

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066040

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 359/2022, de 7 de abril de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 841/2020

SUMARIO:

Delitos societarios. Elementos del tipo. Acuerdos de la mayoría en sociedades. Acuerdos abusivos.

Ánimo de lucro. El artículo 291 del Código Penal sanciona a los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma. Los acuerdos impugnables, los abusivos, entendiéndose por tales los que «sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios». El artículo 291 parte de la adopción de un acuerdo obtenido lícitamente pero que debe calificarse de abusivo, y aquí radica la esencia del tipo, que conlleva necesariamente la existencia de un ánimo de lucro propio o ajeno (el de los socios que constituyen la mayoría) en perjuicio de la minoría y siempre que ello no reporte beneficios a la sociedad).

El delito ha sido calificado como especial y de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real (agotamiento), bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo. La intención del agente debe responder, además, a un exclusivo ánimo de lucro propio o ajeno; es decir, se precisa verificar si el ejercicio del derecho sobrepasa manifiestamente sus límites normales sobrepasando los límites de la buena fe.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 250, 253 y 291.

Código Civil, art. 7.

RDLeg. 1/2010 (Sociedades de Capital), art. 204.2.

PONENTE:

Doña Ana María Ferrer García.

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Doña ANA MARIA FERRER GARCIA

Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 359/2022

Fecha de sentencia: 07/04/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 841/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/04/2022

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Ourense

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 841/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 359/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D.^a Ana María Ferrer García
D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 7 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación num. 841/20 por infracción de ley, interpuesto por D^a Victoria y Montreal de Inversiones SL, que ejercen la acusación particular, representadas por la procuradora D^a. Begoña Pérez Vázquez, bajo la dirección letrada de D^a. María Aránzazu González Alonso contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense de fecha 21 de enero de 2020 (Sec. 2^a, Rollo 30/19). Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal; D. Melchor representado por el procurador D. Miguel Torres Álvarez bajo la dirección letrada de D. José Manuel García Sobrado; y D. Olegario representado por el procurador D. Miguel Torres Álvarez y bajo la dirección letrada de D. José María Santiago Morales.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción num. 1 de Ourense incoó Procedimiento Abreviado num. 2224/15, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Ourense (Sec. 2^a, Rollo 30/19), que con fecha 21 de enero de 2020, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOSPROBADOS: "Los acusados Melchor, mayor de edad, con DNI NUM000, sin antecedentes penales, Olegario, mayor de edad, con DNI NUM001 sin antecedentes penales, son socios de la mercantil INVERSIONES Y PROMOCIONES MAP SL, con domicilio social en Ourense, C/Concordia 17-1^o y CIF: B32141491, de la cual era administrador único el acusado Melchor, sociedad donde cada uno de los acusados disponía de un 33,33% y Victoria y MONTREAL DE INVERSIONES SL, del 33,34%.

Con fecha de 6 de marzo de 2012, Victoria y MONTREAL DE INVERSIONES SL presentaron demanda solicitando la anulación de los acuerdos adoptados por la Junta general extraordinaria de la sociedad inversiones y promociones MAP SL, cuya celebración tuvo lugar el 7 de febrero de 2012, junta donde se acordó que el cargo de administrador único ejercido por el acusado, Melchor fuera retribuido, fijándose para el año 2012, a favor del administrador único una retribución bruta anual de 55.860 €, lo que dio lugar al procedimiento ordinario 351/12, tramitado, en el juzgado de primera instancia nº 4 de Ourense, en el cual se dictó sentencia de fecha 27/11/12 por

la cual se acordó la nulidad del acuerdo referido, estableciéndose de conformidad con lo anterior que son nulas todas las retribuciones percibidas por el administrador de 'Inversiones y Promociones MAP SL, sentencia que fue confirmada parcialmente por la Audiencia Provincial de Ourense en virtud de la resolución dictada el 29/5/14.

Con fecha 12/05/2015 llevaron a cabo una transmisión de participaciones del acusado Melchor en favor de Olegario, de manera que el primero queda en posesión de un 32,28% y el segundo con un 34,28%. El día 22 de mayo de 2015, se celebró una junta, siendo uno de los temas a tratar incluido en el orden del día: "adopción del acuerdo por el que se obligue al administrador, en cumplimiento de la sentencia firme dictada por el juzgado competente, a la devolución de todas las cantidades percibidas en concepto de retribución de su cargo junto con sus intereses, retribución que por sentencia ha sido declarada no conforme a derecho", junta extraordinaria en la que se rechazó dicho acuerdo.

No resulta acreditado que el acusado Melchor se hubiese apropiado de 50000 €, cantidad diferencial entre lo que habría abonado Jesus Miguel y lo documentado en escritura pública de venta de un piso a ese comprador por la Sociedad".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Melchor y Olegario, del delito Societario y de Apropiación Indebida de que eran acusados, con declaración de oficio de las costas causadas.

Se decreta el alzamiento de cuantas medidas cautelares que se hubieren adoptado en su contra.

Notifíquese la presente Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de Sala, a las partes instruyéndoles que contra la misma cabe RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días. Contados a partir del siguiente a la última notificación".

Tercero.

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de Dª Victoria y Montreal de Inversiones SL, 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.

Cuarto.

El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º. Al amparo del artículo 849.1 LECRIM por infracción de ley, al haberse inaplicado indebidamente los artículos 291, 27 y 28 CP.

2º. Al amparo del artículo 849.1 LECRIM por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 253 CP

3º. Al amparo del artículo 849.2 LECRIM, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes del recurso interpuesto, impugnaron el mismo. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 6 de abril de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Contra la sentencia dictada el 21 de enero de 2020 por la Audiencia Provincial de Ourense, que absolvió a Melchor y a Olegario del delito societario y de apropiación indebida del que fueron acusados, se ha formalizado recurso por Montreal de Inversiones, S.L. y Victoria, intervinientes en el proceso como acusación particular.

Se plantea un primer motivo de recurso que invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida inaplicación del artículo 291 CP, pues entiende concurren todos los elementos que integran tal tipo penal.

Discrepan los recurrentes del criterio del Tribunal sentenciador en cuanto entendió que el rechazo al acuerdo que había sido propuesto por aquellos para ser debatido y aprobado en la Junta General de accionistas de la empresa Inversiones y Promociones MAP SL, el 22 de mayo de 2015, equivale a un acuerdo en sentido contrario del propuesto. Decisión denegatoria que consideran abusiva, en cuanto impedía la efectividad del pronunciamiento recaído en la jurisdicción civil, que declaró nulo por abusivo el acuerdo societario adoptado en el año 2012 que fijó una retribución bruta a favor del administrador de la sociedad, el acusado Melchor, para el ejercicio 2012 de 55.860 €, cuya devolución pretendía el acuerdo rechazado. Actitud obstativa que fue posible gracias al traspaso de acciones que pocas fechas antes de la señalada para la Junta, y ante el conflicto de intereses que impedía a Melchor votar en la misma, realizó a favor de su hermano Olegario, que consolidó de esta manera una posición mayoritaria respecto a los restantes socios que operó a modo de veto al acuerdo propuesto. Todo ello pone de relieve, a criterio de los recurrentes, que se actuó en perjuicio de la sociedad y del resto de los socios, y con ánimo de lucro, en cuanto evidencia que los acusados controlan la sociedad con el propósito de descapitalizar la misma y hacerse con su dinero.

En el desarrollo argumental del motivo se hace referencia a prueba documental, pericial y testifical practicada en el acto del juicio oral, e incluso a las manifestaciones que en fase de instrucción realizaron los posteriormente acusados.

1. No está de más recordar que la discrepancia que habilita el artículo 849.1 LECRIM nada tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Solo cabe cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia, a partir de la secuencia histórica que la Sala sentenciadora ha declarado probada.

En este caso, la Sala sentenciadora proclamó que los acusados Melchor y Olegario, eran socios de la mercantil INVERSIONES Y PROMOCIONES MAP SL. Cada uno de ellos disponía de un 33,33% del accionariado y Victoria y MONTREAL DE INVERSIONES SL, del 33,34% restante, ostentando Melchor el cargo de administrador único.

Prosigue señalando "Con fecha de 6 de marzo de 2012, Victoria y MONTREAL DE INVERSIONES SL presentaron demanda solicitando la anulación de los acuerdos adoptados por la Junta general extraordinaria de la sociedad inversiones y promociones MAP SL, cuya celebración tuvo lugar el 7 de febrero de 2012, junta donde se acordó que el cargo de administrador único ejercido por el acusado, Melchor fuera retribuido, fijándose para el año 2012, a favor del administrador único una retribución bruta anual de 55.860 E, lo que dio lugar al procedimiento ordinario 351/12, tramitado, en el juzgado de primera instancia nº 4 de Ourense, en el cual se dictó sentencia de fecha 27/11/12 por la cual se acordó la nulidad del acuerdo referido, estableciéndose de conformidad con lo anterior que son nulas todas la retribuciones percibidas por el administrador de Inversiones y Promociones MAP SL, sentencia que fue confirmada parcialmente por la Audiencia Provincial de Ourense en virtud de la resolución dictada el 29/5/14.

Con fecha 12/05/2015 llevaron a cabo una transmisión de participaciones del acusado Melchor en favor de Olegario, de manera que el primero queda en posesión de un 32,28% y el segundo con un 34,28%. El día 22 de mayo de 2015, se celebró una junta, siendo uno de los temas a tratar incluido en el orden del día: "adopción del acuerdo por el que se obligue al administrador, en cumplimiento de la sentencia firme dictada por el juzgado competente, a la devolución de todas las cantidades percibidas en concepto de retribución de su cargo junto son sus intereses, retribución que por sentencia ha sido declarada no conforme a derecho", junta extraordinaria en la que se rechazó dicho acuerdo.

No resulta acreditado que el acusado Melchor se hubiese apropiado de 50000 €, cantidad diferencial entre lo que habría abonado Jesus Miguel y lo documentado en escritura pública de venta de un piso a ese comprador por la Sociedad".

2. La primera objeción que la Sala sentenciadora opuso a la tipicidad de los hechos fue la falta de un elemento objetivo, el acuerdo abusivo, postura que encuentra acomodo en lo que esta Sala afirmó en STS 150/2011, de 11 de febrero, al entender que faltaba uno de los elementos del tipo en un supuesto en el que no fue posible lograr un acuerdo al estar el cincuenta por ciento el accionariado con posiciones enfrentadas. Tampoco la legislación mercantil asimila, a efectos de impugnación, la no aprobación con un acuerdo susceptible de revisión vía el artículo 204 LSC .

En cualquier caso, aun cuando entendiéramos, extendiendo la tipicidad, que el rechazo del acuerdo propuesto por los querellantes alcanzará la significación de decisión contraria, en cuanto el resultado de la votación y el juego de la mayoría ejercida por los acusados excluyeron la anuencia societaria para requerir al administrador de la sociedad la devolución de la suma cobrada en concepto de honorarios, cumplimentando de esta manera el citado elemento objetivo, no se agotan en este los presupuestos del tipo cuya aplicación se reclama.

El artículo 291 CP dispone "los que, prevaleciéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impulsieren acuerdos abusivos, con

ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido".

Como dijimos en la STS 698/2019, ha establecido esta Sala, especialmente en la STS 654/2002 de 17 de abril, a la que se remiten otras posteriores como la SSTS 796/2006 de 14 de julio; 172/2010 de 4 de marzo; 284/2015 de 12 de mayo, que este delito sanciona penalmente "determinadas conductas incardinables en el ejercicio abusivo de los derechos (artículo 7.2 C.C). Concretamente, la Ley de Sociedades Anónimas, artículo 115.1, señala que podrán ser impugnados los acuerdos de las Juntas que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad". Alusión que en la actualidad debe entenderse referida al artículo 204., 2º de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que incorpora entre los acuerdos impugnables, los abusivos, entendiéndose por tales los que "sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios".

Prosigue la STS 654/2002 "El artículo 291 parte de la adopción de un acuerdo obtenido lícitamente pero que debe calificarse de abusivo, y aquí radica la esencia del tipo, que conlleva necesariamente la existencia de un ánimo de lucro propio o ajeno (el de los socios que constituyen la mayoría) en perjuicio de la minoría y siempre que ello no reporte beneficios a la sociedad, es decir, es atípica la concurrencia del mencionado ánimo como compatible con un resultado beneficioso para los intereses societarios, con independencia de que la minoría se vea perjudicada. En síntesis, la esencia de la conducta típica está constituida por el abuso de la mayoría en beneficio propio y exclusivo. El delito ha sido calificado como especial y de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real (agotamiento), bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo. La interdicción del abuso se endereza a sancionar aquellos actos que sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, por su intención, objeto o circunstancias (artículo 7.2 C.C). La distinción entre el abuso que debe ser sancionado en la vía civil o mercantil y el comprendido en el artículo 291 C.P. sólo puede establecerse, en primer lugar, teniendo en cuenta los elementos típicos descritos en este último, ya señalados anteriormente. Partiendo de su presencia y de la licitud formal en la adopción del acuerdo, la intención del agente debe responder, además, a un exclusivo ánimo de lucro propio o ajeno. Ello equivaldrá a considerar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para verificar si el ejercicio del derecho sobrepasa manifiestamente sus límites normales".

Es decir, habríamos de sustentar en la secuencia fáctica que conforma el relato de hechos probados una actuación de los acusados, proyectada en exclusivo beneficio propio y correspondiente perjuicio de los socios minoritarios, sobrepasando los límites de la buena fe y del ejercicio normal de sus derechos, que no beneficiara a la sociedad. Y los términos en que aparece redactado el factum que hemos transcrito no permiten sin más sostenerlo así.

Ninguna mención contiene en la que sustentan los elementos que conforman la tipicidad subjetiva, y que los acusados niegan, en cuanto encuadran su actuación dentro de los contornos de la buena fe, alegando al impugnar el recurso, que si Olegario se opuso al acuerdo fue porque la retribución que su hermano había cobrado como administrador estuvo justificada en el trabajo que desempeñó en beneficio social. Del mismo modo que ofrece una justificación al traspaso de acciones que le colocó en posición mayoritaria, anterior y desvinculada de la convocatoria de Junta en la que se debatió aquel. Explicaciones que, según argumenta, se encontrarían avaladas por la prueba practicada, no solo la documental, sino también pericial y testifical.

Es decir, completar la tipicidad exigiría una reevaluación de la prueba personal, que nos está vedada.

3. La doctrina del Tribunal Constitucional desde la STC 167/2002, y con ella también la de esta Sala, siguiendo ambas en este aspecto al TEDH, han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia, o para agravar su situación. Esta jurisprudencia, desde el derecho a un proceso con todas las garantías, parte de la exigencia de que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, éstas se hayan practicado ante el tribunal que resuelve el recurso. Y desde la perspectiva del derecho de defensa, demanda dar al acusado absuelto en la instancia la posibilidad de ser oído directamente por dicho tribunal, en tanto que es el primero que en vía penal dicta una sentencia condenatoria contra aquél. Exigencias, una y otra, incompatibles con el recurso de casación.

El TEDH, desde la sentencia del caso Ekbatani contra Suecia de 28 de Mayo 1988, ha venido argumentando que en aquellos casos en los que el tribunal que conoce del recurso haya de resolver sobre cuestiones de hecho y de derecho, planteándose en general la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, adoptar una decisión sin la apreciación directa del testimonio del acusado que ha negado la comisión del hecho delictivo que se le imputa, entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumania, ap. 55; 6 de julio de 2004, Dondarini contra San Marino, ap. 27; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec contra Rumania, ap. 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi contra Italia, ap. 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll contra España, ap. 27; y la sentencia ya citada, caso Ekbatani contra Suecia. En idéntico sentido, las SSTEDH caso Marcos Barrios contra España, de 21 de septiembre de 2010 y García Hernández contra España, de 16 de noviembre de 2010; STEDH de 25 de octubre de 2011 caso Almenara Alvarez contra España; STEDH de 22

de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España; STEDH, 13 de diciembre de 2011 caso Valbuena Redondo contra España o STEDH de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Conteras contra España; de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España; y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España.

De manera unánime ha afirmado esta Sala que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo. De ahí que la posibilidad de revocar pronunciamientos absolutorios en casación o de agravar condenatorios, queda reducida a un doble supuesto y con distinto alcance. Por un lado, a través del motivo de infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECRIM, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo. De otro, cuando la pretensión punitiva de la parte recurrente no ha obtenido respuesta alguna del tribunal de instancia o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma ha vulnerado lo recogido en los artículos 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos CE, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

4. En este caso el recurso se ha decantado por la primera opción, la revisión a través del artículo 849.1 LECRIM. Esta, ya lo hemos dicho, se concreta en la corrección desde una perspectiva jurídica de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin modificar sus presupuestos de hecho ni verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, (en este sentido SSTS 1014/2013 de 12 de diciembre; 122/2014 de 24 de febrero; 237/2014 de 25 de marzo; 309/2014 de 15 de abril; o 882/2014 de 19 de diciembre, entre otras). Lo que faculta este cauce es una declaración relativa a la subsunción que no exija ni una revaloración de la prueba ni una modificación del hecho probado. Es decir cuando el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica (entre otras SSTS 500/2012 de 12 de junio; 138/2013 de 6 de febrero; 717/2015 de 29 de enero; 214/2016 de 15 de marzo o 798/2017 de 11 de diciembre).

El TEDH ha apreciado la vulneración del Artículo 6 1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero ha considerado, a contrario sensu, que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica. Es decir, cuando la revisión se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico (entre otras SSTEDH de 16 de diciembre de 2008 caso Bazo González c. España o de 22 de octubre de 2013 caso Naranjo Acebedo c. España).

En el mismo sentido se ha pronunciado de antiguo ya la doctrina constitucional (SSTC 153/2011 de 17 de octubre y 201/2012 de 12 de noviembre). Dijo la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 88/2013 de 11 de abril "se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005 de 6 de junio o 2/2013 de 14 de enero)", e insistió en que "si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011 de 11 de abril y 153/2011 de 17 de octubre)". En el mismo sentido la STC 125/2017 de 13 de noviembre.

Sin embargo en este caso el relato de hechos probados, como elemento aislado resulta insuficiente para sustentar la tipicidad que se reclama en relación a la condena de los acusados como autores de un delito del artículo 291 LCP, por lo que el primer motivo de recurso necesariamente va a ser desestimado. Sin olvidar una última cuestión, que también es valorada por la Sala de instancia. La sentencia de la Audiencia Provincial que revisó la dictada por el Juzgado de primera instancia, dejó sin efecto el pronunciamiento que este había adoptado en el sentido de requerir al acusado Melchor para que devolviera el importe de la suma que había recibido como retribución. Lo hizo precisamente sobre la base de un déficit en el planteamiento de la litis por parte de los ahora recurrentes.

El proceso penal tiene su particular ámbito de decisión, un propio objeto y su propia prueba, y conforme a su específico contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto, a salvo, claro, de los supuestos excepcionales que puedan dar sustento a una cuestión prejudicial de las previstas en el artículo 3 y ss LECRIM. Lo que no puede el proceso penal es instrumentalizarse como remedio para sustituir una reclamación que encuentra un cauce más propicio de actuación en la jurisdicción civil.

El primer motivo de recurso se desestima.

Segundo:

EL segundo motivo de recurso, que se encauza también a través del artículo 849.1 LECRIM, denuncia la inaplicación del artículo 253 en relación con el 250 CP.

La sentencia de instancia absolvió a los acusados de tal imputación porque valoró, de un lado, que la jurisdicción civil no proclamó la obligación de devolución de cantidad recibida a título de retribución del Administrador. Y de otro que no había quedado probada la apropiación por parte de Melchor de la posible cantidad diferencial abonada en la única operación inmobiliaria descrita en el escrito de acusación. Conclusión que sustentó en la prueba practicada, y en particular en la pericial.

El recurso combate tales afirmaciones. En cuanto a la primera sostiene que la mera declaración de nulidad del acuerdo dejó sin respaldo a las percepciones que Melchor recibió. Y en cuanto al segundo extremo acude a su particular valoración probatoria, entre otras, de distintas testificales, para disentir de la que determinó al apartado de los hechos probados que concluyó "No resulta acreditado que el acusado Melchor se hubiese apropiado de 50000 €, cantidad diferencial entre lo que habría abonado Jesus Miguel y lo documentado en escritura pública de venta de un piso a ese comprador por la Sociedad", extendiendo además sus conclusiones a una segunda operación inmobiliaria a la que el relato fáctico no alude.

1. Comenzando por este segundo extremo, lo señalado al resolver el anterior motivo aboca irremediadamente tal reclamación al fracaso, en cuanto que la base de hecho que sustenta la misma queda expresamente excluida u omitida (la de la segunda de las operaciones inmobiliarias a las que se refiere el recurso) del relato fáctico que, en atención al cauce casacional empleado, nos vincula, sin que quepa en esta alzada introducir variaciones en el mismo ni una reevaluación del material probatorio acopiado.

2. También la otra pretensión debe de ser rechazada. La ulterior declaración de nulidad del acuerdo que viabilizó el cobro de una retribución por parte de Melchor como administrador, no transmuta en ilegítima la posesión de un dinero que el mismo percibió, para hacerlo propio, y no con el objeto de destinarlo a un determinado fin ni de devolverlo, como requiere la apropiación indebida, sin perjuicio de las reclamaciones que contra el mismo pudieran dirigirse.

El motivo se desestima.

Tercero:

El tercer motivo de recurso invoca el artículo 849.2 LECRIM para denunciar error en la valoración de la prueba.

El recurso designa como elementos probatorios determinantes del error que denuncia una larga lista de pruebas: unas documentales (sentencias, documentos notariales, escrituras y la grabación del juicio), otras personales (declaraciones de testigos y acusados); y la pericial contable. Argumenta que estas pruebas constituyen indicios de los elementos fácticos que constituyen los delitos por los que acusa.

El artículo 849.2 LECRIM exige la invocación de prueba estrictamente documental (no prueba personal ni personal documentada) que acredite por sí sola y sin necesidad de razonamiento adicional alguna una equivocación cometida por la Audiencia en la valoración de la prueba. El error ha de evidenciarse. El documento no puede alegarse como mero pretexto para discutir las valoraciones probatorias de la Sala de instancia, que es precisamente lo que el motivo pretende, desliziándose por unos senderos que nos están vetados cuando de agravar un pronunciamiento para los acusados se trata.

La posibilidad de rectificar a través del cauce de infracción de ley del artículo 849.2 LECRIM el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que "...demuestren la equivocación del juzgador", ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado artículo 849.2. En él se exige que esos documentos no resulten "...contradichos por otros elementos probatorios". Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario. Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional, del TEDH y de esta Sala de valorar pruebas personales, aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado, que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio (entre otras STS 976/2013 de 30 de diciembre; 146/2014 de 14 de febrero ó 374/2015 de 13 de mayo, o 865/2015, de 14 de enero de 2016). Puede de esta manera afirmarse de manera tajante, como ya avanzó en su día la STS 70/2014, de 3 de febrero, que no es posible en casación a través del artículo 849.2 LECRIM transmutar una absolución en una condena.

El motivo se desestima, y con él, la totalidad del recurso.

Cuarto:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, los recurrentes soportaran las costas de esta instancia.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Victoria y Montreal de Inversiones SL, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense (Sec. 2^a, Rollo 30/19) de fecha 21 de enero de 2020.

Comuníquese a dicha Audiencia Provincial esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Imponer a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García Ángel Luis Hurtado Adrián

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.