



Roj: **STS 4118/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4118**

Id Cendoj: **28079120012022100874**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2022**

Nº de Recurso: **512/2021**

Nº de Resolución: **897/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 897/2022**

Fecha de sentencia: 16/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 512/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: TSJ DE ANDALUCIA, CEUTA Y MELILLA, SALA DE LO CIVIL Y PENAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 512/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 897/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 16 de noviembre de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 512/2021, interpuesto por D. **Marcelino** representado por el Procurador D. Rafael Illanes Sainz de Roza bajo la dirección letrada de D. Carlos Román Salamanca, contra la sentencia núm. 305/20 dictada en el Rollo de Apelación núm. 160/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sala de lo Civil y Penal, de fecha 17 de noviembre de 2020 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 1 de junio de 2020 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, en el Rollo núm. 5404/2019.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, la mercantil **ALIMUNDO S.L.** representada por el Procurador D. Juan José Barrios Sánchez bajo la dirección letrada de D. Manuel Delgado Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla, instruyó el Procedimiento Abreviado con el núm. 32/2019, por delito de apropiación indebida y delito societario, contra D. Marcelino, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, en la que vista la causa dictó en el Rollo 5404/2019 sentencia en fecha 1 de junio de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Primero.- En Junta General Extraordinaria de "Iberyder S.L." celebrada en Almendralejo el día 7 de abril de 2014 los socios acordaron por unanimidad una ampliación de capital en 468.100 euros para hacer frente a los proyectos de ampliación de la fábrica, cuyas obras ya estaban en marcha, quedando cifrado el capital social en la cantidad de 1.628.100 euros.

Esta ampliación fue suscrita de la siguiente manera: D. Primitivo y las mercantiles "Alimundo S.L." y "Comercial Materias Grasas S.L." suscribieron 155.500 nuevas participaciones sociales cada una, en tanto el acusado D. Marcelino, cuyas circunstancias personales ya se han reseñado, sólo suscribió 1.600, teniendo cada participación valor nominal de un euro.

De esta forma, los socios pasaron a ostentar las siguientes participaciones en el capital social: "Alimundo" un 27,36%; "Comercial Materias Grasas" un 27,38%; el Sr. Primitivo, un 27,40% y un 17,85%, el acusado, a quien se concedió el derecho a igualar en el futuro la ampliación efectuada por el resto de socios bien con aportación dineraria bien con cargo a beneficios.

Segundo.- El acusado fue designado el día 25 de Septiembre de 2014 Presidente del Consejo de Administración de la entidad "Iberyder S.L.", ostentando la condición de administrador mancomunado con otra persona más.

Tercero.- El día 20 de abril de 2015 se convocó en Sevilla Junta General Extraordinaria de "Iberyder", cuyo principal punto del orden del día era el examen y en su caso, aprobación de las cuentas del ejercicio 2014. Esta Junta fue suspendida con el voto favorable de los socios "Alimundo" y "Comercial Materias Grasas S.L.", quejosos de la falta de entrega de documentación o/y de entrega demasiado próxima al día de la celebración.

Cuarto.- Para aparentar que llevaba a cabo la igualación en la suscripción de participaciones sociales antes mencionada, aprovechándose de que era la única persona autorizada para disponer del saldo de una cuenta corriente abierta a nombre de "Iberyder" con número 2012 1948-18-0200008751 en la entidad "Catalunya Caixa" (luego "BBVA"), sucursal de la Avenida de Felipe II de Sevilla, los días 15 y 16 de Octubre de 2015, con fondos propios de la sociedad titular, el Sr. Marcelino realizó dos transferencias a una cuenta privada suya por importe de 100.000 euros y 53.900 euros, respectivamente, para luego transferir desde esta última cuenta a la cuenta de origen los mismos importes en sendas transferencias emitidas el mismo día 16 de Octubre de 2015.

De esa manera simuló una ampliación de capital como si hubiera sido hecha con dinero particular suyo, logrando que el subdirector de aquella sucursal el mismo día 16 de Octubre de 2015 le emitiera un certificado de ingreso en la cuenta de "Iberyder" de 153.900 euros "en concepto de aportación de capital" a los efectos del artículo 62 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 189.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

Quinto.- La supuesta ampliación de capital fue reflejada en beneficio del acusado en el libro registro de socios "Iberyder" de manera que al día 16 de Octubre de 2015 de dicho libro, se desprende que con la ficticia ampliación, el capital social quedaba formalmente participado por los socios de la siguiente forma: "Alimundo" un 25%; "Comercial Materias Grasas" un 25,01%; D. Primitivo, un 25,04% y el acusado un 24,95% (anotaciones con números de orden 19 a 22 del referido libro).

Por el acusado o a su instancia se volvió a manipular el libro registro de socios para anotar, también en su beneficio, que se había supuestamente ejercido un pacto de retroventa de acciones por compra al otro socio "Comercial Materias Grasas" a lo que se dio como fecha la de 7 de Abril de 2014, pese a ser anotaciones



posteriores a las que se acaban de indicar (anotaciones con números de orden 23 y 24). Ello supuso la apariencia de que la participación en el capital social de "Comercial Materias Grasas" se reducía al 25% y la del acusado se situaba en un 24,96%.

Sexto.- Para el día 23 de Noviembre de 2015, el Sr. Marcelino , en cuanto Presidente de "Iberyder" convocó la celebración en Sevilla de Junta General Extraordinaria, cuyo primer punto del orden del día era el "Cambio en el sistema de administración, cesando el Consejo de Administración, en su caso, y pasando al órgano que se determine en la Junta de "Iberyder S.L.". Dicha asamblea había sido convocada por el acusado Sr. Marcelino en su condición de Presidente del Consejo de Administración, citándose a los socios mediante burofaxes recibidos el día 13 de dicho mes.

Al inicio de dicha Junta, a la que comparecieron todos los socios, se planteó una discrepancia entre ellos, reflejada en acta notarial, "respecto del porcentaje que corresponde a cada socio en el capital social, como consecuencia de la ampliación de capital efectuada en Junta General el día siete de Abril de dos mil catorce", planteando el representante de "Comercial Materias Grasas" que conforme al Registro Mercantil el capital social seguía siendo 1.628.100 euros. Con ocasión de ello, el acusado presentó en un primer momento, un documento por él firmado con el nombre de "Evolución capital social de "Iberyder S.L." que reflejaba en las dos últimas columnas, fechadas, respectivamente los días 16 y 17 de Octubre de 2015, las variaciones de porcentaje de participación de los socios en el capital social, como consecuencia de las manipulaciones descritas, y posteriormente al insistir el representante de "Comercial Materias Grasas" en que los porcentajes de participación de los socios en el capital social eran los resultados de la Junta de 2014, el acusado insistió en la suspensión de la Junta, pidiendo que se incorporase el certificado bancario obtenido el 16 de Octubre de 2015 más arriba mencionado. Tras ello se produjo un debate entre los socios acerca de la continuación de la Junta, en cuyo curso haciendo valer su condición de Presidente del Consejo de Administración, el acusado suspendió la Junta, solicitando que estando presentes todos los miembros del consejo de Administración se acordara la convocatoria de una nueva Junta General, a lo que se opusieron los representantes de las entidades "Comercial Materias Grasas y "Alimundo". Finalmente, el Sr. Marcelino haciendo uso de su condición de Presidente suspendió la Junta y abandonó el lugar, permaneciendo los tres socios restantes. Con los dos votos favorables de las entidades mencionadas, que se dijo que representaban un 50,021% del capital social, y la abstención del Sr. Primitivo , la Junta se desarrolló resolviendo el primer punto del orden del día, en el sentido de modificar el sistema de administración del Consejo, a dos administradores mancomunados con el voto favorable de aquella mayoría social y el voto en contra del Sr. Primitivo , quien se abstuvo en la votación posterior relativa al nombramiento de dos administradores mancomunados, que recayó sobre ambas sociedades".

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

"Condenamos a D. Marcelino como autor criminalmente de un delito de apropiación indebida agravada y de un delito societario ya definidos, sin concurrir en el mismo circunstancias modificativas de su responsabilidad, a las siguientes penas:

1.- DOS AÑOS DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y OCHO MESES DE MULTA, con una cuota diaria de 12 euros, por el delito de apropiación indebida agravada.

2.- UN AÑO DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y SEIS MESES DE MULTA, con una cuota diaria de 12 euros, por el delito societario.

Le condenamos igualmente al pago de las costas de esta primera instancia, incluidas las devengadas por la acusación particular.

En sede de responsabilidades civiles, declaramos la nulidad del negocio jurídico de suscripción por parte del investigado de las participaciones de "Iberyder" como forma espuria de concurrir a la ampliación de capital aprobada en Junta General Extraordinaria de socios celebrada el 7 de Julio de 2014".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado Marcelino , dictándose sentencia núm. 305/20 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en fecha 17 de noviembre de 2020, en el Rollo de Apelación núm. 160/20, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que desestimando el recurso de apelación formulado por la representación Marcelino , contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 1 de Junio de 2020, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución.



Se declara la existencia de concurso medial entre los delitos de apropiación indebida y societario, sin que proceda modificar la pena impuesta en la sentencia impugnada.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de su Procurador. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, con testimonio de la presente resolución, y en su caso de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto".

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal del condenado, Marcelino 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, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

**Motivo Primero.-** Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º de la LECr, al existir error de hecho en la apreciación de la prueba.

**Motivo Segundo.-** Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º de la LECr, al existir error de hecho en la apreciación de la prueba.

**Motivo Tercero.-** Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º de la LECr, al existir error de hecho en la apreciación de la prueba.

**Motivo Cuarto.-** Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º de la LECr, al existir error de hecho en la apreciación de la prueba.

**Motivo Quinto.-** Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º de la LECr, al existir error de hecho en la apreciación de la prueba.

**Motivo Sexto.-** Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr, al existir aplicación indebida de preceptos penales sustantivos, en concreto, los arts. 253 y 250.1.5º del Código Penal.

**Motivos Séptimo.-** Motivo articulado con carácter subsidiario al anterior, para el supuesto de no ser estimado éste. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr, al existir aplicación indebida de un precepto penal sustantivo, en concreto, el art. 250.1.5º del Código Penal.

**Motivo Octavo.-** Motivo articulado con carácter subsidiario al expuesto en el apartado sexto, para el supuesto de no ser estimado éste. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr, al existir no aplicación de preceptos penales sustantivos, en concreto, los arts. 16 y 62 del Código Penal.

**Motivo Noveno.-** Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr, al existir aplicación indebida de preceptos penales sustantivos, en concreto, el art. 290 del Código Penal.

**Motivo Décimo.-** Se articula este motivo con carácter subsidiario al anterior. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr, por indebida aplicación de preceptos penales, en concreto, los arts. 66 y 77 del Código Penal.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Procurador Sr. Barrios Sánchez presentó escrito de impugnación; el Ministerio Fiscal interesó la INADMISIÓN, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 885 1º y 2º Ley de Enjuiciamiento Criminal y, subsidiariamente, la desestimación, de todos los motivos del recurso, por las consideraciones que se expresan en su escrito de 23 de julio de 2021; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 10 de noviembre de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRELIMINAR.-** La representación procesal de D. Marcelino , recurre en casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que desestima a su vez, el recurso de apelación formulado contra la sentencia de la Audiencia Provincial que le condena como autor criminalmente responsable de un delito de apropiación indebida agravada, de los previstos en el art. 253, en relación con el 250.1.5º, y de un delito societario del art. 290, todos ellos del Código Penal; pues si bien, la sentencia de apelación entendió que ambos delitos concurrían en modalidad medial, no real, concluyó que esa modificación no conllevaba consecuencia alguna para la pena impuesta.

En esencia, la condena deriva (valga este resumen para mejor comprensión de la resolución de los motivos suscitados) porque el recurrente, en su condición de Presidente del Consejo de Administración de la entidad "IBERYDER S.L.", con poder de disposición de las cuentas de dicha entidad en "Catalunya Caixa" -hoy BBVA-, y con el fin de igualar en participaciones al resto de socios, realizó dos transferencias de la cuenta de dicha sociedad a una suya particular por importes de 100.000 y 53.900 euros, y acto seguido realizó una transferencia a la propia "IBERYDER S.L." por importe de 153.900 euros, ahora como abono de suscripción de capital, para lograr que su participación social igualara a la del resto de los socios y pasara de ser de un 17,85% que le correspondía a un 24,95%.

De este modo logró simular una ampliación de capital como si hubiera sido hecha con dinero particular suyo, logrando que el subdirector de aquella sucursal el mismo día 16 de octubre de 2015 le emitiera un certificado de ingreso en la cuenta de "IBERYDER" de 153.900 euros "en concepto de aportación de capital" a los efectos del artículo 62 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 189.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

A su vez, manipuló el libro registro de socios de "Iberyder" para anotar la supuesta ampliación de capital donde se reflejó la ficticia ampliación en beneficio del acusado, de modo que al día 16 de Octubre de 2015, desprendía que el capital social quedaba formalmente participado por los socios de la siguiente forma: "Alimundo" un 25% desde un 27,36% previo a la igualación; "Comercial Materias Grasas" un 25,01%, desde un 27,38%; D. Primitivo , un 25,04%, desde un 27,40% y el acusado un 24,95%, desde un 17,85% previo (anotaciones con números de orden 19 a 22 del referido libro).

Y además, por el acusado o a su instancia se volvió a manipular el libro registro de socios para anotar, también en su beneficio, que se había supuestamente ejercido un pacto de retroventa de acciones por compra al otro socio "Comercial Materias Grasas" a lo que se dio como fecha la de 7 de Abril de 2014, pese a ser anotaciones posteriores a las que se acaban de indicar (anotaciones con números de orden 23 y 24). Ello supuso la apariencia de que la participación en el capital social de "Comercial Materias Grasas" se reducía al 25% y la del acusado se situaba en un 24,96%.

**PRIMERO.-** Los cinco primeros motivos los formula por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º de la LECrim, al entender la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, en los diversos particulares que en los mismos enuncia.

1. Ha reiterado esta Sala Segunda que el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 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 elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron; cuya finalidad consecuente consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, pues carece de sentido, como enseña la jurisprudencia constitucional, anular una parte de la motivación de la sentencia y mantener en su integridad el fallo.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento. Dicho de otro modo, resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

Es decir, el error de hecho sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en



la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "litosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios..

En definitiva, el art. 849.2 LECrim, como explicita en su último inciso, exige que esos documentos no resulten contradichos por otros elementos de prueba (por todas, STS 21/2016, de 16 de marzo).

De igual modo, el motivo por *error facti* no sirve para revelar la insuficiencia probatoria de cualquier elemento de prueba, no permite una revisión global de la valoración de la prueba sobre la totalidad de los ilícitos enjuiciados o sobre alguno de ellos.

2. Los errores que afirma el recurrente son:

i) En el primer motivo, invoca error en la valoración y apreciación de las pruebas relativas al alcance y circunstancias relativas a la ampliación de capital de la mercantil IBERYDER S.L. acordada el día 7 de abril de 2014, conforme consta en el acta obrante al folio 99 de las actuaciones.

Argumenta que como se desprende del acta, los socios supeditan el aumento de capital a que el desembolso del mismo se lleve a cabo con cargo a la deuda que la propia sociedad mantiene frente a ellos, motivo por el que se igualan al socio (de los tres restantes salvo el propio acusado) con menos volumen de créditos a su favor, por importe de 155.500 €. Por su parte, el acusado, al no contar con deuda a su favor, salvo por la cifra de 1.600 €, limita su aumento a esta cifra, efectuando igualmente compensación. Nada impide a ello que el título del punto del orden del día expusiese que el objeto de la ampliación fue para hacer frente a proyectos de ampliación, cuando el acuerdo entre los socios consistió, en todo caso, en la compensación de créditos, no en el desembolso de nuevo capital que permitiese dotar de liquidez a la sociedad.

En cuya consecuencia, indica como resultado relevante que:

a) La ampliación de capital no dotó de liquidez alguna a la sociedad, ya que los socios no desembolsaron ningún importe a tal efecto.

b) Aparte la intención previa, la ampliación acordada no pudo servir para acometer ninguna ampliación de la fábrica, por cuanto no dotó de liquidez de ninguna clase a la sociedad. Dada la mala situación económica de la compañía en aquel momento, la ampliación no sirvió para financiarla, dotarla de liquidez o inyectar los recursos que hubiesen sido necesarios para acometer las reformas o ampliaciones proyectadas.

c) Incurrir en error, tanto la sentencia inicial como la aquí recurrida al reproducir sus hechos probados, al considerar en el primero que esta ampliación de capital de 468.100 € sirvió para hacer frente a los proyectos de ampliación de la fábrica. Dado que no dotó de liquidez extra a la sociedad, no sirvió para financiar reforma o ampliación alguna, si acaso para que el circulante de la sociedad tuviera mejor aspecto en los balances, al pasar parte de la deuda a corto a capital social.

d) Pero la consecuencia más importante, de cara a las cuestiones examinadas en este recurso, es, que al no dotar a la sociedad de liquidez con ocasión de esta ampliación de capital, las modificaciones que con posterioridad vinieron impuestas por los organismos competentes en materia de sanidad, no pudieran ser financiadas con esta ampliación. Dichos trabajos, conforme constan en autos, fueron ejecutados por la mercantil TRANSFINOX S.L., afianzándose con ello la tesis mantenida por esta parte en cuanto a que fue el acusado el que, con cargo a sus propios recursos, sufragó y pago a TRANSFINOX el coste de las reformas necesarias. En todo caso la sociedad no contaba con efectivo para ello, ya que no se había producido desembolso alguno de los socios en la ampliación de capital a que se refiere el hecho probado primero.

ii) En el segundo motivo, invoca error en la valoración y apreciación de las pruebas relativas al nombramiento del recurrente como consejero delegado único de la mercantil IBERYDER S.L. en la reunión del consejo de administración de 2 de julio de 2015, conforme consta en acta obrante al folio 559 y siguientes de las actuaciones; y no mancomunado como obra en los hechos probados.

Además de indicar su relevancia en torno a un contrato de maquila, indica que ese nombramiento le convertía en la única persona con facultades para ordenar movimientos y disposiciones de las cuentas bancarias



de la sociedad, y particularmente tiene relevancia respecto de la cuenta bancaria en Catalunya Caixa y los movimientos económicos efectuados los días 15 y 16 de octubre de 2015.

iii) En el tercer motivo, invoca error en la valoración y apreciación de las pruebas relativas a la ausencia de perjuicio económico a la sociedad IBERYDER S.L. ni a sus socios como consecuencia de los movimientos bancarios efectuados los días 15 y 16 de octubre de 2015 en la cuenta bancaria de la sociedad abierta en Catalunya Caixa.

Como documento a estos efectos, designa los movimientos operados los días 15 y 16 de octubre de 2015 en la cuenta bancaria de Catalunya Caixa.

Afirma que el resultado fue absolutamente neutro para la sociedad IBERYDER S.L., que no sufrió perjuicio alguno como consecuencia de dichos movimientos. Ya que el importe transferido fue el mismo que el retornado, el resultado final es el mismo que existía antes de ellos, sin que en las actuaciones se haya acreditado en modo alguno (ni la sentencia recurrida haya admitido) cuál fuera el perjuicio patrimonial o económico sufrido por la sociedad ni para los socios, como consecuencia de tales apuntes.

iv) En el cuarto motivo, invoca error en la valoración y apreciación de las pruebas relativas a la inexistencia de manipulación alguna en el Libro Registro de Socios de la sociedad IBERYDER S.L. por parte del recurrente, conforme se desprende de los folios 98 y 153 y demás particulares de las actuaciones. Designa como documental, además de esos folios relativos al Libro Registro, a las declaraciones de un testigo y del propio recurrente.

Si bien la argumentación, no versa sobre la fuerza acreditativa del libro, sino a su criterio valorativo sobre la inexistencia de dato alguno, ni de prueba de cargo suficiente, que adviere que el recurrente tuvo en su poder, manejó, manipuló o alteró en modo alguno el Libro Registro; y que tampoco existe dato alguno que soporte que otra persona lo hiciera a su instancia, o al menos ninguna de las acusaciones se ha preocupado de que este aspecto fuera investigado; mientras que, afirma, existen indicios que indican lo contrario.

v) En el quinto motivo, invoca error en la valoración y apreciación de las pruebas en relación a que la única ocasión en la que el condenado habría intentado hacer valer el porcentaje de capital que le correspondería de la ampliación controvertida fue al comienzo de la junta de socios de 23 de noviembre de 2015, como se desprende del contenido de los folios 849 y siguientes (junta de 7 de marzo de 2016) y 1.022 y siguientes (junta de 21 de septiembre de 2017), donde consta en las respectivas actas, no ha promovido ni planteado controversia alguna sobre el particular, habiéndose aquietado a la situación societaria defendida por la entidad querellante; como tampoco en el litigio civil entre el acusado, como demandante, y la propia IBERYDER S.L., como demandada, del cual conoció el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, autos de Juicio Ordinario nº 1012/2015.

Extremos que entiende relevantes, en orden a la concurrencia de los elementos necesarios para configurar el tipo penal de apropiación indebida; o al menos eventualmente para que de concurrir, se entendiera como mera tentativa.

3 Desde la doctrina jurisprudencial expuesta en el primer apartado de este fundamento, los cinco motivos formulados por error facti, deben ser desestimados:

i) Respecto del primer motivo, porque dados los hechos que justifican la condena, la motivación de la ampliación de capital, resulta irrelevante para la calificación penal.

Como detalla y cumplidamente ilustra el Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación, la razón última de la ampliación de capital, fuese o no para acometer la modificación de la fábrica, en nada incide sobre los hechos probados ni posee aptitud para modificarlos.

La ampliación de capital viene configurada como una modificación estatutaria especial, cuyo régimen jurídico se contiene en los artículos 295 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Las modalidades del aumento pueden tener lugar por emisión de nuevas acciones o por elevación del valor nominal de las ya existentes. En ambos casos el contravalor del aumento del capital podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la compensación de créditos contra la sociedad, como en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en dicho patrimonio.

En la mecánica apropiativa del acusado, el contravalor de la ampliación, no existe. Como el propio recurrente reitera en su escrito, con esa operación, el saldo las cuentas de la sociedad de donde sale y retorna el dinero, deviene neutral, no positiva por el importe de la ampliación, como debiera resultar; mientras que el recurrente, sin desembolso alguno, deviene indebidamente titular de la participación del capital social que integra la ampliación.



En todo caso, la precisión, o el cambio en la concreta finalidad de la ampliación, carece de entidad para corregir el fallo.

ii) Respecto del segundo motivo, porque igualmente la condición de consejero delegado o de administrador mancomunado, tampoco elimina la autoría del delito de apropiación indebida ni la del delito societario del artículo 290 CP, que alude tanto a los administradores de hecho como de derecho; y al describirse la acción delictiva el hecho probado señala: "...aprovechándose de que era la única persona autorizada para disponer del saldo de una cuenta corriente abierta a nombre de "Iberyder".

De otra parte, no media error, el hecho segundo indica: *El acusado fue designado el día 25 de septiembre de 2014 Presidente del Consejo de Administración de la entidad "Iberyder S.L.", ostentando la condición de administrador mancomunado con otra persona más.* Mientras que la modificación de la representación a que alude el recurrente, lleva fecha de 2 de julio de 2015; y esa condición acordada, aunque parece que no inscrita, de consejero delegado único, nunca se niega, no hace sino reforzar su dominio en la comisión delictiva.

iii) Respecto del tercer motivo, ya anunciábamos la falacia de ausencia de perjuicio para la sociedad y sus socios, con la sola contemplación de los movimientos bancarios de la sociedad, que precisamente abocaban inexorablemente a la necesaria inferencia de un evidente perjuicio.

Pues cuando el acusado, en su condición de presidente del Consejo de Administración de la empresa "IBERYDER S.L.", hizo dos transferencias a su cuenta privada por importe de 153.900 euros, extrajo esa cantidad con la finalidad de -en el mismo día- transferir la misma cantidad a la cuenta de aquella, para simular una aportación, exclusivamente suya, cuando no era así, y de tal forma modificar su participación en el capital social, pasando de un 17,85% a un 24,96%. Esto es, esa aportación ilícita de la cantidad antes indicada, le supuso al acusado un beneficio y un correlativo perjuicio para IBERYDER S.L., ya que, en la cuenta de ésta, de haber sido suyo el dinero aportado, tendría que haber 153.900 euros más. Lo que no sucedió porque trasmutó 153.900 euros de la sociedad en propios.

Pero además, también medió un obvio perjuicio para los socios, si bien en este caso ya indirecto y en la fase de agotamiento del delito, ya que, con el importe de la cantidad apropiada, suscribe capital social de modo que se redujo la participación social de "Alimundo", que se situaba en un 27,36% y se redujo a un 25%; la de "Materias Grasas" que originariamente poseía un 27,38%, pasó a ser de un 25,01%; y la de D. Primitivo, paso del 27,40% a un 25,04%

iv) Respecto del cuarto motivo, porque como indicamos el error de hecho casacional del art. 849.2º, resulta inhábil para corregir valoraciones probatorias, o para fiscalizar la suficiencia de una determinada prueba para llegar a determinadas acreditaciones; mientras que es patente que el examen del Libro registro, no permite saber quien fue su custodio en un período de tiempo determinado.

v) Igual observación cabe hacer respecto del quinto motivo; tampoco el examen del acta de las juntas señaladas, permite acreditar que el acusado no realizó apropiación dineraria alguna ni inscribió o hizo inscribir en el contenido del Libro Registro de socios aseveraciones mendaces; Libro y actas carecen de literosuficiencia acreditativa de dichos extremos.

Además, porque la integración del documento invocado con prueba personal, como son manifestaciones testificales, resulta absolutamente vedado, los documentos han de ser acreditativamente autárquicos.

Y sobre todo, porque el examen de los documentos invocados refleja un contenido contrario a las aseveraciones del recurso; el acta de la Junta General de socios de 7 de marzo de 2016, al folio 11 de la misma contiene la reiteración de su participación del 25%, consecuencia de la fraudulenta ampliación, además de una porfía intensa por su vigencia y mantenimiento en folios sucesivos:

*Doña Esther Morales Guisande, manifiesta que su representado, Don Marcelino, tiene una participación del 25%, que consta en el libro de socios y en virtud de los artículos 192 y 104 de la Ley de Sociedades de Capital, y que nadie ha impugnado la ampliación de capital y retroventa anotada en el libro Registro*

Añade la acusación particular que el acusado también intentó hacer valer dicha ampliación, el 19 de mayo de 2016 en una nueva Junta General de IBERYDER, esta vez en Barcelona, con presencia del Notario Don Salvador Farrés Ripoll, nº 2.238 de su protocolo; y en una nueva ocasión el 30 de junio de 2016, en una nueva Junta General de IBERYDER, esta vez en Pinto (Madrid) ante la Notario Doña Concepción de la Torre Pedrosa, nº 712 de su protocolo).

Los cinco primeros motivos se desestiman.

**SEGUNDO.-** El sexto motivo lo formula por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, al existir aplicación indebida de preceptos penales sustantivos, en concreto, los arts. 253 y 250.1.5º del Código Penal.





1. Argumenta que la sentencia recurrida no considera que la apropiación surja en la aprehensión por el condenado de los fondos existentes en la cuenta bancaria de Caixa Catalunya, sino en haber hecho suyo, de forma definitiva, una participación en el capital social en IBERYDER S.L. que no le correspondía. Pese a ello, el condenado no llegó a verificar ninguno de los actos que legalmente resultaban exigidos para la efectividad y constancia documental y pública del aumento de capital, por tanto, para la aprehensión de esa participación en el capital, aparte de no haberla reivindicado en ningún momento más que en los polémicos momentos del comienzo de la junta de socios de 23 de noviembre de 2015.

En definitiva, que como el certificado no fue elevado a público, ni el pretendido aumento de capital fue presentado a inscripción en el Registro Mercantil de Badajoz ( art. 315 Ley de Sociedades de Capital), el pretendido aumento de capital no tuvo proyección al tráfico jurídico, efectividad, resultado práctico alguno, ni fue hábil de ninguna forma para dotar al condenado de alguno de los derechos o prerrogativas inherentes a todo ello.

2. El recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

De modo que resulta inviable no respetar los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, ya sea modificándolos radicalmente en su integridad, o alterando su contenido parcialmente, o condicionándolo o desviándolo de su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECrim.

3. El hecho probado, señala la apropiación dineraria de una sociedad cuyo importe se destina al abono de la suscripción de una ampliación de capital de la misma; el logro de esa aparente ampliación de capital, no es contemplado como apropiación, sino como resultado de la simulación de haber sido abonado con fondos propios, cuando eran de la sociedad. No se relata otra apropiación que no sea la dineraria de la cuenta corriente de la sociedad

Así, en la sentencia recurrida, la dictada en apelación, la apropiación no se relaciona con la condición de titular de un mayor porcentaje del capital social, sino con la apropiación de una concreta cantidad de dinero de la sociedad; y así se indica expresamente que "si el tipo objetivo del delito se realiza, cuando se trata de la apropiación de dinero u otros bienes fungibles, de la forma que ha quedado expresada, el tipo subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse la cantidad recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación o entrega del dinero o, dicho de otra manera, en la deslealtad con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero"

Ciertamente el perjuicio para la sociedad es directo, no recibe contravalor por el aumento de capital y para los socios sólo indirecto, dado el destino que se da a la cantidad distraída; perjuicio indirecto que corresponde ya a la fase de agotamiento de la apropiación, pero en todo caso innecesario para la existencia del delito de apropiación que analizamos, que ya se habría consumado, fuere cualquiera el destino que se le diere a la cantidad apropiada; aunque justamente al acreditarse ese destino específico, se revela el punto de no retorno.

Como plásticamente reseña la acusación particular, el recurrente crea una evidente ficción, que la condena se produce por la apropiación indebida de participaciones del capital social de IBERYDER y no de dinero efectivo.

Consecuentemente, la causa de desestimación derivada de la tergiversación que se realiza del factum (adicionada además, a la que se realiza de la fundamentación), sería motivo en este momento procesal de desestimación del motivo.



4. Efectivamente el Tribunal de instancia, consideró que había quedado acreditado que el acusado en su condición de Presidente del Consejo de Administración de la entidad "IBERYDER S.L.", y con poder de disposición de las cuentas de dicha entidad en "Catalunya Caixa" -hoy BBVA , y con el fin de igualar en participaciones al resto de socios, realizó dos transferencias de la cuenta de dicha sociedad a una suya particular por importes de 100.000 y 53.900 euros, y acto seguido realizó una transferencia a la propia "IBERYDER S.L." por importe de 153.900 euros, con lo que, consiguió que su participación social pasara de ser de un 17,85% que le correspondía a un 24,95%.

Consecuentemente, el delito se consumó desde el momento en que el acusado, careciendo de causa que legitimara el traspaso de fondos de IBERYDER a su cuenta privada, llevó a cabo tal acción, ingresando, como propio, tal dinero para lograr una participación mayor en la sociedad. Y no sólo eso, sino que dispuso como propio de ese dinero realizando una transferencia del dinero que ya había ingresado en su cuenta particular a la cuenta de la sociedad de capital para aumentar sus participaciones.

Es decir, asumió facultades dominicales sobre el dinero apropiado, convirtiendo la legítima disposición que sobre el mismo tenía en cuanto administrador de la sociedad en antijurídica propiedad al realizar dos transferencias a su cuenta particular. En ese momento ya estaba consumado el delito, pero es que luego volvió a asumir facultades dominicales actuando como dueño para revertir ese dinero a la sociedad, no como devolución de una distracción temporal, sino cual si fuera propio, culminando la escenificación de la trama falsaria que dibujaba una distinta posición de poder en la sociedad mercantil.

El delito de apropiación indebida se comete, perfecciona y consume cuando aparece el ánimo de apropiación y se ejecuta la acción proyectada. En este delito, caracterizado por la previa posesión o tenencia de un objeto, ya sea dinero, efectos, o cualquier cosa mueble, que ha sido recibido por un título que produce la obligación de entregarlo o de devolverlo, se exige, de una parte, el cambio del ánimo sustentador de la posesión, que de ser en concepto distinto al de dueño, reconociendo que otra persona es propietaria del bien, pasa a otra intención de haberlo como propio, animus rem sibi habendi, lo que supone una actuación que representa la negación al propietario de la titularidad del bien.

Como hemos indicado, en autos, medió asunción de facultades dominicales y también se reveló el punto sin retorno de las cantidades apropiadas.

La doctrina jurisprudencial exige para apreciar el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", que distingue el mero uso indebido, una modalidad de apropiación de uso no delictiva, de la apropiación indebida en sentido propio ( STS 316/2020 de 15 de junio). Para entender que se ha consumado el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero "hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales ( STS 713/2022, de 13 de julio)

El punto sin retorno se había superado con creces, pues el autor ejecutó los actos de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultaban ilegítimos en cuanto excedían de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado. Un destino final, sin retorno, de integración en su patrimonio irreversible.

5. De igual modo, el perjuicio, como ya hemos referido, resulta nítidamente narrado en el factum. De la cuenta corriente bancaria de la sociedad salen 153.000 euros, que no son reintegrados; pues aunque se retornan a la sociedad, no es en reposición de su indebida disposición, sino como abono de la suscripción de la ampliación de capital, de modo que si se prefiere, a la postre, la sociedad amplía capital y no percibe nada por ello.

El motivo se desestima.

**TERCERO.**- El séptimo motivo articulado con carácter subsidiario al anterior, se formula por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, al existir aplicación indebida de un precepto penal sustantivo, en concreto, el art. 250.1.5º del Código Penal.

De nuevo vuelve a reiterar que no adquirió de modo efectivo el título de dominio de las participaciones sociales, la no haber cumplimentado las complementarias exigencias mercantiles de elevación a escritura pública e inscripción en el Registro.

Hemos por tanto de remitirnos a las consideraciones del fundamento anterior, sobre la distracción efectuada y objeto del delito de apropiación indebida, pues aunque fuera con la finalidad de igualar en participaciones al resto de socios, realizó dos transferencias de la cuenta de dicha sociedad a una suya particular por importes de 100.000 y 53.900 euros y acto seguido dispuso de ellas, dándole un destino preciso, que revelaba un punto de no retorno, señal inequívoca de su definitiva apropiación,



De ahí, el subtipo agravado, apropiación indebida de más de 50.000 euros; pues el acusado hizo suyas, desde la posesión legítima, convirtiendo ésta en antijurídica propiedad, los 153.900 euros. Cada una de las transferencias superaba el umbral de la tipicidad agravada, si bien apreciado en supuesto de unidad de acción, sin aplicación de continuidad.

**CUARTO.**- El octavo motivo, igualmente articulado con carácter subsidiario al sexto, lo formula por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, al existir no aplicación de preceptos penales sustantivos, en concreto, los arts. 16 y 62 del Código Penal.

De nuevo tergiversa la consideración jurídica, sin base en el relato probado, de que la condena por apropiación indebida, tiene por objeto las participaciones sociales, cuya titularidad no consolidó, y no los 153.900 euros, distraídos de la cuenta corriente bancaria de la sociedad,

Ni el relato probado, ni la fundamentación de la sentencia de apelación, refrendan dicha versión. Como ya hemos indicado, en el delito de apropiación indebida el momento consumativo tiene lugar, tratándose de cosas guardadas en depósito, comisión o administración, cuando se produce el apoderamiento de las mismas y tratándose de la distracción de dinero o bienes, por no darles el destino convenido, se consuma el delito en la fecha en que debió de haberse dado tal destino pactado, si se incumple la obligación y se retiene la posesión del dinero o bienes en provecho del poseedor. Para entender que se ha consumado el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero "hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales".

En autos, la consumación se produjo cuando el acusado asumió facultades dominicales sobre el dinero apropiado, convirtiendo la legítima disposición que sobre el mismo tenía en cuanto administrador de la sociedad en antijurídica propiedad al realizar dos transferencias a su cuenta particular, desapoderando a la sociedad de las 153.00 euros transferidos. Y de manera inmediata, reveló su intención de apropiación definitiva, cuando les dio un sinalagmático destino, que en este caso consistió en suscripción de capital social, pero igualmente pudo haber sido cualquier otro, y en nada afectaría la tipicidad declarada.

**QUINTO.**- El noveno motivo lo formuló por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, al existir aplicación indebida de preceptos penales sustantivos, en concreto, el art. 290 del Código Penal.

1. Argumenta que las pruebas apuntan a que la eventual manipulación del Libro Registro de socios es totalmente ajena al recurrente, resultando más plausible que haya sido preparada de cara al procedimiento antecedente y a presentar al recurrente, de manera tal artificial como falsa, como autor de ese delito.

Además de negar la existencia de pruebas de su comisión, cuestión ajena al ámbito de este motivo por infracción de ley, añade que información societaria alterada es inidónea para causar perjuicio económico a la sociedad, a alguno de los socios o a un tercero; que no concurre este elemento típico.

2. Desde la narración declarada probada, en el ordinal quinto se señala:

La supuesta ampliación de capital fue reflejada en beneficio del acusado en el libro registro de socios "Iberyder" de manera que al día 16 de Octubre de 2015 de dicho libro, se desprendía que con la ficticia ampliación, el capital social quedaba formalmente participado por los socios de la siguiente forma: "Alimundo" un 25%; "Comercial Materias Grasas" un 25,01%; D. Primitivo , un 25,04% y el acusado un 24,95% (anotaciones con números de orden 19 a 22 del referido libro).

Por el acusado o a su instancia se volvió a manipular el libro registro de socios para anotar, también en su beneficio, que se había supuestamente ejercido un pacto de retroventa de acciones por compra al otro socio "Comercial Materias Grasas" a lo que se dio como fecha la de 7 de Abril de 2014, pese a ser anotaciones posteriores a las que se acaban de indicar (anotaciones con números de orden 23 y 24). Ello supuso la apariencia de que la participación en el capital social de "Comercial Materias Grasas" se reducía al 25% y la del acusado se situaba en un 24,96%.

Ya hemos reiterado que la falta de respeto a ese contenido, deviene en necesaria causa de desestimación, siendo que ya integraba causa de desestimación ( art. 884.3º LECrim)

3. En cualquier caso, incluso desde la prueba necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, en racional inferencia inductiva, indica la sentencia recurrida:

No le asiste razón al recurrente. El Sr. Marcelino , como Consejero Único de la sociedad, tenía a su disposición el libro registro citado; es más, incluso el documento aportado con la querrela como nº 9, firmado por el acusado y reconocido en el plenario como firmado por él, se trata de un estadillo, que se dice es fiel reflejo de cuanto se contenía en ese libro, y donde se hacía constar las nuevas participaciones sociales. Dicho estadillo fue



aportado a la Junta de 23 de Noviembre de 2015, por el propio acusado, a fin de que se aprobase la nueva composición de las participaciones sociales. Y fue ante las discrepancias del resto de socios con esa nueva distribución del capital social, cuando tras abandonar el acusado la Junta por él convocada, se constituyeron el resto de socios, con mayoría suficiente y se decide por mayoría el cese del acusado. La modificación por tanto en el libro registro, si no la hizo el acusado, sí se hizo a su instancia o petición por tercera persona, y que beneficiaba en todo caso al Sr. Marcelino, en perjuicio de dos de los socios.

4. Y en cuanto al perjuicio, ya lo hemos descrito, medió un obvio perjuicio para los socios, ya que, con base en esa aportación, tal inscripción suponía que se redujo la participación social de "Alimundo", que se situaba en un 27,3632%, a un 25%; la de "Materias Grasas" que originariamente poseía un 27,3782, a un 25,01% y la de Primitivo, que poseía el 27,4053, pasaba al 25,04%.

Ello supuso la apariencia de tales reducciones del capital social, con independencia de que la Junta de noviembre de 2015, descubierta la impostura, no hubiese aprobado la modificación de las participaciones, que ya constaban, consumando el delito en el Libro Registro. Valga recordar que además el tipo no exige efectivo perjuicio, sino que se colma con que la falsedad se realice *de forma idónea para causar un perjuicio económico*.

**SEXTO.**- El décimo y último motivo, subsidiario al anterior, se formula por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación de preceptos penales, en concreto, los arts. 66 y 77 del Código Penal.

1. Se queja de que pese haber considerado la sentencia de apelación que los delitos de apropiación indebida y la falsedad societaria concurrían en concurso medial, en vez de concurso real, no modificó la pena impuesta, pese a que era el umbral máximo ahora imponible, cuando por las circunstancias personales y gravedad del hecho, debiera aproximarse al mínimo.

2. Efectivamente, la sentencia de apelación, en seguimiento de las alternativas que propiciaba la STS núm. 179/2018, de 12 de abril, dado que la finalidad de la apropiación del dinero de la cuenta de "Iberyder S.L.", era la modificación de las participaciones sociales en beneficio del acusado y perjuicio de dos de los socios, entendió que la relación era medial.

Si bien en el momento de individualizar la pena, tras describir el mecanismo dosimétrico del art. 77.3, y precisar que la pena del concurso iría de un mínimo de dos años y un día (un día más que la impuesta en primera instancia) hasta un máximo de tres años (suma de las impuestas por los dos delitos, que se puede igualar), se circunscribió a concluir: "en el caso de autos, limitándose el recurrente a alegar el concurso medial, sin pedir pena concreta a imponer, y como quiera que puede imponerse como pena única la misma extensión que la suma de las impuestas, el motivo carece de practicidad, por lo que debe mantenerse la pena impuesta en sentencia".

3. El Ministerio Fiscal, pese al laconismo de la sentencia, entiende que la pena, es la adecuada.

Indica conforme a la jurisprudencia de esta Sala *la necesidad de motivación del artículo 120.3 de la Constitución alcanza en todo caso a la pena concreta impuesta, no puede establecerse la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto, necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen, que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de ley; pero recuerda a su vez, que también esta Sala Segunda, ha consagrado la doctrina de que se puede proceder a la subsanación del defecto en trámite de casación si se verifica que en la resolución impugnada figuran los elementos suficientes para considerar que la pena fijada es asumible por esta Sala, evitándose así inútiles y graves dilaciones en la conclusión del proceso.*

Fundamenta la individualización de la pena, en que en realidad, hubo una doble falsedad del libro registro, aunque en unidad natural de acción; que la cantidad apropiada supera en tres veces la necesaria para operar el tipo agravado; que la reprochabilidad personal se incrementa cuando existe el deber de proteger el patrimonio administrado, delito de infracción de deber, y no existía necesidad económica personal que subvenir sino que el dinero se emplea para reforzar la posición de poder en el organigrama societario; a partir de lo cual individualiza la pena por cada delito de diversa forma a como se realizó en la instancia, al alza, para concluir que es perfectamente adecuado individualizar la penalidad concreta del concurso en 3 años de prisión y 14 meses multa, penalidad que supera la pena suelo pero no alcanza la pena techo y que se habría individualizado ponderando los criterios que no las reglas del artículo 66 CP dentro por así decirlo de la mitad inferior de la penalidad que va desde el suelo al techo.

4. Ciertamente, podríamos compartir el fundado criterio del Ministerio Fiscal, como ha sucedido hasta este motivo, donde nuestras argumentaciones se han enriquecido con las consideraciones desplegadas en su



informe; sin embargo resulta difícil, en recurso formulado por el acusado, prescindir de uno de los pasos en el proceso de individualización, ya realizados en la instancia, aunque sea meramente en su consideración de alternativas viables en la configuración de los marcos resultantes y se respete en todo caso el límite de la suma de las penalidades impuestas en el resultado final, para justificar la penalidad final del concurso.

De ahí, que debamos partir de las penas ya individualizadas para cada delito en la instancia, dos años de prisión y ocho meses de multa, por el delito de apropiación indebida agravada y un año de prisión y seis meses de multa, por el delito societario; de donde resulta un marco no extensible de dos años de prisión y un día y ocho meses de multa a tres años de prisión y multa de catorce meses multa; y dentro del mismo habrá de efectuarse la individualización conforme a los criterios de gravedad del hecho y personalidad del acusado; donde entiende la Sala, que efectivamente, contamos con elementos suficientes para completar la motivación. .

5. En la instancia se ponderó la ausencia de circunstancias modificativas, el importe de la cuantía apropiada para duplicar el umbral mínimo en la apropiación; y respecto del delito societario, la mínima, un año de prisión y multa de seis meses, que era la solicitada por la acusación particular, la única que acusaba por este delito.

De ahí, que en la gravedad del hecho, la cuantía de la apropiación ya ha sido ponderada, no así, que no sólo se perjudicó a la sociedad, sino que también, en el delito societario, se ocasionaba un perjuicio para varios socios, aunque fuera neutralizado, persistiendo en su mendacidad en ulteriores Juntas; de modo que aunque haya de incidirse en la ponderación de una penalidad más benigna del concurso medial frente al real, tampoco puede contentarse con una adición simbólica por el delito societario, que restaría sin incidencia alguna, pese a las circunstancias que hemos descrito; por lo que resulta ponderado, atender a su mitad, dos años y seis meses de prisión y siete meses de multa.

El motivo se estima.

**SÉPTIMO.**- De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de estimación del recurso, se impondrán de oficio.

## FALLO

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

Haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de **D. Marcelino** , contra la sentencia núm. 305/20 de 17 de noviembre, dictada en el Rollo de Apelación núm. 160/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sala de lo Civil y Penal, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 1 de junio de 2020 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, en el Rollo núm. 5404/2019; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su 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.

RECURSO CASACION núm.: 512/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 16 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley **número 512/2021**, interpuesto por **D. Marcelino** representado por el Procurador D. Rafael Illanes Sainz de Roza bajo la dirección letrada de D. Carlos Román Salamanca, contra la sentencia núm. 305/20 dictada en el Rollo de Apelación núm. 160/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sala de lo Civil y Penal, de fecha 17 de noviembre de 2020 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 1 de junio de 2020 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, en el Rollo núm. 5404/2019; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Interviene el **Ministerio Fiscal y** como parte recurrida, la mercantil **ALIMUNDO S.L.** representada por el Procurador D. Juan José Barrios Sánchez bajo la dirección letrada de D. Manuel Delgado Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan los hechos probados y los antecedentes de la sentencia recurrida, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones expuestas en el sexto fundamentación de nuestra sentencia casacional, la pena correspondiente al concurso medial ha de ser de dos años y seis meses de prisión y siete meses de multa.

### FALLO

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

1º) Consecuencia de haberse estimado entre los delitos objeto de condena: de apropiación indebida agravada del art. 253, en relación con el 250.1.5º, y delito societario del art. 290, concurso medial, en lugar de concurso real, en vez de penar por separado ambos delitos, imponer al acusado D. Marcelino por dicho concurso, las penas de dos años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y siete meses multa, con una cuota diaria de 12 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas diarias impagadas.

2º) Mantener la integridad del resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, como son la imposición de costas o la nulidad del negocio jurídico de suscripción por parte del investigado de las participaciones de "Iberyder.

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.