



Roj: **STS 5243/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5243**

Id Cendoj: **28079120012016100900**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2016**

Nº de Recurso: **952/2016**

Nº de Resolución: **902/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de Casación por infracción de Ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuesto por Raimundo , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 2ª), con fecha 9 de marzo de 2016 , en causa seguida contra Raimundo por Delito de apropiación indebida, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado Raimundo representado por el Procurador Sr. D. Manuel Calvo Sebastia.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 4 de los de Alicante, instruyó Diligencias Previas con el número 2298/2010 contra Raimundo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 2ª, rollo 28/2015) que, con fecha 9 de marzo de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"ÚNICO.- En fecha no concretada del primer cuatrimestre del año 2010 Global Logistics, S.A., empresa dedicada al transporte internacional de mercancías, contrató los servicios como agente de aduanas de "Amartrans, S.L.", con domicilio en c/ Virgen del Socorro, 29 entlo de Alicante, cuyo representante legal es el acusado Raimundo , mayor de edad (n. 28-1-50) y cuyos antecedentes penales no constan, entregándole la cantidad de 75.848,13 euros para pagar IVA y arancel a la Agencia Tributaria, no haciéndolo el acusado, destinando el dinero a un fin distinto. La cantidad debida ha sido abonada por el acusado a Universal Global Logistics, S.A."

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"LA SALA ACUERDA: Condenar a Raimundo como autor penalmente responsable de un delito de apropiación indebida del art. 252 y 250.1.6ºCP, concurriendo la circunstancia atenuante de reparación del daño del art. 21.5º del CP, imponiéndole una pena de UN AÑO de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo y multa de CINCO meses con una cuota diaria de 6 euros con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP y las costas procesales."

Tercero.- Con fecha 25 de abril de 2016, se dictó auto de aclaración, con la siguiente parte dispositiva:

"LA SALA ACUERDA: Aclarar el fallo de la Sentencia nº 000107/2016, de fecha 09-03-2016, sustituyendo un año de prisión POR DIEZ MESES DE PRISIÓN".

Cuarto.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por la representación de Raimundo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.



Quinto.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Raimundo se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 y 2 LECrim , e infracción de precepto constitucional por indebida aplicación de los artículos 249 , 252 y 250-1.6º CP .

2º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.1.3º LECrim e infracción de precepto constitucional.

Sexto.- Instruido el Ministerio Fiscal, lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 17 de noviembre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de apropiación indebida de los artículos 252 y 250.1.6ª, con la atenuante de reparación del daño, a la pena de diez meses de prisión y multa de cinco meses con una cuota diaria de seis euros. Contra la sentencia interpone recurso de casación.

En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción, por aplicación indebida de los artículos 249 , 252 y 250.1.6ª del C. Penal . Alega que en la sentencia impugnada no se expresa de manera clara y terminante, ni como hecho probado ni como fundamento jurídico, el aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional. Sostiene que en el caso no se contempla que la relación de confianza exceda la genérica que conlleva el tipo básico. Incorpora consideraciones relativas a la necesidad de previa liquidación dadas las relaciones entre las partes. Y sostiene, finalmente, que no debió aplicarse el artículo 250 sino el 249.

1. Dado el contenido del motivo, así como el dictamen del Ministerio Fiscal, deben interpretarse en primer lugar los términos de la acusación final del Ministerio Fiscal, según sus conclusiones definitivas. Tal como se recoge en la sentencia impugnada, calificó el delito como comprendido en los artículos 252 y 250.1.6ª, apreció la atenuante de reparación del artículo 21 del Código Penal , y solicitó la imposición de una pena de diez meses de prisión y multa de cinco meses.

Ha de entenderse, en primer lugar, que cuando se refiere al artículo 250.1.6ª lo hace a la redacción vigente en el momento de cometerse los hechos, que es la aplicable salvo que la posterior sea más favorable, según el artículo 2 del C. Penal . Y según esa redacción vigente al tiempo de los hechos, el artículo 250.1.6º consideraba un supuesto de agravación el que el hecho revista especial gravedad atendiendo, entre otros aspectos, al valor de la defraudación. Dado que en el caso el importe de la cantidad apropiada ascendía a 75.848,13 euros, que no ha sido discutida, la agravación es plenamente aplicable. Es cierto que en la sentencia no se razona sobre este particular, pero la claridad de los hechos hace que tal omisión no sea suficientemente relevante para dar lugar a la casación de la sentencia por falta de motivación, lo cual, además no ha sido alegado.

Por lo tanto, no se aplica el artículo 250.1.6º en su actual redacción, que efectivamente se refiere al abuso de las relaciones personales o al aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional, sino el mismo precepto en su redacción al tiempo de los hechos, referida, como se ha dicho, a la especial gravedad en atención al valor de la defraudación, que esta Sala había situado en cuantía superior a los 36.000 euros.

2. En segundo lugar, si el Ministerio Fiscal aprecia la atenuante de reparación del daño y cita como precepto aplicable el artículo 21, y si solicita la imposición de una pena inferior en un grado, tanto respecto de la privativa de libertad como de la multa, es claro que la está valorando como muy cualificada.

3. En consecuencia, aunque la sentencia sea escueta en algún aspecto dado el reconocimiento que de los hechos hizo el acusado, cuando el Tribunal condena por un delito de apropiación indebida de los artículos 252 y 250.1.6º, valorando implícitamente la evidente y no discutida gravedad de la defraudación; cuando aprecia como muy cualificada una atenuante; y cuando impone una pena de diez meses de prisión y de cinco meses de multa, se está manteniendo dentro de los límites de la acusación, y además no incurre en infracción de ley alguna.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En un segundo apartado de este primer motivo alega vulneración de la presunción de inocencia. Además de recoger doctrina jurisprudencial de carácter general, insiste en que no le corresponde demostrar que no aprovechó su credibilidad empresarial, sino que la prueba de ese extremo es responsabilidad de la acusación. Señala que ha quedado acreditada la existencia de avales por 320.000 euros ante la Agencia Tributaria en garantía del pago de cualquier tributo o arancel, por lo que no era conocedor de la ilicitud de los



hechos, por lo que no concurre el elemento subjetivo. Hace referencia a documentos relativos a las relaciones comerciales entre la sociedad perjudicada y el recurrente, afirmando que entre ellas existía una relación de cuenta corriente, con relaciones continuadas.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo.

Por otro lado, rectificando anteriores planteamientos la consolidada doctrina de esta Sala, siguiendo la del Tribunal Constitucional, ha entendido que la prueba de cargo ha de estar referida a todos los elementos del delito, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (STC nº 147/2002, de 15 de julio ; STS nº 521/2015, de 13 de octubre y STS nº 655/2015, de 4 de noviembre , entre otras).

2. En el caso, como ya se ha dicho, no se ha apreciado el aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional, por lo que no es preciso analizar la eventual prueba sobre tales aspectos.

De otro lado, el Tribunal razona que el recurrente ha reconocido los hechos y, concretamente, que, debido a su situación de iliquidez temporal, dispuso del dinero que había recibido para el pago del impuesto. Asimismo declara probado, valorando la declaración del denunciante, que la empresa perjudicada tuvo que abonar el impuesto y el arancel a la Agencia Tributaria y posteriormente, el acusado lo reconoció y se avino a devolver el dinero en un periodo de tiempo, como efectivamente hizo.

El recurrente no niega estos hechos, aunque sostiene que no sabía que actuaba ilícitamente, porque existían unos avales en garantía del pago de cualquier tributo. Añade que entre la sociedad y el recurrente existía una relación de cuenta corriente.

A pesar de sus afirmaciones, y de que en la sentencia no se trata esta cuestión, es claro que la existencia de un aval que garantiza el pago del tributo, no permite a quien recibe el dinero con la obligación de proceder a su pago, que, en lugar de ello, lo emplee invirtiéndolo en su propio beneficio, y, por lo tanto, actuando sobre él como si fuera su dueño. Ninguna persona que desarrolle su actividad en el ámbito comercial y que tenga un conocimiento que pueda considerarse situado dentro de la normalidad, puede entender de forma razonable que la existencia de avales le autorizan para hacer suyo el dinero recibido para cumplir con la actividad avalada, transfiriendo así al avalista la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones que corresponden a aquel. Por lo tanto, el elemento subjetivo, consistente en el conocimiento del significado de su conducta y en la voluntad de ejecutarla con las consecuencias propias que le corresponden, surge sin dificultad de la descripción de los hechos probados.

3. En cuanto a la relación de cuenta corriente que se alega, además de que no constan sus características concretas, lo que impide valorar su posible relevancia, pudiera explicar algunos desfases temporales en la contabilidad, siempre de menor entidad, pero no justifica una distracción de dinero en la forma descrita en el hecho probado, en el que el recurrente lo hizo suyo, utilizándolo para sus propios intereses, hasta que fue reclamado por la sociedad que se lo había entregado.

De esas consideraciones resulta igualmente la superación del llamado punto de no retorno, mencionado por el recurrente en alusión a algunos precedentes de esta Sala. A esa situación se llega cuando se ha dispuesto del dinero con vocación de permanencia, la cual resulta del hecho de que, conocido el uso ilegítimo y reclamada la devolución, ésta no resulta posible. Sin perjuicio del establecimiento posterior de cauces o sistemas de reintegro e indemnización.



4. En cuanto a los documentos mencionados en el motivo, aunque no se ha alegado error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, precisando los particulares de cada uno de ellos que acreditan el error del Tribunal al establecer los hechos probados, de ninguno de ellos resultan hechos contradictorios con lo que el Tribunal ha declarado probado, ni tampoco hechos cuya incorporación al relato fáctico pudiera determinar un fallo diferente.

En consecuencia, el motivo, en sus distintas alegaciones, se desestima.

TERCERO.- En el rotulado como segundo motivo, alega quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.1.3º de la LECrim e infracción de precepto constitucional. Alega que no se expresa clara y terminantemente el llamado punto sin retorno, dada la vigencia de los avales y la falta de requerimiento de la Agencia Tributaria, así como la devolución con intereses. Señala que ha quedado probado que los representantes de ambas mercantiles se reunieron para acordar el pago con intereses iniciándose el mismo desde esa reunión. Asimismo alega dilaciones indebidas al enjuiciarse la causa el 3 de marzo de 2016 habiéndose iniciado el procedimiento el 11 de noviembre de 2010, sin que sea imputable al recurrente.

1. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal, debe entenderse que el recurrente cita el artículo 851.3º, aunque luego en el desarrollo del motivo no haga mención alguna a la incongruencia omisiva a que tal precepto se refiere.

En cualquier caso, las cuestiones relativas a la apropiación, en relación con el llamado punto de no retorno, han sido ya examinadas. De los hechos probados resulta que el recurrente, sin autorización alguna, dispuso del dinero, que había recibido con la finalidad de hacer unos determinados pagos, como si fuera suyo, y solo lo devolvió cuando le fue reclamado.

2. En cuanto a las dilaciones indebidas, la falta de alegación en la instancia ha impedido el debate oportuno y el consiguiente examen en la sentencia acerca de si las razones que han determinado la duración del proceso, pueden considerarse indebidas, no atribuibles al propio acusado y no relacionadas con la complejidad de la causa.

Dado que el recurrente se limita a mencionar las fechas de inicio del proceso y de la sentencia, sin señalar periodos de paralización o la realización de diligencias cuya inutilidad fuera apreciable desde el primer momento, tampoco ahora es posible proceder a dicho examen, lo que determina la desestimación del motivo.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación interpuesto por la representación de **Raimundo**, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Segunda, de fecha 9 de marzo de 2016, en el Rollo Procedimiento Abreviado nº 28/2015, por un delito de apropiación indebida.

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Andrés Martínez Arrieta**, **Julian Sanchez Melgar**, **Miguel Colmenero Menendez de Luarda**, **Luciano Varela Castro**, **Alberto Jorge Barreiro**

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menendez de Luarda, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.