



Roj: **STS 2414/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2414**

Id Cendoj: **28079120012018100322**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **2364/2017**

Nº de Resolución: **321/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 2364/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 321/2018

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 29 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2364/2017, interpuesto por D. Armando representado por la procuradora Dª Virginia Sánchez de León Herencia bajo la dirección letrada de D Jaime Sanz de Bremond Mayáns contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava con sede en Jerez de la Frontera, de fecha 27 de julio de 2017 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y la mercantil Club de Inversiones del Guadaira SA representada por el Procurador D. Juan Pablo Morales Blázquez bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos García Zulueta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 5 de Jerez de la Frontera instruyó Procedimiento Abreviado 49/2015, por delito de apropiación indebida y delito societario contra Armando , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz cuya Sección Octava con Sede En Jerez de la Frontera dictó en el Rollo de Sala 19/2016 sentencia en fecha 27 de julio de 2017 con los siguientes hechos probados:

«Único.- Que el 23 de Octubre de 1989 cuando estaba en fase de constitución Club de Inversiones del Guadaira S.A. se había celebrado un contrato de compraventa entre esta Entidad representada por el acusado Armando , mayor de edad Y sin antecedentes penales y Hacienda La Estrella S.A. que era titular de unas fincas rústicas en el término municipal de Alcalá de Guadaira.



El precio que se pactó que debía abonar Club de Inversiones Guadaira S.A. como compradora era combinado pues junto con la suma de dinero que se estipuló se encontraba la cesión de 4.000 acciones del capital social que posteriormente ya en Diciembre de 1989 suscribiría Hacienda La Estrella S.A. En Diciembre de 1989 se constituyó en Jerez la Sociedad mercantil Club Inversiones del Guadaira S.A. cuyo Presidente era el acusado Armando . Este último era asimismo Administrador único de la Entidad Laguna Beach S.A. y en la Sociedad mercantil constituida figuraba asimismo como socia la Entidad Hacienda La Estrella S.A.

El capital social era de 200.000.000 de las antiguas pías y el acusado suscribió a título particular la acción n° 1 por un importe de 10.000 pías. Las acciones comprendidas entre la n° 2 y la n° 16.000 por un importe global de 59.990.000 ptas fueron suscritas por la Entidad Laguna Beach S.A. Finalmente Hacienda La Estrella S.A. suscribió las acciones n° 16.001 hasta la n° 20.000 por un importe global de 40.000.000 ptas.

Por vicisitudes internas que surgieron el 24 de Septiembre de 1991 se acordó la resolución del contrato de compraventa que se había efectuado y en consecuencia las 4.000 acciones de las que era titular Hacienda La Estrella S.A., fueron devueltas.

En fecha no determinada y sin acreditarse título para ello el acusado hizo suyas a título particular las 4.000 acciones comprendidas entre los n°s 16.001 y 20.000 que habían sido de titularidad de Hacienda La Estrella S.A. que fueron devueltas por dicha entidad

Que en fecha 10/11/1998 se celebró Junta general de accionista de la entidad Club de Inversiones Guadaira S.A. en la que actuaba como presidente el acusado y como secretaria su esposa, se recogió que estaban presentes la totalidad de los socios, es decir: Laguna Beach SA representada por su administrador único Sr Armando propietaria de 15999 acciones las numeradas de la 2 a la 16000, el Sr Armando como titular de 4000 acciones las n° 1 y las numero 16001 a 20000.

Que en dicha Junta Laguna Beach manifestó su voluntad de vender sus acciones, el Sr Armando también mostró conformidad en adquirir 2666 acciones; que estando autorizada Laguna Beeach para vender sus 13333 acciones del Club Guadaira SA, la venta tuvo lugar en fechas 12/11/1998 en que se transmitieron 2222 acciones respectivamente a D José y D Lucio , y 2223 acciones a D Pio , el día 28/12/1998 se trasmitieron 2492 acciones a D Segundo , 1862 acciones respectivamente a Juan Antonio y Doña Alicia y 2666 a Don Armando . En fecha 28/12/1998 se constituyó Junta universal del Club Inversions Del Guadaira en cuyo encabezamiento del acta se pone de manifiesto que D Armando es titular de 6667 acciones la n° 1 las 2666 de los números 13336 a 16000 que adquiere de Laguna Beach y 4000 acciones de los números 16001 a 20000. En dicha junta se nombró secretario del consejo de administración a D José .

El 25 de Enero de 2012, ya cesado como Presidente el acusado, vendió 6.667 acciones entre las que se encontraban las 4.000 acciones cuya titularidad no le correspondía a la Empresa venezolana Servicios Técnicos Rotatorios 1801 CA. Percibió proporcionalmente por dichas 4.000 acciones 359.984 €.

Posteriormente dicho contrato de compraventa fue resuelto y por tal motivo la Entidad venezolana no reclama indemnización alguna.

En 2009 y 2011 el acusado percibió respectivamente 245.586,12 € y 74.070,37 € por las 4.000 acciones en concepto de dividendos que reclama Club de Inversiones Guadaira S.A.

En Junta de 2 de Febrero de 2013 se acordó la interposición de querella criminal contra Armando ».

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

Que debemos absolver y absolvemos a D. Armando , como autor de un delito de apropiación indebida y de un delito societario por prescripción de los mismos. Sin imposición de las costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal conforme al artículo 248 n° 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , con la advertencia que contra la misma podrá interponerse por las causas legalmente previstas recurso de casación ante el Tribunal Supremo, para cuya preparación las partes tienen el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución. Llévase certificación de la presente a los autos principales y escarcharse el original».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Armando que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Recurso de casación al amparo del art. 852 de la LECR y del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración de los derechos fundamentales de mi patrocinado a la tutela judicial efectiva, sin poder sufrir indefensión, y a la presunción de inocencia (art. 24.1 y 2 CE). SEGUNDO.- Recurso de casación al amparo del art. 852 de la LECR y del art. 5.4

de la LOPJ por vulneración de los derechos fundamentales de mi patrocinado a la tutela judicial efectiva, sin poder sufrir indefensión, y a la presunción de inocencia (art. 24.1 y 2 CE).

QUINTO.- Instruidas las partes el Ministerio Fiscal apoyó parcialmente el primer motivo e impugnó el resto; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 21 de junio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. 1. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, son sede en Jerez de la Frontera, absolvió, en sentencia dictada el 27 de julio de 2017 , a Armando de la autoría de un delito de apropiación indebida y de un delito societario por prescripción de los mismos. Sin imposición de las costas.

2. Los hechos que resultan directamente afectados por el escrito de recurso se centran en que en la sentencia recurrida se declaró probado que el acusado Armando , en fecha no determinada y sin acreditarse título para ello, hizo suyas a título particular las 4.000 acciones comprendidas entre los números 16.001 y 20.000, que habían sido emitidas por el Club de Inversiones del Guadaira, S.A. (en adelante CIGUSA) en diciembre de 1989. Esas acciones habían sido entregadas en pago de unos terrenos por el Presidente y administrador de CIGUSA, el acusado Armando , a la entidad Hacienda La Estrella S.A.; pero cuando se resolvió el contrato de compraventa, el 24 de septiembre de 1991, por problemas con las calificaciones urbanísticas, fueron devueltas las acciones a la referida entidad compradora de los inmuebles, quedándose con ellas el acusado sin reintegrarlas al patrimonio de la entidad que presidía y administraba.

Y el 25 de enero de 2012, ya cesado como Presidente y administrador de la entidad Club de Inversiones del Guadaira S.A., el acusado vendió 6.667 acciones, entre las que se encontraban las 4.000 cuya titularidad no le correspondía, a la Empresa Venezolana Servicios Técnicos Rotatorios 1801 CA. Percibió proporcionalmente por dichas 4.000 acciones 359.984 €.

3. La sentencia, a pesar de ser absolutoria, fue recurrida en casación por la defensa del acusado, Armando , por no estar conforme con la narración de hechos probados que se acaban de referir, adhiriéndose al recurso el Ministerio Fiscal.

PRIMERO. 1 . En el **motivo primero** del recurso invoca la defensa, al amparo del art. 852 de la LECrim y del art. 5.4 de la LOPJ , la vulneración de los derechos fundamentales del recurrente a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, y a la presunción de inocencia (art. 24.1 y 2 CE).

El recurrente, Armando , alega en su recurso, con carácter previo, que si bien ha sido absuelto por la resolución impugnada, está no obstante legitimado para recurrirla por contener la sentencia pronunciamientos que le son perjudiciales. Considera que la sentencia vulnera sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin poder sufrir indefensión, y a la presunción de inocencia (art. 24.1 y 2 CE), al declararse probado, sin motivación alguna, el siguiente hecho que expresamente cuestiona el acusado:

«En fecha no determinada y sin acreditarse título para ello el acusado hizo suyas a título particular las 4.000 acciones comprendidas entre los números 16.001 y 20.000 que habían sido de titularidad de Hacienda la Estrella S.A., que fueron devueltas por dicha entidad».

Se queja además de que la sentencia no contiene pronunciamiento alguno sobre los hechos que describe el acusado y sobre los que declararon nada menos que siete testigos, hechos referentes a que el recurrente hizo en el año 1989 un préstamo de 61.500.000 pesetas a la sociedad "Club de Inversiones Guadaira, S.A." (en adelante CIGUSA), que por no haberse constituido todavía carecía de capital social; 61.500.000 pesetas que dicha sociedad en constitución abonó a su vez en concepto de señal y parte del precio a "Hacienda la Estrella, S.A.", en virtud de un contrato de compraventa de unos terrenos suscrito por ambas entidades. Y que una vez constituida CIGUSA en 1989, y devueltas en 1991 por "Hacienda la Estrella, S.A.", las 4.000 acciones de aquélla como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa de los terrenos, CIGUSA transmitió a su vez al acusado en 1991, como devolución y pago parcial del referido préstamo, las reiteradas 4.000 acciones devueltas, que han sido valoradas en 40.000.000 de pesetas.

El recurrente advierte desde el inicio su legitimación para interponer el recurso de casación a pesar de haber sido absuelto de los delitos de apropiación indebida y falsedad documental societaria, habida cuenta que el *factum* de la sentencia recurrida le genera un gravamen al declarar como ciertos algunos hechos probados que le perjudican, aunque acabe siendo absuelto de los tipos penales que le imputan debido a que la Audiencia los ha declarado prescritos en virtud de lo dispuesto en el art. 131 del C. Penal .

Y cita después jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional para fundamentar su condición de agraviado para interponer el recurso a pesar de haber obtenido un fallo absolutorio en la instancia.

Hace hincapié en que las diligencias de las que dimanaba la sentencia ahora recurrida fueron incoadas como consecuencia de la querella presentada contra el ahora recurrente por la representación de CIGUSA, previo acuerdo de sus actuales administradores que, como ellos mismos reconocieron en el juicio a preguntas del Ministerio Fiscal y de la defensa, lo son desde el año 1998, sin que hubieran cuestionado hasta el año 2012 que el acusado fuera el titular de las reiteradas 4.000 acciones. En dicha querella, al igual que en las conclusiones provisionales de las acusaciones pública y particular, elevadas a definitivas en el juicio, se imputó al impugnante, Armando, no ser el verdadero titular de las 4.000 acciones, numeradas entre la 16.001 y la 20.000 de CIGUSA, atribuyéndole haberse apropiado de las mismas sin título para ello y haber percibido por tanto indebidamente, en los ejercicios 2009 y 2011, los correspondientes dividendos, para acabar vendiéndoselas a una tercera entidad.

Refiere el recurrente que durante los 14 años -desde diciembre de 1998 hasta febrero de 2012- en los que CIGUSA estuvo en actividad interviniendo como socios los integrantes de las familias Alicia Segundo Juan Antonio y José Pío Lucio, y antes de que el acusado abandonara la sociedad y manifestara su intención de vender las 4.000 acciones conflictivas, nadie cuestionó que el acusado fuera el propietario de las mismas; y tampoco se formularon objeciones a los dos repartos de dividendos que se llevaron a cabo ni se planteó que existiera acción alguna en "autocartera", pues se aprobaron todos los años las cuentas y las memorias sin mención a la existencia de autocartera alguna.

En contra de todos estos antecedentes que se acaban de citar, la Sala de instancia acuerda absolver al acusado "como autor de un delito de apropiación indebida y de un delito societario por prescripción de los mismos", pero declara probados dos párrafos que el recurrente considera vulneradores de la presunción de inocencia por carecer de prueba fundada que los sostenga. Son los siguientes:

« En fecha no determinada y sin acreditarse título para ello el acusado hizo suyas a título particular las 4.000 acciones comprendidas entre los n°s 16.001 y 20.000 que habían sido de titularidad de Hacienda La Estrella S.A. que fueron devueltas por dicha entidad ».

Y más adelante se añade en el factum: *«El 25 de Enero de 2012, ya cesado como Presidente el acusado, vendió 6.667 acciones entre las que se encontraban las 4.000 acciones, cuya titularidad no le correspondía, a la Empresa venezolana Servicios Técnicos Rotatorios 1801 CA. Percibió proporcionalmente por dichas 4.000 acciones 359.984 €. Posteriormente dicho contrato de compraventa fue resuelto y por tal motivo la Entidad venezolana no reclama indemnización alguna ».*

Por lo tanto, la sentencia recurrida declara probados unos hechos -haberse apropiado indebidamente de 4.000 acciones, comprendidas entre los n°s 16.001 y 20.000, de CIGUSA, para venderlas bastantes años después- que son expresamente negados por el acusado y que, de no concurrir la prescripción apreciada, serían delictivos, resultando así agraviado al atribuirle el Tribunal unos hechos probados que no realizó, circunstancia que es la que le lleva a cuestionar una sentencia absolutoria.

2. Planteado en esos términos el escrito de recurso, no puede ser discutida la **legitimación del acusado** absuelto para impugnar los hechos declarados probados en una sentencia en la que se le absuelve no porque los hechos no se hayan probado, sino porque ha quedado prescrito el delito en que podían subsumirse.

A este respecto, son varias las sentencias de esta Sala que en casos similares en que se describen como probados unos hechos que incriminan al acusado y que resultan subsumibles en un tipo penal, se dicta un fallo absolutorio debido a que se declara la prescripción del delito. Pese a lo cual, se acaba considerando que el mero de hecho de considerar fácticamente autor del delito al acusado contiene base suficiente para integrar un gravamen legitimador de la interposición del recurso de casación con el fin de impugnar la premisa fáctica en la que se describe la autoría del acusado con respecto a los hechos que se le imputaban. Y así, pueden citarse entre otras sentencias de esta Sala: la 938/1998, de 8-7 ; 1417/1998, de 16-12 ; 1497/2001, de 18-7 ; y 48/2011, de 2-2 . Además, de la STC 79/1987, de 27-5 .

3. En lo que concierne al **derecho a la tutela judicial efectiva** desde la vertiente de la motivación de las resoluciones judiciales, que considera vulnerado el recurrente, la STC 160/2009, de 29 de junio, recogiendo lo dicho por STC 94/2007 de 7 de mayo y la STC 314/2005 de 12 de diciembre, expone los rasgos fundamentales de la doctrina consolidada en relación con la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, subrayando que «el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, y de controlar la aplicación del derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en

definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción».

Y en lo que atañe a la conexión o vinculación entre los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, debido al modo en que operan en la práctica jurisdiccional, conviene recordar la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional **22/2013**, de **31 de enero**, y las que en ellas se citan.

En el fundamento de la referida sentencia STC 22/2013, al tratar la conexión existente entre los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, argumenta el Tribunal Constitucional que «Los citados déficits de motivación sobre la valoración de la prueba y consiguiente fijación de los hechos habrán de traer consecuencias para el derecho a la presunción de inocencia, cuya vulneración denuncia el recurrente en su segundo motivo de amparo y que pasamos a analizar a continuación. Alega el actor, en primer lugar, que la condena está sostenida sobre una valoración probatoria practicada sin intermediación y contradicción, por lo que no puede ser apta para enervar la presunción de inocencia; en segundo lugar, añade que la conclusión de que el accidente producido era previsible para el recurrente y que, pese a ello dio orden de desmontaje de los andamios sin preocuparse mínimamente de las condiciones de seguridad carece de todo soporte probatorio».

«Desde la STC 31/1981, de 28 de julio, hemos venido reiterando que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2, "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (también, entre muchas, SSTC 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6)».

«En lo que es relevante para el presente enjuiciamiento, hemos de poner de manifiesto "la íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia" (STC 145/2005, de 6 de junio FJ 6; 12/2011, de 28 de febrero, FJ 6). Por tal razón, y como recuerda la STC 12/2011, de 28 de febrero, "este Tribunal ha reiterado que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio" (STC 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5). Desde esta perspectiva, resulta necesario comprobar si las resoluciones impugnadas no sólo satisfacen el grado mínimo de motivación exigido en general para la tutela judicial, sino también el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia, que conforme a nuestra doctrina es superior al primero -dado que está precisamente en juego aquel derecho y, en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando, como es ahora el caso, la condena lo sea a penas de prisión (STC 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 169/2004, de 6 de octubre, FJ 6; 143/2005, de 6 de junio, FJ 4). El canon de análisis no se conforma ya con la mera cognoscibilidad de la ratio dicendi de la decisión judicial, sino que exige una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica (SSTC 5/2000, de 17 de enero, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 209/2002, de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 143/2005, de 6 de junio, FJ 4); y 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5)."».

Y prosigue afirmando la referida sentencia del TC 22/2013 que «junto al diferente estándar de exigencia, consecuencia adicional de esta perspectiva constitucional sobre la ausencia de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio, está la de que, a diferencia del derecho a la tutela judicial efectiva, la plena reparación del derecho a la presunción de inocencia pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la Sentencia condenatoria. Como expresa la STC 245/2007, de 10 de diciembre, "la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 C.E. y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de presunción de inocencia, sólo reparable con su anulación definitiva» (FJ 5).

En términos similares se pronuncia la STC 12/2011, de 28 de febrero, y las que en ella se citan.



4. Pues bien, en el **presente caso** tiene razón la parte recurrente cuando alega que la sentencia impugnada declara probados los hechos que describe referentes a la apropiación punible de las acciones sin razonamiento o motivación alguna que apoye la tesis incriminatoria, prescindiendo de la prueba practicada en el juicio, de la que no efectúa valoración alguna.

Pues, en lo que se refiere al debatido hecho de si el acusado era el titular lícito o si se apropió indebidamente de las 4.000 acciones de CIGUSA, las de los números 16.001 al 20.000, inclusive, la sentencia recurrida se limita a reproducir esencialmente los hechos contenidos en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, negados por el acusado y por siete testigos, sin explicar los motivos por los que el Tribunal ha decidido, en base a la prueba practicada, declarar probado que el recurrente hizo suyas las 4.000 acciones comprendidas entre los números 16.001 y 20.000 que habían sido de titularidad de Hacienda la Estrella, S.A., sin que acreditara título para ello.

La parte recurrente objeta con razón que ninguna mención efectúa la sentencia a la prueba documental obrante en las actuaciones, ni a la prueba testifical practicada en las dos sesiones del juicio, celebrado los días 19 y 20 de julio de 2017. En la vista oral, después de declarar el acusado depusieron como testigos propuestos por el Ministerio Fiscal, la acusación particular y/o la defensa: José (12:23:35 horas a 13:23:44 horas del video 3-4 de la grabación del día 19 de julio); Segundo (13:25:45 horas a 14:09:29 horas del video 4-5 de la grabación del mismo día); Juan Antonio (14:25:55 a 14:39:45 horas del video 6 del mismo día); Lucio (14:39:45 a 14:57:26 horas del video 6 del mismo día); Artemio (14:57:33 a 15:35:50 horas del video 6-7 del mismo día); Lucía (15:35:50 a 15:53:36 horas del video 7 del mismo día); Paloma (15:54:05 a 16:11:24 horas del video 7 del mismo día); Sonia (10:20:10 a 10:37:31 horas del video 8 de la grabación del día 20 de julio); Bibiana (10:38:22 a 10:43:57 horas del video 8 del día 20); Geronimo (10:44:53 a 10:55:58 horas del video 8 del día 20); y Jenaro (10:56:35 a 11:00:01 horas del video 8 del día 20).

5. Le asiste la razón a la parte recurrente en el sentido de que, una vez que se consideró por el Tribunal de instancia que los dos delitos que se le imputaban al acusado se hallaban prescritos, nada se argumentó sobre las razones por las que declaraba como hechos probados que el acusado se había apropiado sin ser suyas de las reiteradas 40.000 acciones de CIGUSA, dando pues como cierta esa apropiación con una carencia casi absoluta de argumentación probatoria. De modo que se vino a considerar que, resultando prescritos los delitos que habrían de colegirse de la hipotética certeza de las versiones acusatorias, era indiferente o inane declarar como probadas las premisas fácticas de que partían.

Nos hallamos así ante un supuesto en que, como se razona en las sentencias del Tribunal Constitucional anteriormente reseñadas (SSTC 22/2013, de 31-1, y 12/2011, de 28-2, entre otras) no sólo se ha vulnerado el derecho fundamental del acusado a la tutela judicial efectiva por la carencia de motivación sobre la prueba de cargo y de descargo que pudiera sustentar el *factum*, sino que, al presentar esa carencia argumental unas connotaciones de práctica inexistencia, debe considerarse que los hechos declarados probados se elaboraron vulnerando también el derecho fundamental a la presunción de inocencia con respecto cuando menos a los actos apropiatorios (art. 24.2 Constitución).

Ello conlleva que se estime el primer motivo del recurso y que se dejen sin efecto los apartados de la premisa fáctica de la sentencia recurrida en los que se afirma que el acusado se apropió de las referidas 4.000 acciones careciendo de título para ello.

Se estima así el primer motivo del recurso, estimación que como vamos a constatar a continuación arrastra consigo también la estimación del segundo.

SEGUNDO. Tal como admite la propia parte recurrente, el **segundo motivo del recurso**, formulado también al amparo del art. 852 de la LECrim y del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración de los derechos fundamentales del acusado a la tutela judicial efectiva, sin poder sufrir indefensión, y a la presunción de inocencia (art. 24.1 y 2 CE), tiene el mismo contenido que el primero y en realidad ya ha sido examinado conjuntamente con éste en el fundamento anterior.

En efecto, este segundo motivo se ha centrado en cuestionar como hecho declarado probado el último párrafo de la página cuatro de la sentencia, que, tras incluir las comas que erróneamente se omiten, dice así:

«El 25 de Enero de 2012, ya cesado como Presidente el acusado, vendió 6.667 acciones entre las que se encontraban las 4.000 acciones, cuya titularidad no le correspondía, a la Empresa venezolana Servicios Técnicos Rotatorios 1801 CA. Percibió proporcionalmente por dichas 4.000 acciones 359.984 €. Posteriormente dicho contrato de compraventa fue resuelto y por tal motivo la Entidad venezolana no reclama indemnización alguna ».

Pues bien, como este párrafo ya ha sido examinado en el fundamento anterior en relación con las vulneraciones denunciadas del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del acusado, damos ahora por reproducido lo que allí se argumentó y decidió, evitando así incurrir en reiteraciones innecesarias que nada aportarían al contenido de esta sentencia de casación.

Por consiguiente, y en virtud de todo lo que se ha venido exponiendo, procede estimar el recurso de casación en los términos en que se han referido relativos a la rectificación de la narración de hechos probados, modificándose la resolución recurrida en los términos que se expondrán en la segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1º) ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de norma constitucional interpuesto por la representación de Armando contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava (con sede en Jerez de la Frontera), de 27 de julio de 2017 , que absolvió al recurrente de la autoría de un delito de apropiación indebida y de otro societario, sentencia que queda así parcialmente anulada.

2º) Declarar de oficio las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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.: 2364/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 29 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso nº 2364/2017 contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava con Sede en Jerez de la Frontera, en el Rollo de Sala 19/2016 dimanante del Procedimiento Abreviado 49/2015 del Juzgado de instrucción num. 5 de Jerez de la Frontera, seguida por delitos de apropiación indebida y societario contra Armando , con DNI NUM000 , hijo de Victoriano y Montserrat , nacido en Madrid el NUM001 de 1945; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, excepto en los puntos que se concretaron en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- A tenor de lo argumentado en la sentencia de casación, procede modificar el "factum" de la sentencia recurrida en los términos que se expondrán en el fallo de esta resolución.



FALLO

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

1º) Modificar la narración de hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava (con sede en Jerez de la Frontera), el 27 de julio de 2017, en el sentido de que se excluyen como probados los apartados de la premisa fáctica de la sentencia recurrida en los que se afirma específicamente que el acusado se apropió de 4.000 acciones de Club Inversiones del Guadaira, S.A. (las correspondientes a los números 16.001 al 20.000), careciendo de titularidad alguna para ello.

2º) Mantener el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

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.

Andres Martinez Arrieta Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Vicente Magro Servet