



Roj: **STS 2138/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2138**

Id Cendoj: **28079120012023100370**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2023**

Nº de Recurso: **4025/2021**

Nº de Resolución: **375/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 375/2023**

Fecha de sentencia: 18/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4025/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial Madrid. Sección Séptima

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

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4025/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 375/2023**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

D.<sup>a</sup> Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 18 de mayo de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 4025/2021, interpuesto por **D<sup>a</sup> Consuelo** representada por la procuradora D<sup>a</sup>. Elvira Encinas Lorente, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Minerva Díaz Perales **y la mercantil Beraga Solar, S.L.** representada por el procurador D. Antonio Ortega Fuentes, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Sáenz de Pipaon del Rosal, contra la sentencia n.º 210/2021 dictada el 12 de mayo de 2021 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 53 de Madrid instruyó Diligencias Previas número 3478/2013, por delito continuado de estafa y por el de falsedad en documento mercantil, contra Benigno y contra Bienvenido , Consuelo , Flora y la entidad BBVA como responsables civiles; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección séptima (Rollo P.A. núm. 799/2018) dictó Sentencia número 210/2021 en fecha 12 de mayo de 2021 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO-. *De conformidad con el acusado.*

D. Benigno , mayor de edad nacido el NUM000 /75 de nacionalidad española con DNI NUM001 y sin antecedentes penales a la fecha de los hechos del presente procedimiento prestaba sus servicios profesionales como agente Financiero para Banco de Madrid a través de su empresa Capital Markers y mantenía vínculos personales y familiares con los hermanos Demetrio y Eduardo .

A raíz de estos vínculos personales, el acusado consiguió que los hermanos Demetrio Eduardo le entregaran determinadas cantidades de dinero, abrieran diversas cuentas corrientes en la entidad Banco de Madrid para invertir en diversos productos o sectores de actividad debido a la relación personal y de confianza existente entre los mismos

A) Así el acusado recibió en diciembre de 2007 en Madrid el cheque de la entidad BBVA con nº de serie NUM002 emitido por la entidad Desarrollos Solares Calcal SL, para abonar a BERAGA SOLAR, S.L., y fechado el día 3 de diciembre de 2007 por importe de 186.711,53 (cargado contra la cuenta NUM003 ) con el mandato de entregarlo a Eduardo administrador de BERAGA SOLAR, S.L.,. El acusado obrando con ánimo de ilícito beneficio se endosó a si el referido cheque imitando la firma de Eduardo consiguiendo apoderarse de los 186.714,53 euros del referido perjuicio de la entidad BERAGA SOLAR, S.L.

B) Igualmente el acusado entre los días 29 de diciembre de 2006 y 2 de junio de 2009, obrando con ánimo de ilícito beneficio realizó diversas transferencias desde las cuentas de Demetrio y de las sociedades mercantiles FERAGA, S.L., PROGAR, S.L. y BERAGA SOLAR, S.L., a favor de personas relacionadas con él por vínculos familiares o a empresas de las que era administrador, engañando a los perjudicados que pensaban que estaban firmando ordenes de traspasos para invertir en bonos o acciones de diversas compañías, cuando en realidad el dinero no se utilizaba para dicha inversión sino que iba a parar como hemos señalado a cuentas bien del acusado o bien de familiares.

En particular realizó las siguientes operaciones desde las cuentas de Demetrio

En fechas 29/12/06, 26/04/07 y 2/11/07 realizó tres transferencias por importes respectivos de 10.000 euros, 10.000 euros y 5.000 euros a favor de la empresa Verjuris, S.L. de la que es administrador el acusado cuando este le comunicó a Demetrio que las salidas de los fondos iba destinada a compra de acciones del BBVA y de Telefónica y suscripción fondo India respectivamente. Desde las cuentas de FERAGA, S.L., realizó una transferencia por importe de 25.000 euros en favor de Bienvenido familiar de la entonces esposa del acusado Consuelo y una transferencia a su empresa Verjuris SL, por importe de 45.000 euros en fecha 21/11/06 que no se corresponden con servicios realmente prestados, comunicando el acusado a Eduardo que dichas transferencias eran para comprar bonos de Telefónica y de France Telecom

Desde la cuenta de Progar S.L, en fecha 31/10/16 realizó unas transferencias por importe de 50.000 euros a favor de Bienvenido así como dos transferencias más en fecha 12/6/07 y 29/8/07 por importe de 40.000 y 30.000 euros respectivamente en favor de su empresa Verjuris SL, que no se corresponden con servicios realmente prestados

Por último desde las cuentas de BERAGA SOLAR, S.L., en fechas 11 de julio de 2007 y 5 de noviembre de 2007 el acusado realizó dos transferencias por importe de 20.000, 5.000 euros a favor de la entonces su esposa Consuelo que no se corresponden con servicios realmente prestados



Banco de Madrid procedió a reintegrar a Demetrio , Progar SL., Feraga SL, y Beraga Solar SL, las transferencias fraudulentamente realizadas por el acusado desde sus cuentas y por importe de 200.000 euros, reclamando Banco de Madrid por dicha cantidad.

Por su parte Beraga Solar S.L. reclama 186.714,53 E por los perjuicios ocasionados por el acusado en relación con el cheque del BBVA con número de serie NUM002 .

El procedimiento ha estado paralizado desde octubre de 2018 a noviembre de 2020.

**SEGUNDO.-** De acuerdo con la prueba practicada.

El acusado D. Amador había recibido de D. Arsenio una cantidad de dinero no especificada para que la gestionara y realizara ciertas inversiones. En fecha no acreditada, el Sr. Arsenio reclamó del Sr. Amador el reembolso de parte dichas cantidades, que no consta haya sido realizado.

No resulta acreditado que el acusado hubiere dispuesto de las sumas ingresadas en la cuenta corriente de Da. Consuelo .

No resulta probado que el acusado hubiera realizado una transferencia el 2 de junio de 2009 de la cuenta de BERAGA SOLAR, S.L. a favor de D<sup>a</sup>. Flora , por importe de 20.958 euros."

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

"1. Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** al acusado D. Benigno en concepto de autor de un delito de **ESTAFA CONTINUADO** y de **FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL**, precedentemente definidos, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas, por el primer delito, de **UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN** y **CUATRO MESES Y DIECISEIS DÍAS DE MULTA** con cuota diaria de **TRES EUROS** con responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal y, por el segundo, de **TRES MESES DE PRISIÓN** y **TRES MESES MULTA** con la misma cuota y efectos, con las accesorias legales de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de la mitad las costas procesales, incluidas las generadas por la acusación particular.

2. Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** al acusado D. Benigno a indemnizar a la entidad **BERAGA SOLAR, S.L.** con la cantidad de 186.714,53 euros, más el interés legal del dinero, a determinar en fase de ejecución de sentencia y a **BANCO DE MADRID** con la cantidad de 200.000 euros, cantidad esta última a cuyo pago **CONDENAMOS** subsidiariamente, **VERJURIS, S.L.**, así como a D. Arsenio , hasta el límite de 75.000 euros, y a Da. Consuelo , hasta el límite de 25.000 euros.

Estas cantidades devengarán en todo caso el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Que debemos **ABSOLVER** y **ABSOLVEMOS** al acusado D. Benigno de los delitos de apropiación indebida y alzamiento de bienes, por los que venía siendo acusado, declarando de oficio el pago de la mitad de las costas procesales.

4. Que debemos **ABSOLVER** y **ABSOLVEMOS** a D<sup>a</sup>. Flora y a BBVA de la pretensión civil formulada.

Practíquense anotación de la presente resolución en el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia en los términos establecidos en el RD 95/2009 de 6 de febrero.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que contra la misma, en relación con la pretensión penal no podrán formular recurso y respecto de la pretensión civil, podrán interponer recurso de casación, del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá prepararse, en forma legal, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la misma."

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por las representaciones procesales de D<sup>a</sup>. Consuelo , y Beraga Solar, S.L. que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

#### **Recurso de Consuelo**

Motivo primero.- Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto constitucional, en concreto, se considera vulnerados los derechos fundamentales contenidos en los artículos 17, 24 y 25 de la Constitución Española (Derecho a la tutela judicial efectiva, Derecho a la defensa, Derecho a la presunción de inocencia y a la utilización de los medios de prueba que sean pertinentes).



Motivo segundo.- Al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, al haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en Autos y que demuestran la equivocación del Tribunal de instancia sin resultar contradichos por otras pruebas.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 849.1º LECrim, por pura infracción de ley, por indebida aplicación del art. 122 CP.

### **Recurso de Beraga Solar, S.L.**

Motivo primero.- Por infracción de ley: A tenor de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que se ha infringido por aplicación indebida el artículo 120.3 de nuestro Código penal.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional: A tenor de lo dispuesto en los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con prohibición de indefensión del artículo 24.1 de la Constitución española en relación con el 9.3 de la citada disposición en materia de legalidad procesal, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

**QUINTO.-** Conferido traslado para instrucción el Ministerio Fiscal apoya la admisión de los motivos que fundan el recurso de Consuelo, y solicita la desestimación de los alegados por Beraga Solar, S.L. La Sala admitió los recursos a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 16 de mayo de 2023.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE BERAGA SOLAR S.L**

#### **PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM, POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 120.3º CP AL EXCLUIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL BBVA**

1. El motivo denuncia incumplimiento del banco librado de los deberes objetivos de cuidado que le obligaban, al menos, a desplegar la actividad exigible de comprobación de la regularidad del efecto presentado al cobro. La responsabilidad de la entidad bancaria no reside, se insiste en el motivo, en que el cheque finalmente se abonara al tenedor fraudulento que lo presentó al cobro, sino en el hecho de que por parte de la entidad bancaria no se activaran las mínimas precauciones tendentes a verificar la regularidad del efecto a las que estaba obligado ex artículo 120.3 CP. Ni llamó al emisor que era cliente del banco ni preguntó al portador ilegítimo respecto del importe o los motivos del endoso, tampoco por el origen o justificación de la operación.

Para el apelante, dicha omisión de los más elementales deberes de prevención puede explicarse, precisamente, por la condición de cliente del banco del portador ilegítimo y la intención de beneficiarle para que el dinero no saliera de la entidad bancaria.

El artículo 125 LCCH atribuye legitimación al tenedor del cheque cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso esté en blanco, y lo cierto es que, en el caso, el tenedor, condenado en la instancia como autor de la conducta falsaria, nunca justificó su derecho porque la entidad bancaria no le requirió al efecto. Lo que supone incumplir el deber de comprobación que impone el artículo 141 LCCH. Insiste la recurrente que la sentencia neutraliza de forma injustificada y artificiosa la doctrina de esta Sala que prestaría apoyo a la estimación del motivo, acudiendo a pronunciamientos de la jurisdicción civil y a una resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona que relativizan la obligación de la entidad crediticia de verificar la regularidad en la serie de endosos.

2. El motivo no puede prosperar. No identificamos, coincidiendo con el tribunal de instancia, infracción de los deberes de cuidado por parte de la entidad bancaria librada que justifique la imputación civil del daño causado a la recurrente.

Es cierto, no obstante, que la presentación al cobro de un cheque activa deberes específicos de comprobación de los requisitos intrínsecos y extrínsecos del talón, entre los que se encuentran la verificación de que el título está correctamente firmado por el librador. Su incumplimiento constituye, sin duda alguna, una fuente de responsabilidad civil, a salvo que se constata, de contrario, la negligencia del propio librador en la custodia del cheque que se presente al cobro, tal como se previene en el artículo 156 LCCH. Si bien, como ha venido a establecer la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, no cualquier negligencia del librador exonera el banco librado de responsabilidad. No, desde luego, cuando, pese a la negligencia en la custodia del efecto, se incumplen groseramente las más elementales obligaciones de control.



Sobre esta cuestión debe recordarse que la diligencia exigible al Banco no es la de un *ciudadano medio* o del *buen padre/madre de familia*, sino la que corresponde al comerciante experto que ejerce funciones de depósito y comisión por las que percibe rendimientos económicos. Por tanto, si se beneficia económicamente debe soportar los riesgos derivados de la actividad mercantil onerosa.

Como se precisa en la SSTS, Sala 1ª, 185/2014, para determinar la responsabilidad del banco en supuestos de negligencia en la custodia del cheque por el titular de la cuenta debe exigirse "una adecuada ponderación de las obligaciones de una y otra parte" a la luz de las circunstancias del caso.

Los deberes de verificación forman parte, en consecuencia, del genuino contenido prestacional del contrato de cuenta corriente mediante el que el banco, además de asumir la gestión diligente de los fondos depositados, debe garantizar, también, su custodia, neutralizando aquellos riesgos a los que normativa y situacionalmente está obligado a responder.

3. Ahora bien, el caso plantea significativas diferencias que lo alejan del escenario de responsabilidad "ex contractu" que se regula en el artículo 156 LCCH. Y ello porque, en puridad, no se incumplió la obligación de comprobar la firma del librador -la mercantil *Desarrollos Solares Calcal S. L.*- la cual, además, no fue alterada.

La presentación al cobro se realizó por un tenedor que invocó su condición de endosatario del efecto de conformidad al contenido de las cláusulas de endoso que figuraban en el mismo y que le prestaban, *prima facie*, plena legitimidad para su realización y cobro.

El artículo 141 LCCH previene, en efecto, un específico, y limitado, deber de verificación que se extiende, solo, a la comprobación de la regularidad en la serie de endosos, pero excluyendo expresamente el deber de comprobar la veracidad de las firmas obrantes en los mismos. Entre otras razones, porque en la mayoría de los supuestos el banco carecerá de toda posibilidad de constatar firmas indubitadas de los endosantes, ajenos a la relación contractual cuentacorrentista.

El deber de comprobar la regularidad tiene un alcance esencialmente formal de la validez documental de las declaraciones traslativas sin que pueda convertirse, como sostiene la recurrente, en una suerte de comprobación por parte del banco librado del sustrato material del propio endoso.

Dicho control causal-material por parte del Banco librado iría en contra de la naturaleza abstracta y la función económica que cumplen este tipo de títulos. En este sentido, debe recordarse que el endoso es un negocio jurídico que permite que el nuevo titular-tenedor adquiera los derechos incorporados al título valor de manera autónoma. Mediante el endoso, el concreto acreedor cambiario y tenedor del título transmite su derecho a otra persona, ordenando que se le pague a ella o a su orden la cantidad precisada y cuyo único requisito esencial de validez es que conste en el título la firma del endosante -vid. artículo 16 Ley Cambiaria y del Cheque-. Con su firma, este manifiesta, ni más ni menos, su consentimiento para la transmisión del título y, con él, del propio crédito que corporeiza.

4. Pues bien, en el caso, la acción falsaria recayó sobre la firma del endosante, la mercantil recurrente, que no era cliente del Banco librado por lo que, además de que la ley no exigiera comprobar la veracidad de la firma del endosante, no disponía, tampoco, de posibilidades situacionales para ello. Sin que haya quedado mínimamente acreditado que la entidad bancaria conociera que el legal representante de la mercantil, cuya firma se falsificó, era el Sr. Eduardo que sí era, como persona física, cliente de la entidad.

5. En puridad, como bien se afirma en la sentencia recurrida, el régimen de responsabilidad de la entidad librada que se previene en el artículo 156 LCCH se enmarca en la relación contractual pactada con el librador. Pero cuando se produce una cadena de endosos y el efecto llega a terceras personas los deberes de verificación del banco se reducen, limitándose a la comprobación de la regularidad formal de la cadena -que no consten menciones que impidan el propio endoso, como las relativas a libramientos "no a la orden" o con otra expresión equivalente; que la orden pueda ser considerada total, pura y simple; y, desde luego, que incorpore las firmas de los endosantes-.

En este contexto, la tenedora Beraga Solar S.L, que no era cliente del banco, ni, desde luego, libradora del efecto, carece de legitimación para exigir responsabilidad civil a la entidad crediticia porque no comprobaba la veracidad de la firma del endosante. Ni estaba obligada legalmente a hacerlo ni, tan siquiera, podía situacionalmente comprobarlo.

**SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 5.4 LOPJ , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 24 CE EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 9.3 CE QUE GARANTIZAN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA CON PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN Y CON RESPETO A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD PROCESAL E INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD**



6. Pese a la hipertrófica fórmula empleada, el motivo no identifica gravámenes distintos a los que fundan el motivo anterior. La recurrente vuelve a quejarse de la interpretación normativa que realiza la Audiencia Provincial del alcance del artículo 120.3 CP con relación a las previsiones contenidas en la Ley Cambiaria y del Cheque. Reprocha a la sentencia recurrida que excluya una de las líneas jurisprudenciales que, según se afirma, avalan la pretensión resarcitoria y que, además, no explique con detalle *cómo, cuándo, quién, dónde etc*, desplegó la máxima diligencia que le era exigible a la entidad BBVA antes de proceder al pago del cheque falsamente endosado.

7. El motivo no puede prosperar. Como anticipábamos, carece de consistencia autónoma pues no deja de ser una simple reformulación del primero de los motivos. Rechazo que, en lógica consecuencia, se basa en las mismas razones antes precisadas a las que nos remitimos expresamente.

RECURSO INTERPUESTO POR LA SRA. Consuelo

**PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DE LOS DERECHOS A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y A NO SUFRIR INDEFENSIÓN**

8. La recurrente cuestiona su condena como responsable a título lucrativo. La decisión, a su parecer, se funda en dos graves errores fácticos. Uno, que era la única titular de la cuenta del Banco de Madrid nº NUM004 en la que se realizaron los días 11 de julio y el 5 de noviembre de 2007 dos ingresos por un importe total de 25.000 euros desde la cuenta del Sr. Demetrio , pero a instancia y con finalidad fraudulenta del otro acusado, Sr. Benigno . Otro, que se aprovechó de dichas cantidades al no constar, según se afirma en la resolución recurrida, justificación documental alguna de que el Sr. Benigno , su marido en dichas fechas, dispusiera de las diferentes cantidades fraudulentamente transferidas.

Se insiste en que tales errores son consecuentes a un método de valoración probatoria incompleto pues se ha prescindido, sencilla y llanamente, de tomar en cuenta la prueba aportada por la defensa de la recurrente, no cuestionada, además, por ninguna de las partes. Prueba documental aportada al inicio del juicio oral -y que sirve de apoyo, también, al segundo de los motivos por la vía del artículo 849.2º LECrim- mediante la que se acredita, sin margen a duda alguna, que el Sr. Benigno era también cotitular de la cuenta corriente NUM004 del Banco de Madrid y que de manera sincrónica a los ingresos ordenó una transferencia en fecha 11 de julio de 2007 a la cuenta de la mercantil Verjuris S.L de la que era administrador y socio único por importe de 10.000 euros, el libramiento de un cheque nominativo a su nombre en fecha 24 de septiembre de 2007 por importe de 30.000 euros y otra transferencia a la cuenta de la mercantil Verjuris S.L por importe de 10.000 euros en fecha 7 de diciembre de 2007.

9. El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe prosperar con el alcance que se precisará.

En efecto, sin perjuicio de que la presunción de inocencia, como regla epistémica de juicio, no pueda prestar fundamento constitucional al gravamen denunciado pues solo puede activarse frente a la condena que declara la responsabilidad penal de la persona acusada, quien ha resultado condenado civilmente es titular, en todo caso, del también derecho fundamental a una respuesta judicial en la que se identifique de manera razonable el fundamento tanto probatorio como normativo de la decisión que se adopte.

Derecho a una respuesta fundada que, si bien no garantiza una determinada extensión, ni tan siquiera una especial exhaustividad en las razones que fundan lo decidido, sí comporta que las razones ofrecidas por el órgano jurisdiccional sean completas, claras, precisas, adecuadas y, sobre todo, consecuentes o congruentes con el objeto procesal deducido en juicio. El deber de motivación no se mide por parámetros de excelencia en la respuesta sino de suficiencia explicativa de las razones ofrecidas que permita, entre otros objetivos, que la parte que se ve afectada por lo decidido pueda combatirlo mediante el oportuno ejercicio de los recursos -vid. SSTC 59/2011, 179/2011-.

Y para ello, cuando se trate de la justificación fáctica, el análisis completo del cuadro de prueba resulta relevante. La valoración fraccionada del cuadro probatorio puede debilitar, sensiblemente, el grado, primero, de racionalidad de esta y, segundo, de conclusividad de las premisas probatorias que se utilizan para la formulación del hecho probado -vid. SSTC 96/2021 de 4 de febrero; 165/2021 de 24 de febrero-.

El deber de completitud obliga a la utilización de estándares de justificación probatoria exigentes respecto a todos los datos que acceden al cuadro probatorio. Deben precisarse, por un lado, los criterios de atendibilidad y fiabilidad de los datos tomados en cuenta para fundar la decisión y, por otro, explicitar las razones por las que se descartan los otros datos aportados.

Y, ciertamente, el incumplimiento de ese deber de motivación puede comprometer la propia consistencia fáctico-probatoria de la decisión en aquellos casos en los que no se precisen las premisas externas e internas



sobre las que se funda la declaración de hechos probados debido a una manifiesta ausencia de completitud en el análisis de la prueba.

**10.** Lo que acontece con toda claridad en el caso que nos ocupa. La sentencia recurrida pretere de manera absoluta la información probatoria aportada por la defensa de la hoy recurrente que atañe tanto a la titularidad de la cuenta bancaria en la que se ingresaron las transferencias provenientes de la cuenta del Sr. Eduardo como las disposiciones realizadas por el otro acusado Sr. Benigno .

**11.** La documental -no cuestionada por las acusaciones y averada por el otro acusado- que no fue valorada por el tribunal de instancia, debilita sustancialmente los dos presupuestos fácticos en los que se funda la condena como responsable civil a título lucrativo de la recurrente. Y ello porque acredita, por un lado, que el coacusado Sr. Benigno era cotitular de la cuenta en la que se ingresaron las cantidades provenientes de la cuenta de la que era titular el Sr. Eduardo y, por otro, que el coacusado ordenó disposiciones y transferencias a otras cuentas de su exclusiva titularidad.

Dicho efecto, al menos, debilitador de las bases fácticas de la condena, y en coincidencia con lo que sostiene el Ministerio Fiscal en su informe adhiriéndose al motivo, disculpa de la necesidad de anular la sentencia y ordenar el reenvío para que se repare el déficit de completitud.

La inconsistencia fáctica revelada de la sentencia, al proyectarse en el juicio normativo que sustenta la consideración de la recurrente como responsable civil a título lucrativo, permite la reparación del gravamen -la condena- por la vía de la infracción de ley que sustenta el tercero de los motivos formulados.

### **SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.2º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: ERROR EN LA VALORACIÓN PROBATORIA DE DISTINTOS DOCUMENTOS**

**12.** El motivo insiste en que la sentencia no valoró los documentos que, aportados en un momento procesal oportuno, contradicen los hechos que declarados probados sustentan la condena de la recurrente como responsable civil a título lucrativo en el límite de los 25.000 euros ingresados por el otro acusado en la cuenta de la que esta era cotitular.

**13.** El motivo ha perdido autonomía. El gravamen se confunde con el que presta contenido al motivo anterior. Y, en efecto, identificado, por un lado, déficit de completitud en el análisis del cuadro de prueba precisamente por la omisión de toda referencia a los documentos que ahora se invocan y, por otro, la inconsistencia fáctica que de ello se deriva cabe concluir que la respuesta ofrecida al primer motivo cubre la pretendida con este segundo.

### **TERCER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 122 CP**

**14.** Para la recurrente, la mera y nominal condición de cotitular de la cuenta donde el otro acusado ingresó parte de las cantidades fraudulentamente obtenidas no es suficiente para considerarla partícipe a título lucrativo pues en momento alguno se aprovechó de dichas imposiciones. De contrario, la prueba practicada acredita que el otro acusado fue quien dispuso de las cantidades transferidas sin intervención directa o indirecta de la hoy recurrente.

**15.** El motivo, que también cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, debe prosperar.

La ontológica ajenidad del responsable a título lucrativo a toda forma de participación en el delito del que procede el bien o la exigencia de desconocimiento de su origen ilícito, no significa que no deba reclamarse, al menos, que desarrolle una conducta significativa de aprovechamiento de lo recibido a título lucrativo, de consciente incorporación a su patrimonio con ánimo de lucro -vid. STS 227/2015, de 6 de abril-. Pues es precisamente dicho beneficio lo que constituye la fuente de imputación específicamente civil de la responsabilidad contraída. Y que se concreta en la restitución de los bienes - *efectos del delito*- recibidos o en la indemnización al perjudicado, limitada, sin embargo, al " *valor de su participación*".

Valor que debe medirse en atención al importe de lo aprovechado, del beneficio obtenido que, por otro lado, no tiene por qué coincidir con el daño causado por el delito -vid. STS 212/2014, de 13 de marzo-.

Participación que, además, debe acreditarse por la parte que ejercita la acción civil -vid. SSTS 76/2018, de 13 de febrero; 688/2020, de 14 de diciembre-.

**16.** En el caso, cuestionados los dos presupuestos sobre los que la Audiencia funda el juicio de inmutación ex artículo 122 CP -que la hoy recurrente era única titular de la cuenta del Banco de Madrid NUM004 y que el otro acusado carecía de título para disponer de las cantidades ingresadas- el hecho probado no describe ningún otro hecho que permita identificar el más mínimo signo de aprovechamiento por parte de la hoy recurrente del producto de la defraudación cometida por el acusado Benigno .



No se dan los presupuestos normativos que permitan declarar la intervención de la Sra. Consuelo como partícipe a título lucrativo y, en consecuencia, la obligación de que esta asuma responsabilidad indemnizatoria por el importe de la cantidad ingresada por el otro acusado Sr. Benigno en la cuenta de la que era cotitular.

### CLÁUSULA DE COSTAS

17. Se declaran de oficio las costas del recurso interpuesto por la Sra. Consuelo y condenamos a la mercantil Beraga Solar S.L a las costas causadas por su recurso.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Fallamos, **no haber lugar** al recurso interpuesto por la representación de la mercantil BERAGA SOLAR S.L y **haber lugar** al formulado por la representación de la Sra. Consuelo contra la sentencia de 12 de mayo de 2021 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 7ª), que anulamos y casamos, dictándose a continuación la sentencia que proceda.

Declaramos de oficio las costas del recurso de la Sra. Consuelo y condenamos a Beraga Solar, SL al pago de las costas causadas por su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 4025/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

### TRIBUNAL SUPREMO

#### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.ª Ana María Ferrer García

D.ª Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 18 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 4025/2021, interpuesto por D.ª. Consuelo, y Beraga Solar, S.L contra la sentencia núm. 210/2021 de fecha 12 de mayo de 2021 dictada por la Sección séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, 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. Javier Hernández García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.**- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho del auto de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO



**ÚNICO.-** De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación procede dejar sin efecto la condena de la Sra. Consuelo como partícipe del delito a título lucrativo.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Dejar sin efecto la condena de la Sra. Consuelo como partícipe a título lucrativo.

Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ