

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 1045/2024, de 20 de noviembre de 2024

Sala de lo Penal

Rec. n.º 4213/2022

**SUMARIO:**

**Legitimación penal procesal. Legitimación activa de la mercantil liquidada. Pervivencia de los poderes en su día otorgados al procurador. Necesidad de previa liquidación para identificar el delito de apropiación indebida.**

Una sociedad de capital, ya disuelta y liquidada, cuya escritura de extinción ha sido inscrita en el Registro Mercantil, sigue teniendo legitimación pasiva frente a una reclamación de indemnización de daños y perjuicios bajo la Ley de Sociedades de Capital, aunque formalmente la cancelación de los asientos registrales relativos a la sociedad conlleva su extinción, no se puede negar cierta personalidad jurídica respecto de reclamaciones derivadas de pasivos sobrevenidos. Por tanto la conclusión del concurso de una sociedad por insuficiencia de masa activa, que conlleva la extinción de la persona jurídica y la cancelación de su inscripción registral, no puede implicar ni la condonación de sus deudas ni, tampoco, que los activos subsistentes se extingan o pasen a ser considerados como una suerte de "res nullius". De ahí que para la solución de este tipo de vicisitudes jurídicas subsistentes debe reconocerse que la sociedad extinta conserva una suerte de *personalidad jurídica residual* funcionalmente destinada tanto para soportar reclamaciones individuales de los acreedores como para, como en el caso que nos ocupa, mantener o iniciar acciones de reclamación frente a terceros.

No es cierto, como se sostiene por el recurrente, que se hubieran suspendido las facultades de administración de la concursada con motivo de la apertura de la fase común del concurso. Pero, en todo caso, lo relevante es que, aun admitiendo que se hubiera producido la suspensión o la intervención de la administración, ello no afecta al apoderamiento en su día concedido al procurador para el ejercicio de la acción penal. Lo que la norma concursal previene, es la transferencia de competencias a la administración concursal para proponer a la autoridad judicial actuaciones dispositivas en relación con las acciones judiciales ejercitadas por o contra la mercantil o, en el caso de la intervención, de control de la actividad pretensional de los administradores societarios. Pero tanto en un supuesto como en el otro, si la administración concursal decide continuar adelante con la acción pendiente no es necesario que ratifique el poder del procurador, basta con que no decida revocarlo. Pero ello, insistimos, en nada afecta ni a la validez ni a la eficacia ni a la vigencia de los poderes concedidos al procurador que ejercitó en nombre de la sociedad la correspondiente acción. Es cierto que la apertura de la fase de liquidación concluye con la disolución y el cese de los administradores. Efecto que podría equipararse con la *muerte del poderdante* que, como causa de cese del procurador, se contempla en el artículo

Síguenos en...



30.1. 3º LEC. Ahora bien, si, como indicábamos en el anterior motivo de recurso, la mercantil disuelta conserva personalidad jurídica residual funcionalmente vinculada al ejercicio -inicio o mantenimiento- de acciones judiciales en reclamación de créditos que pueda ostentar contra terceros, ese " *hilo de vida societaria*" permite, también, como lógica consecuencia, mantener en vigor el apoderamiento en su día otorgado al procurador para que, como acontece en este caso, ejercitara la correspondiente acción penal y civil contra el hoy recurrente.

Respecto al delito de apropiación indebida, si bien es cierto que si no se puede determinar qué cantidad perteneciente a una de las partes ha sido objeto de distracción por parte de la otra, no es posible afirmar que haya existido un ánimo apropiatorio de lo ajeno -elemento subjetivo del tipo-, De ahí que, como regla general, en estos casos la realización del tipo objetivo de la apropiación solo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación, el tenedor de la cosa o del dinero no lo entrega; pero, en lógica consecuencia, también hemos mantenido que solo es exigible una liquidación cuando sea procedente para determinar el saldo derivado de las operaciones de cargo y la fecha como resultado de las compensaciones posibles, pero no cuando se trata de operaciones perfectamente concretadas. Por ello, la liquidación de cuentas pendientes, como causa excluyente del dolo penal, no es aplicable cuando se trata de relaciones perfectamente determinadas y separadas. En estos casos, si la persona acusada invoca necesidad de previa liquidación deberá justificar, al menos, la existencia de algún posible crédito en su favor o de una posible deuda a cargo del perjudicado que justifique la correcta aplicación compensatoria que legitima la retención, no bastando las meras referencias genéricas o inconcretas

**PONENTE:**

*Don Javier Hernandez Garcia.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR  
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA  
Don CARMEN LAMELA DIAZ  
Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA  
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1.045/2024

Fecha de sentencia: 20/11/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4213/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/11/2024

Síguenos en...



Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de Madrid

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4213/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1045/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 20 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 4213/2022, interpuesto por D. Héctor , representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Raquel Cano Cuadrado, bajo la dirección letrada de D. Antonio Canales Martínez, contra la sentencia n.º 167/2022 de fecha 4 de mayo de 2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 154/2021 de fecha 30 de marzo de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29<sup>a</sup> en el PA 423/2020, procedente del Juzgado de Instrucción num. 38 de Madrid.

Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida la entidad HELLS AND CO MALASAÑA SL representada por el procurador D. Antonio Gómez de la Serna Adrada, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Ana María Soterías Escartín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid incoó procedimiento abreviado 2601/17 por delito continuado de apropiación indebida, contra Héctor; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección 29<sup>a</sup>, (P.A. núm. 423/2020) dictó Sentencia en fecha 30 de marzo de 2021 que contiene los siguientes hechos probados:

Síguenos en...



" I.- De la valoración de la prueba practicada, resulta probado y así se declara, que el acusado D. Héctor, mayor de edad, nacido el NUM000/1983, con DNI NUM001 y sin antecedentes penales, desde el 21 de julio de 2015 hasta el 19 de septiembre de 2017 fue administrador único de la mercantil HEELS AND CO MALASAÑA S.L., cuya actividad era la explotación de un negocio de venta de ropa, denominado , "Austin", sito en la calle Corredera Alta de San Pablo nº 2 de la ciudad de Madrid.

El acusado, en su condición de administrador, era el único autorizado para la gestión de las cuentas que la sociedad HEELS AND CO MALASAÑA S.L. tenía en la entidad Abanca (( NUM002) y en Banco. Sabadell ( NUM003), que eran gestionadas exclusivamente por el acusado, quien asimismo era el titular de las tarjetas de crédito y de débito asociadas a esas cuentas.

El acusado, aprovechando las facultades que tenía conferidas como administrador, con ánimo de obtener un enriquecimiento ilícito y haciendo uso en exclusivo beneficio propio de los fondos sociales, llevó a cabo, desde la cuenta social en la entidad ABANCA diversas operaciones con la tarjeta visa de la empresa, operaciones T.P.V., operaciones de cajero automático, traspasos de cantidades, reintegros en efectivo, transferencias y otras operaciones con las tarjetas bancarias de la sociedad asociadas a esa cuenta, por un total de 38.683,27 e, que incorporó a su patrimonio y sin destinarlas a la sociedad

En particular, el acusado D. Héctor realizó las siguientes operaciones:

1) Operaciones con la tarjeta VISA .desde el 10/09/2016 al 07/09/2017, por pagos de apuestas en Codere, pagos en establecimientos de New York y otras ciudades norteamericanas, Praga, Londres y Portugal realizados en viajes personales del acusado; y amortizaciones de deuda por un total de 4.353,85 euros (operaciones que se especifican en los folios: 1087 y 1088).

2) Operaciones TP.V. entre el 16/09/2016 y el 8/09/2017 por un total de 1.611,66 E por servicios y compras personales del acusado, como comidas en diversos restaurantes, repostaje de gasolina, pago de parkings, centro de estética y belleza (operaciones especificadas en los folios 1089 y 1090).

3) Operaciones de reintegro en cajeros automático entre el 9/09/2016 y el 21/07/2017 por un total de 12.460 euros (operaciones especificadas en folios 1091 y 1092). En particular, seis de 600 euros cada una los días 26/09/2016, 24/10/2016, 26/10/2016, 2 y 4/11/2016 y 30/05/2017, y una de 500 euros el día 16/12/2016.

4) Comisiones por divisa devengadas por los pagos realizados por el acusado con la tarjeta de la sociedad en sus viajes personales al extranjero, por un total de 82,1 € (operaciones especificadas en los folios 1093 y 1094).

5) Operaciones bancarias: 1.000 € el 07/09/2016 "pago alquiler Héctor y 300 E el 06/09/2017 " Héctor" (operaciones especificadas al folio 1095).

6) Transferencias a la sociedad del acusado Hattori Hanso el 22/12/2017 de 660E y el 16/02/2017 de 500 €

7) Traspasos de cantidades por un total de 11.235,66 E, realizadas entre el 20/03/2017 y el 16/09/2017, correspondiendo 1.662 € a traspasos desde tarjeta; 5.986 € a facturas y otros gastos de la sociedad Hattori del acusado; 450 € "nómina" del acusado; 197,77 € a descubiertos de la tarjeta y el resto a traspasos de dinero de la cuenta a la tarjeta (operaciones especificadas a los folios 1097 y 1098).

8) Ocho reintegros en efectivo, por un total de 6.480 e, realizados desde el 16/09/2016 al 21/07/2017: En concreto, el 16/09/2016 realizó un reintegro de 1.450 €; el 25/10/2016, de 1.350 €; el 04/11/2016, de 880 €, el 14/02/2017, de 200 €; el 08/05/2017, de 510 €, el 12/05/2017, de 390 €, el 05/07/2017, de 500 € y el 31/07/2017, de 12.00 €. El acusado no ha justificado el destino de estas cantidades.

No ha quedado probado que el acusado haya realizado un reintegro, en efectivo de 6.480 € de la cuenta de la sociedad HEELS AND CO MALASAÑA S.L. en Banco Sabadell ni que haya realizado con cargo a la tarjeta asociada a esa cuenta gastos personales por un importe de 2.111 €.

No ha quedado probado tampoco que el acusado se quedase con 24.746,09 procedente de las ventas en efectivo.

II.- La mercantil HEELS AND CO MALASAÑA S.L. instó un procedimiento de concurso voluntario en abril de 2018 que se siguió en el Juzgado de lo Mercantil 8 de Madrid (procedimiento de concurso 413/18) y quedó extinguida el 16 de julio de 2018."

**Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Héctor como autor de un delito continuado de apropiación indebida de los arts 253 y 74 CP, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; a que indemnice a HEEIS AND CO MALASANA S.L. en treinta y ocho mil seiscientos ochenta y tres euros con veintisiete céntimos (38.683,27 e) más los intereses del artículo 576 LECivil y al pago de las costas de este juicio, incluidas las de la Acusación particular.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Apelación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de DEIZ DIAS, a contar desde la última notificación."

**Tercero.**

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Héctor; dictándose sentencia núm. 167/2022 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 4 de mayo de 2022, en el Rollo de Apelación 133/2022, cuyo Fallo es el siguiente:

"Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Héctor contra la sentencia de fecha 30/3/2021 dictada por la sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento abreviado 423/2020, apreciando la atenuante simple de dilaciones indebidas, imponiendo al acusado por el delito continuado de apropiación indebida de los artículos 253 y 74 del C.P la pena de 1 año y 9 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia ,sin imposición de las costas de esta alzada, que se declaran de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que, contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado, de conformidad con el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia."

**Cuarto.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representación procesal de D. Héctor que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Quinto.**

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Quebrantamiento de forma al amparo del N° 1 del art. 851 LECrim. Contradicción entre hechos probados: inexistencia de daño por mi mandante. Inexistencia de crédito contra mi mandante en el procedimiento concursal instado por la querellante.

Motivo segundo.- Infracción de ley, ex art. 849.2º LECrim. por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Motivo tercero.- Infracción de ley, ex art. 849.2º LECrim. por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Motivo cuarto.- Infracción de Ley, ex apartado N° 1 del artículo 849 LECR por haberse infringido por falta de aplicación los artículos 54.1 y 54.2 de la Ley Concursal y artículo 1.732 del Código Civil y actos propios de la querellante.

Síguenos en...



Motivo quinto.- Quebrantamiento de forma al amparo del Nº 3 del art. 851 LECrim. Ausencia de libros contables y de documentación mercantil de la mercantil querellante.

Motivo sexto.- Error en la apreciación de la prueba al amparo del número 2º del art. 849 LECrim. A efectos del artículo 855 LECrim se designan los folios 60 a 83 (fotocopia de extracto de ABANCA, compuesto por 24 páginas y 80 apuntes por página).

Motivo séptimo.- Infracción de ley ( art. 849-1º LECrim) por indebida aplicación del artículo 253 del C.Penal.

Motivo octavo.- Infracción de ley al amparo del número primero del art. 849 LECrim. Infracción del artículo 74.2 Código Penal. Delito continuado.

Motivo noveno.- Infracción precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y artículo 852 LECr por haberse infringido por inaplicación el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española, y también, por vulneración del art. 25.2 del Texto Constitucional, que establece el principio de legalidad.

#### **Sexto.**

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión del recurso, y subsidiariamente su desestimación. La sala lo admitió quedando los autos conclusos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Séptimo.**

Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 19 de noviembre de 2024.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMER MOTIVO, POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 851.1 LECRIM : CONTRADICCIÓN EN LOS HECHOS QUE SE DECLARAN PROBADOS AL DECLARARSE ACREDITADA LA EXISTENCIA DE UN DAÑO DERIVADO DE UN INEXISTENTE CRÉDITO CONTRA EL RECURRENTE EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL (SIC)

1. El motivo denuncia que la mercantil HEELS AND CO. MALASAÑA S.L no incluyó ningún crédito contra el ahora recurrente cuando presentó, en el correspondiente procedimiento concursal que se tramitó ante el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, el inventario de bienes y derechos. Esta omisión solo puede interpretarse como inexistencia del crédito que se declara probado en la sentencia. Probablemente, se afirma en el desarrollo argumental del motivo , "los administradores de la querellante lo que pretendieron es cancelar las deudas por insuficiencia de la masa activa antes que mantener un crédito o reclamación con el recurrente. Lo que supone una manipulación del ordenamiento jurídico pues no es de recibo buscar la extinción para no atender las deudas y resucitar para reclamar en la jurisdicción penal unos intereses que en la jurisdicción mercantil no se han revelado y todo ello con la preterición de los posibles acreedores en caso de condena del recurrente" (sic).

2. La alegación, además de desviarse, hasta el punto de no retorno, del cauce casacional invocado carece de todo fundamento.

En efecto, lo que se pretende, de la mano del motivo por quebrantamiento de forma, es una reformulación del relato fáctico a partir de una nueva valoración del marco normativo que envolvía la relación negocial entre el recurrente y la mercantil querellante, lo que resulta totalmente improcedente.

3. Como es bien sabido, la subsunción penal reclama, como precondition, la valoración normativa por parte del tribunal del hecho histórico clara y precisamente determinado. De ahí que el motivo por quebrantamiento de forma invocado opere como instrumento para la protección del derecho a conocer la acusación y, con ello, del derecho a defenderse mediante el ejercicio de los recursos. Las exigencias derivadas del tal derecho no se extinguen con la concreción por parte de las acusaciones de los hechos sobre los que fundan sus respectivas pretensiones de condena. En una suerte de progresión cualitativa, el derecho alcanza su máximo auge garantizador precisamente con la propia sentencia pues mediante esta las partes conocen los hechos sobre los que se basa la declaración de condena -vid. SSTEDH, caso Gea Catalán contra España, de 10 de febrero de 1995; caso Pèllisier y

Síguenos en...

Sassi contra Francia, de 25 de marzo de 1999; caso Dallos contra Hungría, de 1 de marzo de 2001; caso Sipavicius contra Lituania, de 21 de febrero de 2002; caso Varela Geis contra España, de 13 de marzo de 2013; caso Uche c. Suiza, de 17 de julio de 2018-.

Ahora bien, la única contradicción que genera un vicio rescindente de la sentencia y que puede prestar fundamento al motivo es aquella que por su entidad lógica compromete la inteligibilidad del relato fáctico. Lo que acontecerá cuando contenga dos proposiciones factuales cuyas condiciones de producción resulten incompatibles entre sí o una de ellas prive de sentido narrativo a la otra, afectando de manera significativa a la consistencia lógico-proposicional del relato, impidiendo conocer con precisión qué hechos se declaran probados.

En esa medida, no puede existir contradicción entre lo que se describe en términos enunciativos y asertivos en el relato de hechos probados de la sentencia y el relato potencial pretendido por la parte.

La discrepancia con lo declarado probado y no probado en la sentencia podrá hacerse valer de la mano de los motivos por error valorativo o infracción del derecho a la presunción de inocencia.

4. En el caso, y en los términos ya anunciados, no apreciamos en la sentencia de instancia la más mínima contradicción interna en el relato fáctico que impida conocer qué se declara probado y, en esa medida, formular el correspondiente recurso.

5. Pero, además, aun cuando redireccionemos la pretensión al cauce del artículo 852 LECrim, tampoco es posible identificar el "error fáctico" a partir de la valoración del marco normativo que se denuncia. El hecho, cierto, de que la mercantil no incluyera en el inventario de bienes y derechos presentado al procedimiento concursal una referencia al crédito que en ese momento pudiera ostentar contra el recurrente por los hechos que fueron objeto de querrela, ni compromete su existencia material ni, desde luego, impide la declaración como probados tanto de los actos de apropiación de dinero como de sus respectivos importes.

6. La Jurisprudencia de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo es muy clara al afirmar que la función del inventario es predominantemente informativa, a fin de que los acreedores puedan conocer con qué bienes y derechos cuenta el concursado para cumplir una posible propuesta de convenio o cuál sería el resultado económico previsible que traería, en la práctica, la liquidación de su patrimonio. El inventario no confiere un título traslativo del dominio a quien no lo tiene, pues ni crea ni extingue derechos.

De modo que incluir un derecho de crédito o un bien en el inventario no constituye una declaración judicial acerca de la titularidad del bien o derecho de que se trate. El inventario no es inamovible, sino que tiene un carácter dinámico, en la medida en que el concursado puede enajenar bienes y derechos y adquirir otros durante el concurso, además de los resultados que pueden arrojar las acciones de reintegración como cauce procesal para la recuperación de bienes que salieron indebidamente de la masa activa -vid. SSTS, Sala 1ª, 558/2018, de 9 de octubre; 364/2021, de 26 de mayo-.

En lógica correspondencia, la no inclusión de un crédito no puede tener, en ningún caso, efectos extintivos sobre la obligación crediticia o el título que le presta fundamento causal. Y ello sin perjuicio de las consecuencias concursales que se deriven una vez aflorado o realizado.

**SEGUNDO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.2 LECRIM, POR ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA BASADO EN DOCUMENTOS QUE DEMUESTREN LA EQUIVOCACIÓN DEL JUZGADOR SIN RESULTAR CONTRADICHOS POR OTROS ELEMENTOS PROBATORIOS**

7. El motivo, de nuevo por una vía casacional manifiestamente equivocada, cuestiona la legitimación "ad causam" de la querellante. Al parecer del recurrente, la extinción de la mercantil, con cancelación del correspondiente asiento, ordenada por auto de 16 de julio de 2018 que ponía fin al proceso concursal instado por sus administradores nombrados en la Junta Universal de 19 de septiembre de 2017 -que a nota a pie de página del cuerpo del escrito de formalización se califica de antijurídica- impide que se le pueda reconocer, como se hace en la sentencia recurrida, capacidad jurídica para ejercer o sostener acciones judiciales. La ocultación de tan relevante vicisitud por parte de los administradores es un indicador de mala fe procesal y sustantiva. Y no permite sostener lo afirmado en la sentencia de que la personalidad jurídica de la mercantil pervive mientras existan o puedan existir o aparecer efectos jurídicos derivados de los contratos, relaciones jurídicas o de los actos de cualquier tipo llevados a término durante el tiempo en que realizó su actividad empresarial. En el caso, la querellante quedó extinguida en julio de 2018 sin que conste que al administrador concursal se le mantuvieran facultades para proseguir actuaciones en defensa de intereses patrimoniales de la

concurada cuando, además, ningún crédito se incluyó ni se reclamó contra el recurrente en el concurso. Estas circunstancias, sostiene el recurrente, constituyen " un hecho probado que excluye la antijuricidad y tipicidad por falta de capacidad legal de la persona jurídica presuntamente perjudicada y por falta de reclamación en la jurisdicción civil" (sic). Además, las citas contenidas en la sentencia recurrida a resoluciones tanto de la Sala 1ª como de la Sala 2ª del Tribunal Supremo no resultan aplicables al caso pues todas ellas se refieren a la capacidad de la mercantil extinguida para ser demandada, no, en cambio, para ser acusadora en el proceso penal cuando voluntariamente se ha extinguido la sociedad sin reconocerse en el concurso crédito alguno contra el recurrente. La no reclamación en el concurso debe ser considerado un acto propio con valor de renuncia que, junto a la extinción de la personalidad jurídica, obliga a descartar la existencia del crédito que se establece en la sentencia recurrida.

8. El motivo carece de consistencia y no puede prosperar.

Inconsistencia procesal porque de nuevo utiliza una vía casacional inadecuada. Lo que se pretende desborda en mucho los estrechos márgenes del motivo invocado. Como es bien sabido, al hilo de los reiterados pronunciamientos de esta Sala -vid. por todas, SSTS 200/2017, de 27 de marzo; 362/2018, de 18 de julio; 614/2021, de 8 de julio; 610/2022, de 17 de junio- el espacio en el que puede operar el motivo de casación previsto en el artículo 849.2 LECrim se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica hechos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza como si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. Error que ha de tener la suficiente relevancia para alterar precisamente la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida.

Pero, además, el éxito del motivo reclama que se den determinadas condiciones de producción: primera, ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; segunda, ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material en la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; tercera, el motivo no permite una revalorización del cuadro probatorio para, de ahí, atribuir al documento el valor reconstructivo que la parte pretende; cuarta, muy vinculada a la anterior, el dato que el documento acredita no debe entrar en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración; quinta, el dato documental que contradiga el hecho probado debe tener virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo en la medida que puede alterar los términos del juicio de subsunción.

9. Y es obvio que, en el caso, el error que se denuncia, de haberlo, tiene una exclusiva naturaleza normativa. La literosuficiencia de los documentos invocados actúa como simple presupuesto informativo del complejo juicio normativo que sustenta la doble conclusión alcanzada por el tribunal de instancia sobre, por un lado, la legitimación material de la mercantil para ser considerada perjudicada por los hechos, objeto del proceso y, por otro, su legitimación procesal para ejercer la acción penal y civil.

10. El cuestionamiento de la legitimación material, al afectar a los fundamentos sustanciales de las acciones ejercitadas -civil y penal-, y en la medida que niega, al tiempo, que la mercantil ostentara un derecho o interés patrimonial digno de protección penal y que ya extinguida pudiera ser considerada perjudicada por los actos realizados por el recurrente, debería haberse encauzado casacionalmente mediante los motivos, escalonadamente estructurados, de infracción de ley del artículo 849.1º LECrim y de infracción de las reglas de reconocimiento de la condición de perjudicado en el proceso penal por la vía del artículo 852 LECrim.

11. En todo caso, y como también anticipábamos, la pretensión adolece de consistencia material.

Ni la no inclusión en el inventario presentado al concurso de un crédito esencialmente litigioso como el que se ha reclamado en el proceso penal produce efectos extintivos, como analizábamos al hilo del motivo anterior. Ni, desde luego, la extinción de la personalidad jurídica priva a la mercantil de la condición de acreedora y, por tanto, de legitimada materialmente para beneficiarse de la declaración del crédito dinerario a su favor, sin perjuicio de las consecuencias concursales que puedan derivarse de su efectivo cobro.

12. Sobre esta cuestión, de nuevo, debemos acudir a la jurisprudencia de la Sala 1º de este Tribunal Supremo que ofrece claves interpretativas valiosas y que permiten, además,

Síguenos en...



complementar los fundamentos de la STS 114/2019, de 5 de marzo de esta Sala 2ª, invocada en la sentencia recurrida.

En efecto, si bien es cierto, como afirma el recurrente, que la doctrina de la Sala 1ª contenida en la sentencia de Pleno 324/2017, de 24 de mayo, a la que se alude en la sentencia de instancia, lo que sostiene es que una sociedad de capital, ya disuelta y liquidada, cuya escritura de extinción ha sido inscrita en el Registro Mercantil, sigue teniendo legitimación pasiva frente a una reclamación de indemnización de daños y perjuicios -"(...) bajo la Ley de Sociedades de Capital (...), aunque formalmente la cancelación de los asientos registrales relativos a la sociedad conlleva su extinción, no podemos negarle cierta personalidad jurídica respecto de reclamaciones derivadas de pasivos sobrevenidos. Estas reclamaciones presuponen que todavía está pendiente alguna operación de liquidación. (...) En estos supuestos, en que la reclamación se basa en que el crédito reclamado debería haber formado parte de la liquidación, y que por lo tanto la practicada no es definitiva, no sólo no debemos negar la posibilidad de que pueda dirigirse la reclamación frente a la sociedad, sino que, además, no debemos exigir la previa anulación de la cancelación y la reapertura formal de la liquidación. (...) De este modo, no debe privarse a los acreedores de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad, bajo la representación de su liquidador, para reclamar judicialmente el crédito, sobre todo cuando, en atención a la naturaleza del crédito, se precisa su previa declaración"- ello no supone que, partiendo de los mismos presupuestos normativos teleológicamente orientados, no pueda reconocerse a la sociedad extinta con asiento cancelado también legitimación activa para reclamar bienes o derechos con valor económico, por actos previos lesivos del patrimonio social, con un efecto equivalente de reintegración a la masa en su día sometida a las reglas del concurso.

13. En este sentido, la STS, Sala 1ª, 1536/2023, de 8 de noviembre, despeja las dudas sobre la legitimación material activa de la sociedad extinguida para ejercer, por sí, acciones de reintegro de contenido patrimonial, incluso sin necesidad de reapertura del concurso que solo será necesaria para las operaciones liquidatorias que procedan una vez satisfecho el crédito declarado. La Sala 1ª autonomiza esta acción de la mercantil extinta de la que puedan instar los acreedores al amparo del apartado 2 del artículo 505 del Texto Refundido de la Ley Concursal -antiguo artículo 172.3 LC-, donde se prevé la reapertura del concurso con vistas al ejercicio de acciones que pueden conllevar un efecto de reintegración de activos a la masa. Como se precisa en el apartado 4º del fundamento tercero de la STS 1536/23, " conforme a la norma, la justificación de la reapertura se ciñe exclusivamente al ejercicio de las acciones de reintegración o a la calificación del concurso, que podría conllevar también un efecto beneficioso para los acreedores. Estos dos tipos de acciones deben ser ejercitadas en el concurso, de ahí que haya que reabrir el concurso para ello. Y al mismo tiempo la ley, que legitima a los acreedores para instar la reapertura por este motivo (por el interés que genera la expectativa de cobro de sus créditos), supedita esta posibilidad a que se solicite en un plazo limitado de tiempo, de un año desde la conclusión del concurso".

Sin embargo, y con relación al caso analizado en dicha sentencia, se consideró que la acción de reclamación de una indemnización por daños y perjuicios ejercitada por la sociedad extinta " no era propiamente una acción de reintegración, aunque pudiera producir una consecuencia equivalente por lo que, en principio, el ejercicio de esta acción, por sí solo, no justifica la reapertura del concurso de acreedores de la sociedad, sin perjuicio de que si, como resultado de la acción afloraran nuevos bienes (el importe de una indemnización), entonces sí, necesariamente debería abrirse el concurso a los meros efectos de liquidar el nuevo activo y pagar los créditos que correspondieran".

14. Partiendo de lo anterior, es obvio que la conclusión del concurso de una sociedad por insuficiencia de masa activa, que conlleva la extinción de la persona jurídica y la cancelación de su inscripción registral, no puede implicar ni la condonación de sus deudas ni, tampoco, que los activos subsistentes se extingan o pasen a ser considerados como una suerte de "res nullius". De ahí que para la solución de este tipo de vicisitudes jurídicas subsistentes debe reconocerse que la sociedad extinta conserva una suerte de personalidad jurídica residual funcionalmente destinada tanto para soportar reclamaciones individuales de los acreedores como para, como en el caso que nos ocupa, mantener o iniciar acciones de reclamación frente a terceros.

**TERCER MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.2º LECRIM , POR ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA BASADO EN DOCUMENTOS QUE DEMUESTRAN LA EQUIVOCACIÓN DEL JUZGADOR, SIN RESULTAR CONTRADICHOS POR OTROS ELEMENTOS PROBATORIOS**

15. El motivo se centra en denunciar irregularidades en el apoderamiento otorgado al procurador de la mercantil HEELS por la administradora Sra. Encarnacion para la interposición de la querrela. La primera, derivada de la propia constitución de la Junta Universal, pues como cabe constatar del examen del acta la suma de los porcentajes de capital social representado no alcanzó el 100 % exigido por el artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital. Y si bien se certificó que la Junta se constituyó habiéndose alcanzado dicho porcentaje lo que ello denota es, precisamente, la falsedad o invalidez de la certificación elevada a escritura pública. En esa medida, la administradora ilegalmente nombrada carece de capacidad representativa para apoderar a un procurador y decidir interponer una querrela contra el hoy recurrente.

La otra irregularidad va relacionada con la naturaleza de la administración para la que fue, aun irregularmente, nombrada la poderdante. Insiste el recurrente que en la Junta Universal se adoptó el acuerdo de nombramiento de administradores "mancomunados", como puede constatar del examen del testimonio aportado del acta donde aparece dicha expresión autógrafa sobre la palabra "único" tachada. En esa medida, y de nuevo, la certificación en la que se hace constar que lo acordado en la Junta fue el nombramiento de dos administradores solidarios, y sobre la que se basó el notario autorizante de la escritura de apoderamiento al procurador, se desvía de la verdadera voluntad societaria. La discordancia entre lo acordado y lo certificado no puede dar cobertura a la actuación de la administradora apoderando al procurador. La administración mancomunada reclamaba la intervención de los dos administradores nombrados. En consecuencia, el poder otorgado por la Sra. Encarnacion debe reputarse nulo, lo que arrastra la nulidad, también, del ejercicio de la acción penal.

16. El motivo no puede prosperar. Y de nuevo concurren significativas inconsistencias procesales y sustantivas en su formulación.

La invocación del artículo 849.2 LECrim como vía casacional debería haber conducido a su inadmisión. Sostener que del mero examen de los documentos invocados se revela de manera autoevidente un error que conduce al tribunal a declarar como probado un hecho significativo para el juicio de subsunción, sugiere una no particular destreza en la técnica casacional.

Las objeciones planteadas, esta vez relacionadas con la legitimación procesal de la mercantil para ejercer la acción penal, tienen un claro anclaje normativo y por afectar a los presupuestos de ejercicio de la acción penal debería haberse hecho valer por la vía del artículo 852 LECrim.

17. En todo caso, y para agotar el crédito de respuesta jurisdiccional al que la parte tiene derecho -y no del todo satisfecho en este punto en la sentencia recurrida- cabe entrar a analizar las razones de fondo en las que el recurrente funda su pretensión. Y que, como anticipábamos, son inconsistentes.

18. Por lo que se refiere a la denuncia de ilegalidad de la Junta Universal en la que se nombró a la Sra. Encarnacion como administradora, tiene razón el recurrente de que la suma de los porcentajes que aparecen reflejados en las menciones numéricas autógrafas del acta no alcanza el 100 % del capital. Pero de ahí a concluir que la Junta es nula y que la certificación falsea o altera la voluntad societaria hay un largo trecho que las razones aducidas por el recurrente en modo alguno permiten recorrer.

19. Toda aproximación valorativa a un contenido documentado exige, como prius metodológico, el respeto al canon de la totalidad. Solo el examen íntegro de su contenido permite extraer la información que permita, utilizando criterios lingüísticos, sistemáticos, contextuales y normativos, atribuir un significado proposicional al conjunto de las cláusulas o, en caso de contradicciones o antinomias entre estas, precisar qué significado debe prevalecer.

El caso que nos ocupa es paradigmático. Porque junto a los datos numéricos apuntados por el recurrente, el documento -el testimonio del acta de la Junta Universal celebrada el 19 de septiembre de 2017- incluye dos cláusulas en las que expresamente se hace constar que, una, " asisten todos los socios, titulares del 100% de las participaciones que representan el 100% del capital social, todas ellas con derecho a voto" (sic) y, otra, " por el presidente se declara la válida constitución de la Junta con la concurrencia de todos los socios, titulares del 100% de las participaciones sociales" (sic).

Pero no solo. También se hace constar literalmente que " sobre las citadas manifestaciones del presidente -las relativas a las condiciones de constitución de la Junta- ningún asistente presenta protesta o reserva alguna" (sic). Dándose la significativa circunstancia de que el hoy recurrente asistió a dicha Junta en su condición de socio y titular del 15% de las participaciones, firmando el acta confeccionada -condición legal, por otro lado, para su posterior elevación a escritura pública-. Tampoco consta objeción o reserva del

recurrente en la certificación expedida, sin solución de continuidad, por los administradores y en la que aparece plasmada su firma, en prueba de haber recibido la notificación específica del acuerdo de remoción de su cargo prevista en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil.

20. Partiendo de lo anterior, la conclusión es clara: el recurrente prestó su plena conformidad a la constitución regular de la Junta, conociendo, además, que esta cumplía con la exigencia de representación del 100% del capital. Mención "constitutiva" que, insistimos, hasta en dos ocasiones se hizo constar en el acta firmada por el recurrente.

21. Denunciar falsedad basada únicamente en que las menciones autógrafas de los porcentajes de capital incorporadas al acta no suman el 100 %, cuando el recurrente aceptó sin reserva la integridad del acta documentada donde se hace constar que sí estaba representado el total capital social con la presencia y la representación de todos los socios y sin ofrecer, tampoco, una hipótesis plausible que pueda explicar -más allá del simple error de consignación- que la suma de los porcentajes no arroja el 100 % de capital, se sitúa en el territorio del exceso, difícilmente justificado por el derecho de defensa.

22. Con relación a la segunda objeción, tiene también razón el recurrente de que en el acta de la Junta Universal se hace constar en letra autógrafa, en el apartado relativo al acuerdo adoptado de nombramiento de administrador, la palabra " mancomunados" al tiempo que aparece tachada con una raya la palabra " único". Y también es cierto que, en la certificación de los acuerdos sociales adoptados realizada el mismo día en que se celebró la Junta Universal, se hace constar que se acordó el nombramiento del Sr. Doroteo y de la Sra. Encarnacion como administradores solidarios.

Es obvio, por tanto, que existe una contradicción entre el contenido del acta y el de la certificación de la misma. Pero de la misma no cabe extraer las conclusiones sostenidas por el recurrente. En particular, la nulidad del poder en su día otorgado por la administradora Encarnacion al procurador que interpuso la querrela contra el recurrente en nombre de la mercantil HEELS S.L.

23. No cabe duda que la autorización notarial del apoderamiento se ajustó a las exigencias legales previstas. El notario comprobó la legitimación de la poderdante a la luz del contenido de acta notarial de 22 de septiembre de 2017 de elevación a escritura pública de los acuerdos sociales, conforme a las exigencias previstas en el artículo 107 RM, donde se hacía constar su condición de administradora solidaria. Acuerdos que fueron inscritos en el Registro Mercantil lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.2 RM, genera una presunción de la legalidad de las formas externas, desplegando efectos de fe pública registral frente a terceros hasta su rectificación o cancelación. En esa medida, el efecto personación de la mercantil en el proceso penal derivado de la interposición y posterior admisión de la querrela no puede, en estos momentos, cuestionarse.

24. La contradicción entre el contenido del acta y el de la certificación expedida de la misma genera, en efecto, una duda que afecta al plano interno de las relaciones societarias relativa a cuál era la verdadera voluntad de la mercantil en orden a sus mecanismos de representación.

Pero esta no puede despejarse, a los efectos pretendidos, afirmando que la administradora Encarnacion se excedió de su mandato mancomunado, contrariando la voluntad social. Y ello por dos razones. Una, porque el ahora recurrente el mismo día en que se adoptaron los acuerdos firmó la certificación, en prueba de conocimiento de su contenido, en la que se hacía constar el nombramiento solidario de los administradores. Conocimiento que convierte en inexplicable su inacción durante años para instar la rectificación o la cancelación registral del acuerdo. Su conducta, desde el plano interno, sugiere una clara asunción del contenido certificado de los acuerdos, lo que convierte en intempestiva e inconsistente la alegación de nulidad.

Otra, porque, en todo caso, la actuación del otro administrador, Sr. Doroteo, durante el desarrollo de la causa penal patentiza que la voluntad societaria, representada por ambos administradores, era el ejercicio de la acción penal contra el recurrente, lo que excluye, desde el plano interno, todo exceso en la actuación representativa de la Sra. Encarnacion.

25. No hay razón formal ni material que pueda justificar la "crisis" retrospectiva de la acción penal ejercitada por la mercantil por defecto en el poder otorgado al procurador que en su nombre interpuso la querrela.

**CUARTO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM : INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 54.1 Y 54.2, AMBOS, DE LA LEY CONCURSAL Y ARTÍCULO 1732 CC Y ACTOS PROPIOS DE LA QUERELLANTE (SIC)**

26. El motivo denuncia infracción de ley penal sustantiva si bien lo que cuestiona, otra vez, es, por un lado, la legitimación material de la mercantil por haberse extinguido, insiste el recurrente, su personalidad jurídica sin que previamente, además, se reclamara nada al recurrente en el proceso concursal. Y, por otro, la legitimación procesal pues la apertura del concurso comporta la revocación de los poderes de los administradores y, en lógica consecuencia, el decaimiento del poder en su día otorgado a favor del procurador que interpuso la querrela. Considera el recurrente que la regulación concursal actúa a modo de presupuesto aplicativo de la ley penal, pues de estimarse concurrentes los óbices planteados no cabría la condena por un delito de apropiación indebida.

27. El motivo no puede prosperar. De nuevo, se formula utilizando un cauce casacional equivocado que bien hubiera merecido la inadmisión.

En todo caso, y con relación a la objeción de falta de legitimación material de la mercantil para el ejercicio de la acción penal, nos remitimos a las razones desestimatorias del segundo de los motivos.

28. Por lo que se refiere a la segunda de las objeciones -la falta de postulación del procurador que interpuso la querrela en representación de la mercantil por extinción del poder- tampoco puede ser acogida.

El desarrollo argumental del motivo está plagado de indisculpables imprecisiones. No es cierto, como se sostiene por el recurrente, que se hubieran suspendido las facultades de administración de la concursada con motivo de la apertura de la fase común del concurso, sin perjuicio del efecto general derivado de la declaración de extinción en fase ya de liquidación a la que posteriormente nos referiremos.

29. Pero, en todo caso, lo relevante es que, aun admitiendo que se hubiera producido la suspensión o la intervención de la administración, ello no afecta al apoderamiento en su día concedido al procurador para el ejercicio de la acción penal.

Lo que la norma concursal previene -tanto en el texto de 2003 como en el vigente introducido por el Real Decreto Legislativo 1/2020 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal- es la transferencia de competencias a la administración concursal para proponer a la autoridad judicial actuaciones dispositivas en relación con las acciones judiciales ejercitadas por o contra la mercantil o, en el caso de la intervención, de control de la actividad pretensional de los administradores societarios. Pero tanto en un supuesto como en el otro, si la administración concursal decide continuar adelante con la acción pendiente no es necesario que ratifique el poder del procurador, basta con que no decida revocarlo, como se desprende de los artículos 51 1 y 2 LC y, su equivalente, 120.2 TRLC.

Pero ello, insistimos, en nada afecta ni a la validez ni a la eficacia ni a la vigencia de los poderes concedidos al procurador que ejercitó en nombre de la sociedad la correspondiente acción.

30. En efecto, ninguno de los supuestos que se aluden en el recurso comporta revocación del apoderamiento otorgado al representante procesal.

Las causas de extinción de este singular mandato representativo se regulan, con detalle, en el artículo 30 LEC que, a estos efectos, deviene ley especial aplicable a todo tipo de procesos. Contemplándose expresamente en su numeral 2 que " cuando el poder haya sido otorgado por el representante legal de una persona jurídica, el administrador de una masa patrimonial o patrimonio separado, o la persona que, conforme a la ley, actúe en juicio representando a un ente sin personalidad, los cambios en la representación o administración de dichas personas jurídicas, masas patrimoniales o patrimonios separados, o entes sin personalidad no extinguirán el poder del procurador ni darán lugar a nueva personación".

31. Por tanto, la cuestión no radica en si el concurso modificó el ámbito de la representación de los administradores, sino si se produjo alguna causa legal de cese del procurador en su representación.

Y la respuesta debe ser negativa.

Es cierto que la apertura de la fase de liquidación concluye, en los términos contenidos en el artículo 145 de la LC de 2003 y 413 del TRFLC, con la disolución y el cese de los administradores. Efecto que podría equipararse con la muerte del poderdante que, como causa de cese del procurador, se contempla en el artículo 30.1. 3º LEC. Ahora bien, si, como indicábamos al hilo del segundo de los motivos, la mercantil disuelta conserva personalidad jurídica residual funcionalmente vinculada al ejercicio -inicio o mantenimiento- de acciones judiciales en reclamación de créditos que pueda ostentar contra terceros, ese " hilo de vida societaria" permite, también, como lógica consecuencia, mantener en vigor el apoderamiento

en su día otorgado al procurador para que, como acontece en este caso, ejercitara la correspondiente acción penal y civil contra el hoy recurrente.

32. La consecuencia es evidente: no se identifica ningún defecto de legitimación procesal relacionado con el mandato de representación a favor del procurador. Este subsistió durante todo el desarrollo de la causa.

**QUINTO MOTIVO POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 851.3 LECRIM: AUSENCIA DE LIBROS CONTABLES Y DE DOCUMENTACIÓN MERCANTIL DE LA MERCANTIL QUERELLANTE, QUE NO IMPIDE EN CAMBIO SU CONCURSO EXPRES SIN EXIGENCIA DE CRÉDITO ALGUNO AL RECURRENTE. ACUERDO DE VENTA POR UN EURO Y EXONERACIÓN DEL BALANCE AL SR. Héctor (sic)**

33. El motivo denuncia falta de respuesta judicial con relación a determinadas alegaciones defensivas introducidas en el escrito de conclusiones provisionales. Pero no solo. Al hilo de su desordenado y confuso desarrollo argumental, viene a cuestionarse las bases fácticas y normativas de la condena. Se incide en que la realidad comercial de la mercantil -a la luz de la escasa documentación de la que se dispuso- indicaba con claridad su insolvencia, lo que patentiza que esta no era el instrumento adecuado para enriquecerse, para apropiarse de dinero (sic). Además, la extinción de la sociedad en el proceso concursal sin que se haya determinado deuda alguna contra el recurrente impide la condena a sufragar cualquier indemnización que debería coincidir con las deudas supuestamente creadas a la sociedad, por lo que no cabe indemnizar a una sociedad extinguida y menos cuando todos sus créditos han quedado civilmente extinguidos como resultado del procedimiento concursal (sic). Por otro lado, se califica como insuficiente la respuesta dada por la Audiencia y validada por el Tribunal Superior a la alegación relativa a la venta por el recurrente de sus participaciones sociales en la mercantil HEELS a los otros socios Sr. Doroteo y Sr. Imanol por la cantidad simbólica de un euro. Considera que, atendida la cláusula de exoneración por el balance y la situación fiscal incluida en el contrato y la interposición de la querrela apenas una semana después de su firma, dicha compra se trató de una añagaza o señuelo para que el recurrente se desligara de la sociedad y al carecer de vinculación y documentos estuviera prácticamente a ciegas durante la instrucción, lo que, sin lugar a dudas, en gran parte consiguieron (sic). También se reprocha que la sentencia otorgue valor como prueba de cargo a un extracto bancario, en base a la declaración del Sr. Doroteo quien tiene un absoluto interés en el pleito (sic).

34. El motivo carece de todo fundamento casacional. No identificamos incongruencia omisiva en la sentencia recurrida que justifique declarar su nulidad por quebrantamiento de forma.

Al respecto, debe recordarse que la unidad de medida que debe utilizarse para ello no es la que marca la relación entre cualesquiera de las alegaciones invocadas por la parte y el fundamento de la decisión, sino entre lo que se pretende - los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa, precisa la norma- y lo que se decide -vid. SSTC 67/2001 y 169/1994-.

Es cierto que las alegaciones que fundan la pretensión enriquecen el ámbito de juego de la decisión y sirven para, en muchas ocasiones, abrir y estimular un diálogo de razones que se traduce en una mejor y más convincente motivación. Pero una cosa es la calidad de la motivación y otra muy diferente es el umbral mínimo a la que esta debe responder para considerar que se alcanzan los objetivos constitucionales de justificación. Como de forma reiterada ha destacado el Tribunal Constitucional, la distinción entre alegaciones de las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas comporta que mientras que para las primeras basta una respuesta global o genérica, las segundas entrañan un deber cualificado de respuesta judicial -vid. SSTC 26/97, 114/2003-.

35. En el caso, la sentencia, frente a lo que se afirma en el recurso, ofrece suficientes razones justificativas, tanto fácticas como normativas, de su decisión. Tanto la sentencia de instancia como la de apelación han valorado todo el cuadro de prueba producido. Muy en particular, la documental aportada que incluye la relativa a la venta de participaciones sociales. En este punto, se analiza expresamente el fundamento causal del negocio, la eficacia de la cláusula de exoneración descartando que del mismo pueda derivarse el hecho extintivo invocado por la defensa. Pero no solo. También se abordan los déficits de acreditación que se derivan, precisamente, de la ausencia de una auditoría económica de la mercantil y que impiden declarar probados una parte de los hechos justiciables que fueron objeto de acusación.

No se dejaron sin responder las cuestiones centrales sobre las que el recurrente fundó su defensa, sin perjuicio de que la parte disienta de las razones ofrecidas o de que estas se presenten de forma concisa. Debiéndose insistir en que para satisfacer el derecho a recibir una

respuesta judicial motivada no resulta necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.

#### SEXTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.2º LECRIM POR ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

36. El motivo cuestiona las conclusiones probatorias de la sentencia recurrida obtenidas de la prueba documental relativa al extracto de la entidad ABANCA, obrante a los folios 60 a 83 compuesto por 24 páginas y 80 apuntes por página. Las califica de erróneas e inconsistentes pues se obvian todos los abonos en dicha cuenta realizados por el recurrente, al margen de ingresos o ventas por la actividad ordinaria de la sociedad, cuyo adecuado cómputo arroja un mínimo de 37.606, 93 euros. Abonos que prestan, al tiempo, razones de las disposiciones realizadas por el recurrente y que hubieran obligado a una previa liquidación para determinar el saldo final, cosa que no se ha hecho. Concluye el recurrente afirmando la existencia de infracción de ley " pues ha sido erróneamente aplicada a un supuesto de hecho que no es el de la ley y este error puede ser percibido directamente por el tribunal de casación, sin repetir la práctica de la prueba" (sic).

37. El motivo colisiona con las reglas mínimas que disciplina la casación penal y debe ser liminalmente desestimado.

A estas alturas del recurso, después de cinco previos motivos mal formulados, nos vemos obligados a recordar que la interposición del recurso de casación está sometida a exigencias formales y materiales. Ha de formularse en términos inteligibles y respetuosos con las reglas de la racionalidad general que faciliten la clara identificación de los gravámenes y de los motivos que fundan las respectivas pretensiones. Para permitir, a la postre, que el recurso cumpla sus funciones: una, la reparación de los gravámenes que se aprecien producidos por la sentencia recurrida y, otra, la más específicamente casacional, como es la promoción con vocación general de la interpretación coherente y sistemática de las normas.

Lo que resulta extremadamente difícil cuando, como en el caso, se produce una clara desconexión entre lo que se pretende y el cómo se pretende, afectando a la propia arquitectura impugnatoria e impidiendo, a la postre, identificar con claridad el propio objeto casacional.

Es cierto, no obstante, que los tribunales debemos evitar, al aplicar las normas procesales -en particular, las que disciplinan las reglas de admisión de los recursos- un exceso de formalismo que menoscabe la equidad del procedimiento, privando a la parte agraviada de un mecanismo de reparación previsto en la ley, en particular cuando se trate de un recurso contra una sentencia condenatoria. Pero tampoco cabe olvidar que una flexibilidad excesiva puede afectar a las condiciones de desarrollo del proceso establecidas por la ley, comprometiendo, también, otros principios basilares del proceso como la igualdad entre las partes -vid. SSTEDH, caso Alburquerque Fernandez c. Portugal, de 12 de enero de 2021; caso Succi y otros c. Italia, de 28 de octubre de 2021-.

38. En el caso, el grado de desviación es tan intenso que nos resulta imposible toda actividad de suplencia compatible. El crédito del que dispone todo recurrente a obtener una respuesta judicial, al que hemos hechos referencia en otros apartados de la resolución, precisamente para soslayar los graves defectos de formulación, se está agotando. La simple mención al extracto bancario como fuente del error valorativo resulta absolutamente inocua para sostener lo que se pretende. No se cumple ni uno solo de los presupuestos de admisión del motivo invocado a los que hacíamos referencia al hilo del análisis del segundo motivo. Las razones de la inadmisión, que en este estadio del proceso se convierten en razones de desestimación, resultan autoevidentes.

#### SÉPTIMO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º, POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 253 CP

39. El motivo arranca negando que concurra dolo en la conducta del recurrente. Este, se afirma, "no puede deducirse de la existencia de gastos personales imputados a la cuenta de la mercantil cuando, al tiempo, se ha acreditado que realizó ingresos en las cuentas sociales, se fue de administrador, no se ha realizado una auditoria, reiteradamente solicitada, no se ha aportado documentación mercantil y contable básica sino simples fotocopias y hojas realizadas por los querellantes, han ocultado al instructor que la empresa estaba en concurso e incluso han formulado acusación en septiembre de 2018 cuando la sociedad estaba extinguida por su propia voluntad" (sic). No se ha acreditado el enriquecimiento al no acreditarse el perjuicio a la mercantil HEELS, entre otras razones porque no se ha practicado la necesaria liquidación. Y concluye el recurrente afirmando que la cuestión a debatir es si un documento contable de una

sociedad mercantil puede servir de prueba de cargo para apreciar un delito de apropiación indebida sin el análisis completo de dicho extracto, lo que deriva a la necesidad de una liquidación previa.

40. El motivo por infracción de ley debe ser rechazado.

De nuevo, se prescinde de las reglas casacionales que disciplinan su formulación. Cuando lo que se cuestiona es exclusivamente el juicio normativo debe hacerse desde el respeto a los hechos que se declaran probados. Estos identifican el punto de partida del razonamiento decisorio, delimitando el campo de juego del análisis casacional. Constituyen el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso. Lo que impide que por la vía del motivo por infracción de ley penal sustantiva se pretenda la revisión de lo declarado probado o se formule una suerte de hipótesis alternativa de producción fáctica desde la que cuestionar el juicio normativo -vid. por todas, STS 84/2024, de 25 de enero-.

41. Los hechos probados permiten identificar con toda claridad los elementos del delito de apropiación indebida, vigente al tiempo de los hechos. No ofreciendo margen alguno para que entre en juego la exigencia de previa liquidación que, a modo de elemento negativo del tipo de apropiación indebida, la jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo en supuestos de relaciones jurídicas complejas que se proyectan durante largo tiempo y en las que se identifique una situación en la que cada una de las partes es titular de obligaciones y derechos recíprocos.

En estos casos, cuando resulta imposible fijar una cuantía líquida y exigible, se diluyen los contornos del dolo exigido por el tipo y la existencia misma de ánimo de lucro. Si no se puede determinar qué cantidad perteneciente a una de las partes ha sido objeto de distracción por parte de la otra, no es posible afirmar que haya existido un ánimo apropiatorio de lo ajeno -elemento subjetivo del tipo-, pues se desconoce en qué medida lo es. De ahí que, como regla general, en estos casos la realización del tipo objetivo de la apropiación solo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación, el tenedor de la cosa o del dinero no lo entrega, pretendiendo hacerlo suyo, a quien a resultas de aquella deviene en legítimo titular - vid. STS 236/2023, de 30 de marzo-.

42. Pero, en lógica consecuencia, también hemos mantenido que solo es exigible una liquidación cuando sea procedente para determinar el saldo derivado de las operaciones de cargo y la fecha como resultado de las compensaciones posibles, pero no cuando se trata de operaciones perfectamente concretadas. Por ello, la liquidación de cuentas pendientes, como causa excluyente del dolo penal, no es aplicable cuando se trata de relaciones perfectamente determinadas y separadas. En estos casos, si la persona acusada invoca necesidad de previa liquidación deberá justificar, al menos, la existencia de algún posible crédito en su favor o de una posible deuda a cargo del perjudicado que justifique la correcta aplicación compensatoria que legitima la retención, no bastando las meras referencias genéricas o inconcretas -vid. SSTS 318/22, de 30 de marzo, 814/2021, de 27 de octubre, 316/2020, de 15 de junio-.

43. En el caso, los hechos probados de la sentencia recurrida no identifican la existencia de deudas contraídas por la mercantil con el ahora recurrente. Y no lo hace porque en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, validada por la de apelación, se analiza con rigor el cuadro probatorio descartándose la existencia de créditos a favor del recurrente oponibles a los reclamados contra él.

44. Lo que se describe en el hecho probado de manera clara y detallada es un verdadero modelo de distracción continuado del dinero recibido con la obligación de su buena administración que identifica con toda claridad el llamado "punto de no retorno". Esto es, el momento en que se aprecia una voluntad definitiva de no devolver el dinero. Que no es otra cosa que el ánimo de apropiación que exige el delito del vigente artículo 253 CP -vid. SSTS 896/2022, de 4 de noviembre; 645/2020, 2 de diciembre; 409/2018, de 18 de septiembre-.

Como se afirma en la STS 683/2016, de 26 de julio, " el delito de apropiación indebida requiere que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultara ilegítimo en cuanto que excediera de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; y que como consecuencia de ese acto se causare un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad de recuperación en relación al fin al que iba destinado".

45. En el caso, y en los términos que se declaran probados, la condición de administrador que ostentaba el recurrente en modo alguno le autorizaba para disponer de los fondos sociales para fines que no fueran los propios de la mercantil. El recurrente incumplió

sus deberes de adecuada gestión y administración mediante sucesivos y prolongados actos de distracción en su exclusivo beneficio personal, lo que satisface enteramente las exigencias del tipo de apropiación por el que fue condenado.

**OCTAVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º, POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 74.2 CP**

46. El motivo cuestiona la aplicación de la continuidad delictiva " pues está probado el periodo de administración del recurrente en HEELS que la sentencia silencia, omitiendo toda la pluralidad de acciones que tuvieron lugar durante el primer año de actividad, justo el año en que la empresa hizo las mayores inversiones, como está acreditado" (sic). De forma subsidiaria a la pretensión absolutoria que acompaña al motivo, el recurrente denuncia " desproporción de la pena atendiendo al artículo 74.2 del Código Penal : si se tratare de infracción contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado; probado que los gastos personales son de 4.353,85€, que el condenado perdió también su inversión (venta del 30% por 1 euro) y que está reiniciando una nueva vida laboral en EE.UU procedería, en su caso, la pena mínima y sin olvidar que al menos desde el punto de vista mercantil no existe sociedad perjudicada dado que se extinguió sin reclamar ningún saldo contra mi mandante en su proceso mercantil" (sic).

47. El motivo no puede prosperar. Algunas de las alegaciones resultan sencillamente incomprensibles y muy alejadas de la infracción de ley como fundamento del gravamen casacional y si bien cabría rescatar de entre aquellas, por la invocación que se hace del artículo 74.2 CP, una cuestión normativa relevante como lo es la del tratamiento penológico de la continuidad en los delitos patrimoniales, su formulación "per saltum" impide que entremos a conocerla.

48. Como sostuvimos en la STS (Pleno) 345/2020, de 25 de junio, " surge (...) al examinar con detalle el recurso y sus antecedentes, otro problema de admisibilidad: se suscita una cuestión nueva en tanto no fue planteada ni en la instancia ni en apelación. No es ello posible, salvo supuestos marcadamente excepcionales. Lo impide la naturaleza revisora del recurso de casación. Lo que se recurre es la sentencia de apelación. Se analiza si ha acertado al resolver el recurso planteado. No pueden traerse a casación cuestiones que no han sido objeto de debate en apelación. No podemos revisar la decisión de la Audiencia sobre ese punto, sencillamente porque no ha adoptado ninguna decisión al respecto en cuanto el tema no le fue planteado. Eso comporta la inadmisibilidad del recurso. Cuando coexisten dos escalones impugnativos -normalmente, apelación y casación-, al segundo solo podrán acceder, salvo excepciones relacionadas con el orden público procesal o gravámenes derivados de la propia sentencia de apelación, las cuestiones que hayan sido objeto de debate en la instancia previa".

El gravamen normativo que ahora se denuncia, aun en términos muy confusos, no fue objeto del recurso plenamente devolutivo ante el Tribunal Superior de Justicia, sin que concurra circunstancia alguna que lo hubiera impedido. No siendo admisible que los motivos queden hibernados hasta que la parte decida hacerlos valer, introduciéndolos como objeto del recurso de casación. Todos los gravámenes generados por la sentencia de instancia deben intentar repararse mediante el primero de los recursos devolutivos que lo permita. Y, para ello, la parte dispone de diversos mecanismos de articulación de los distintos motivos -en forma cumulativa, alternativa, subsidiaria, condicionada...- para poder diseñar una estrategia defensiva razonable y teleológicamente orientada.

De no hacerse así, cabe presumir razonablemente que la parte ha renunciado a hacer valer los gravámenes omitidos. La casación no puede convertirse, por razones de oportunidad pretensional de la parte, en segunda instancia sin riesgo de desnaturalizar intensamente la función y la finalidad que cumple en el sistema de recursos -vid. SSTS 75/2024, de 25 de enero; 853/2024, de 10 de octubre-.

**NOVENO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN PRECEPTO CONSTITUCIONAL: INAPLICACIÓN DEL ART. 24.1 Y 2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA , Y TAMBIÉN, POR VULNERACIÓN DEL ART. 25.2 DEL TEXTO CONSTITUCIONAL, QUE ESTABLECE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (SIC)**

49. El motivo denuncia, a modo de miscelánea, desde violación de los derechos inculpativos del artículo 118 LECrim, infracción de las reglas de distribución de la carga probatoria, indebida utilización de medios prueba hasta ausencia de prueba sobre hechos esenciales sobre los que se funda la acusación. Se insiste en que la condena se ha basado en una mera fotocopia de un extracto bancario, que no se ha practicado la debida y previa liquidación con los créditos que ostenta el recurrente y que la mercantil en ningún caso ha sufrido perjuicio.

50. El motivo no puede prosperar. La mezcla de gravámenes heterogéneos y de alegaciones dispares oculta la necesaria racionalidad argumental que debe exigirse a un recurso. Además, el recurrente no dedica una sola línea a combatir las razones ofrecidas por el Tribunal Superior para rechazar, al hilo del previo recurso de apelación, los gravámenes que ahora se invocan. Lo que nos obliga a recordar, una vez más, que el objeto de este recurso es lo decidido en la sentencia de apelación y que la función de la casación es, precisamente, la revisión de dicha decisión a la luz de las razones ofrecidas por el Tribunal Superior y de las que se haga valer el recurrente para combatir las. No puede formularse un motivo en casación como si no hubieran existido las instancias previas.

51. En todo caso, y con relación a la afirmada vulneración del artículo 118 LECrim, la absoluta ausencia de razones justificativas de la que hace gala el desarrollo del motivo junto a la incapacidad de este Tribunal para imaginarlas, nos obliga a remitimos a la sentencia recurrida en la que de manera motivada y convincente se descarta dicho gravamen.

52. Por lo que se refiere a la genérica denuncia de insuficiencia probatoria porque la condena se ha fundado en una mera fotocopia sin valor probatorio alguno, basta una lectura de la sentencia recurrida que incorpora y valida las buenas razones probatorias ofrecidas por el tribunal de instancia, para descartar toda lesión del derecho a la presunción de inocencia.

Frente a lo sostenido por el recurrente, debe recordarse que la fotocopia constituye un válido medio de prueba de naturaleza documental -vid. SSTs 732/2009, de 7 de julio, 500/2015, de 24 de julio-, sin perjuicio del valor probatorio que " bajo cautelas de prudencia y, en general, desde la corroboración por otros elementos de juicio" pueda atribuírsele -vid. STS 627/2007-. Como todo documento privado, la fotocopia podrá, por tanto, ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica, como precisa el artículo 324. 2. párrafo segundo LEC -vid. STS 103/2021, de 28 de febrero-.

Pero es que, además, el contenido del documento que la parte califica de simple fotocopia -el extracto bancario- fue objeto de un intenso debate plenario, en el curso del cual el ahora recurrente reconoció sin ambages los apuntes bancarios que figuran en el mismo. Y no solo. A la hora de formular este recurso, una parte significativa de las alegaciones defensivas se fundan en el contenido del extracto bancario. En esa medida, no tenemos ninguna duda sobre la autenticidad del documento aportado.

53. Pero, además, el tribunal de instancia no basa su convicción sobre la realidad de los actos dispositivos realizados por el recurrente desde la cuenta de la mercantil en la fotocopia aportada.

El cuadro probatorio fue mucho más rico. Integrándose por el testimonio del propio recurrente que, como anticipábamos, reconoció todos los actos dispositivos precisados en el extracto y por el testimonio de aquellos que mantuvieron distintas relaciones -societaria, negocial, laboral y de prestación de servicios de gestión y realización de obras- con la mercantil y el propio Sr. Héctor.

La sentencia recurrida no solo declara probada la existencia de actos dispositivos desde la cuenta de la mercantil en la entidad ABANCA realizados por el recurrente que nada tenían que ver con el giro y la actividad económica de la mercantil. También descarta la existencia de créditos oponibles por el recurrente frente a la sociedad. La sentencia analiza con detalle las alegaciones defensivas, a la luz de los datos de prueba disponibles, excluyendo: que el Sr. Héctor tuviera asignado un sueldo; que pagara con ingresos propios los salarios de los empleados; que se hubiera concertado un préstamo de la mercantil HATTORI, de la que era titular, a la mercantil HEELS; que hubiera satisfecho las obras de reforma del local comercial con su patrimonio privativo. El recurrente invocó como cantidad compensable el ingreso de 9.600 euros en la cuenta del Banco de Sabadell, pero la sentencia recurrida descarta la "compensabilidad" pues considera no acreditado que dicho ingreso proviniera de fondos propios del recurrente. Entre otras razones, porque no se ajustaba al modelo de negocio, como tuvo oportunidad de precisar en el acto del juicio el testigo Sr. Valentín, responsable de los servicios de gestión contratados por la mercantil.

En modo alguno se ha producido una inversión de la carga probatoria, como denuncia el recurrente. Las acusaciones han acreditado que realizó, desde la cuenta social, disposiciones no justificadas, por carecer de toda conexión razonable con el giro empresarial, por un importe total de 38.683,27 euros, siendo, además, el único que tenía facultades para hacerlo. Como consecuencia, y desde una lógica distributiva de la carga de prueba respetuosa con la presunción de inocencia, es a quien invoca compensación de créditos al que le incumbía acreditar su existencia. Mínima acreditación que se constituye en presupuesto de la liquidación

pretendida. Y es obvio que, descartada la realidad de los créditos invocados, no hay margen alguno para exigir previa liquidación.

Como indicábamos al hilo del séptimo motivo, si la persona acusada invoca necesidad de previa liquidación deberá justificar, al menos, la existencia de algún posible crédito en su favor o de una posible deuda a cargo del perjudicado no bastando las meras referencias genéricas o inconcretas -vid. por todas, STS 318/22, de 30 de marzo-

54. Conclusiones fácticas que, al estar basadas en una razonable valoración de los resultados que arrojó el cuadro de prueba, debemos validar pues, como reiteradamente hemos sostenido, la casación actúa como una tercera instancia de revisión muy limitada que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial constitucionalmente garantizado de la presunción de inocencia, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior -vid SSTC 184/2013, 72/2024-.

El control casacional en esta " tercera instancia debilitada" es, por ello, más normativo que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a estándares epistémicos basados en la racionalidad. Pero no somos los llamados a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia -vid. STS 826/2024, de 2 de octubre-.

No hay lesión alguna ni del derecho a la presunción de inocencia ni del invocado principio de legalidad penal.

#### CLÁUSULA DE COSTAS

55. Conforme a lo previsto en el artículo 901 LECrim, procede la condena en costas del recurrente.

#### FALLO

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

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. Héctor contra la sentencia de 4 de mayo de 2022 de la Sala civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Condenamos al recurrente a las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

