

Roj: **STS 4170/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4170**Id Cendoj: **28079120012015100576**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **05/10/2015**Nº de Recurso: **752/2015**Nº de Resolución: **592/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MANUEL MAZA MARTIN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Octubre de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por **Donato** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1ª) que le condenó por delito de **apropiación indebida**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. López Jiménez.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número 3 de San Sebastián instruyó Procedimiento Abreviado con el número 89/2010 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1ª que, con fecha 26 de febrero de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "**PRIMERO.- El acusado Donato, mayor de edad y sin antecedentes penales, era socio y administrador de la mercantil I-TEC GESTIÓN E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA en el año 2006, junto a Jon y Remigio. El acusado además era el Director General de la empresa y desarrollaba en la misma su trabajo profesional.**

*El día 23 marzo de 2006 el acusado constituyó la sociedad BANTEC CONSULTORES INICIATIVAS EMPRENDEDORAS, SL, cuyo domicilio social estaba en la ciudad de Pamplona.*

*El 17 de noviembre de 2006 el acusado cesó como Administrador Mancomunado y Director General de I-TEC; su salida de la gestión diaria del negocio se produjo el día 20 de noviembre de 2006.*

**SEGUNDO.-** Durante el año 2006 la sociedad I-TEC no llegó a facturar a varios de sus clientes la totalidad de los encargos y trabajos ejecutados por su personal, ya que dichos clientes, siguiendo instrucciones expresas del acusado, abonaron gran parte de los servicios prestados por I-TEC a la cuenta bancaria de BANTEC.

*Entre marzo y noviembre de 2006 el acusado ostentaba en ambas sociedades los cargos de Administrador, Director General y socio y atendía proyectos de los clientes de I-TEC, con personal y demás medios de I-TEC, facturando gran parte de estos servicios a través de BANTEC.*

En concreto:

1.- La **SOCIEDAD DE DESARROLLO DE NAVARRA, S.A., (SODENA)** encomendó a I-TEC el denominado Proyecto Vive, que tenía por objeto convertir a Navarra en "referente de la verdura de alta calidad". El trabajo fue realizado por personal de I-TEC dentro de su horario laboral y utilizando medios materiales de esta empresa y, en cambio, finalmente fue cobrado por BANTEC.

Así, la sociedad BANTEC percibió en una cuenta corriente en Caja de Ahorros de Navarra las siguientes cantidades abonadas por SODENA:

-10.440 euros el día 31 de julio de 2006



-6.264 euros el día 30 de agosto de 2006

-4.176 euros el día 28 de noviembre de 2006

Dicha cantidad pagada por SODENA a BANTEC (en total, 20.878 euros) es la misma que se presupuestó para la elaboración del Proyecto Vive en el momento en que se hizo el encargo a I-TEC (18.000 euros más el IVA).

2.- La SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO REGIONAL DE CANTABRIA (SODERCAN) pagó a BANTEC la cantidad total de 87.000 euros, suma que tenía pendiente de cobro I-TEC por trabajos realizados por empleados de ésta a dicha empresa cántabra.

La sociedad BANTEC percibió en una cuenta corriente en Caja de Ahorros de Navarra las siguientes cantidades abonadas por SODERCAN:

-24.360 euros el día 8 de mayo de 2006

-20.880 euros el día 8 de junio de 2006

-20.880 euros el día 20 de septiembre de 2006

-20.880 euros el día 20 de septiembre de 2006

3.- La sociedad I-TEC desde el año 2003 realizó varios proyectos para la sociedad LÍPIDOS SANTIGA: desarrollo de nuevos proyectos bajos en ácidos grasos en el año 2002, la gestión de la deducción fiscal para el año 2004, proyectos de sistema de fraccionamiento en el año 2004.

I-TEC realizó para LÍPIDOS el proyecto relativo a la gestión de la deducción fiscal de las actividades de I+D+i del ejercicio 2005, encargado en fecha 2 de octubre de 2005 y realizado íntegramente por profesionales de I-TEC, en concreto por el equipo integrado por Abel y Cesar, durante el año 2006.

La cantidad pendiente de pago de LÍPIDOS a I-TEC ascendía a 43.065,29 euros, pero con anterioridad el acusado había acordado con LÍPIDOS que solo abonaran 6.000 euros y que el resto lo debían abonar a BANTEC.

El acusado envió una carta el 23 de noviembre de 2006 a Hernan de LÍPIDOS SANTIGA, con el siguiente texto:

En el contexto de los cambios organizativos sobre los que os he informado quiero agradecerme en primer lugar la confianza que habéis puesto en seguir como clientes en el nuevo proyecto profesional que iniciamos, con la garantía de que seguiréis recibiendo un excelente servicio por parte nuestra.

Con relación a la liquidación de nuestros trabajos realizados que estaban pendientes de facturar, concretamente lo relacionado con la gestión de la deducción fiscal relativa a las actividades de I+D+i del ejercicio 2005, hemos acordado facturar a nombre de I-TEC la cantidad de 6.000 euros entendiendo saldada la prestación del servicio entre esta mercantil y Lípidos Santiga S.A., de acuerdo con la formalización de la propuesta que igualmente hemos acordado y os hemos hecho llegar. La cantidad restante sobre los honorarios que normalmente hemos ido acordando para este servicio, os lo facturaré a nombre de la nueva sociedad en la que iniciaremos el nuevo proyecto, en concepto de seguimiento y consultoría en la justificación económica y técnica de todas las ayudas concedidas y que están todavía pendiente de justificar ante los organismos concedentes a día de hoy.

No obstante, en el caso de que cualquier representante legal de I-TEC reclamara a Lípidos Santiga S.A., cualquiera honorarios adicionales sobre los servios expuestos anteriormente, me comprometo a asumir el coste de la reclamación descontándomelo de los honorarios que se facturarían a través de la nueva sociedad, con el fin de evitar a Lípidos Santiga S.A. cualquier perjuicio derivado de los cambios organizativos ajenos a vosotros.

4.- Con la sociedad CONSTRUCCIONES MECÁNICAS JOSÉ LAZPIUR, S.A., (LAZPIUR) el acusado no pudo lograr su objetivo de que abonaran a BANTEC cantidades por trabajos realizados por I-TEC, ya que la sociedad LAZPIUR se negó a aceptar tal propuesta.

**TERCERO.-** Antes de abandonar la sociedad I-TEC el acusado Sr. Roberto ordenó a diversos trabajadores de I-TEC la destrucción de parte de la documentación relativa a proyectos abiertos para impedir que se conocieran sus contenidos.

El acusado remitió el siguiente mensaje a Verónica, exempleada de I-TEC y posteriormente empleada de BANTEC:

Por favor, haz lo que me piden y luego borras todo.

Quédate una copia. "[sic]

**SEGUNDO.** - La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " **FALLAMOS:** 1º.- Condenamos a don Donato como autor de un delito de apropiación indebida, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial



para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y a la multa de seis meses con una cuota diaria de dos euros, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 CP para el caso de impago.

**2º.- Absolvemos don Donato del delito de administración desleal del que era acusado.**

**3º.- Condenamos don Donato al abono de la mitad de las costas causadas en este procedimiento, incluidas las de la acusación particular.**

**4º.-** En concepto de responsabilidad civil, don Donato deberá indemnizar a la sociedad I-TEC en la cantidad de 150.943,29 euros, más los intereses legales correspondientes, que será el interés legal del dinero desde el 14 de mayo de 2007 hasta la fecha de esta Sentencia y a partir de esta fecha el interés procesal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

*Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán preparar RECURSO DE CASACION en esta Sección para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de CINCO hábiles contados a partir del siguiente a dicha notificación. " [sic]*

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

**CUARTO.** - El recurso interpuesto por **Donato** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

**Primero.-** Por infracción de ley, al amparo de los artículos 841.1º y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artº. 252 del Código Penal .

**Segundo.-** Por vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva, consagrados en el artº. 24 de la Constitución española , en relación con el artº. 120 del mismo texto y al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

**Tercero.-** Por vulneración de derechos fundamentales, en concreto el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, consagrados en el artº. 24, en relación con el artº. 120, ambos de la Constitución española , al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

**Cuarto.-** Por vulneración de derechos fundamentales, en concreto el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, consagrados en el artº. 24, en relación con el artº. 120, ambos de la Constitución española , al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

**Quinto.-** Por vulneración de derechos fundamentales, en concreto el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artº. 24 de la Constitución española , al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

**Sexto.-** Como compendio de los cuatro motivos últimamente reseñados, por vulneración de derechos fundamentales, consagrado en el artº. 24 de la Constitución española , al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

**QUINTO.** - Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Procuradora Sra. Muñoz González y el Ministerio Fiscal, en escritos de 26 y 28 de mayo de 2015, respectivamente, solicitaron la inadmisión de todos los motivos del recurso interpuesto y, subsidiariamente, su desestimación; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 23 de septiembre de 2015.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de un delito de apropiación indebida, a sendas penas de dos años de prisión y multa, fundamenta su Recurso de Casación en seis diferentes motivos, de los que los cinco últimos denuncian, a través del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 24 y 120 de la Constitución Española , la supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, que al recurrente amparaban, al haber sido condenado, a su juicio, infringiendo los principios y garantías esenciales del procedimiento penal y sin prueba válida bastante de su responsabilidad criminal en los hechos enjuiciados, por no haber valorado suficientemente la Sala de instancia la prueba de descargo aportada por la Defensa, realizar un estudio tan sólo parcial de la que analiza y, en definitiva, incurriendo en arbitrariedad a este respecto.

Pues bien, por lo que se refiere al respeto del derecho a la presunción de inocencia cuya vulneración constituye el núcleo esencial de las alegaciones que el Recurso contiene, baste, para dar respuesta a tales argumentos,



recordar cómo la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal "a quo", no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y, en este caso, nos encontramos con una argumentación, contenida esencialmente en el Fundamento Jurídico Cuarto ("*valoración probatoria*") de la Resolución de instancia, en el que se enuncian y analizan toda una serie de pruebas, antes detenidamente resumidas en el Fundamento Jurídico Tercero de la misma ("*cuadro probatorio*") , como las declaraciones del propio acusado, testificales y, de modo muy especial, diferente documental obrante en las actuaciones, todas ellas válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar el Fallo condenatorio.

Frente a ello, el Recurso se extiende en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, alegaciones que, en definitiva y como hemos visto, se alejan del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste.

Lo cierto es que no resultan irracionales, ilógicas ni arbitrarias las conclusiones fácticas que la Audiencia alcanza, a la vista del referido material probatorio que pone de relieve cómo quien recurre aprovechó su previa relación con la empresa I-TEC GESTIÓN E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA, para conseguir que la facturación correspondiente a dicha empresa fuera abonada a BANTEC CONSULTORES INICIATIVAS EMPRENDEDORES, que él mismo había constituido meses antes de cesar en la primera como Administrador mancomunado y Director General.

Y para ello se atiende, como queda dicho, a un análisis pormenorizado y meticuloso de la prueba disponible, caso por caso en relación con los diversos clientes que, siendo de I-TEC, puesto que fue esta entidad con su personal la que llevó a cabo los trabajos que se facturaban, sin embargo, por indicación e intermedio del recurrente, resultaban abonados a la compañía BANTEC, de la que él era titular.

Frente a tan simple construcción acreditativa de lo acontecido, el Recurso se extiende en argumentar, también caso por caso, la existencia de prueba que, al margen de la valorada por la Audiencia o en contradicción con la misma, desvirtuaría semejante "*factum*". Pero lo cierto es que en modo alguno puede calificarse de irracional o ilógico el discurso valorativo de la Audiencia por lo que no resulta merecedor de la reprobación que se pretende, antes al contrario, el criterio de los "*Jueces a quibus*" debe ser plenamente compartido, en tanto que los argumentos de quien recurre no pasan de ser una interpretación propia de la prueba disponible, lógicamente parcial e interesada.

En consecuencia, y por las razones expuestas, estos motivos han de desestimarse.

**SEGUNDO.-** A su vez, el motivo Primero del Recurso, versa, con cita del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la supuesta infracción de Ley consistente en la indebida aplicación al relato de hechos probados del art. 252 del Código Penal, que describe el delito de apropiación indebida.

Cauce casacional el utilizado ( art. 849.1º LECr ) que, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que, en todo caso, ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En este sentido, es clara la improcedencia también del motivo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, ya que integra los elementos propios de la infracción objeto de condena, apropiación indebida, en su forma de distracción, toda vez que el recurrente tenía disposición previa de las cantidades de las que ulteriormente se apropió puesto que, en su condición de Administrador y Director de la empresa



perjudicada, durante ese mandato y con posterioridad a la salida de la misma, era quien indicaba a los distintos clientes a qué compañía y en qué forma debían efectuar los pagos correspondientes a los trabajos realizados, de manera que el hecho de indicar que tales abonos se efectuasen, en lugar de a quien legalmente correspondía, a una empresa de su titularidad con la finalidad de apoderarse ilícitamente de las cantidades entregadas, constituye conducta delictiva bajo la forma de "distracción" que también acoge la figura delictiva aplicada (vid, por todas SsTS de 30 de Septiembre de 2002 y 24 de Febrero de 2006 ), en definitiva y como hemos dicho, configurando el tipo, tanto objetivo como subjetivo, del ilícito objeto de condena ( art. 252 CP ), confirmando la adecuada aplicación de los preceptos legales correspondientes.

De nuevo estamos, por consiguiente, ante un motivo que ha de ser desestimado, al igual que los anteriores, y, con él, el Recurso en su integridad.

**TERCERO.**- Dada la conclusión desestimatoria del Recurso, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la imposición al recurrente de las costas causadas por el mismo.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a la estimación del Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Donato contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, el 26 de Febrero de 2015 , por delito de apropiación indebida.

Se imponen al recurrente las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarda **Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Andres Palomo Del Arco PUBLICACION** .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Jose Manuel Maza Martin, 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.