

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066197

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 721/2022, de 14 de julio de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 5869/2020

SUMARIO:**Delito de administración desleal. Homogeneidad de la apropiación indebida y del delito de administración desleal. Responsabilidad de empresas. Partícipe a título lucrativo.**

Existe homogeneidad entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal, por lo que nada impedía convertir una acusación por apropiación indebida en una condena por administración desleal.

Por otro lado, se queja el recurrente de que, al haber sido absuelta la persona jurídica, como ente social responsable penalmente, que fue el concepto en que fue enjuiciada en la instancia, no puede serle impuesta condena civil, ni como responsable civil subsidiaria, ni como partícipe a título lucrativo y sobre ello se establece que, desde la primera perspectiva, conviene dejar sentado que no siendo la participación a título lucrativo una pena, ni una medida de seguridad, sino la condena a la devolución civil de una cantidad que se ha obtenido por un sujeto como injustamente beneficiado de la comisión de un delito, en el que no ha participado penalmente, no puede hablarse de violación del principio acusatorio (la responsabilidad derivada del art. 122 del Código Penal, no es un delito ni una pena). Y desde el plano del principio de rogación, lo cierto es que las cantidades que se han dispuesto en el fallo de la Sentencia de primera instancia, confirmada en este aspecto por la de apelación, fueron interesadas tanto por la representación del Ministerio Fiscal, como por la acusación particular.

Con la absolución de la empresa, desapareció el delito, pero hizo acto de presencia la posible repercusión civil, que se traduce en devolver lo indebidamente percibido, no ya a título de responsabilidad civil ex delicto, sino como partícipe a título lucrativo, que es un recurso civil proclamado en el art. 122 del Código Penal, que puede ser declarado por el Tribunal sentenciador siempre que existan todos los elementos concurrentes para su condena civil, y que el asunto haya sido naturalmente debatido, desde su vertiente material y no estrictamente formal. El ensamblaje o resolución conjunta entre acción penal y acción civil, no confiere especiales connotaciones jurídicas a la segunda pretensión, que conserva su naturaleza civil. Su tratamiento unitario sólo obedece a razones de economía procesal, que pueden decaer tan pronto como el interesado decida reclamar por cauces diferentes una y otra responsabilidad.

Por tanto, procedencia de la condena a la persona física por delito de administración desleal, al entender que se trata de un patrimonio común (al que se perjudica), siendo un delito homogéneo con la genuina apropiación indebida por el que fue acusado y respecto al recurso de la persona jurídica, habiendo sido absuelta como responsable penal, puede ser condenada como partícipe a título lucrativo, tanto por la vía de la responsabilidad civil subsidiaria como por la del propio art. 122 del Código Penal.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 31 bis, 122, 249, 252 y 253.

PONENTE:*Don Julián Artemio Sánchez Melgar.*

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. 721/2022

Fecha de sentencia: 14/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5869/2020

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 29/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: SEC. 2ª A.P. CACERES

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5869/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 721/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de julio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por las representaciones legales de los acusados DON Daniel y la entidad GARACOT PROYECTOS Y OBRAS SL, contra Sentencia 247/20, de 30 de octubre de 2020, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación 783/2020), formulado frente a la Sentencia 263/2020 de 4 de septiembre de 2020 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Plasencia, dictada en el Rollo PA núm. 424/2019 dimanante del PA 127/2017 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Plasencia, seguido por presuntos delitos de estafa y apropiación indebida contra mencionados recurrentes. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal; como recurrentes los acusados DON Daniel y la entidad GARACOT PROYECTOS Y OBRAS SL, representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana María Collado Díaz y defendidos por el Letrado Don Pablo Azaústre Ruiz; y como recurrida la acusación particular CONTRUCCIONES ARAPLASA, SA representada por el Procurador de los Tribunales Don José Carlos Frutos Sierra y defendido por el Letrado Don Isidro López-Mateos Orantos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Plasencia incoó PA núm. 12/2017 por presuntos delitos de estafa y apropiación indebida contra los acusados DON Daniel y la entidad GARACOT PROYECTOS Y OBRAS SL, y una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal núm. 1 de dicha Capital, que con fecha 4 de septiembre de 2020 dictó Sentencia 263/2020, cuyos HECHOS PROBADOS son los siguientes:

"ÚNICO.- En fecha 07 de abril de 2015, la entidad CNES ARAPLASA SA, firmó con GARACOT PROYECTOS Y OBRAS SL, cuyo representante legal es el acusado, Daniel, mayor de edad, con DNI n.º NUM000, un protocolo o convenio temporal de empresas para acudir conjuntamente a varias licitaciones de obras. En el momento de licitación de la obra, GARACOT carecía de Documento de Calificación de Contratista de Obra del Estado, acordándose en el citado convenio que solo y exclusivamente sería ARAPLASA, con domicilio social en la localidad de Plasencia, quién licitaría las obras frente a las Administraciones Públicas licitantes, siendo la misma adjudicataria de la obra de Red de Senderos del Parque de Matamoros, obra sacada a concurso público por la Mancomunidad de Islantilla, la cual fue terminada y entregada. Las partes acordaron actuar como UTE formal y repartirse los beneficios de la obra al 50%. También se acordó que GARACOT subcontratara parte de la obra con la finalidad de poder obtener la Calificación Empresarial.

En ejecución de este acuerdo GARACOT subcontrató la realización de trabajos de cerrajería y estructura metálica de la obra referenciada a la entidad SIDERÚRGICA LA SERENA SA cuyo representante legal es Francisco quien, una vez finalizada la realización de los trabajos acordados emitió factura n.º NUM001 de fecha 16/08/16 por importe total de 27.810,69 a la entidad GARACOT PROYECTOS Y OBRA SL quien, a su vez, como así habían acordado, facturó a CNES ARAPLASA SA el mismo importe, es decir, los 27.810,69 euros en la factura n.º NUM002 de fecha 14/09/2016 el cual fue abonado mediante pagaré n.º NUM003 con fecha de vencimiento 25/01/2017. Este pago lo realizó CNES ARAPLASA a GARACOT, si bien, el acusado, con ánimo de enriquecerse a costa de los bienes ajenos y siendo plenamente consciente de que el dinero recibido estaba destinado al pago del proveedor, no hizo entrega de la citada cantidad a SIDERÚRGICA LASERENA SA, quien no recibió pago alguno por los trabajos realizados.

Asimismo, para la realización de los trabajos de encofrados y vertidos de hormigón de, la referida obra, GARACOT subcontrató como proveedor a CIMENTACIONES ESTRUCTURAS LEPE SL, cuyo representante legal es Jacinto, quien una vez realizada y finalizada la obra, facturó mediante factura n.º NUM004 de fecha 31/05/2016 a GARACOT PROYECTOS Y OBRAS SA los trabajos referenciados por importe total de 10.688,82 euros, quien a su vez facturó a ARAPLASA el mismo importe en la factura NUM005 de fecha 20/06/2016. Este importe íntegramente abonado por ARAPLASA a GARACOT mediante pagaré n.º NUM006, con fecha de vencimiento 20/10/16, para satisfacer los gastos del proveedor. El acusado recibió esa cantidad, y siendo plenamente consciente de que el dinero recibido estaba destinado al pago del proveedor, no lo entregó a CIMENTACIONES ESTRUCTURAS LEPE SL."

El Fallo de mencionada resolución es el siguiente:

"1.- DEBO CONDENAR y CONDENO a Daniel como autor de un delito continuado de administración desleal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, con la pena de DOS AÑOS de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

2.- Como responsabilidad civil, con la responsabilidad civil solidaria de GARACOT PROYECTOS Y OBRAS SL, indemnizará al representante legal de SIDERUGICA LA SERENA SA en la cantidad de 27.810,69 euros y al representante legal de CIMENTACIONES ESTRUCTURAS LEPE SL en la cantidad de 10.688,82 euros. Esta cantidad devengará los intereses del artículo 576 de LEC, conforme a ley y hasta su efectivo pago.

3.- DEBO ABSOLVER Y ABUELVO a Daniel del delito de estafa del que venía siendo inculpado.

4.- DEBO ABSOLVER y ABSUELVO a GARACOT PROYECTOS Y OBRAS SL de los delitos de estafa y apropiación indebida por los que venía siendo inculpado.

5.- El penado abonará una cuarta parte de las costas, incluidas las de la acusación particular en la misma proporción.

La Audiencia Provincial, en el plazo de diez días desde su notificación, y en los términos del art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así por esta mi sentencia, juzgando en esta primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo."

Segundo.

Frente a la anterior resolución se formuló recurso de apelación que fue resuelto por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres (Rollo de apelación núm. 783/2020) por Sentencia 247/2020, de 30 de octubre de 2020, que respecto a los HECHOS PROBADOS dice que acepta los de la Sentencia de instancia.

El Fallo de la referida Sentencia 247/2020, es el siguiente:

"Se DESESTIMA el recurso de apelación formulado por las representaciones procesales de Daniel y GARACOT PROYECTOS Y OBRAS S.L. contra la Sentencia de fecha 4 de septiembre de 2020 dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Plasencia en los autos de Procedimiento Abreviado 429/2019 de que dimana el presente Rollo, y SE CONFIRMA, imponiendo a dichos recurrentes las costas procesales de esta alzada.

Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J., practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímense las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvase los autos al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado.

Se informa de que contra esta sentencia no cabe ulterior recurso, salvo el de casación en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (siempre que el procedimiento se haya incoado a partir del 6 de diciembre de 2.015), a salvo lo establecido respecto de la revisión de sentencias firmes o para la impugnación de sentencias firmes dictadas en ausencia del acusado, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial); o para corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, en este caso sin sujeción a plazo alguno (art. 267.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución. Así mismo, podrá instar la parte, si a su derecho conviniera y hubiere motivo para ello, que se declare la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de esta sentencia, conforme a lo dispuesto en el art. 241 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, según modificación operada por Ley Orgánica 6/2.007, de 24 de mayo, derecho a ejercitar en el plazo de veinte días contados desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por las representaciones legales de los acusados DON Daniel y la entidad GARACOT PROYECTOS Y OBRAS SL , que se tuvo 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 de casación formulado por la entidad GARACOT PROYECTOS Y OBRAS, S.L, se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único: por infracción de Ley en la aplicación indebida del artículo 122 del Código Penal, en cuanto a la responsabilidad civil impuesta a mi patrocinada.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado don Daniel, se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único: por infracción de Ley en la aplicación indebida del artículo 252 del Código Penal, dada la falta de acomodación de los hechos a dicho precepto, así como de la diferencia -y/o heterogeneidad- de este tipo penal con el de apropiación indebida.

Quinto.

Es parte recurrida en el presente procedimiento la acusación particular CONSTRUCCIONES ARAPLASA, SA, que impugnó el recurso por escrito de fecha 22 de enero de 2021.

Sexto.

Instruido el MINISTERIO FISCAL del recurso interpuesto solicitó la inadmisión del mismo por escrito de fecha 22 de febrero de 2021; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Por Providencia de esta Sala de fecha 21 de abril de 2022 se señala el presente recurso para deliberación y fallo par el día 29 de junio de 2022; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

- La Sentencia de 30 de octubre de 2020 dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, confirmó la sentencia de 4 de septiembre de 2020, dictada por el Juzgado de lo Penal de Plasencia, que condenó a los recurrentes Daniel y GARACOT PROYECTOS y OBRAS por un delito continuado de administración desleal de los artículos 252 y 249 Código Penal, por el que habían sido acusados tanto por el Fiscal y como por la acusación particular, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ambos recurrentes han interpuesto este recurso de casación, que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Recurso de Daniel.

Segundo.

En un único motivo de contenido casacional, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 252 del Código Penal, polariza el recurrente esta censura en dos quejas de contenido casacional; primero, por la falta de acomodación de los hechos a dicho precepto, y en segundo lugar por la diferencia y/o heterogeneidad de este tipo penal con el de apropiación indebida.

Dado el cauce que alumbra el motivo, hemos de referirnos a los hechos probados de la sentencia recurrida, que es la de la Audiencia, en donde se narra, en cuanto a su juicio histórico, que con fecha 7 de abril de 2015, la entidad CNES ARAPLASA SA, firmó con GARACOT PROYECTOS Y OBRAS SL, cuyo representante legal era Daniel, un protocolo o convenio temporal de empresas para acudir conjuntamente a varias licitaciones de obras. En el momento de licitación de la obra, GARACOT carecía de Documento de Calificación de Contratista de Obra del Estado, acordándose en el citado convenio que solo y exclusivamente sería ARAPLASA, con domicilio social en la localidad de Plasencia, quién licitaría las obras frente a las Administraciones Públicas ofertantes de licitación, siendo la misma adjudicataria de la obra de Red de Senderos del Parque de Matamoros, obra sacada a concurso público por la Mancomunidad de Islantilla, la cual fue terminada y entregada. Las partes acordaron actuar como UTE y repartirse los beneficios de la obra al 50 por 100. También se acordó que GARACOT subcontratara parte de la obra con la finalidad de poder obtener la Calificación Empresarial.

En ejecución de este acuerdo, GARACOT subcontrató dos obras, una con la entidad SIDERÚRGICA LA SERENA SA, que facturó por las obras realizadas la cantidad de 27.810,69 euros, cuyo abono se realizó por CNES ARAPLASA a GARACOT, para que esta entidad lo pagara a SIDERÚRGICA, si bien, el acusado, con ánimo de enriquecerse a costa de los bienes ajenos y siendo plenamente consciente de que el dinero recibido estaba destinado al pago del proveedor, no hizo entrega de la citada cantidad a SIDERÚRGICA LASERENA SA, reteniéndolo y, en consecuencia, tal empresa no recibió pago alguno por los trabajos realizados.

La misma mecánica operativa se produce con CIMENTACIONES ESTRUCTURAS LEPE SL, facturándose un total de 10.688,82 euros, siendo dicho importe íntegramente abonado por ARAPLASA a GARACOT para satisfacer los gastos del proveedor. El acusado recibió esa cantidad, y siendo plenamente consciente de que el dinero recibido estaba destinado al pago del proveedor, no lo entregó a CIMENTACIONES ESTRUCTURAS LEPE SL.

El Juzgado de lo Penal nº 1 de Plasencia, consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de apropiación indebida, pero estando ya en vigor la LO 1/2015, se decantó por la incardinación de tal conducta en la infracción tipificada en el art. 252 del Código Penal.

Y lo hizo, conforme a lo razonado en la sentencia recurrida, al acomodarse la conducta del acusado al ámbito de este delito (el art. 252), tomando en consideración como una unidad jurídica las dos empresas implicadas,

a raíz del convenio por el que constituyen una Unión Temporal de Empresas (UTE) con relación a la adjudicación y realización de unas obras concretas. En este marco ubica la actuación del Sr. Daniel como infracción de lo pactado, en los términos del acuerdo que le imponía dar un destino específico a la suma recibida, interpretando aquella como "distracción" en el sentido de infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. Es lo que se ha considerado acreditado en el factum de la sentencia del Juzgado de lo Penal, aceptado por la Audiencia, y lo que justifica la aplicación de este específico tipo delictivo. En suma, la sentencia recurrida entiende que nos encontramos ante un patrimonio común, y este aspecto lo lleva a los hechos probados.

Resuelta así esta cuestión, en los términos expuestos, cuyo punto de vista puede mantenerse en esta instancia casacional, el principal óbice que plantea el recurrente es la homogeneidad entre ambos comportamientos delictivos.

Esta cuestión ya ha sido analizada por nuestra jurisprudencia.

En efecto, la STS 56/2021, de 20 de enero, confirma las patentes semejanzas entre la apropiación indebida y la administración desleal. Y señala que habiendo sucedido los hechos antes de la reforma de 2015, se hace preciso deslindar entre el tipo del anterior art. 252 y el previsto en el desaparecido art. 295 (administración desleal). La reunificación de ambas figuras en esa reforma legal se presenta como un muy poderoso argumento para justificar su homogeneidad y, en consecuencia, concluir que en la legislación anterior a 2015 nada impedía convertir una acusación por apropiación indebida en una condena por administración desleal (STS 627/2016, de 13 de julio). Ahora ocurre lo propio.

Además, con la vigente redacción del Código Penal, tras la LO 1/2015, la cuestión carece de relevancia penológica a la vista de lo que dispone el actual art. 252 y su comparación con el art. 253 CP.

No era así antes. Las disparidades penológicas entre los arts. 295 y 252 CP eran relevantes, lo que obligaba a delimitar el ámbito de aplicación de ambas normas en tarea que se convirtió en campo bien abonado para que germinasen opiniones divergentes (principio de alternatividad, se dijo a veces; en otras se habló de especialidad; la figura de los círculos secantes para explicar esas relaciones cuajó en alguna jurisprudencia, luego enmendada en otras resoluciones...), llegándose a la conclusión de que "[e]l alcance de la extralimitación de un administrador en la utilización de un poder nos guía a la hora de ubicar las conductas punibles en el ámbito específico del delito de apropiación indebida o en el tipo societario de administración fraudulenta: si el administrador actúa ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes concedidos -exceso extensivo- estaríamos ante un posible delito de apropiación indebida (abono de viajes particulares; y pago de gastos propios). Cuando se ejecutan actos ilícitos en el marco propio de las atribuciones encomendadas al administrador -exceso intensivo- operaría el tipo penal del art. 295 (SSTS 462/2009, de 12 de mayo; 623/2009, de 19 de mayo; 47/2010, de 2 de febrero; y 707/2012, de 20 de septiembre, entre otras).

En nuestro caso, no se acusó del delito definido en el art. 295 del Código Penal, sino siempre de una infracción de apropiación indebida, vigente entonces el desdoblamiento que había diseñado la jurisprudencia, como estricta apropiación indebida, o como distracción por administración desleal, bajo un mismo precepto legal.

Por ello, no existe la infracción denunciada por el recurrente, al menos desde el plano que ha sido enjuiciado por la Audiencia, como una actuación del acusado que causa un perjuicio en el ente social constituido entre las dos empresas, como una UTE, de modo que al integrar el numerario de la transferencia de ARAPLASA en la entidad mercantil GARACOT, administrada por el acusado, llevó a cabo un acto desleal frente al conjunto social, incurriendo en un exceso intensivo, y perjudicando al conjunto, aunque beneficiando a GARACOT, que fue declarada partícipe a título lucrativo, razón por la cual, desde este punto de vista, el motivo no puede prosperar.

Recurso de GARACOT PROYECTOS Y OBRAS.

Tercero.

En un motivo único, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 122 del Código Penal, en cuanto a la responsabilidad civil impuesta a dicha sociedad.

Se queja el recurrente de que, al haber sido absuelta la persona jurídica, como ente social responsable penalmente, que fue el concepto en que fue enjuiciada en la instancia, no puede serle impuesta condena civil, ni como responsable civil subsidiaria, ni como partícipe a título lucrativo, pero no porque no concurren tales conceptos de imputación civil, sino porque su personación como sujeto pasivo en la causa, a título de responsable penal, impedían tal condena civil.

Ante todo, debemos dejar sentado que la Sentencia de primera instancia dejó muy imprecisamente configurado tal título de condena, pues se refería a la condena civil de GARACOT, en concepto de responsabilidad civil solidaria, en el apartado 2 del fallo de la primera instancia.

Fue la sentencia ahora recurrida (la dictada por la Audiencia Provincial), la que clarificó esta cuestión, dejando sentado que por el delito por el que se ha efectuado la condena del acusado, no cabía la de la sociedad por cuya cuenta actuaba aquel conforme a lo establecido en el art. 31 bis del Código Penal (otra cosa hubiera podido

sucedir si estuviéramos ante una estafa, a tenor del art. 251 bis del mismo cuerpo legal). No obstante, si bien no hay responsabilidad penal de la persona jurídica, es adecuado el pronunciamiento de condena en materia de responsabilidad civil, que deberá ajustarse a lo preceptuado en el art. 122 del Código Penal, y por tanto, de carácter solidario con el responsable penal (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2019).

Aunque el motivo no lo plantea, la cuestión puede observarse desde dos planos diversos: desde el principio acusatorio, y desde el principio de rogación.

Desde la primera perspectiva, conviene dejar sentado que no siendo la participación a título lucrativo una pena, ni una medida de seguridad, sino la condena a la devolución civil de una cantidad que se ha obtenido por un sujeto como injustamente beneficiado de la comisión de un delito, en el que no ha participado penalmente, no puede hablarse de violación del principio acusatorio (la responsabilidad derivada del art. 122 del Código Penal, no es un delito ni una pena).

Desde el plano del principio de rogación, lo cierto es que las cantidades que se han dispuesto en el fallo de la Sentencia de primera instancia, confirmada en este aspecto por la de apelación, fueron interesadas tanto por la representación del Ministerio Fiscal, como por la acusación particular. En suma, era la cuantificación de la responsabilidad civil solidaria que se imponía a GARACOT PROYECTOS Y OBRAS SL, de manera que indemnizará al representante legal de SIDERUGICA LA SERENA SA en la cantidad de 27.810,69 euros y al representante legal de CIMENTACIONES ESTRUCTURAS LEPE SL en la cantidad de 10.688,82 euros. Esta cantidad devengará los intereses del artículo 576 de LEC, conforme a ley y hasta su efectivo pago.

El principio de rogación, consecuentemente, también se encuentra cubierto.

Con la absolución de GARACOT, desapareció el delito, pero hizo acto de presencia la posible repercusión civil, que se traduce en devolver lo indebidamente percibido, no ya a título de responsabilidad civil ex delicto, sino como partícipe a título lucrativo, que es un recurso civil proclamado en el art. 122 del Código Penal, que puede ser declarado por el Tribunal sentenciador siempre que existan todos los elementos concurrentes para su condena civil, y que el asunto haya sido naturalmente debatido, desde su vertiente material y no estrictamente formal. Sin duda fueron debatidas las cantidades que formaron parte del fallo de instancia.

Es por ello que, desde el plano de la indefensión, no se ha producido la infracción denunciada de modo alguno, pues las defensas pudieron discutir tanto el fundamento de la meritada responsabilidad civil, como las bases de su cuantificación.

Finalmente diremos que esta Sala Casacional en STS 1119/2002, de 11 de junio, ha declarado que el ensamblaje o resolución conjunta entre acción penal y acción civil, no confiere especiales connotaciones jurídicas a la segunda pretensión, que conserva su naturaleza civil. Su tratamiento unitario sólo obedece a razones de economía procesal, que pueden decaer tan pronto como el interesado decida reclamar por cauces diferentes una y otra responsabilidad.

Tales principios de congruencia y rogación, en lo que ahora nos interesa, se clarifican en el art. 218-1º p. 2 de la ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000: "El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes". No puede olvidarse que la de Enjuiciamiento Civil es subsidiaria del proceso penal (art. 4 L.E.Civil).

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Cuarto.

Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a las partes recurrentes (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los acusados DON Daniel y la entidad GARACOT PROYECTOS Y OBRAS SL, contra Sentencia 247/20, de 30 de octubre de 2020, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres.

2º.- CONDENAR a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por cada uno de sus respectivos recursos.

3º.- COMUNICAR la presente resolución a la Audiencia de procedencia, a los efectos legales procedentes. Notifíquese esta resolución a las partes 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). 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.