ostentar Bienvenido la administración de hecho de la misma, dado que esta afirmación carece de sustento documental y esta afirmación no está incluida en el hecho probado.

Consta en los hechos probados que Bienvenido era socio al 50% de la sociedad Sertarraco y que figuraba como apoderado de las cuentas a las que se transfirieron los fondos de Donaldson Ibérica, siendo estos datos suficientes para declarar su responsabilidad civil subsidiaria, al ser evidente la vinculación existente y al haberse confeccionado por parte de Sertarraco las facturas falsas siguiendo las instrucciones de Bienvenido , beneficiándose de este modo la sociedad de la actividad delictiva del acusado.

Procede la desestimación del motivo .

Los motivos tercero y cuarto, al amparo del art. 849.1 LECriminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia por la actividad de Bienvenido .

Al amparo del art. 849.2 LECriminal , por errónea valoración de los documentos obrantes a los folios 435 a 438.

Siendo estos motivos idénticos a los articulados por el primer recurrente, a lo allí expuesto nos remitimos a efectos de su impugnación.

Procede la desestimación de ambos motivos .

Séptimo.

De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede la imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones de Bienvenido , Adolfin y Sertarraco, S.L. , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección V, de fecha 6 de Septiembre de 2013 , con imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección V, 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 Joaquín Giménez García Jose Ramon Soriano Soriano Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco Perfecto Andres Ibañez

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

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.