



Roj: **STS 423/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:423**

Id Cendoj: **28079120012018100074**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2018**

Nº de Recurso: **1034/2017**

Nº de Resolución: **80/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1034/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 80/2018**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 15 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma, interpuesto por **el Ministerio Fiscal** y la representación de D. Olegario representado por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia y defendido por el letrado D. Francisco Javier Beramendi Eraso; D. Jose Antonio , representado por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia; y **D. Adrian** representado por el procurador D. Jaime Briones Méndez y defendido por el letrado D. Carlos Bueren Roncero contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Sexta, de fecha 20 de marzo de 2017 , que condenó a Adrian , Olegario y Jose Antonio , por delito de apropiación indebida cualificado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao, instruyó Procedimiento Abreviado 426/2015 contra **Adrian , Olegario y Jose Antonio** , por delito de apropiación indebida, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Sexta, que con fecha 20 de marzo de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** Como consecuencia de un proceso de integración de las entidades "BILBAO BIZKAIA KUTXA, AURREZKI KUTXA ETA BAHITETXEA" (BBK), "CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GIPUZKOA Y SAN SEBASTIÁN-GIPUZKOA ETA DONOSTIAKO AURREZKI KUTXA" (KUTXA) y "CAJA DE AHORROS DE VITORIA Y ÁLAVA-ARABA ETA GASTEIZKO AURREZKI KUTXA (VITAL), surgió la entidad "BANCO BILBAO BIZKAIA KUTXA S.A.", que posteriormente pasó a denominarse



"KUTXABANK S.A.", con sede social en la calle Gran Vía núm. 30-32 de Bilbao, la cual inició su actividad el día 1 de enero de 2012.

Mediante acuerdo de 2 de enero de 2012, se eligió al acusado Adrian para el cargo de Presidente del Consejo de Administración, cargo que también había desempeñado en la entidad BBK y en el que se mantuvo hasta finales del mes de noviembre de 2014 en que presentó su dimisión.

De la misma fecha 1 de enero de 2012 es el contrato que la entidad KUTXABANK suscribió con el despacho "RAFAEL ALCORTA & ABOGADOS S.L.", el cual tenía por objeto la prestación de servicios jurídicos para asesoramiento, gestión y defensa de sus intereses en el orden laboral, sindical y de Seguridad Social, básica y complementaria, que le fueran encomendados por la entidad al despacho, el cual era dirigido por el acusado Olegario . El arrendamiento de servicios profesionales se pactó para un plazo de dos años, estableciéndose el pago anual de 93.600 euros con abonos mensuales de la doceava parte más el IVA correspondiente.

En la misma fecha en la que KUTXABANK comenzó su andadura, el también acusado Jose Antonio había cesado recientemente en su cargo de Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En el inicio del año 2012, en el mes de enero o febrero, el acusado Adrian recibió una comunicación procedente de una personalidad relevante del mundo político solicitando su colaboración para proporcionar al mencionado-Dellgado del Gobierno cesante una salida u ocupación laboral en el ámbito privado.

Atendiendo a este requerimiento, siendo consciente y aceptando el perjuicio económico que iba a suponer para la entidad de la que era Presidente, el acusado Adrian dio orden al Director de Recursos Humanos de la entidad de que, con ánimo de procurarle un beneficio económico, se hiciera entrega a Jose Antonio de la cantidad mensual de 5.783 euros durante un período de tres años, con cargo a las cuentas de KUTXABANK, así como de la cantidad de 900 euros en concepto de gastos de viaje.

Entre las instrucciones transmitidas al Director de Recursos Humanos se encontraba también la de dar cobertura formal a las entregas mensuales de dinero poniendo en contacto al acusado Jose Antonio con el despacho del acusado Olegario , a fin de que, bajo la tutela y supervisión de éste y sin incorporarse a su despacho, durante ese plazo de tres años adquiriera el primero los conocimientos y la experiencia necesarios para el ejercicio de la profesión de abogado laboralista.

El encargo del Presidente Adrian se materializó a partir del mes de marzo de 2012. En ese mes Jose Antonio procedió a darse de alta en el Censo de Empresarios y Profesionales y a concertar un contrato de arrendamiento de un despacho en el que desarrollar su actividad.

A partir del mes de marzo de 2012 y hasta el mes de octubre de 2014, ambos incluidos, "Rafael Alcorta & Abogados S.L." emitió para pago por KUTXABANK facturas mensuales en las que se adicionó al importe mensual de los servicios prestados por el despacho en virtud del contrato mencionado, la cantidad de 5.783 euros. El Director de Recursos Humanos archivó todas estas facturas incorporando a cada una de ellas un documento del siguiente tenor literal: "conforme a lo establecido, en la minuta de honorarios correspondiente al mes (...) se contiene el importe de honorarios adicionales de la mensualidad por colaboración y gestión externa (MCG) de 5.783 euros (principal más IVA)". A su vez, el acusado Olegario extendió mensualmente un cheque nominativo correlativo por el importe de 5.783 euros que cobraba Jose Antonio . Y éste, igualmente, presentó al cobro a la sociedad de Olegario otras tantas facturas mensuales por el concepto "prestación de servicios profesionales de colaboración y asesoramiento y en materia, prioritariamente, jurídico-laboral".

Durante todo este período Jose Antonio permaneció en contacto habitual con Olegario , acudiendo esporádicamente a su despacho, sin que conste la frecuencia, volumen e intensidad de la actuación desarrollada conjuntamente con él. Jose Antonio cobró mensualmente las cantidades, ingresando en su cuenta los cheques que le entregaba Olegario , sabiendo que procedían de KUTXABANK, a pesar de no haber suscrito ningún acuerdo o compromiso con dicha entidad y a pesar de no trabajar para ésta; de todo esto era conocedor el acusado Olegario , el cual participó en el pago de las cantidades procedentes de KUTXABANK en el modo que ha quedado indicada. Tanto Olegario como Jose Antonio eran conocedores de que estos pagos se debían a una decisión personal del Presidente Adrian .

Con fecha 10 de noviembre de 2014, "Rafael Alcorta & Abogados Sa..i.-éi-ffitió para pago por KUTXABANK, siéndole abonado su importe, la factura NUM000 importe total de 24.032 euros más IVA, con la siguiente indicación: "Les comunica -4- la minuta de honorarios correspondiente a las actividades de asesoramiento relativas al proceso de negociación sobre la transacción judicial de la Sentencia de la Audiencia Nacional ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, asciende al siguiente importe". Esta factura la emitió en estos términos de común acuerdo con el Director de Recursos Humanos de KUTXABANK, el cual incorporó en esta ocasión un anexo con la redacción siguiente: "Liquidar Noviembre, Diciembre, Enero y Febrero (lo pendiente) por importe de 23.132 euros (5.783x4) más 900 euros de gastos". El destino del dinero abonado



por esta factura, sin embargo, era el de pago a favor de Jose Antonio de las cuatro mensualidades que restaban para completar el período de tres años de retribuciones previsto, más la cantidad fija de 900 euros igualmente prevista en concepto de gastos para viajes. Olegario extendió un nuevo cheque a favor de Jose Antonio por esa cantidad, correspondiente, asimismo, con la última de las facturas emitidas presentadas por este último para su pago por "Rafael Alcorta & Abogados S.L.". No ha quedado acreditado que esta factura de fecha 10 de noviembre de 2014 hubiese sido redactada y emitida por el acusado Olegario en connivencia o de común acuerdo con los acusados Adrian y Jose Antonio y con la intención de alterar la realidad del destino de la cantidad que en ella figuraba. El trabajo de asesoramiento mencionado en la misma había sido efectivamente desempeñado por Olegario en la primavera de 2014 y no fue facturado al margen del contrato de arrendamiento de servicios suscrito con KUTXABANK.

El día 13 de enero de 2015, una vez ya había cesado en su cargo de Presidente y fue informado por la nueva Dirección de la constancia de toda la documentación relativa a los pagos a Jose Antonio, el acusado Adrian extendió un cheque bancario a favor de KUTXABANK por el importe de 243.592,02 euros en el que la entidad, que no reclama cantidad alguna en el presente procedimiento, estimó el perjuicio causado.

Ninguno de los acusados en el presente procedimiento cuenta con antecedentes penales".

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

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS:

-al acusado Adrian, como autor penalmente responsable de un delito de apropiación indebida cualificado, con la atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de PRISIÓN DE SEIS MESES, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE TRES MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE CINCUENTA (50) EUROS;

-al acusado Jose Antonio, como autor penalmente responsable, en concepto de cooperador necesario, de un delito de apropiación indebida cualificado, a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE SEIS MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE CINCUENTA (50) EUROS;

-al acusado Olegario, como cómplice penalmente responsable de un delito de apropiación indebida cualificado, a la pena de PRISIÓN DE SEIS MESES, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE TRES MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE CINCUENTA (50) EUROS;

y DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los tres acusados del delito de falsedad en documento mercantil por el que fueron objeto de acusación; todo ello con imposición a los tres acusados de las costas del procedimiento excluyendo las correspondientes a la acusación popular.

El impago de las multas determinará la imposición de una responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas.

Notifíquese esta sentencia en forma legal a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán interponer recurso de casación en el plazo de cinco días".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el **Ministerio Fiscal** y las representaciones de **Adrian, Olegario y Jose Antonio**, 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.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal y la representación de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

El Ministerio Fiscal:

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECRim, por vulneración del art. 28 a) y 29 del CP y art. 61 y 66.1.6ª todos del CP.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECRim, por vulneración del nº 3 del art. 56 del CP y 45 del CP, en relación con el condenado Adrian.

La representación de Adrian:

PRIMERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por incorrecta aplicación del art. 252 del CP según el texto vigente en la fecha de los hechos.



SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el art. 24 de la Constitución Española (CE).

TERCERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECRim ..

CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECRim . por incorrecta aplicación del art. 252 del CP según el texto vigente en la fecha de los hechos.

La representación de Olegario :

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECRim . denuncia vulneración del artículo 24.2 de la CE .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2 LECRim . denuncia error de hecho.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.2 LECRim . denuncia error de hecho.

CUARTO.- Al amparo del art. 849 primero de la LECRim . denuncia infracción de Ley del artículo 252 del Código Penal .

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1 LECRim . denuncia vulneración del artículo 29 del CP .

SEXTO.- Al amparo del art. 849.2 LECRim . denuncia infracción de Ley del art. 65.3 del CP .

La representación de Jose Antonio :

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECRim . denuncia vulneración del art. 24.2 , 18.1 y del 18.4 de la CE .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 LECRim . denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

TERCERO.- Al amparo del art. 852 LECRim . denuncia vulneración del art. 24.1 de la CE .

CUARTO.- Al amparo del art. 849.2 LECRim . denuncia error de hecho.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1 LECRim . denuncia infracción de Ley del art. 65.3 del CP .

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 17 de enero de 2017 se señala el presente recurso para fallo para el día 30 de enero del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.-** La sentencia cuyo recurso de casación conocemos y resolvemos condena a los acusados Adrian , Jose Antonio , y Olegario , respectivamente como autor, como cooperador necesario, y como cómplice de un delito de apropiación indebida, al tiempo que son absueltos del delito de falsedad documental del que eran acusados. Contra la sentencia formula la impugnación los condenados y también el Ministerio fiscal, quien insta la consideración de autores de los tres acusados.

En síntesis, el relato fáctico refiere que el acusado Adrian era presidente del consejo de administración de la entidad bancaria Kutxabank, resultante de la integración de anteriores cajas de ahorros ubicadas en el País Vasco; el acusado Jose Antonio , había sido delegado del gobierno en la comunidad autónoma del País Vasco, iniciándose los hechos tras su cese; el tercer acusado Olegario es un abogado que mantenía una relación de servicios con la entidad financiera. Se refiere en el relato fáctico que el acusado Adrian recibe una comunicación "procedente de una personalidad relevante del mundo político" que le solicita que hiciera lo posible para procurar al delegado del gobierno cesante, "una salida u ocupación laboral en el ámbito privado". Se relata que atendiendo a ese requerimiento el acusado Adrian dio orden al director de recursos humanos para que "con ánimo de procurarle un beneficio económico se entregara a Jose Antonio de la cantidad mensual de 5783 € durante un periodo de tres años a cargo de la cuenta de la entidad financiera", más 900 € en concepto de gastos de viaje. Se señala que para dar cobertura formal a la anterior instrucción había que poner en contacto a los otros dos imputados, Olegario y Jose Antonio , a fin de que bajo la tutela del primero y sin incorporarse a su despacho durante el plazo de esos tres años Jose Antonio adquiriera los conocimientos precisos para el ejercicio de la profesión de abogado laboralista. En ejecución de esa instrucción, el despacho de Olegario emitió, para pago de la entidad financiera, facturas mensuales en la que adicionó al importe mensual de los servicios anteriormente contratados la cantidad de 5783 €, adicionando la factura la expresión "conforme a lo establecido en la minuta de honorarios correspondiente al mes..... se contienen importe de honorarios adicionales de la mensualidad por colaboración y gestión externa de 5783 € (principal mas IVA)".



Al tiempo, Olegario extendía mensualmente un cheque nominativo por importe de 5783 € que cobraba Jose Antonio en concepto de "prestación de servicios profesionales de colaboración y asesoramiento y en materia, prioritariamente, jurídico laboral". Durante este periodo Jose Antonio acudía esporádicamente al despacho recibiendo mensualmente la cantidad dispuesta a su favor a pesar de no haber suscrito ningún acuerdo o compromiso con la entidad financiera, y conociendo los tres acusados el sustrato de la operación. Se añade que con fecha del 10 noviembre 2014 se realizó un último pago para liquidar los meses de noviembre y diciembre enero y febrero por un importe de 23.132 € haciendo constar en la factura el despacho de abogados Olegario contra la entidad financiera bajo el concepto de asesoramiento relativo al proceso de negociación sobre una resolución judicial sin que resulte acreditada la participación en los mismos del acusado. Por último, se señala que el acusado Adrian reintegró el dinero a la entidad financiera que no reclama cantidad alguna.

### RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

**PRIMERO.-** En el motivo opuesto por el Ministerio fiscal formaliza una primera queja en la que denuncia un error de derecho al considerar indebidamente aplicado los artículos 28 y 29 del Código penal . Se refiere a la consideración de cooperador necesario y cómplice respectivamente de los acusados Jose Antonio y Olegario . Con cita de la jurisprudencia de esta Sala sobre el alcance de la autoría refiere que en el hecho probado lo que se describe es una realización conjunta del hecho por todos los acusados proporcionando la cobertura precisa para la conducta de apropiación. Son coautores los que realizan conjuntamente el hecho, no siendo necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo. El relato fáctico describe una decisión conjunta, consecuencia de un acuerdo previo simultáneo, dirigido al desapoderamiento a la entidad financiera de las cantidades que se relacionan. Consecuentemente, entiende, Jose Antonio no es un cooperador sino coautor, pues es el beneficiario del desfalco y es el promotor en la sombra con la idea de ser beneficiado. Entiende que la estimación es procedente, pese a la a la consideración de autores que para el Código penal tiene la figura del cooperador necesario, conforme el art. 28 Cp , pues no le sería de aplicación el artículo 65.3 del Código penal y la atenuación potestativa prevista. De igual manera, el coimputado Olegario no es un mero cómplice sino coautor al aportar a la ejecución del delito un elemento esencial, cual es la cobertura formal para el apoderamiento.

El motivo se desestima. En primer lugar, porque en la impugnación del Ministerio público se apoya en una relación fáctica que expone, y que no aparece en la sentencia, cuál es que el computado Jose Antonio fuera el promotor en la sombra de la conducta declarada probada. Nada de eso dice el relato fáctico que se limita a señalar que el acusado Adrian recibió una indicación de proporcionar una salida al recién cesado Delegado del Gobierno en el País Vasco. Se trata de una conjetura desprovista de sustrato fáctico.

Pero en todo caso, el delito de apropiación indebida objeto de la condena, es un delito de apoderamiento que aparece caracterizado por un elemento específico, la infracción de un deber de fidelidad deducible de una relación especial derivada de alguno de los contratos consignados el artículo 252 y la actuación, en perjuicio del patrimonio ajeno, producido por la infidelidad. Es un tipo de infidelidad. Este tipo aparece caracterizado por las ideas básicas: a) tiene por finalidad proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio y el que asume su gestión; y b) la disposición sin razones que lo justifiquen consuma el delito, ya que no es necesario el enriquecimiento del autor.

En nuestra jurisprudencia hemos señalado que sólo puede ser autor del delito quien haya recibido la cosa o el dinero por alguno de los títulos que se relaciona. Los extraños a la relación pueden intervenir como partícipes para lo que es imprescindible que determinen al autor material a su reclusión, caso de la inducción, a o que realicen una aportación relevante a la ejecución, sea esta necesaria (cooperador necesario) o de menor entidad (complicidad), ( Sentencia 228/2006 del 3 marzo ). Es por ello, que hemos catalogado este delito como delito especial que sólo puede ser cometido por quien ha recibido el objeto del delito en virtud de una de las relaciones jurídicas que se mencionan en el tipo penal pues sólo ellos pueden quebrantar el bien jurídico de la confianza que, juntamente con la propiedad, se protege. ( Sentencia 316/2013, de 17 abril ). Desde esa perspectiva, autor es el que infringe el deber de custodia, depósito, administración que la obliga a una obligación específica que infringe.

Consecuentemente el motivo opuesto por el Ministerio fiscal se desestima.

**SEGUNDO.-** También por error de derecho. Del artículo 849.1 del Código penal se denuncia la indebida aplicación del número tres del artículo 56 y 45 del Código penal , exclusivamente con relación al acusado Adrian .

La sentencia de instancia considera que la imposición de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo de administrador de sociedades mercantiles durante el tiempo de la condena es una pena de imposición discrecional, "atendiendo a la gravedad del delito" y entiende que al ser discrecional ha de apreciarse, como





dice el artículo 56, cuando existe una relación directa con el delito cometido, elementos que no concurren en la acusación.

El motivo debe ser estimado pues la discrecionalidad se sitúa en la intensidad de la pena pero su carácter de accesoria a la pena principal aparece claramente expuesta en el articulado del Código penal. Procede estimar este apartado el recurso del Ministerio fiscal e incluir en la condena la pena de inhabilitación especial para el cargo de administrador de sociedades mercantiles y para el ejercicio del comercio durante el tiempo de la condena.

RECURSO DE Adrian

**TERCERO.-** Formaliza un primer motivo en el que denuncia la indebida aplicación a los hechos probados del artículo 252 según el texto vigente en la fecha de los hechos. Argumenta que el hecho probado contiene una actuación profesional del recurrente y que no es posible afirmar que un pago efectuado por una contraprestación profesional sea constitutiva de la tipicidad de la apropiación indebida al considerar que su conducta es de apropiación íntegra y definitiva del dinero empleado para pagar ese servicio.

El motivo opuesto por la vía del artículo 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal, como es sobradamente conocido, comporta la discusión de la subsunción jurídica de un hecho respecto al que no se pretende su modificación. El recurrente cuestiona la aplicación del derecho al hecho probado. Es por ello que deben apartarse del motivo opuesto todas las referencias que en el mismo se hacen a la valoración probatoria. Desde la perspectiva expuesta el motivo se desestima, pues el hecho probado refiere, con claridad, la trama dispuesta a para abonar al coimputado unas cantidades económicas que se entregan "a pesar de no haber suscrito ningún acuerdo o compromiso con dicha entidad y a pesar de no trabajar para esta". Desde el hecho probado resulta que no existía ninguna relación de prestación de servicios susceptibles de ser abonados en la forma que se declara probado. Respecto a la modalidad de apropiación indebida, la de distracción, nos remitimos a lo que acertadamente se argumenta la sentencia para incluir en el tipo penal del apropiación de las dos modalidades de actuación, la de apropiarse y la de distraer, conducta esta última que es la que se declara probado respecto de este acusado.

La tipicidad del delito de apropiación indebida tiene una diferenciación con el delito de administración desleal en virtud de la cual la jurisprudencia de esta Sala ha llegado a clarificar en los términos que la sentencia impugnada señala y que reproducimos, con cita de la Sentencia 574/2017, de 19 julio, superando los distintos vaivenes doctrinales para destacar su diferenciación.

Tal como se viene a sostener en la STS 656/2013, de 22 de julio, y se acoge en la sentencia de síntesis 206/2014, la tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción de dinero y bienes fungibles (art. 252 del C. Penal), del delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 del CP comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de actos de administración desleal. En cambio, la conducta de distracción de dinero prevista en el art. 252 del C. Penal, ya sea a favor del autor del delito o de un tercero, presenta un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo que conlleva un mayor menoscabo del bien jurídico.

Este criterio no solo tiene la ventaja de la claridad conceptual y funcional a la hora de deslindar el ámbito de aplicación de ambas figuras delictivas, sino que también permite sustentar con parámetros más acordes de justicia material la diferencia punitiva que conllevan ambos preceptos (el art. 252 y el 295).

Y es el criterio también aplicado en la STS 517/2013, de 17 de junio, que ubica la diferencia entre ambas figuras en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, mientras que en la apropiación indebida se comprenden los supuestos de apropiación genuina con "animus rem sibi habendi" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad", siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador.

Tanto por la relación de hechos probados, como por la fundamentación de la resolución recurrida, es un supuesto nítido de apropiación indebida, aunque fuere cometido por el administrador societario respecto de fondos de la sociedad, al encontrarnos ante un supuesto de apropiación definitiva, sin perjuicio de que una vez consumado, atendiera parcialmente a la responsabilidad civil derivada de su ilícito.

El motivo, consecuentemente, decae.



**CUARTO.-** Formaliza un segundo motivo en el que denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia que concreta en la inexistencia de la actividad probatoria suficiente sobre la tipicidad subjetiva del delito por el que ha sido condenado.

El motivo carece de base atendible y debe ser desestimado. Como se señala la sentencia en el fundamento de dicho tercero, es el propio recurrente quien señala el inicio de la actuación, surgida de una comunicación de un representante de un partido político en el que le solicita una actuación en favor de el coimputado Jose Antonio , que el recurrente atiende ordenando a recursos humanos de la entidad que administraba la adopción de medidas que se plasman en el documento de 29 febrero 2012. El propio recurrente lo lee y admite disponiendo su ejecución, según resulta de sus propias declaraciones. A partir de ahí, todo se desarrolla con arreglo a las instrucciones que el recurrente ha impartido. De ese hecho probado resulta con claridad la tipicidad subjetiva del delito de apropiación indebida pues el dolo fluye del relato, siendo él quien diseña y ejecuta la operación.

**QUINTO.-** Denuncia en el tercer motivo un error de hecho en la valoración de la prueba para lo cual designa el documento de 29 febrero 2012 que, argumenta fue confirmado por la prueba restante, y del que resulta que el abono de la nómina fue causal a la prestación del servicio profesional.

La vía de impugnación elegida parte de la designación de un documento que por sí mismo acredite un hecho o el error en la valoración del mismo con relevancia en la conformación del hecho probado. El documento que se designa es, como dice el tribunal, "el documento central en el procedimiento" y sobre el mismo han declarado el acusado y los testigos para darle su exacto contenido a partir de esa prueba personal que el tribunal con inmediatez ha oído.

Consecuentemente el documento no tiene el carácter de fehaciente, para acreditar un hecho, sino que es necesario que sea complementado con la prueba de carácter personal para dar el contenido preciso y poderlo llevar al hecho probado en los términos que el tribunal ha realizado a partir de su lectura y de la prueba personal que le ha dado el exacto contenido. Consecuentemente no es un documento que acredite un error y el motivo debe ser desestimado.

**SEXTO.-** Formaliza un cuarto motivo por el error de derecho del artículo 849.1 de la ley procesal penal en el que el propio recurrente admite su carácter de motivo supeditado al anterior en la medida que parte de la conformación del hecho probado añadiendo lo que en el motivo anterior perseguía, esto es, que se dijera que el motivo del abono de las cantidades periódicas entregadas era el de la prestación de servicios. Como quiera que no ha sido estimado el anterior motivo éste, necesariamente, decae.

RECURSO DE Jose Antonio

**SÉPTIMO.-** Formaliza primer motivo de oposición en el que denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia con un doble contenido. De una parte denuncia que la entidad financiera, al realizar la auditoría interna examinó la cuenta corriente de recurrente con infracción de la Ley Orgánica de Protección de Datos. En otros términos, la entidad financiera realizó una actividad ilícita vulneradora del derecho a la intimidad protegido constitucionalmente. En un segundo contenido, se queja de la inexistencia de la precisa actividad probatoria sobre el aserto que se declara probado relativo a la falta de prestación de servicios por parte de este recurrente para la entidad pagadora. Analizaremos ambos motivos de oposición.

En cuanto al primero, el propio recurrente admite que en el escrito de auditoría interna que obra en la causa y que inicia el proceso penal no se hace referencia ni se adjunta como anexo la cuenta corriente de este recurrente o la del despacho de abogados Olegario . El tribunal de la instancia ha resuelto la cuestión planteada por el recurrente como cuestión previa y lo hace en estos términos, no hubo vulneración de la intimidad del recurrente toda vez que la incorporación del anexo relativo a la cuenta corriente y a los cobros realizados por el recurrente desde la entidad financiera, fueron acordados a partir del mandamiento librado por la instrucción de la causa para la comprobación de un hecho delictivo. El que se realizara una investigación interna de la entidad financiera para comprobar determinadas irregularidades en la marcha de la actividad negocial de la entidad financiera y que, al respecto, se hicieron constar determinados pagos indebidos, no significa otra cosa que el normal funcionamiento de una auditoría interna para comprobar la marcha de actividad negocial. De la misma no resultó vulneración alguna sino expresión de unas irregularidades que aparecen documentadas en la causa. Como recurrente indica, es en la instrucción judicial de la causa cuando se incorpora esa documental que, indudablemente, afecta al recurrente y que es ordenado por la instrucción judicial en depuración de la conducta, en principio, delictiva. Ninguna lesión se ha producido por lo que el motivo se desestima.

Con relación a la segunda cuestión, referida a la inexistencia de prueba que acredite la afirmación del relato fáctico sobre la inexistencia de la prestación del servicio real y efectivo por parte de este recurrente para la entidad financiera, el tribunal ha tenido en cuenta las declaraciones iniciales de Olegario y del también imputado Adrian , cuando refieren la realidad de la justificación en el pago que formalizan a través del director



de recursos humanos en el documento del 29 febrero 2012, en el que se expresa que la finalidad es la de facilitar a este recurrente el reciclaje y puesta al día para poder ejercer como abogado laboralista, asegurándole aprendizaje, trabajo y los ingresos donde durante un período de tiempo razonable". Durante el desarrollo inicial de esa relación, el coimputado Olegario expresó su queja sobre la inasistencia al despacho de este recurrente, queja que expresó al director de recursos humanos y fue consultada al coimputado Adrian , quien ordenó la continuación de los pagos. La afirmación del tribunal sobre la falta de acreditación documental de ningún servicio prestado en esa relación de asesoría externa no supone una inversión de la carga de la prueba, sino la expresión de la extrañeza que causa que una relación, que se dice de prestación de servicios en el ámbito laboral, no haya dejado constancia documental de cualquiera, o alguna, de sus manifestaciones. Por otra parte, el tribunal valora la resultante de la fusión de tres cajas de ahorro en una única entidad financiera y el ahorro de costes que no hacían preciso la asesoría externa que fundamenta la contratación.

Constatada la existencia la precisa actividad probatoria del motivo se desestima

**OCTAVO.-** Denuncia en el segundo motivo la vulneración del principio acusatorio al haber sido condenado el recurrente por hechos que fueron expresamente descartados en el auto de transformación de las diligencias previas en el procedimiento abreviado y, consecuentemente, haber sido apartados del objeto el proceso.

El motivo carece de contenido casacional y debe ser desestimado. Lo que el recurrente plantea como una infracción del principio acusatorio, no es más que una divergencia entre contenido y delimitación del objeto el proceso. Sostiene que el auto de conversión de las diligencias previas al procedimiento abreviado se conforma de acuerdo al auto resolutorio de recurso de la apelación formalizado contra la anterior. En ese Auto la Audiencia provincial sostiene, en su argumentación, una doble consideración, bien la inexistencia de la actividad prestaciones de servicios, o la deficiente actividad prestacional, conforme la ilicitud denunciada. Esa distinta configuración de la acción que se imputa, tanto por su inexistencia como por su deficiencia, en los términos en que ha sido subsumidos en el tipo penal de apropiación indebida, no supone una distinta valoración jurídica ni, consecuentemente, una vulneración del principio acusatorio pues desde la acusación se calificaron los hechos y se participaron a los imputados hábiles para la realización de la oportuna defensa del recurrente.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

**NOVENO.-** En el cuarto de los motivos formalizados denuncia un error de hecho en la apreciación de la prueba del artículo 849.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal . Designa, como documentos acreditativos del error, un listado de asuntos tramitados profesionalmente por el despacho de Olegario , las cantidades abonadas por sus servicios jurídicos, las cuentas anuales de la entidad financiera, las cuentas anuales cerradas al 31 diciembre 2012, y un informe pericial que designa.

Todos los documentos han sido aportados por la defensa del recurrente y del coimputado Olegario y han sido objeto de análisis y estudio en la sentencia de instancia. De los mismos no resulta ningún error pues no acreditan un hecho, ni un error en la valoración del hecho, sino que conforman la convicción del tribunal en los términos que se expresan en el relato fáctico.

Reiteradamente esta Sala ha declarado que el documento acreditativo del error al que se refiere el artículo 849.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal , es un documento que por sí mismo y sin necesidad de una valoración, acredite un hecho o un error que pueda ser llevado al hecho probado por su relevancia penal. Los documentos que designan necesitan ser valorados dada su lectura y la testifical de quienes han realizado su contenido, y, por último, valorados racionalmente para su conformación como hecho probado y no se integran en la categoría de documento.

Consecuentemente el motivo se desestima

**DÉCIMO.-** En el último motivo de denuncia la indebida aplicación de los artículos 252 , 249 y 250 y 296 del código penal y, subsidiariamente, el artículo 65.3 del mismo cuerpo legal . Sostiene que los hechos en lugar de ser típicos del delito de apropiación indebida debían ser subsumidos en el artículo 295 del Código penal en el delito societario. Al no constar en la causa la condición de perseguibilidad prevista en el artículo 296, no serían objeto de reproche penal.

La desestimación es procedente. El relato fáctico, como vimos en el primer fundamento esta sentencia, refiere un supuesto de apropiación por la vía de distracción de caudales que eran administrados, por quien tenía facultades de realizarlo y al que cooperaron este recurrente, mediante la realización de actos necesarios para su conformación. No remitimos a ese primer fundamento para la desestimación, destacando la diferencia entre una y otra tipicidad.

En otro orden de argumentación, destaca la inaplicación al hecho probado del artículo 65.3 del Código penal . El motivo se desestima. Es precisamente porque este recurrente, al igual que Olegario , no quebrantaron el deber





de confianza típico del delito de apropiación indebida es por lo que no han sido considerados autores de delito de apropiación indebida y sí, cooperadores o cómplices en el mismo delito. La sentencia se ha representado la posibilidad de reducir la pena aplicando de forma analógica el contenido del artículo 65.3 del código penal y entiende que en la medida en que la intervención de esta recurrente fue decisiva en la conformación del hecho ilícito no sería procedente la aplicación potestativa de la reducción de pena contemplada en el mencionado artículo que se denuncia como inaplicado.

El razonamiento del tribunal es acorde con la previsión del artículo 65 del Código penal y, por lo tanto, ningún error cabe declarar.

RECURSO DE Olegario

**DÉCIMO PRIMERO.-** Formaliza un primer motivo de oposición en el que denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. El motivo parte un error en el encabezamiento, pues recurrente no sido considerado autor, sino cómplice del delito. En la argumentación que desarrolla reproduce el contenido esencial de derecho que invoca en la impugnación y su eficacia, y eficiencia, cuando es invocada ante un tribunal encargado de la revisión del pronunciamiento de condena. Como señala el recurrente la función del tribunal de casación, cuando se invoca como fundamento de la pretensión revisora la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, es la de comprobar si ante el tribunal se ha practicado una prueba lícita y regular en su obtención, si esa prueba tiene el preciso sentido de cargo, y si el tribunal de instancia ha motivado la convicción que resulta de la prueba y lo hace de una forma racional y lógica, analizando la imputación, la prueba practicada por la acusación y la prueba de descargo de la acusación presentada por la defensa. El recurrente pretende en su recurso que volvamos analizar las declaraciones de los coimputados y de los testigos, concretamente que analicemos si en las conversaciones mantenidas por el acusado, el coimputado Adrian y el testigo Edemiro integran la precisa actividad probatoria sobre la realidad del hecho, esto es, que se utiliza su despacho para dar una cobertura profesional que permitiera la satisfacción de los honorarios no debidos por la prestación de un servicio no realizado, incrementando la minuta que, por la prestación de servicios existente, se entregaba. La realización de los pagos aparece acreditado documentalmente y la inexistencia de la supuesta relación prestaciones de servicios es objeto de análisis detallado por parte del tribunal sobre la base de la percepción inmediata de la prueba, expresando la fundamentación la convicción resultante de esa prueba, cuyo contenido hemos examinado anteriormente que deviene, desde la perspectiva de la revisión casacional, como lógica y racional, motivo que hace que deba desestimarse la pretensión revisora que se pretende.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Formaliza un segundo motivo, por error de hecho la apreciación de la prueba en el que interesa la modificación del relato fáctico para hacer constar en el mismo que quien encargó a mí patrocinando "cómo se iba a desarrollar la colaboración profesional del Sr. Jose Antonio era, además de ser la referencia de la entidad para mi patrocinado, era un alto cargo de la entidad lo cual, necesariamente, llevó a mi patrocinado a concluir que era la entidad la que había tomado la decisión de contar con la colaboración profesional del Sr. Jose Antonio ". Presenta para acreditar ese extremo una certificación de la entidad bancaria y de la que resulta que era Subdirector general de recursos humanos.

El motivo se desestima. El hecho que se pretende incorporar al relato fáctico carece de relevancia penal pues en el hecho probado se afirma la relación del testigo señor Edemiro y la inclusión del puesto que ocupaba en el organigrama de la entidad financiera es irrelevante en la conformación del hecho probado y de la tipicidad.

**DÉCIMO TERCERO.-** En el tercer motivo denunció otro error de hecho que concreta en dos documentos un escrito presentado ante la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 15 octubre 2014, en el que se incluye un convenio transaccional, y un auto de la misma sala de 12 noviembre 2014.

Pretende que con el mencionado documento se afirme en el hecho probado el trabajo profesional efectivamente realizado, lo que ya costa en el relato fáctico y que se retire del hecho probado la expresión, no fue facturado al margen del contrato de arrendamiento de servicios suscrito con Kutxabank.

El motivo se desestima el relato fáctico recoge la efectividad de la presentación del escrito y del contenido de la resolución judicial, pero del mismo no puede resultar lo que recurrente pretende, esto es, que no fuera facturado de forma distinta al contrato de prestación de servicios existente entre recurrente la entidad financiera. Consecuentemente el motivo se desestima.

**DÉCIMO CUARTO.-** En el cuarto motivo de la posición denuncia el error de derecho por la aplicación indebida del tipo penal de la apropiación indebida por el que ha sido condenado a por su participación a título de cómplice. Argumenta el recurrente que "el hecho de que mi patrocinado tuviera conocimiento de que los pagos al Sr. Jose Antonio era fruto de una decisión de Adrian no es suficiente para concluir que, en primer lugar, mi



patrocinado conocía que la decisión estaba tomada al margen de entidad bancaria y, en segundo lugar, que la misma hubiera sido tomada en perjuicio de la entidad bancaria..."

El motivo parte del respeto al hecho probado y este es claro al referir la actividad del acusado que conocía la realidad que se declara probada. A tal efecto relato fáctico refiere "tanto Olegario como Jose Antonio eran conocedores de que estos pagos se debían a una decisión personal del presidente Adrian ". Incluso se refiere la perplejidad que causó el encargo y la inexistencia de una relación prestacional que fundamentara el cobro de honorarios y el incremento de la facturación que el recurrente realizó para contribuir con ese aporte a la realización del hecho delictivo. El motivo, opuesto por error de derecho debe partir del respeto al hecho declarado probado y no cuestionar la actividad probatoria. La aportación del recurrente, dando cobertura documental, a la generación de un importe que se incorpora a la factura de honorarios por los servicios prestados, es la que el tribunal ha subsumido en la complicidad del delito de apropiación indebida.

Ningún error cabe declarar, por o que el motivo se desestima.

**DÉCIMO QUINTO.-** Formaliza otro motivo, también por error de derecho, en el que denuncia la indebida aplicación de los artículos que tipifican el delito de apropiación indebida y la complicidad declarada, argumentado que la aportación del recurrente, según el hecho probado, es posterior a la consumación del delito, por lo que el error deviene cuando la complicidad radica en la realización de un aporte "con actos anteriores o simultáneos", exigencia típica que entra en colisión con el hecho probado que refiere que refiere que el encargo del presidente "se materializó a partir del mes de marzo de 2012. En ese mes Jose Antonio procedió a darse de alta en el censo de empresarios y a concertar un contrato de arrendamiento de un despacho".

El motivo se desestima. La lectura del hecho probado es clara al respecto. Se distinguen dos momentos. El primero, a inicios de 2012, cuando se diseña la operación y, en ella, la cobertura formal de una pertenencia a un despacho de abogados en la que se simulaba la pertenencia y la generación de un incremento de la factura mensual del despacho a la entidad financiera. Un segundo momento en el mes de marzo, cuando, en ejecución de lo acordado, el Sr. Jose Antonio se da de alta en un censo y alquila un despacho, momento en el que se declara se consuma la conducta.

Desde el relato fáctico la subsunción no es errónea.

**DÉCIMO SEXTO.-** En el último de los motivos de la impugnación denuncia el error de derecho por la inaplicación del art. 65.3 del Código penal , entendiendo que el delito de apropiación indebida es un delito especial y el recurrente es un cómplice en el delito por lo que debe aplicarse el art. 65.3 que contempla una posibilidad de reducción de la pena en atención a la falta de concurrencia de las circunstancias personales de configuración del delito de apropiación indebida.

El motivo es coincidente con el formalizado por el anterior recurrente y a lo allí argumentado nos remitimos para la desestimación del motivo. El recurrente ha sido condenado como cómplice del delito de apropiación indebida y en su reducción de penalidad, por la participación al hecho respecto al que no es autor, precisamente porque no realiza la conducta en detrimento de una confianza depositada. El tribunal ha aplicado el precepto que se invoca como inaplicado y razona la decisión adoptada en términos de lógica que hacen que no pueda calificarse de errónea.

## FALLO

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

**Estimar** el recurso de Casación interpuesto por **el Ministerio Fiscal**.

**Desestimar** el recurso de Casación interpuesto por las representaciones procesales de **Adrian , Olegario y Jose Antonio** , contra sentencia dictada el día 20 de marzo de 2017 en causa seguida contra ellos mismos, por delito de apropiación indebida.

**Imponer** a Adrian , Olegario y Jose Antonio , el pago de las costas ocasionadas en sus correspondientes recursos.

Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



RECURSO CASACION núm.: 1034/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 15 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Sexta, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que condenó por sentencia de fecha 20 de marzo de 2017 a **D. Adrian , Olegario y Jose Antonio** , por delito de apropiación indebida cualificado, y que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

**SEGUNDO.-** Que por las razones expresadas en el segundo de los fundamentos jurídicos, procede la estimación parcial del recurso interpuesto por **el Ministerio fiscal**.

#### FALLO

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

**Estimando** el recurso de casación del **Ministerio Fiscal**, incluir, respecto del acusado **Adrian** la pena de inhabilitación especial para el cargo de administrador de sociedades mercantiles y para el ejercicio del comercio durante el tiempo de la pena privativa de libertad.

**Desestimar** el recurso de Casación interpuesto por las representaciones procesales de **Olegario y Jose Antonio** .

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia impugnada, que no son afectadas por esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia