Roj: **STS 880/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:880**

Id Cendoj: **28079120012020100156**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **10/03/2020**
Nº de Recurso: **2415/2018**
Nº de Resolución: **103/2020**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 103/2020

Fecha de sentencia: 10/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2415/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/02/2020

Ponente: Excma. Sra. D.ª Susana Polo García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: Jas

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2415/2018

Ponente: Excma. Sra. D.ª Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 103/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Ana María Ferrer García

Dª. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 10 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2415/2018 interpuesto por **D. Marcelino ,** representado por el procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá, bajo la dirección letrada de Dª. María de las Mercedes Jiménez León y por **D. Melchor** , representado por la procuradora Dª. Loreto Outeiriño Lago, bajo la dirección letrada de D. Lauro Gandul Verdún; contra Sentencia de fecha 8 de mayo de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, en el Rollo de Sala 164/2016 por delitos continuado de apropiación indebida y de estafa.

Ha sido parte D. Olegario , representado por el procurador D. Manuel Torres García, bajo la dirección letrada de Dª María del Carmen García Galán; Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A., representada por la procuradora Dª María Isabel Campillo García, bajo la dirección letrada de D. Jesús Moreno Alarcón; D. Rafael Guerra Pérez, representado por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, bajo la dirección letrada de D. Florencio Ramírez Castro, y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, el 8 de mayo de 2018, se dictó sentencia absolutoria a Olegario ; Vicente y Melchor y Luis Angel ; y condenatoria a Marcelino y Melchor de los delitos y por los hechos por los que venían siendo acusados que contienen los siguientes **Hechos Probados:**

"Se declara expresamente probado que:

PRIMERO.- El acusado Melchor -mayor de edad y sin antecedentes penales- estuvo trabajando de forma ininterrumpida como empleado de las dos notarías de Alcalá de Guadaira, que funcionaban de forma concertada bajo criterios de unidad de caja y contabilidad, desde el año 1986 hasta el 9 de marzo de 2001, fecha en la que fue despedido. Durante todos esos años, el titular de una de las dos notarías fue el también acusado **Marcelino** -mayor de edad y sin antecedentes penales-, siendo titulares de la otra, entre otros, Abelardo (desde mayo de 1989 a junio de 1995), Alfredo (desde octubre de 1995 a julio de 1997) y el también acusado Vicente -mayor de edad y sin antecedentes penales- (desde diciembre de 1997 hasta febrero de 2002), siendo este último notario quien despidió al Sr. Melchor .

Melchor inicialmente desempeñó funciones de copista para después, aproximadamente desde finales de 1989 y hasta 1998, encargarse de recibir las provisiones de fondos de los clientes y de la gestión económica de las escrituras (pagar los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad de las transmisiones de inmuebles o constitución de derechos reales, rellenar los modelos de autoliquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, así como efectuar su pago y realizar la correspondiente liquidación con los clientes una vez gestionadas las escrituras), auxiliando, además, al notario Marcelino , encargado y responsable máximo de la gestión económico-contable de ambas notarías, en la gestión de ingresos y gastos de las mismas y en la realización de las liquidaciones mensuales de los dos notarios y del personal de la notaría. A partir de 1998 Melchor siguió encargándose, fundamentalmente, de la gestión de las escrituras antiguas y de entregar a DAT GESTIÓN ALCALÁ S.L. las escrituras que debían ser gestionadas por ésta y el correspondiente cheque para que llevase a cabo dicha gestión.

En esta gestión económico contable Marcelino y Melchor no seguían un patrón contable adecuado (no se hacían Cuentas Anuales; no se llevaba una contabilidad apoyada en soportes contables; no se llevaba Libro de Caja, con lo que no se podía identificar la factura o minuta cobrada, ni determinar la entrada y salida de efectivo, ni conciliar cobros con facturas; no se llevaba correctamente el Libro de provisiones de fondos y suplidos, faltando, en ocasiones, la minuta u operación sobre la que había de aplicarse el importe recibido, en otras la identificación del sujeto que realizaba la provisión y en otras justificantes de las provisiones realizadas), existiendo un absoluto descontrol en dicha gestión, lo que dio lugar a problemas de tesorería y a que estos dos acusados dejasen de gestionar escrituras pese a que las mismas se encontraban debidamente provisionadas al destinar el dinero de las provisiones a fines distintos de aquellos para los que habían sido entregados.

Este desvío del dinero de las provisiones de fondos por estos dos acusados se inició en el año 1989, afectando inicialmente a pocas escrituras, adquiriendo cierta relevancia en el verano de 1996 siendo titulares de las notarías Marcelino y Alfredo , al constatarse que faltaba una importante cantidad de dinero en las cuentas que compartían ambas notarías, asumiendo el Sr. Marcelino la responsabilidad por tal falta comprometiéndose a solucionarla. En esta situación, Marcelino propuso a Abelardo , destinado entonces en una notaría de Jerez de la Frontera, y a Alfredo , la realización de una auditoría en ambas notarías para comprobar la situación económica y financiera de las mismas y encontrar el origen de esa importante falta de dinero, sin que se llegaran a poner de acuerdo para llevarla a cabo.

También a partir de ese momento, verano de 1996, se empezaron a producir las primeras reclamaciones de clientes de la notaría, que se personaban en sus dependencias para denunciar las incidencias que se estaban produciendo con la gestión económica de sus escrituras (no se abonaba en plazo el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, no se procedía a la inscripción de las escrituras en el Registro de la Propiedad, no se hacía la correspondiente liquidación con el cliente después de que las mismas hubieran sido gestionadas y pese a existir un sobrante a favor del cliente) afectando a protocolos de Marcelino , de Abelardo y de Alfredo y, a partir de 1998, también a los de Vicente , desconociendo, estos tres últimos, que sus protocolos se estuvieran viendo afectados por las citadas irregularidades. En concreto, se vieron afectados cerca de 70 protocolos de Abelardo , aproximadamente 390 de Marcelino y 194 de Vicente , desconociéndose los protocolos afectados del Sr. Alfredo .

La situación se fue agravando, siendo cada más frecuentes las visitas de clientes a las notarías para quejarse de la falta de inscripción de sus escrituras o por recibir requerimientos de la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, reclamándoles el pago de los impuestos no declarados o declarados fuera de plazo, con las correspondientes sanciones, recargos e intereses. Los empleados de la notaría remitían a los clientes con quejas a Melchor , encargado de atenderles y de solucionarles los problemas y quien, cuando no tenía más remedio, ante la insistencia de aquéllos, les hacía pasar al despacho de Marcelino para que hablasen con él.

Para intentar solucionar estas quejas de los clientes y encubrir el problema de las numerosas escrituras que habían sido provisionadas y que no habían sido gestionadas, y ante la falta de fondos para atender la gestión económica de todas las escrituras, Marcelino y Melchor decidieron destinar parte del dinero de las provisiones que se recibían de clientes para la gestión de las nuevas escrituras, tanto de la notaría de Marcelino como de la de Vicente , al pago de las liquidaciones de impuestos y gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad de escrituras antiguas que habían sido provisionadas en su momento pero no se habían gestionado, lo que, en numerosas ocasiones, llevaba consigo desembolsos superiores al inicialmente previsto al exigirles a los clientes la provisión de fondos, al venir las liquidaciones del impuesto con sanciones, recargos e intereses de demora. Asimismo, y con el fin de ver reducido el importe de los pagos a realizar, los referidos acusados acordaron presentar algunos modelos 600 (autoliquidaciones del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) ante la oficina liquidadora de la Hacienda Autonómica, alterando sustancialmente su contenido, utilizando distintas formulas que evitaban el pago del impuesto o reducían su importe, a sabiendas de que no procedía dicha liquidación, ocultándoselo a los clientes.

Así, en relación a los protocolos de Abelardo , presentaron alterado dicho modelo en relación al protocolo 1.922/96 liquidando el impuesto por la suma de 78.000 pesetas en lugar de las 780.000 pesetas que procedía ingresar. Respecto a los de Vicente , presentaron indebidamente como exentos de pago los números 151/99, 1388/00 y 339/98; se liquidaron por otra copia los números 1018/99, 1613/99, 1913/99, 576/98, 1940/98, 1687/98, 564/98, 1921/98, 601/98, 372/98, 1333/99 y 2062/99; y se presentaron a cero el número 1559/99. Y en relación a los protocolos de Marcelino , hicieron constar que se presentaban por otra copia los protocolos 935/99, 94/99, 287/98, 1807/99, 1202/96, 626/97, 476/99, 1920/98, 1921/98, 1418/96, 2082/98, 677/98, 790/96, 1441/99, 2151/96, 2046/98, 1771898, 1979/96, 2123/96; que no procedía el pago por prescripción los números 1930/95, 1419/96, 1404/95, 1338/96, 1339/96, 969/00, 970/00, 2792/97, 2148/96, 2149/96, 2150/96; se presentaron a cero los protocolos 798/98, 1782/96, 2711/97, 2851/97, 2083/97, 294/96 y 1235/96; y presentaron la operación como exenta en los protocolos 196/95, 102/97, 1856/98, 2287/97, 879/96, 1544/96, 539/00, 1615/96, 2300/96 2542/98, 170/00, 166/00, 18/97, 1924/99, 1357/94, 1474/93 y 1391/93.

Algunos de los clientes de las notarías que se vieron afectados por irregularidades en la gestión de sus escrituras fueron:

- Severino que entregó el 27 de noviembre de 1996, en la Notaría del acusado Marcelino , la cantidad de 325.000 pesetas (1.953,29 euros), en concepto de provisión de fondos del Protocolo 2.099/96 por la adquisición de un inmueble, siendo liquidada con el cliente dicha provisión el 26 de octubre de 2000, tras indicarle que se habían abonado los correspondientes gastos (Registro, Impuestos y gestión), devolviéndole 38.248 pesetas (229,88 euros). No obstante ello, en octubre de 2001, recibió de la Diputación de Sevilla reclamación de 505.708 pesetas (3.039,37 euros) por la liquidación de impuestos no practicada derivados de dicha escritura y de 139.521 pesetas (838,54 euros) como sanción. Dichas cantidades fueron posteriormente satisfechas por el Sr. Marcelino , sin que el Sr. Severino tenga nada que reclamar.

- Matilde entregó el 27 de junio de 1996, en la Notaría de Marcelino , la cantidad de 100.000 pesetas (601,012 euros), en concepto de provisión de fondos para pago de impuestos, honorarios y registro de una escritura de compraventa de un inmueble -Protocolo 1202/96-. En marzo de 2000 se liquidó el impuesto de transmisiones patrimoniales por otra copia pese a que no se había otorgado segunda copia, recibiendo con posterioridad

reclamación de la Consejería de Economía y Hacienda para que se hiciera efectivo el impuesto con los recargos correspondientes. El pago fue realizado por el Sr. Marcelino .

- Juan Ignacio entregó el 27 de mayo de 1996, en la Notaría de Marcelino , la cantidad de 280.000 pesetas (1.682,83 euros), en concepto de provisión de fondos para pago impuestos, honorarios, registros y otros, de una escritura de compraventa de un inmueble -Protocolo 879/96-. En noviembre de 2000 los impuestos derivados de la escritura no se habían abonado reclamándole la Consejería de Economía y Hacienda la liquidación del impuesto sobre transmisiones del inmueble con el recargo correspondiente, procediendo él a su abono en octubre de 2001, reintegrándole después el dinero el Sr. Marcelino .

- Ángel Jesús entregó el 27 de marzo de 1998, en la Notaría de Marcelino , la cantidad de 65.000 pesetas (390,657 euros), en concepto de provisión de fondos para pago impuestos y honorarios de una escritura de compraventa de inmueble -Protocolo 684/98-. Como quiera que no se liquidó el impuesto de Transmisiones Patrimoniales en el plazo legal, la Consejería de Economía y Hacienda le reclamó su pago con los intereses de demora, procediendo el Sr. Marcelino a su abono.

- Agustín entregó el 7 de julio de 1998, en la Notaría de Vicente , la cantidad de 530.000 pesetas (3.185,386 euros), en concepto de provisión de fondos para pago impuestos y honorarios de una escritura de compraventa de inmueble -Protocolo 1311/98-. Al no liquidarse el impuesto de Transmisiones Patrimoniales en el plazo legal la Consejería de Economía y Hacienda le reclamó su pago con los intereses de demora, procediendo el Sr. Vicente a su abono.

- Aquilino entregó el 3 de Julio de 1999, en la Notaría de Marcelino , la cantidad de 660.000 pesetas (3.966,68 euros), mediante cheque nominativo en concepto de provisión de fondos para pago impuestos, honorarios, registros y otros, de una escritura de compraventa de un inmueble -Protocolo 1178/99-. En el mes de julio de 2001 los impuestos derivados de la escritura no se habían liquidado ni inscrito la escritura en el Registro de la Propiedad, habiéndole reclamado en diciembre de 2001 la Consejería de Economía y Hacienda la liquidación del impuesto sobre transmisiones del inmueble. Este cliente compareció el 21 de mayo de 2002 en dependencias judiciales, retirando la denuncia al haber cobrado los importes que reclamaba.

- Yolanda entregó el 23 de octubre de 1998 la suma de 110.000 pesetas y el 16 de noviembre de 2000 otras 315.936 pesetas, esto es, un total de 425.936 pesetas (2.559,927 euros), en concepto de provisión de fondos para la gestión de una escritura de donación de fecha 22 de octubre de 1998 (Protocolo 2087/98 de Marcelino), a pesar de lo cual no se liquidaron los impuestos en plazo, reclamándole la Hacienda Autonómica la liquidación de impuestos de la escritura con los correspondientes intereses y recargos, habiendo sido abonado por el Sr. Marcelino .

- Agustina el 29 de septiembre de 1997 entregó, en la notaría de Marcelino , la cantidad de 480.000 pesetas (2.884,86 euros), para gestión de una escritura de compraventa y en enero de 2001 la Hacienda Autonómica le reclamó el pago de los impuestos derivados de la escritura al no haberse procedido por la Notaría a su abono. La situación fue solucionada por el Sr. Marcelino .

- Ariadna entregó el 20 de octubre de 1999 la cantidad de 640.000 pesetas (3.846,47 euros), para la gestión de una escritura de compraventa y obra nueva -Protocolo 1923/99 de Vicente -, y tras varias reclamaciones, se le entregó por el acusado Melchor unas copias de sus escrituras como si estuviesen inscritas y liquidadas cuando ello no era cierto al no haberse todavía gestionado. Las escrituras fueron finalmente gestionadas sin tener nada que reclamar.

- Leonardo entregó, en la Notaría de Marcelino , el 23 de diciembre de 1996 la cantidad de 300.000 pesetas (1.803,04 euros), en concepto de provisión de fondos para cubrir los gastos derivados de la gestión de una escritura de compraventa, no llegando a gestionarla, reclamándole posteriormente la Hacienda Autonómica el pago de los impuestos, recargos y sanciones derivados de la escritura. No tiene nada que reclamar al haberse abonado por el Sr. Marcelino las cantidades que se le reclamaban.

- Rodolfo entregó, en la Notaría de Marcelino , el 18 de febrero de 1999 la cantidad de 250.000 pesetas (1.502,53 euros) en concepto de provisión de fondos para cubrir los gastos derivados de una escritura de compraventa (Protocolo 370/99), teniendo que acudir repetidas veces a la notaría al no gestionar la misma, llegando a hacerle la liquidación pese a no haberle gestionado la escritura, habiéndole reclamado posteriormente la Hacienda Autonómica el pago de los impuestos derivados de la escritura al no haberse procedido por la Notaría a su liquidación. No tiene nada que reclamar al haberse abonado por Marcelino las cantidades que le reclamaban.

-La sociedad CALEM S.A. entregó en la Notaría de Marcelino , mediante transferencia, el 26 de mayo de 1999, la cantidad de 1.350.000 pesetas (8.113,66 euros) en concepto de provisión de fondos para cubrir los gastos derivados de la gestión de una escritura de compraventa, de las cuales la suma de 1.200.000 pesetas debía ser

destinada al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y las 150.000 pesetas restantes para gastos de gestión, habiéndose presentado por la notaría el modelo 600 como exento de pago pese a no proceder tal exención; motivo por el cual con posterioridad la Hacienda Autonómica le reclamó el pago del correspondiente impuesto y recargos, ascendiendo a la suma de 9.709,52 euros, siendo la misma abonada por la entidad CALEM S.A., reclamando por ello.

Tras el despido del Sr. Melchor , el 9 de marzo de 2001, salieron a la luz pública los problemas ya descritos, multiplicándose las reclamaciones de los clientes que se habían visto requeridos para el pago de conceptos que ya habían provisionado en las notarías, procediendo los notarios Abelardo , Marcelino y Vicente a reintegrar a la mayoría de los clientes afectados los importes que les reclamaban, contando, para ello, los dos últimos notarios citados, con 25 millones de pesetas que recibieron de la Cía. de Seguros Musini para atender el siniestro.

En concreto:

- Marcelino , contando con la colaboración del también acusado Melchor , hizo un desembolso de 130.728.878 pesetas (785.000 euros), que se distribuye de la siguiente forma: 34.764.043 pesetas (208.936,11 euros) en devolución a clientes con liquidación de escrituras con saldos a favor; 5.840.256 pesetas (35.100,65 euros) en gastos de registro; 88.509.802 pesetas (531.954,62 euros) en pagos a la Delegación de Hacienda, de los cuales 33.338.853 pesetas (200.370,5 euros) son por recargos, sanciones e intereses; y 1.614.777 pesetas (9.705,01 euros) en otros gastos.

De estas sumas aproximadamente 9.445.087 pesetas -56.766,12 euros- [de los cuales 3.483.800 pesetas (20.938,06 euros) fueron por devolución a clientes por liquidación de escrituras con saldos a favor; 619.503 pesetas (3.723,288 euros) en gastos de registro; y 5.341.784 pesetas (32.104,77 euros) en pagos a la Delegación de Hacienda, siendo 3.321.656 pesetas (19.963,55 euros) por recargos, sanciones e intereses] se corresponden al pago por la gestión de escrituras que en principio debían haber sido gestionadas por la entidad DAT GESTIÓN ALCALÁ S.L.

- Vicente desembolsó la suma de 59.512.027 pesetas (357.000 euros), que se distribuye de la siguiente forma: 7.522.955 pesetas (45.213,87 euros) en devolución a clientes con liquidación de escrituras con saldos a favor; 3.828.499 pesetas (23.009,74 euros) en gastos de registro; 48.070.673 pesetas (288.910,56 euros) en pagos a la Delegación de Hacienda de los cuales 12.543.206 pesetas (75.386,19 euros) son por recargos, sanciones e intereses; y 88.900 pesetas (540,31 euros) en otros gastos.

De estas sumas aproximadamente 13.913.360 pesetas (83.620,98 euros) [de los cuales 1.644.628 pesetas (9.884,413 euros) lo fueron por devolución a clientes por liquidación de escrituras con saldos a favor; 1.355.362 pesetas (8.145,89 euros) en gastos de registro; y 10.913.370 pesetas (65.590,67 euros) en pagos a la Delegación de Hacienda, siendo 2.813.284 pesetas (16.906,16) por recargos, sanciones e intereses] se corresponden al pago por la gestión de escrituras que en principio debían haber sido gestionadas por la entidad DAT GESTIÓN ALCALA S.L.

- Abelardo desembolsó la cantidad de 32.228,66 euros, que se reparte de la siguiente forma: 1.879,78 euros en pagos al Registro y en 30.348,88 euros en pagos derivados de escrituras de los años 1989 a 1995 gestionadas y sin liquidar con los clientes, así como de escrituras sin gestionar o gestionadas con irregularidades, como ocurrió con el Protocolo 1.922/96 en el cual, en lugar de ingresar 780.000 pesetas en concepto de impuestos, se ingresan 78.000 pesetas, añadiendo posteriormente en el modelo 600 añadido un "0" para simular el importe correcto, y cuya regularización le supuso la suma de 7.413,18 euros.

-No consta acreditado que Alfredo realizara desembolso alguno. Tampoco consta que Yolanda , Agustina , Baltasar e Carmen , Bernardino y Constancio , clientes de la notaría, hayan sufrido perjuicios económicos.

El acusado Luis Angel (mayor de edad y con antecedentes penales no computables a la fecha de los hecho), al menos, desde principios de 1998 y hasta principios de 2001, a través de la gestoría DAT GESTIÓN ALCALA S.L., de la cual era administrador, se encargó de la gestión de parte de las escrituras tramitadas en las notarías de Alcalá de Guadaira, recibiendo de éstas el importe de la provisión de fondos realizada por el cliente descontando el importe la minuta de honorarios que correspondía al notario, haciéndose cargo del pago de los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad, de rellenar los modelos de autoliquidación del impuesto de transmisiones y actos jurídicos documentados, así como efectuar su pago y, en su caso, de hacer la correspondiente liquidación con los distintos clientes. De las escrituras cuya gestión se encomendó a DAT GESTIÓN ALCALÁ S.L., algunas se retiraron por la notaría antes de ser gestionadas y otras no consta que fueran gestionadas, desconociéndose con exactitud el número de unas y otras, poniéndose fin a la relación contractual a principios del año 2001 sin que se llevara a cabo la correspondiente liquidación entre la gestoría y las notarías.

SEGUNDO.- El Consejo General del Notariado, como tomador, tenía suscrita en la fecha de los hechos descritos en el apartado anterior pólizas de seguros de responsabilidad civil empresarial con la Compañía de Seguros MUSINI S.A., ahora MAPFRE GLOBAL RISKS, que cubría, entre otros riesgos: los errores, negligencias u omisiones cometidas por los notarios en el ejercicio de su actividad profesional o de la que corporativamente les correspondiere, y los errores, infidelidades (apropiación de fondos, valores, efectos al portador o endosados en blanco y en general cualquier signo pecuniario), negligencias u omisiones cometidas por quienes legal, reglamentaria o consuetudinariamente desempeñaran actividades auxiliares encomendadas por el notario, dentro del cuadro normal de actuación profesional.

Quedaban excluidos de la cobertura de la póliza las reclamaciones por responsabilidad civil dirigidas contra el asegurado, fundadas en: dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones y contratos (artículo 1.101 del Código Civil); y la existencia de infracción penal (artículos 19 y siguientes del Código Penal), excepción hecha de lo previsto en el apartado II, d), del presente artículo (Responsabilidad civil subsidiaria del Asegurado derivada de infracción penal, en base a los artículos ...).

El 16 de marzo de 2001 el notario Vicente presentó parte de siniestro en relación a la póliza suscrita por el Consejo General del Notariado ya reseñada, en el que tras atribuir al empleado de la notaría Melchor las irregularidades en la gestión de sus escrituras descritas en el anterior apartado, solicitaba de la compañía aseguradora el reintegro de las cantidades que tuvo que abonar a los clientes de la notaría para su regularización. No consta que Vicente conociera que su compañero Marcelino hubiera tenido participación en dichas irregularidades.

Por el contrario, Marcelino , pese a su participación en los hechos descritos en el apartado anterior y con la finalidad de obtener fondos para poder hacer frente a las reclamaciones de los clientes de la notaría, planteó siniestro el 9 de abril de 2001 ocultando su participación en los hechos, atribuyendo toda la responsabilidad a Melchor .

La compañía de Seguros Musini tras recibir los partes de siniestro y tras la formulación de la correspondiente denuncia por parte de los Sres. Marcelino y Vicente , les entregó a cuenta, el 6 de agosto de 2001, la cantidad de 20.000.000 de pesetas (120.202,42 euros) y, el 20 de noviembre de 2001, la cantidad de 5.000.000 de pesetas (30.050,60 euros), que fueron destinados al pago de las reclamaciones efectuadas por los clientes.

Ante la negativa de la Compañía aseguradora de hacerse cargo de la totalidad del siniestro, al sospechar, después de dicho abono parcial, la supuesta implicación de los notarios en los hechos, Vicente y Marcelino presentaron, el 2 de abril de 2003, ante los Juzgados de Alcalá de Guadaira, papeleta de demanda de conciliación contra la Cía. de Seguros Musini para que aceptara el siniestro denunciado por infidelidad del empleado Melchor y de la gestora DAT GESTIÓN ALCALÁ S.L. y, ante la falta de avenencia, el 4 de septiembre de 2006, interpusieron demanda contra la Cía. MAPFRE GLOBAL RISKS por importe de 1.365.354,79 euros más una cuantía indeterminada por los expedientes pendientes de reclamación por la Hacienda Pública que dio lugar al Juicio ordinario n° 638/2006 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n°2 de Alcalá de Guadaira y cuya tramitación procesal se encuentra suspendida.

TERCERO.- La distracción de las provisiones de fondo así como la alteración de los modelos 600 tuvo lugar durante los años 1989 hasta febrero de 2001; los hechos se denunciaron en julio de 2001, dictándose auto de incoación de Diligencias Previas con fecha 8 de agosto de 2001; la fase de instrucción se prolongó hasta el 16 de diciembre de 2013, fecha en la que se dictó auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado; se puso fin a la fase intermedia en enero de 2016 remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial en enero de 2016, quien dictó auto de admisión de pruebas el 29 septiembre de 2016, señalándose con esa misma fecha el inicio de las sesiones del juicio oral para septiembre de 2017.

Marcelino el 9 de abril de 2001 dio parte al Consejo General del Notariado del siniestro en el que atribuía toda la responsabilidad en la apropiación o distracción del dinero de las provisiones de los clientes al empleado de la notaría Melchor , recibiendo como consecuencia de ello de la Compañía de seguros, el 6 de agosto de 2001, la cantidad de 10.000.000 de pesetas(60.101,21 euros) y el 20 de noviembre de 2001 la cantidad de 2.500.000 de pesetas (15.025,30 euros), que fueron destinados al pago de las reclamaciones efectuadas por los clientes. La Cía. MAPFRE GLOBAL RISKS presentó denuncia por estos hechos el 11 de enero de 2011, dictándose por el Instructor con fecha 11 de abril de 2011, auto por el que se amplia el objeto de las Diligencias Previas a los hechos incluidos en la citada denuncia, acordándose por providencia de 12 de abril de 2011, la citación de los Sres. Marcelino y Vicente como imputados, concluyéndose la fase de instrucción el 16 de diciembre de 2013, siguiendo a continuación los avatares procesales ya expuestos."

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

"1. Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Marcelino :

a)- Como autor penalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida en concurso medial con un delito continuado de falsedad documental, ya definidos, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño y la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas de un año y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para la profesión de notario por el tiempo de la condena y multa de tres meses y veinticinco días con una cuota diaria de diez euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

b)- Como autor penalmente responsable de un delito de estafa, ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de tres meses con una cuota diaria de diez euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

2. Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Melchor como autor penalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida en concurso medial con un delito continuado de falsedad documental, ya definidos, concurriendo la circunstancia atenuante de reparación del daño y la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas a las penas de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de dos meses y diecisiete días con una cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

3. **CONDENAMOS:**

a)- A Marcelino y Melchor a indemnizar a Abelardo en la suma de 32.228,66 euros, cantidad que se incrementará conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC.

b)- A Marcelino y Melchor a indemnizar a la entidad CALEM S.A., en la suma de 8.113,66 euros más el interés legal del dinero desde el 22 de mayo de 2012 hasta sentencia y a partir de esa fecha el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

c)- A Melchor a indemnizar a Vicente en la suma de 198.252,51 euros, cantidades que se verán incrementadas conforme al artículo 576 LEC.

d)- A Marcelino a indemnizar a la entidad MAPFRE GLOBAL RISKS en la suma de 75.126,51 euros más el interés legal del dinero desde el 25 de enero de 2011 hasta sentencia y a partir de esa fecha el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. **CONDENAMOS** a Marcelino a abonar 7/24 partes de las costas del juicio y a Melchor 4/24 partes de las costas del juicio, incluyéndose las de la entidad CALEM S.A., en relación al delito de apropiación indebida y al delito de falsedad, pero sólo en relación a los hechos de los que fue víctima; las de la entidad MAPFRE GLOBAL RISKS en relación al delito de estafa del que fue víctima; y las de la acusación de Vicente en relación al delito de apropiación indebida y falsedad por la condena de Melchor .

5. Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS:**

a)- A Luis Angel del delito continuado de apropiación indebida en concurso medial con el delito de falsedad documental por el que era acusado.

b)- A Vicente del delito de estafa continuado por el que venía siendo acusado.

c)- A Melchor y Luis Angel del delito de estafa por el que venían acusados.

6. Declaramos de oficio las 13/24 partes de las costas."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representaciones procesales de Marcelino , Melchor y MAPFRE GLOBAL RISKS CÍA., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia, de fecha 11 de octubre de 2018, se tuvo por desistido del presente recurso de casación a MAPFRE GLOBAL RISKS CÍA.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes, Marcelino y Melchor , formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación:**

A) Marcelino :

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Motivo Primero.- Por vulneración de precepto constitucional. Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, por no existir una actividad probatoria mínima de cargo en que fundar un fallo condenatorio.

Motivo Segundo.- Al amparo del art. 849.2 LECr., por error en la apreciación de la prueba.

Motivo Tercero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr.. Por infracción del art. 252 CP, por aplicación indebida de dicho precepto, así como la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta y desarrolla, al no concurrir los elementos del tipo penal en la conducta del acusado que la Sala considera probada.

Motivo Cuarto.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción del art. 248 CP (estafa), por aplicación indebida de dicho precepto, así como la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta y desarrolla, ya que no se dan en la conducta del acusado los elementos del tipo constitutivos del delito de estafa.

B) Melchor :

Motivo Primero.- Por infracción de Ley. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr.,

a) por aplicación indebida de los arts. 392, en relación con el art. 390.1º y 3º CP en concurfso medial con un delito continuado de apropiación indebida del art. 252, en relación con el art. 250.1.6º, 74 y 77 CP vigente a la fecha de los hechos, con infracción además de lo dispuesto en los arts. 5 c) y 20 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

b) Por la no apreciación de la eximente 7ª del art. 20 CP vigente a la fecha de los hechos.

c) Por la no aplicación del art. 120.4º CP vigente a la fecha de los hechos en cuanto a la responsabilidad civil de los empleadores "por delitos of altas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios". Asímismo, también, del art. 1903.4 CC.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de Melchor se da por instruida del recurso de casación interpuesto por Marcelino ; por la representación procesal de Marcelino se da por instruida del recurso de casación interpuesto por Melchor , suplicando a la Sala se inadmita el recurso interpuesto, con expresa imposición de costas; por la representación de Mapfre Global Risks CÍA. de Seguros, se da por instruida de los recursos de casación interpuestos y suplica a la Sala la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Marcelino .

El Ministerio Fiscal interesó a la Sala la inadmisión de los recursos y, de no estimarse así; subsidiariamente impugna de fondo los motivos de los mismos e interesa su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 1 de febrero de 2019; la Sala lo 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 18 de febrero de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Marcelino

PRIMERO.- 1. El primer motivo del recurso se basa en vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, por no existir una actividad probatoria mínima de cargo en que fundar un fallo condenatorio.

El recurrente, tras resumir los elementos incriminatorios tenidos en cuenta por la sentencia de instancia, afirma que el Tribunal no ha contado con ninguna prueba directa, solamente indiciaria, y con la misma no ha quedado probado ni cuanto dinero se ha distraído, ni el fin que se le habría dado al mismo, basando la condena únicamente, en el hecho de que el acusado tratara de solventar los problemas económicos de la Notaría con su patrimonio propio.

2. Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009, de 13 de abril y 131/2010, de 18 de enero; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presenció. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Consecuentemente, el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si misma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC. 68/98, 117/2000, SSTS. 1171/2001, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1333/2009, 104/2010, 1071/2010, 365/2011, 1105/2011).".

Como expresa la STS 241/2015, de 17 de abril, la prueba indiciaria supone un proceso intelectual complejo que reconstruye un hecho concreto a partir de una recolección de indicios. Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos. Y como quiera que cuando se pone en marcha la cadena lógica, nos adentramos en el terreno de las incertidumbres, la necesidad de un plus argumentativo se justifica por sí sola. El juicio histórico y la fundamentación jurídica han de expresar, con reforzada técnica narrativa, la hilazón lógica de los indicios sobre los que se construye la condena. El proceso deductivo ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma la condena. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica (SSTS 587/2014, 18 de julio; 947/2007, 12 de noviembre y STS 456/2008, 8 de julio, entre otras).

También, en lo que respecta a la prueba indiciaria, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000 y 117/2000) que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Y en resoluciones más recientes (SSTC 111/2008 y 109/2009) ha considerado como requisitos imprescindibles los siguientes: 1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados. 2) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados. 3) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia. 4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008).

3. La sentencia de instancia, en el FD 2.1.2. analiza la prueba practicada y llega a la conclusión de que el Sr. Marcelino -como Melchor -, no sólo conoció y consintió, que los importes de las provisiones de fondos de clientes se destinaran a fines distintos de aquellas para las que se habían entregado, sino que fue el principal responsable de ello con la ayuda del Sr. Melchor , ordenando a éste alterar los modelos 600 para evitar el pago de impuestos.

A la anterior conclusión llega la Sala mediante la valoración de una serie de indicios, que podemos resumir del siguiente modo:

1º A partir del año 1996 empezaron a presentarse clientes en la notaría quejándose de las irregularidades en la gestión de sus escrituras o por la falta de gestión de las mismas, hecho que no podía ser desconocido para el Sr. Marcelino , ya que tal y como declaró el coimputado Melchor y varios empleados de la notaría (Melchor , Guillermo , Joaquín , Adelaida , Angelica) Marcelino estaba al tanto de las incidencias de las escrituras y que si bien era el Sr. Melchor quien atendía a los clientes, en ocasiones, ante la insistencia de éstos, les llevaba al despacho del Sr. Marcelino para que le expusieran las quejas. También algunos clientes de la notaría (Matilde , Teodosio , Leonardo) coincidieron al señalar que hablaron con el Sr. Marcelino exponiéndole los problemas de sus escrituras.

2º La falta de dinero de la caja era muy importante y los problemas de gestión cada vez mayores, lo que resulta acreditado por siguientes hechos:

2.1. El 3 de agosto de 1998 el recurrente vendió en escritura pública, junto con su esposa, Mercedes , una vivienda unifamiliar de dos plantas sita en la CALLE000 de Alcalá de Guadaira (folios 1631 a 1643) que no tenía otro objeto que solucionar los problemas de caja existentes.

2.2. Antes de marzo de 2001, fecha del despido de Melchor , el Sr. Marcelino constituyó varias hipotecas sobre inmuebles de su propiedad con el fin de conseguir efectivo para solucionar la falta de dinero en la caja de la notaría (cfr. folios 5151 y siguientes de las actuaciones).

2.3. Cesar , cuñado de Melchor , confirmó en el plenario que por indicación de éste le concedió al Sr. Marcelino dos préstamos; uno primero, por importe de 4.500.000 pesetas, y otro posterior, de 3.000.000 pesetas.

2.4. Melchor solicitó también préstamos cuyos importes fueron cedidos a Marcelino para aliviar la situación económica de la notaría. Este hecho fue admitido por ambos acusados y por el director de la entidad Cajasur, Eulalio , constando documentación unida a la causa que así lo confirma, en concreto, préstamos solicitados por Melchor para ayudar al Sr. Marcelino . El hecho de que el Sr. Melchor le buscara fondos al Sr. Marcelino e incluso que llegara a endeudarse solicitando préstamos, sin una garantía firme pues en los préstamos no figuraba el Sr. Marcelino como avalista, sólo se entiende si ambos conocían y se consideraban responsables de la situación de la notaría, de la falta de dinero en caja y de la falta de gestión de las escrituras por el consiguiente desvío de los fondos aportados para su gestión.

2.5. El hecho de que Marcelino siguiera abonando los préstamos solicitados por el Sr. Melchor , incluso después de que éste hubiera sido despedido en marzo de 2001. Carecería de toda lógica que hubiera asumido dicho pago si, como sostiene, nada supo de la apropiación de fondos por parte de Melchor hasta el momento de su despido.

2.6. Las manifestaciones de Melchor en el plenario que el día de su despido exhibió a sus compañeros un acta de depósito por importe de 35 millones de pesetas que la entidad Alcaides hizo a favor de Marcelino para solucionar los problemas de falta de dinero, hecho confirmado en el plenario por alguno de sus compañeros (Guillermo y Melchor) así como prestó declaración en el plenario Pedro , administrador de la citada entidad, confirmando que efectivamente prestó ese dinero a Marcelino , lo que tuvo lugar en fecha anterior al despido del Sr. Melchor .

2.7. Tras la llegada de Adelaida , el acusado Melchor se dedicó, fundamentalmente, a la gestión de las escrituras antiguas, así lo declaró la misma, con lo que el Sr. Marcelino era plenamente consciente de ello y de la existencia de numerosas escrituras sin gestionar, lo que hace imposible sostener, como pretendió Marcelino en el juicio, que no conociera la distracción de los fondos de las provisiones hasta marzo de 2001.

2.8. La Sala también tiene en cuenta la declaración del coimputado Sr. Melchor , en el sentido de que el Sr. Marcelino le ordenaba alterar los modelos 600 para evitar el pago de impuestos, constando en las actuaciones numerosos protocolos en los que la liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se encuentra alterada, no resultando creíble que el Sr. Marcelino no estuviera al tanto de esas alteraciones a la vista de lo ya expuesto y que era el principal beneficiario de esas alteraciones al ver reducido el importe de los pagos a realizar a Hacienda.

4. En el presente caso, la inferencia que ha establecido la Audiencia se apoya en indicios o hechos base objetivos y plenamente acreditados que permiten desvirtuar la versión del acusado y corroborar los hechos consecuencia y la conclusión incriminatoria acogida en la sentencia. Son varios los indicios analizados por el Tribunal, sólidos y convergentes, que conducen a proclamar la autoría del recurrente más allá de cualquier duda razonable, que han quedado probados y que son valorados en su conjunto, no individualmente como hace el mismo, interrelacionados entre sí, y que traen como consecuencia necesaria la mantenida por el Tribunal de instancia, que el acusado es autor de los delitos que se le imputan, sin que se trate, como pretende el recurrente, de meros problemas económicos de la notaría, pues no resulta creíble que, pese a llevar la gestión económico-contable de las notarías, reunirse con clientes que se quejaban de las irregularidades de gestión de las escrituras, que pese a conocer desde antes del año 1996 la falta de dinero en la caja de la notaría, y tener que solicitar préstamos y proceder a vender e hipotecar bienes para obtener metálico para solucionar los problemas de falta de dinero, y encargar al Sr. Melchor la gestión de las escrituras antiguas en un despacho situado en el piso de arriba de la notaría, no tuviera nada que ver con el desvío de los fondos de las provisiones, lo que es extensible a las alteraciones de los modelos 600, ya que el acusado era el único beneficiario de las mismas, y a quien aprovechaban.

En consecuencia, existió, pues, prueba de cargo suficiente indiciaria, obtenida y practicada con todas las garantías para, racionalmente, entender válidamente destruida la presunción de inocencia que amparaba al acusado.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- 1. El segundo motivo se formula por el cauce del nº 2, del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba.

El recurrente cita como documento fundamentador del error de hecho padecido por el Tribunal *a quo*, la Sentencia 251/01 dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Sevilla (que obra a los folios 7 a 30 del primer tomo de las actuaciones) y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia, en la que se declara procedente el despido del acusado Sr. Melchor , sentencia firme anterior a la dictada en el presente procedimiento cuyos hechos probados resultan contradictorios a los recogidos en la Sentencia que se recurre, pues, en aquélla se constata que la actuación de distracción de fondos por parte del señor Melchor se habría realizado sin

autorización ni conocimiento de los Notarios (don Marcelino y don Vicente) y, en ésta, se incluye como hechos probados que la citada distracción se habría realizado por el señor Melchor en connivencia con don Marcelino . Lo que vulnera los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

2. Debemos recordar, por ejemplo, con la STS 27-6-2012, nº 569/2012, que por la vía del art. 849.2 LECrim., se circunscribe el motivo 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 por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

Según indicamos en la reciente STS 207/2017, de 28 de marzo , "[...] la finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECrim, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones, el error que se denuncia y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario (STS núm. 126/2015, de 12 de mayo [...]"

Por otro lado, en la sentencia 492/2016, de 8 de junio, afirmábamos que "(...) carecen de naturaleza documental a estos efectos casacionales:

- Las diligencias policiales, ni la declaración judicial del (por todas, cfr. STS 480/2003, 4 de abril).

- La diligencia de inspección ocular (STS 16 de noviembre de 2011).

- Las sentencias judiciales, sean o no del orden penal (STS 18 de febrero de 2009).

- Las pruebas personales, como las testificales, por mucho que estén documentadas (STS 11 de abril de 2011). (...)".

3. Conforme a la Jurisprudencia que hemos citado, el documento indicado por el recurrente no tiene tal naturaleza documental a los efectos casacionales invocados.

Pero, es más, con respecto a la contradicción que se apunta y que según el recurso vulnera los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, como hemos dicho, entre otras en la STS 917/2002, de 4 de mayo: "La impugnación no puede prosperar. La LECrim en los arts. 3 a 7 no contempla ni regula la prejudicialidad penal (STC 176/91, de 19 de septiembre y STS 784/2002, de 3 de mayo).

Como expresa la Sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 1996 (RJ 7826), y recuerda el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso, "en materia penal, en ningún caso un órgano judicial puede estar vinculado, en el enjuiciamiento de determinados hechos, por lo resuelto por otro órgano judicial que haya podido conocer de ellos, por la razón que sea; independientemente, de los supuestos en que concurra la "cosa juzgada" (art. 666.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.)".

Reiterada doctrina de esta Sala viene declarando que no vincula el contenido de otra sentencia dictada en el mismo u otro orden jurisdiccional, dejando a salvo los supuestos de cosa juzgada. (STS 1142/2008, de 6 de noviembre).

A diferencia de otras ramas del Derecho, en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, ésta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. de la LECrim. en cierta manera hoy muy relativizadas por el art. 10º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

La sentencia 251/01 dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Sevilla confirmada por el Tribunal Superior de Justicia, no vincula en modo alguno al juzgador penal, al no tener la eficacia de la cosa juzgada material de aplicación en el ámbito del proceso penal, que incontestablemente tiene su propio objeto y su propia prueba y contenido y que por ende ha de resolverse conforme al mismo, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto. La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusión o negativa, en el sentido de que una vez resuelta una causa criminal, por sentencia firme o resolución asimilada, no cabe posteriormente otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y contra la misma persona, al constituir una garantía el derecho del acusado a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por los mismos hechos, por lo que la sentencia dictada en el actual procedimiento no tiene

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

forzosamente que ser acorde con la sentencia recaída en la jurisdicción laboral, sin perjuicio, claro es, de que las pruebas practicadas en la misma puedan ser traídas al proceso criminal, para ser valoradas junto con las demás probanzas existentes y, por tanto, como unos elementos probatorios mas a depurar por el Juzgador o Tribunal sentenciador en su tarea lógica inductiva - deductiva.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- El tercer motivo se formula por la vía del artículo 849, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley, por indebida aplicación del art. 252 del Código Penal.

En el desarrollo del mismo se hace constar que, si bien es reiterada y constante la doctrina jurisprudencial que cita, la que considera con respecto de la apropiación indebida de dinero (la modalidad de "distracción"), que es una modalidad de la administración desleal (siempre hablamos, respecto de la legislación anterior a la LO 1/2015) y que por tanto "no precisa de la incorporación de la cosa al patrimonio del autor sino que basta con el perjuicio producido y el dolo genérico de conocer y consentir en dicho perjuicio"; no es menos cierto, puesto que en muchas ocasiones puede llevar a equivoco, que, como viene siendo exigido por la doctrina científica, y el recurrente entiende que ello es esencial, dado que nos encontramos en el ámbito del derecho penal, en relación con la apropiación indebida, solo cabe la comisión dolosa; en consecuencia lo que la jurisprudencia establece en relación con la distracción, es que no pesa sobre la acusación el deber de acreditar dónde está el dinero, primero porque es un bien fungible de fácil desaparición y segundo porque se puede entregar a un tercero a quien se quiere favorecer. Pero, es obligado que se pruebe, aunque sea por la vía indiciaria, que el dinero entró en el patrimonio del autor o de un tercero, es decir, que al autor se apropió, vale decir, incorporó el dinero a su patrimonio. Y, en la sentencia no existe prueba siquiera indiciaria de la incorporación del dinero distraído en el patrimonio del acusado.

2. De manera reiterada ha entendido este Tribunal de casación (SSTS 513/2007, de 19 de junio; 228/2012, de 28 de marzo; 664/2012, de 12 de julio; 370/2014, de 9 de mayo; 588/2014, de 25 de julio; 761/2014, de 12 de noviembre, 894/2014, de 22 de diciembre; 41/2015, de 27 de enero o 125/2015, de 21 de mayo), a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el artículo 252 CP, que el mismo sancionaba dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, ha entendido esta Sala que el delito de apropiación indebida requiere que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultara ilegítimo en cuanto que excediera de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; y que como consecuencia de ese acto se causare un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad de recuperación en relación al fin al que iba destinado.

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, precisamente por el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

La distracción, como modalidad típica a que se refiere el delito de apropiación indebida en el artículo 252 CP, no se comete con la desviación orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (entre otras STS 622/2013, de 9 de julio). Y como elementos de tipo subjetivo requiere que el sujeto conozca que excede sus atribuciones al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

En relación a la reforma operada por LO 1/2015, a la que alude el recurrente, como dijo la STS 163/2016, de 2 de marzo, la reforma ha excluido del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero, pero mantiene en el ámbito del tipo de apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos en que el acusado se apropiare para sí o para otros del que hubiera recibido en depósito, comisión, o custodia,

o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido. En efecto, la nueva redacción del tipo incluye expresamente en el artículo 253 el dinero entre los bienes que pueden ser objeto de apropiación indebida, y así establece "1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido".

En una abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que condensa la ya citada STS 163/2016, de 2 de marzo, y otras posteriores como las SSTS 244/2016, de 30 de marzo, 332/2016, de 20 de abril o 683/2016, de 26 de julio, siguen manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero.

3. En el caso analizado, se declara probado, entre otros extremos, que " Melchor inicialmente desempeñó funciones de copista para después, aproximadamente desde finales de 1989 y hasta 1998, encargarse de recibir las provisiones de fondos de los clientes y de la gestión económica de las escrituras (pagar los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad de las transmisiones de inmuebles o constitución de derechos reales, rellenar los modelos de autoliquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, así como efectuar su pago y realizar la correspondiente liquidación con los clientes una vez gestionadas las escrituras), auxiliando, además, al notario Marcelino , encargado y responsable máximo de la gestión económico-contable de ambas notarías, en la gestión de ingresos y gastos de las mismas y en la realización de las liquidaciones mensuales de los dos notarios y del personal de la notaría. (...)

En esta gestión económico contable Marcelino y Melchor no seguían un patrón contable adecuado (no se hacían Cuentas Anuales; no se llevaba una contabilidad apoyada en soportes contables; no se llevaba Libro de Caja, con lo que no se podía identificar la factura o minuta cobrada, ni determinar la entrada y salida de efectivo, ni conciliar cobros con facturas; no se llevaba correctamente el Libro de provisiones de fondos y suplidos, faltando, en ocasiones, la minuta u operación sobre la que había de aplicarse el importe recibido, en otras la identificación del sujeto que realizaba la provisión y en otras justificantes de las provisiones realizadas), existiendo un absoluto descontrol en dicha gestión, lo que dio lugar a problemas de tesorería y a que estos dos acusados dejasen de gestionar escrituras pese a que las mismas se encontraban debidamente provisionadas al destinar el dinero de las provisiones a fines distintos de aquellos para los que habían sido entregados. (...)

Este desvío del dinero de las provisiones de fondos por estos dos acusados se inició en el año 1989, afectando inicialmente a pocas escrituras, adquiriendo cierta relevancia en el verano de 1996 siendo titulares de las notarías Marcelino y Alfredo , al constatarse que faltaba una importante cantidad de dinero en las cuentas que compartían ambas notarías (....)

También a partir de ese momento, verano de 1996, se empezaron a producir las primeras reclamaciones de clientes de la notaría, que se personaban en sus dependencias para denunciar las incidencias que se estaban produciendo con la gestión económica de sus escrituras (no se abonaba en plazo el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, no se procedía a la inscripción de las escrituras en el Registro de la Propiedad, no se hacía la correspondiente liquidación con el cliente después de que las mismas hubieran sido gestionadas y pese a existir un sobrante a favor del cliente) (...)

La situación se fue agravando, siendo cada más frecuentes las visitas de clientes a las notarías para quejarse de la falta de inscripción de sus escrituras o por recibir requerimientos de la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, reclamándoles el pago de los impuestos no declarados o declarados fuera de plazo, con las correspondientes sanciones, recargos e intereses. Los empleados de la notaría remitían a los clientes con quejas a Melchor , encargado de atenderles y de solucionarles los problemas y quien, cuando no tenía más remedio, ante la insistencia de aquéllos, les hacía pasar al despacho de Marcelino para que hablasen con él.

Para intentar solucionar estas quejas de los clientes y encubrir el problema de las numerosas escrituras que habían sido provisionadas y que no habían sido gestionadas, y ante la falta de fondos para atender la gestión económica de todas las escrituras, Marcelino y Melchor decidieron destinar parte del dinero de las provisiones que se recibían de clientes para la gestión de las nuevas escrituras, tanto de la notaría de Marcelino como de la de Vicente , al pago de las liquidaciones de impuestos y gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad de escrituras antiguas que habían sido provisionadas en su momento pero no se habían gestionado, lo que, en numerosas ocasiones, llevaba consigo desembolsos superiores al inicialmente previsto al exigirles a los clientes la provisión de fondos, al venir las liquidaciones del impuesto con sanciones, recargos e intereses de demora. Asimismo, y con el fin de ver reducido el importe de los pagos a realizar, los referidos acusados acordaron

presentar algunos modelos 600 (autoliquidaciones del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) ante la oficina liquidadora de la Hacienda Autonómica, alterando sustancialmente su contenido, utilizando distintas formulas que evitaban el pago del impuesto o reducían su importe, a sabiendas de que no procedía dicha liquidación, ocultándoselo a los clientes.".

Del citado relato fáctico se desprenden todos los elementos integrantes del tipo penal por el que viene condenado el recurrente, ya que las provisiones de fondos hechas anticipadamente que recibía el Sr. Marcelino , representan una provisión para ser usada solo en aquellos gastos correspondientes, no para ser apropiadas en beneficio del receptor, el cual tras recibir distintas provisiones de fondos la hizo suyas, es decir las incorporó a su patrimonio sin ejecutar nada de la actividad concreta contratada, de lo que se desprende, a diferencia de lo argumentado, que el dinero entró en el patrimonio del mismo o de un tercero, lo que resulta indiferente, es decir, que el mismo se apropió o incorporó el dinero a su patrimonio. Las entregas posteriores de dinero realizadas por el Sr. Marcelino , constituyen precisamente un indicio de esa incorporación a su patrimonio, que deben ser interpretadas, tal y como lo hace la sentencia, como compensación se producen cuando el delito ya se ha cometido, por lo que no puede eliminar la existencia del delito, sino, como se ponderó en la sentencia recurrida, como una atenuante de reparación del daño causado, posterior al hecho delictivo.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- 1. El cuarto motivo se formula por la vía del artículo 849, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley, por indebida aplicación del art. 248 del Código Penal, delito de estafa.

En primer lugar, considera el recurrente que de los hechos probados no se deduce la existencia de engaño bastante y previo al desplazamiento patrimonial, ya que la compañía aseguradora pudo contar con toda la información del siniestro con anterioridad a la realización de los pagos. Es más, el letrado de la compañía don Jesús , llegó a reunirse en privado con los Notarios Abelardo y Alfredo antes de realizarse los pagos por parte de la aseguradora, pues ésta contaba con toda la información con anterioridad a la realización de los pagos.

Por otra parte, entiende que no pueden darse en la conducta de don Marcelino los elementos típicos de un delito de estafa por el siguiente motivo: las cantidades abonadas por la compañía aseguradora, lo fueron en virtud de la póliza de responsabilidad civil suscrita por el Consejo General de Registros y Notariados, póliza de responsabilidad civil cuyo objeto fundamental no es otro que proteger a los terceros perjudicados, en este caso, a los clientes que se hubieran visto afectados en sus encargos realizados a la Notaría.

Pero es más, apunta que si hablamos de la existencia de un delito de estafa, si el supuesto engaño llevado a cabo por Marcelino sobre la Compañía Aseguradora hubiera conllevado un desplazamiento patrimonial que de otro modo no se hubiera producido, en todo caso, la aseguradora estaba obligada a indemnizar a los perjudicados de la Notaría en virtud de la póliza suscrita con el Consejo General de Registros y Notariados, sobre todo cuando en aquel momento mi mandante ya era absolutamente insolvente. Así, si el desplazamiento patrimonial era exigible en todo caso, no podemos hablar de la existencia de estafa.

2. Tal como hemos expuesto en resoluciones precedentes de este Tribunal, los elementos que estructuran el delito de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia (SSTS 220/2010, de 16-2; 752/2011, de 26-7; y 465/2012, de 1-6), son los siguientes: 1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. 2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. 3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. 4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro. 5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva). (STS 186/2013, de 6 de marzo).

3. Describe el relato fáctico que " *el Consejo General del Notariado, como tomador, tenía suscrita en la fecha de los hechos descritos en el apartado anterior pólizas de seguros de responsabilidad civil empresarial con la Compañía de Seguros MUSINI S.A., ahora MAPFRE GLOBAL RISKS, que cubría, entre otros riesgos: los errores, negligencias u omisiones cometidas por los notarios en el ejercicio de su actividad profesional o de la que corporativamente les correspondiere, y los errores, infidelidades (apropiación de fondos, valores, efectos al portador o endosados en blanco y en general cualquier signo pecuniario), negligencias u omisiones cometidas por quienes legal, reglamentaria o consuetudinariamente desempeñaran actividades auxiliares encomendadas por el notario, dentro del cuadro normal de actuación profesional.*

Quedaban excluidos de la cobertura de la póliza las reclamaciones por responsabilidad civil dirigidas contra el asegurado, fundadas en: dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones y contratos (artículo 1.101 del Código Civil); y la existencia de infracción penal (artículos 19 y siguientes del Código Penal), excepción hecha de lo previsto en el apartado II, d), del presente artículo (Responsabilidad civil subsidiaria del Asegurado derivada de infracción penal, en base a los artículos ...).

Marcelino , pese a su participación en los hechos descritos en el apartado anterior y con la finalidad de obtener fondos para poder hacer frente a las reclamaciones de los clientes de la notaría, planteó siniestro el 9 de abril de 2001 ocultando su participación en los hechos, atribuyendo toda la responsabilidad a Melchor .

Ante la negativa de la Compañía aseguradora de hacerse cargo de la totalidad del siniestro, al sospechar, después de dicho abono parcial, la supuesta implicación de los notarios en los hechos, Vicente y Marcelino presentaron, el 2 de abril de 2003, ante los Juzgados de Alcalá de Guadaira, papeleta de demanda de conciliación contra la Cía. de Seguros Musini para que aceptara el siniestro denunciado por infidelidad del empleado Melchor y de la gestora DAT GESTIÓN ALCALA S.L. y, ante la falta de avenencia, el 4 de septiembre de 2006, interpusieron demanda contra la Cía. MAPFRE GLOBAL RISKS por importe de 1.365.354,79 euros más una cuantía indeterminada por los expedientes pendientes de reclamación por la Hacienda Pública que dio lugar al Juicio ordinario n° 638/2006 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n°2 de Alcalá de Guadaira y cuya tramitación procesal se encuentra suspendida.".

Los hechos que se declaran probados incluyen todos los elementos que integran el tipo penal por el que viene condenado el recurrente, hubo engaño bastante por parte del Sr. Marcelino , ya que pese a su participación en los hechos descritos en los apartados anteriores -apropiación de las provisiones de fondos de los clientes y falsificación de los modelos 600 de declaración de impuestos- y con la finalidad de obtener fondos para poder hacer frente a las reclamaciones de los clientes de la notaría, planteó siniestro el 9 de abril de 2001 ocultando su participación en los hechos -que hasta el momento actual sigue negando-, atribuyendo toda la responsabilidad a Melchor , lo que provocó un desplazamiento patrimonial por parte de la compañía de seguros -que no fue total, ante la sospecha de la misma de que estaban implicados los notarios reclamantes-, y ello al margen de lo alegado que, en su caso el desplazamiento patrimonial se hubiera producido igual, ya que en aquel momento el acusado ya era absolutamente insolvente, pues ello se trataría de algo posterior al delito que ya se hubiera cometido. Cuestión distinta es que el recurrente discrepe de la valoración que de la prueba realizó el Tribunal de instancia, y que considere su insuficiencia a los efectos de entender acreditados los hechos en virtud del cual se le condena, lo que no tiene cabida en el motivo casacional alegado.

El motivo debe ser desestimado.

Recurso de Melchor

QUINTO.- 1. El recurso se articula con un único motivo, por infracción de ley (art. 849.1º LECrim.), con tres concretas alegaciones: a) Por vulneración de los artículos 392, en relación con el art. 390.1.1° y 3° del Código Penal en concurso medial con un delito continuado de apropiación indebida del art. 252, en relación con el art. 250.1.6°, 74 y 77 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, con infracción además de lo dispuesto en los artículos 5 c) y 20 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. b) Por la no apreciación de la eximente 7ª del art. 20 del CP vigente a la fecha de los hechos, infringiendo el citado artículo. c) Por no aplicación del art. 120.4° del Código Penal vigente a la fecha de los hechos en cuanto a la responsabilidad civil de los empleadores «por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Asimismo, también, del artículo 1903.4 del C.C.

2. En la primera alegación se aduce que, el acusado, en su condición de empleado-trabajador, era una subordinado que dependía de los notarios para todo trabajo, careciendo de autonomía propia, ya que las facultades de dirección, según el Estatuto de los trabajadores y el Convenio colectivo vigente a la fecha, pertenecen al empresario, no al trabajador, por lo que estaba sujeto al poder de dirección del empleador, el cual fue instrumentalizado, dirigido y engañado por el notario acusado, que siempre tuvo el dominio del hecho.

Es por ello que entiende el recurrente que las acciones típicas que se dicen cometidas por el mismo, deben quedar excluidas de la antijuridicidad o punibilidad de la acción, dada la inexistencia de dolo en el acusado, tanto en lo referido a la apropiación indebida como al delito de falsedad, porque el relato de hechos probados obrante en la Sentencia permite inferir que Melchor jamás actuó de manera autónoma, sino bajo mandato del empleador.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo

del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

En el caso analizado, del relato fáctico no se desprende que el Sr. Melchor haya sido instrumentalizado, dirigido y engañado por el notario acusado Sr. Marcelino , el acusado Melchor estuvo trabajando de forma ininterrumpida como empleado de las dos notarías de Alcalá de Guadaira, que funcionaban de forma concertada bajo criterios de unidad de caja y contabilidad, desde el año 1986 hasta el 9 de marzo de 2001, fecha en la que fue despedido, durante todos esos años, el titular de una de las dos notarías fue el también acusado Marcelino .

Melchor , inicialmente, desempeñó funciones de copista para después, aproximadamente desde finales de 1989 y hasta 1998, encargarse de recibir las provisiones de fondos de los clientes y de la gestión económica de las escrituras (pagar los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad de las transmisiones de inmuebles o constitución de derechos reales, rellenar los modelos de autoliquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, así como efectuar su pago y realizar la correspondiente liquidación con los clientes una vez gestionadas las escrituras), auxiliando, además, al notario Marcelino , encargado y responsable máximo de la gestión económico-contable de ambas notarías, en la gestión de ingresos y gastos de las mismas y en la realización de las liquidaciones mensuales de los dos notarios y del personal de la notaría. A partir de 1998 Melchor siguió encargándose, fundamentalmente, de la gestión de las escrituras antiguas y de entregar a DAT GESTIÓN ALCALA S.L. las escrituras que debían ser gestionadas por ésta y el correspondiente cheque para que llevase a cabo dicha gestión.

En consecuencia, no consta en el relato fáctico que el Sr. Melchor fuera engañado por el Sr. Marcelino , por lo que el motivo alegado no puede prosperar, ya que tiene como presupuesto el respeto del hecho probado, siendo el único debate que se permite el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.

3. La segunda alegación por infracción de ley consiste en la no apreciación de la eximente 7ª del art. 20 del CP vigente a la fecha de los hechos.

No existe, en primer lugar, indebida inaplicación del artículo 20.7º, que se refiere a la eximente de quien obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo, no sólo porque no se cuenta con la base fáctica exigible para ello, en la narración que contiene la Sentencia recurrida, como es de todo punto indispensable en el análisis de un motivo como el presente, sino porque, además, examinando las pruebas disponibles, no concurren los elementos precisos para considerar la conducta del recurrente amparada en dicha circunstancia de exención de la responsabilidad criminal, ni siquiera incompleta, pues se echa en falta el requisito básico e imprescindible de la "necesidad" de la actuación, que en ningún momento ha quedado acreditada.

Por ello, de nuevo, estamos ante una alegación que ha de desestimarse.

4. Por último, se denuncia en el motivo la no aplicación del art. 120.4° del Código Penal vigente a la fecha de los hechos en cuanto a la responsabilidad civil de los empleadores «por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Asimismo, también, del artículo 1903.4 del C.C, interesando por ello la condena del Sr. Marcelino como responsable civil ante el notario absuelto.

La sentencia, en el FD 17º, apartado segundo, acuerda que Melchor , indemnice a Vicente -coacusado absuelto- en la suma de 198.252,51€, haciendo constar que el pago de la citada indemnización debería compartirlo con Marcelino , pero toda vez que el perjudicado Sr. Vicente no interesa la condena de su compañero no procede hacerle responder de dicho pago, sin perjuicio del derecho de repetición que le pudiera corresponder.

Como se ha dicho por esta Sala en reiteradas ocasiones (SSTS 300/2014, de 1 de abril, 1026/2013, de 2 de diciembre, que evoca la 643/2007, de 3 de julio), el acusado no ostenta legitimación para reclamar la responsabilidad civil de un tercero. Su posición en la causa es la de una parte pasiva acusada que no puede ejercitar la acción civil. Ni en la instancia; ni posteriormente en vía de recurso; y, ni siquiera, por vía adhesiva. Carece de gravamen. Un acusado no puede ejercitar ni acciones civiles, ni acciones penales frente a otros coacusados o frente a responsables civiles. Como no podría reclamar la condena penal de otros aduciendo que siendo varios los responsables penales la asignación de cuotas decrecería el importe de su responsabilidad civil.

Su responsabilidad civil es principal, y por tanto en nada le afecta que existan o no terceros civiles responsables subsidiarios. Eso no merma su obligación principal. Tan solo puede variar eventualmente quién sea su acreedor (si no paga directamente, pasará al tercero responsable civil la facultad de repetir).

Nos dice en este sentido la STS 643/2007, antes citada, que: "De tal manera que, frente a quienes ejercitan la pretensión civil de restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización de los perjuicios, existe una parte pasiva que carece de legitimación para transmutar su llamada al proceso, colocándose artificialmente, aunque sea en sede casacional, en el lado de los que instan la pretensión indemnizatoria.

La doctrina de esta misma Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia. Así, la STS 1990/1992, 22 de septiembre, como con reiteración indica la doctrina de esta Sala, y a modo de ejemplo la sentada en la S. 28 junio 1990, aplicable en todo al supuesto recuerda que «el procesado no se halla legitimado para impugnar cuestiones relativas a la responsabilidad civil subsidiaria, cuyo alcance le ha de ser indiferente ... es parte pasiva de la causa, al atribuírsele la comisión de un delito... y derivadamente unas responsabilidades civiles, no pudiendo pues ejercitar una pretensión civil tendente a la declaración de determinada responsabilidad subsidiaria», ya que así, «trata de defender derechos ajenos y los recursos se conciben y trazan para la defensa de derechos propios y personalísimos» (cfr., entre otras, SS. 11 noviembre y 16 diciembre 1986; 22 enero 1987; 14 noviembre 1988 y 20 diciembre 1990)".

En consecuencia, no estando el Sr. Melchor legitimado para reclamar la condena del Sr. Marcelino como responsable civil, la alegación no puede prosperar.

El motivo se desestima.

SEXTO.- Procede imponer a los recurrentes las costas devengadas en esta instancia (art. 901 LECrim.).

F A L L O

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

1º) Desestimar los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Marcelino y Melchor , contra Sentencia de fecha 8 de mayo de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, en el Rollo de Sala 164/2016.

2º) Imponer a los recurrentes las costas devengadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia 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.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo del Arco Ana María Ferrer García

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ