



Roj: **STS 1911/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1911**

Id Cendoj: **28079120012021100404**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/05/2021**

Nº de Recurso: **2835/2019**

Nº de Resolución: **416/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 614/2019,**
STS 1911/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 416/2021

Fecha de sentencia: 13/05/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2835/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2835/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 416/2021

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

Dª. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 13 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **2835/2019** interpuesto por **Benjamín** representado por el procurador Sr. José Carlos Peñalver Garcerán, bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Alberto Martínez Balonga contra sentencia de fecha 22 de marzo de 2019, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia (Rollo de Sala 89/17) y recaída en causa dimanante del Procedimiento 60/16 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Lorca, en causa seguida contra el recurrente que fue condenado por un delito continuado de apropiación indebida a la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial. Ha sido parte recurrida la Asociación Residencia San Francisco de Águilas, representada por el procurador D. Antonio Sánchez Jáuregui-Alcaide y bajo la dirección letrada de D. Miguel López Navares. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lorca instruyó PA con el nº 60/2016, contra Benjamín . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia (Sección) que con fecha 22 de marzo de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"ÚNICO: La *Asociación Residencia Geriátrica San Francisco de Águilas*, constituida el año 1901 e inscrita en el Registro de Asociaciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el 27 de octubre de 1977, es una entidad sin ánimo de lucro que tiene como fin, según sus estatutos, *"la prestación de servicios residenciales y sociales a personas mayores, prestación de servicios clínicos, sanitarios y de rehabilitación a quien lo requiera"*. La misma se rige por sus Estatutos y por su Reglamento de Régimen Interno, y tiene su domicilio social en la C/ Juan Carlos I N° 85 de la localidad de Águilas (Murcia).

La Junta Directiva, como órgano de representación que gestiona y representa los intereses de la Asociación, conforme al artículo 16 de los Estatutos, está compuesta por el Presidente, el Vicepresidente, el Secretario, el Tesorero, el Vicetesorero, seis vocales, el Alcalde de Águilas (con voz, pero sin voto) y dos concejales (con voz y voto), los cuales son designados por la Asamblea General.

Así, el Presidente conformará y autorizará los documentos necesarios, así como las órdenes de pago mancomunadamente con el Tesorero y el Director, necesitando obligatoriamente dos firmas; también gozará entre otras de la atribución de aprobar los gastos cuya cuantía no supere el 2% del presupuesto y de firmar mancomunadamente con el Tesorero y el Director las órdenes de pago, ejecuciones de pago, cheques, transferencias, documentos bancarios etc.

El Secretario custodiará los documentos de la Asociación, autorizará las certificaciones que se tengan que expedir, y llevará los libros de la Asociación excepto los de Contabilidad.

El Tesorero tendrá a su cargo los fondos de la Asociación, rendirá cuentas de la gestión económica, firmará mancomunadamente las órdenes de pago junto con el Presidente y el Director y preparará el presupuesto anual. Además, son funciones del Tesorero: supervisar la contabilidad de la Asociación, intervenir todas las operaciones de orden económico, dar información periódica a la Junta Directiva del estado y situación económica de la Asociación y firmar mancomunadamente con el Presidente y el Director órdenes de pago, ejecuciones de pago, cheques, transferencias, documentos bancarios etc.

Para el cumplimiento de los fines de la Junta Directiva y del buen desarrollo de los mismos, la Junta Directiva delegará las funciones claramente especificadas en el Reglamento de Régimen Interno en la figura del Director, que será nombrado por la Junta Directiva, a propuesta del Presidente quien propondrá su retribución. Dicho Director realizará labores de colaboración en las funciones administrativas y económicas que los miembros de la Junta tengan a su cargo y le corresponderán por razón de su cargo funciones que se plasman en el artículo 17 del Reglamento de Régimen Interno:

1. *Corresponden al Director por razón del cargo, dirigir la gestión de la Residencia, ejecutar fielmente los acuerdos adoptados por la Junta Directiva, e informar al Presidente y a la Junta Directiva de cuantas actuaciones se realicen en el centro.*
2. *Seleccionar y dirigir al personal necesario para el desarrollo de las actividades de la Residencia Geriátrica San Francisco.*
3. *Redactar la memora anual y los planes de actividades y los documentos que sean necesarios.*
4. *Recibir y tramitar las solicitudes de ingreso.*



5. Llevar el fichero y el libro registro de socios.
6. Dar cumplimiento a las órdenes de pago que se expidan.
7. Redactar los presupuestos anuales de ingresos y gastos, así como el estado de cuentas del año anterior que deben ser presentados a la Junta Directiva para que ésta, a su vez, los someta a la aprobación de la Asamblea General.
8. Llevar un inventario de los bienes sociales.
9. Tendrá bajo su custodia los resguardos de depósito que pueda constituir la Asociación, que firmará juntamente con el Presidente y el Tesorero como también las cantidades en efectivo propias de la Asociación y los recibos pendientes de cobro.
10. Llevar la contabilidad de la Asociación y los libros correspondientes.
11. Firmar mancomunadamente con el Presidente y el Tesorero las órdenes de pago.
12. Acudirá las reuniones de la Junta Directiva con voz, pero sin voto.

En definitiva, los cargos de la Junta Directiva tienen una función básicamente representativa e institucional, sin perjuicio de sus responsabilidades y obligaciones, correspondiendo al Director la realización de las operaciones económicas y de dirección.

El día 8 de mayo de 2000 Benjamín, sin antecedentes penales, fue nombrado Director-gerente de la Asociación Residencia Geriátrica San Francisco de Águilas según acuerdo de la Junta de la Directiva de esa fecha.

En el curso de su actividad como Director, Benjamín, especialmente ante la exigencia de firma mancomunada con el Presidente o el Tesorero de las órdenes de pago, y encontrándose enfermo el Tesorero en los años 2008 y siguientes, firmó con el Presidente, Genaro, toda la actividad económica de la Asociación que requería dicha firma doble, con la particularidad que el citado Presidente, dada su edad, sus circunstancias familiares y especialmente haber sufrido en octubre de 2008 un ictus, residía, desde el año 2008 al menos, en la residencia geriátrica, presentando un cuadro de afectación física y mental significativo, que se fue agudizando por el transcurso del tiempo, y que en sus dos últimos años de vida (2011 y 2012), al fallecer en agosto de 2012, ya le suponía una muy relevante disminución de sus capacidades intelectivas y volitivas (pese a ello, Genaro seguía firmando las órdenes de pago que se le presentaban a la firma por parte o a indicación de Benjamín).

Benjamín, pleno conocedor de esas circunstancias, sabedor de sus obligaciones y funciones como Director, aprovechando su posición de dirección en la gestión económica de la Asociación, y la ausencia de control efectivo del Presidente, Tesorero y Junta Directiva con relación a su labor directiva, con la finalidad de obtener un beneficio económico para sí de los fondos de la Asociación, bien directamente a su favor y utilidad, bien en favor de algunas de sus mercantiles (*Innovaciones Hospitalarias SL* y *MH Sistemas Hospitalarios SL*), bien a favor de alguna sociedad en la que era socio/partícipe o con ella estaba relacionado (*Centro de Naturaleza El Portajo SL*), realizó durante los años 2009 a 2012 (éste último hasta el mes de mayo, en que cesó en la dirección) las siguientes actuaciones (precisándose conceptos, partidas, importes y años):

Tarjeta de crédito: la misma, que era utilizada desde el año 2000 por Benjamín, sin que conste autorización por parte de la Junta Directiva de la Asociación, y sin que tampoco exista contrato de la Asociación con el antedicho que la ampare, fue usada por éste para abonar gastos no relacionados con la Asociación/residencia, en propia y exclusiva utilidad y beneficio del mismo, por los importes siguientes, todos ellos cargados en la cuenta de la Asociación en CAJAMURCIA y que no se vieron reembolsados por Benjamín, ni los mismos fueron descontados de su nómina:

AÑO IMPORTE

2009 16.878,83 €

2010 33.285,56 €

2011 24.451,63 €

2012 7.000,83 € **TOTAL 81.616,85 €**

Es por ello que en los años 2009 a 2012 se originó un detrimento económico en las arcas de la Asociación por importe de 81.616,85 euros, cantidad de la que se vio beneficiado a título personal Benjamín.

Seguros: Benjamín, sin que conste autorización alguna por parte de la Junta Directiva de la Asociación, y sin que tampoco exista contrato de la Asociación con el antedicho que los ampare, se aprovechó del pago de las primas de seguro de Mapfre-Familiar con relación a su vehículo particular (R-....-SM) y de un plan de pensiones con Mapfre-Vida/FLEXIPENSIÓN ASEGURADA), al cargarse las primas correspondientes a dichos



seguros de los que era exclusivo beneficiario a la cuenta de la Asociación en CAJAMURCIA, por los importes y los años siguientes:

AÑO IMPORTE

2009 2.971,25 €

2010 3.049,07 €

2011 3.136,34 €

2012 1.141,96 €

TOTAL 10.298.62 €

Es por ello que en los años 2009 a 2012 se originó un detrimento económico en las arcas de la Asociación por la actuación de Benjamín respecto a los seguros de los que resultaba él exclusivo beneficiario, quien se ha enriquecido económicamente con ello (primas abonadas con cargo a la Asociación), por la suma de 10.298,62 euros.

Pagos o entregas de efectivo por caja de la residencia : Benjamín dispuso de dinero de la caja de la residencia a su libre voluntad y para su interés, mediante entregas en metálico que a él se le hacían o disponiendo de ese dinero para gastos y destinos particulares que él indicaba (lotería), por los importes y en los años siguientes:

AÑO IMPORTE

2009 13.342,17 €

2010 9.074,90 €

2011 7.917,00 €

2012 4.707,30 €

TOTAL 35.041,37 €

Es por ello que en los años 2009 a 2012 se originó un detrimento económico en las arcas de la Asociación por la actuación de Benjamín respecto a las cantidades por él recibidas o por él dispuestas a su favor o interés, de las que ha resultado beneficiario y enriquecido económicamente con ello, por la suma de 35.041,37 euros.

MH Sistemas Hospitalarios SL e Innovaciones Hospitalarias SL: Con relación a *MH Sistemas Hospitalarios SL* así como también respecto a *Innovaciones Hospitalarias SL*, Benjamín actuó disponiendo a favor de las citadas sociedades de su propiedad órdenes de pago que no se correspondían con la facturación previa que pudiera amparar las mismas, generándose un resultado que en todos los años concernidos (2009 a 2012) ha perjudicado a la Asociación a favor de *Innovaciones Hospitalarias SL*, y que con relación a *MH Sistemas Hospitalarios SL* llevó progresivamente de tener saldo a favor dicha mercantil frente a la Asociación (en los años 2009 y 2010) a convertirse en los dos últimos años concernidos (2011 y 2012) la Asociación en perjudicada en los saldos existentes.

MH SISTEMAS HOSPITALARIOS SL:**Año Saldo A favor de**

2009 40.609,19 € MH SISTEMAS

2010 14.294,40 € MH SISTEMAS

2011 - 17.418,89 € ASOCIACIÓN

2012 - 8.191,87€ ASOCIACIÓN

A 31 de mayo de 2012 la sociedad *MH Sistemas Hospitalarios SL*, adeudaba (debía) a la Asociación la cantidad de 8.191,87€ (saldo acumulativo que se iba produciendo en esos cuatro años, hasta alcanzar el montante final a favor de la Asociación).

INNOMACIONES HOSPITALARIAS SL:**Año Saldo A favor de**

2009 - 59.988,09 € ASOCIACIÓN

2010 - 92.416,92 € ASOCIACIÓN

2011 - 140.820,56 € ASOCIACIÓN



2012 - 146.185,08 € ASOCIACIÓN

A 31 de mayo 2012 la sociedad Innovaciones hospitalarias SL. adeudaba (debía) a la Asociación la cantidad de 146.185,08 € (saldo acumulativo que se iba incrementando en esos cuatro años, hasta alcanzar el montante final a favor de la Asociación).

Es por ello que en los años 2009 a 2012 se originó un detrimento económico en las arcas de la Asociación por la actuación de Benjamín respecto a las cantidades por él dispuestas a favor de sus mercantiles innovaciones Hospitalarias SL y MH Sistemas Hospitalarios SL, de las que ha resultado beneficiado económicamente con ello de forma indirecta, por la sumas siguientes:

- 8.191,87 euros (*MH Sistemas Hospitalarios SL*).
- 146.185,08 euros (*Innovaciones Hospitalarias SL*).

A lo anterior cabe añadir las siguientes operaciones efectuadas por Benjamín :

Año 2009: *Centro de Naturaleza El Portajo SL:*

Benjamín emitió y firmó un pagaré expedido el 26 de septiembre de 2008, con fecha para su cobro del 15 de marzo de 2009, en que se produjo el pago, a favor de la mercantil *Centro de Naturaleza El Portajo SL*, con la que mantenía relaciones, por importe de 20.420,75 euros, sin soporte válido que amparase su emisión y abono, originándose con ello un detrimento económico en las arcas de la Asociación por ese importe y un beneficio no justificado a favor de *El Portajo SL*.

Año 2010: indemnización del Consorcio de Compensación de Seguros por las inundaciones de agosto de 2010:

Con fecha 29 de diciembre de 2010 Benjamín dispuso a favor de su mercantil *Innovaciones Hospitalarias SL* de la suma de 41.412,05 euros recibida ese mismo día en concepto de indemnización por parte del Consorcio de Compensación de Seguros a favor de la Asociación, por un expediente abierto con ocasión de las inundaciones sufridas en agosto de 2010 en Águilas, que afectaron a la residencia. De esa suma, Benjamín dispuso de la totalidad a favor de una de sus mercantiles, perjudicando a la Asociación en la suma que correspondería sin lugar a dudas a ésta, las correspondientes a limpieza y retirada de agua y barro, saneado de paramentos y pintura, carpintería, y alimentación (que suponían 5.288,29 euros), y que no guardaban relación alguna con el "supuesto material dañado" relativo a las mercantiles *Innovaciones Hospitalarias SL* y *MH Sistemas Hospitalarios SL* (las empresas de Benjamín).

De esa suma de 5.288,29 euros hay que excluir la franquicia (aproximadamente el 7 %), lo que da la suma de 4.918,11 euros, cantidad ésta que correspondería exclusivamente a la Asociación, y la misma habría sido dispuesta por Benjamín a favor de una de sus empresas, *Innovaciones Hospitalarias SL*, en detrimento económico de la Asociación.

Es por ello que en el año 2010 se originó un perjuicio económico a las arcas de la Asociación por la actuación de Benjamín respecto a la cantidad por él dispuesta a favor de su mercantil *Innovaciones Hospitalarias SL*, en la suma de 4.918,11 euros.

Año 2011: *Centro de Naturaleza El Portajo SL:*

Con fecha 5 de mayo de 2011 se produjo un traspaso ordenado por Benjamín , desde la cuenta de la Asociación en CAJAMAR, a favor del *Centro de Naturaleza El Portajo SL*, por importe de 50.000 euros, sin factura que lo amparase ni título válido que lo justificase, en detrimento económico de las arcas de la Asociación. Es por ello que en el año 2011 se originó un perjuicio económico a la Asociación por la actuación de Benjamín por el referido importe, con un beneficio injustificado para la mercantil *Centro de Naturaleza El Portajo SL* (de la que formaba parte Benjamín).

En los años 2009 a 2012, el detrimento económico generado en las arcas de la Asociación *Residencia Geriátrica San Francisco de Águilas* con la actuación de Benjamín ha sido la siguiente:

Tarjeta de crédito: 81.616,85 euros.

Seguros: 10.298,62 euros.

Pagos realizados en efectivo por Caja: 35.041,37 euros

MH Sistemas Hospitalarios SL: 8.191,87 euros

Innovaciones Hospitalarias SL: 146.185,08 euros

Centro de Naturaleza El Portajo SL (año 2009): 20.420,75 euros

Del Consorcio de Compensación de Seguros: 4.918,11 euros.



Centro de Naturaleza El Portajo SL (año 2011): 50.000,00 euros

TOTAL 356.672,65 euros

El presente procedimiento, iniciado con denuncia/querrela presentada el 7 de noviembre de 2012, incoándose diligencias previas por auto de 7 de diciembre de 2012, desplegó una instrucción adecuada a sus características y complejidad hasta su finalización, dictándose el auto de incoación abreviado el 3 de junio de 2016.

Es a partir de esa fecha en que se producen disfunciones temporales, como consta en la siguiente secuencia procesal:

- Diligencia de ordenación de 6 de junio de 2016 por la que se da traslado de la causa original al Ministerio Fiscal para formular escrito de conclusiones.
- Escrito registrado el 16 de junio de 2016 de la Representación Procesal de D. Benjamín instando una resolución de la tramitación de la causa (el Juzgado nada acuerda).
- Escrito registrado el 16 de marzo de 2017 de la Representación Procesal de D. Benjamín señalando que ya ha transcurrido excesivo tiempo desde el auto de 3 de junio de 2016, y que se inste al Ministerio Fiscal para que presente sus conclusiones provisionales o inste el sobreseimiento (el Juzgado nada acuerda).
- Escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal fechado el 5 de mayo de 2017.
- Providencia de 25 de mayo de 2017 dando por recibidos los escritos de 16 de junio de 2016 y de 16 de marzo de 2017 antedichos, acordándose su unión a la causa y teniendo por hechas sus manifestaciones; y por recibido el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, con la causa original, se acuerda dar traslado a la Acusación Particular de la causa original para que formule sus conclusiones provisionales.

Transcurre así casi un año entre el auto de incoación de procedimiento abreviado y la formulación del escrito de acusación por parte del Ministerio Fiscal.

Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, se dicta una inicial providencia de 9 de noviembre de 2017, en que atendiendo a los escritos de conclusiones provisionales formulados se instan determinadas aclaraciones y precisiones. Por recibidas las mismas, se emite una nueva providencia el 18 de diciembre de 2017. Y tras cumplimentarse la anterior resolución judicial, se dicta el auto de 8 de marzo de 2018 de admisión y práctica de las pruebas propuestas por las partes, señalándose el 11 de febrero de 2019 para el comienzo de las sesiones del juicio oral.

Se aprecia, de todo lo expuesto, dos excesos temporales significativos, el referido al transcurso de casi un año desde el auto de incoación de procedimiento abreviado el 3 de junio de 2016 hasta la providencia de 25 de mayo de 2017 (en que se tiene por recibido el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal), y el periodo temporal desde que se dicta el auto de admisión de pruebas (8 de marzo de 2018) y se inician las sesiones del juicio oral (el 11 de febrero de 2019); el primero en la fase intermedia, y el segundo en la fase de enjuiciamiento".

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

"Que debemos absolver y absolvemos a Benjamín de la acusación por falsedad documental continuada formulada por el Ministerio Fiscal y ,por la Acusación Particular de la *Asociación Residencia San Francisco de Águilas*; declarando la mitad de las costas de oficio.

Que debemos absolver y absolvemos a Benjamín de la acusación por delito continuado de administración desleal formulada por el Ministerio Fiscal, como alternativa.

Que debemos condenar y condenamos a Benjamín como autor responsable criminalmente de un delito continuado de apropiación indebida, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de **2 años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de la mitad de las costas, incluidas las de la Acusación Particular *Asociación Residencia San Francisco de Águilas*.

Benjamín indemnizará a la *Asociación Residencia San Francisco de Águilas* en la cantidad de 356.672,65 euros.

Benjamín indemnizará a la *Asociación Residencia San Francisco de Águilas* en los intereses moratorios de la suma de 356.672,65 euros antedicha, lo que se determinará en ejecución de sentencia, atendiendo a los siguientes parámetros: ha de estarse al interés legal que corresponda al fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, comenzando el 7 de noviembre de 2012 y finalizando el día 22 de marzo de 2019 -ambos inclusive-; atendiendo a ese interés legal

del dinero anual, se determinarán los intereses por años completos, salvo en el año 2012 y en el año 2019, que se fijarán los intereses por días, en los términos antedichos (desde el 7 de noviembre al 31 de diciembre de 2012, y desde el 1 de enero al 22 de marzo de 2019 -todos ellos incluidos-).

Es de aplicación el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Requírase al Juzgado de Instrucción N° 2 de Lorca la conclusión con arreglo a Derecho de la pieza de responsabilidad civil de Benjamín .

Solicítense hoja histórico-penal de Benjamín .

Dedúzcanse los preceptivos testimonios de particulares, una vez firme la presente sentencia, en el sentido siguiente:

- Con relación a la aportación a juicio por parte de D. Benjamín de documentación que se presume alterada o manipulada (la relativa a la supuesta transferencia de 50.000 euros fechada el 19 de diciembre de 2008), así como por la certificación antedicha emitida por parte de D. Sixto , y ello a fin que se investigue la supuesta comisión de un presunto delito de estafa procesal y/o falsificación de documento mercantil. Deducción de testimonio de particulares con relación a los dos citados: D. Benjamín y D. Sixto , respecto a los folios 616, 621, 1.917 y concordantes.

- Contra D. Benjamín por presentación de supuestos documentos falsos en juicio y/o estafa procesal (que comprenderá, junto a esta sentencia, testimonio de los folios 2.166 a 2.397 de la causa, además de los folios siguientes: 120, 129, 130 y 140).

Comuníquese al Consorcio de Compensación de Seguros la presente sentencia a los efectos que se planteen el ejercicio de acciones contra D. Benjamín y/o la mercantil *Innovaciones Hospitalarias SL*, ésta última como perceptora de la indemnización en su momento concedida con ocasión del siniestro resarcido - inundaciones de Águilas en agosto de 2010- (Fundamento de Derecho Cuarto de esta sentencia).

Contra la presente sentencia cabe anunciar recurso de casación dentro de los cinco días siguientes a la última notificación".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el condenado, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Benjamín .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 253 CP. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba. **Motivo tercero.-** Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el art. 851, apartado 1.º LECrim. **Motivo cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE al amparo del art. 5.4 LOPJ con relación al art. 852 LECrim, así como por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). **Motivo quinto.-** Por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE al amparo del art. 5.4 LOPJ con relación al 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos; la representación legal de la parte recurrida la Asociación Residencia San Francisco de Águilas igualmente lo impugnó. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 12 de mayo de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tanto razones de orden lógico como legal (art. 901 bis a) LECrim) invitan a alterar el orden de los cinco motivos que componen el recurso, así como a reordenarlos agrupándolos según su temática.

a) En primer lugar han de analizarse los motivos por quebrantamiento de forma por vicios en la redacción de la sentencia (tercero: art. 851 LECrim). De prosperar, habría que devolver la sentencia al Tribunal a quo para subsanar los defectos apreciados y dar nueva ocasión de recurrir por el fondo.



b) A continuación, tanto el motivo por *error facti* (art. 849.2º) que siempre ha de ser instrumental de un motivo por *error iuris* -esto es, está a su servicio-; como los motivos por presunción de inocencia (cuarto y quinto) es decir, aquellas impugnaciones que pueden tener repercusión en los hechos probados.

c) El error de subsunción (motivo primero) ha de examinarse tras dejar correctamente fijados los hechos probados, a cuya remodelación se dirige necesariamente el motivo del art. 849.2 LECrim (motivo segundo); y tras constatar que la condena viene sostenida por prueba suficiente (motivos cuarto y quinto). Solo tras dilucidar esas cuestiones probatorias queda expedito el camino para abordar un motivo canalizado a través del art. 849.1º -indebida aplicación de un precepto penal sustantivo- cuyo estudio exige contar con unos hechos ya definitivamente fijados.

En todo caso, como razonaremos enseguida, el recurso se caracteriza por una cierta anarquía procesal. Los contenidos de los motivos no se corresponden siempre con su etiquetado; y se manejan con una holgura que es ajena a la casación y más propia de una apelación. Un recurso extraordinario no consiente reabrir de forma íntegra y sin limitaciones el debate probatorio que es lo pretendido por el recurrente con metodología necesariamente condenada al fracaso. Lo viene a demostrar el larguísimo y muy denso preámbulo de su escrito de formalización, donde pretende presentar a este Tribunal su percepción de todos los hechos, dibujando una panorámica general de todo el procedimiento y toda la prueba. La detenida lectura de esas páginas, repletas de datos o valoraciones probatorias efectuadas desde su interesada perspectiva, suponen un anuncio de lo que vendrá a continuación: desarrollos casacionales que se sienten liberados de la rígida disciplina que rodea los arts. 849 a 852, y se utilizan como excusa para intentar un *novum iudicium*, lo que ni es ni puede ser la casación; recurso extraordinario en que las tareas de fiscalización han de pivotar sobre extremos tasados y ajustados a las causales previstas en la ley. No todo lo debatido en el plenario puede volver a discutirse en casación. Esta premisa resulta especialmente relevante cuando se trata de revisiones probatorias.

SEGUNDO.- De cualquier forma, nos ajustaremos a esa señalada *hoja de ruta* ideal: la primera estación ha de situarse en el único motivo por quebrantamiento de forma, el tercero, que se canaliza a través del art. 851.1º LECrim: "cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo".

No solo no se explicita en cuál de los tres vicios casacionales recogidos en el precepto (falta de claridad, contradicción, predeterminación) se busca cobijo, sino que, además, la muy avariciosa argumentación desplegada (que contrasta con la extensísima de los anteriores motivos) no guarda la más mínima relación con ninguna de las causales contempladas en el art. 851.1 que describen vicios internos del apartado de hechos probados; es decir, defectos detectables con la mera lectura del relato fáctico, sin necesidad de referencias a material probatorio alguno. La contradicción que menciona el precepto es la interna del *factum*; cuando en él conviven aseveraciones contradictorias, incompatibles entre sí. No se está pensando en contradicción con la prueba o con las menciones de algunos documentos que es a lo que parece apuntar el recurrente cuando designa como particulares algunas de las actuaciones lo que carece de todo sentido en este motivo.

Por definición un argumento que necesita acudir a fuentes distintas del estricto y desnudo *factum* no puede lograr acomodo en el art. 851.1º LECrim.

En último término lo que hace el motivo es remitirse a los restantes para sostener que se ha errado en la valoración de la prueba: presunción de inocencia y *error facti* (art. 849.2º) son las únicas limitadas vías de revisión de la valoración probatoria en casación. Nunca el art. 851.1º, lo que hacía inadmisibles el motivo y, en esta fase, inestimable.

TERCERO.- El motivo segundo se acoge al nº 2 del art. 849 LECrim que, como es sabido, permite al Tribunal Supremo corregir los errores en la valoración de la prueba del Tribunal de instancia pero solo cuando supongan apartarse de lo que un documento acredita de forma fehaciente sin que esté desmentido por otro medio de prueba (ya sea también documental, ya pericial, o personal).

La disciplina de ese cauce casacional es de extraordinaria rigidez. El componente básico de su enunciado (*error en la apreciación de la prueba*) puede seducir a las partes haciéndoles pensar en una puerta a través de la cual puede acceder a casación el debate probatorio. Craso, aunque frecuente, error: el motivo no se entiende sin las demás especificaciones legales. Solo puede aducirse el apartamiento inmotivado y carente de toda base por el Tribunal de lo que resulta inequívocamente acreditado por una prueba documental (que no pruebas personales documentadas).

Esta consideración preliminar descalifica las casi veinte páginas a lo largo de las cuales se desarrolla este motivo con mención de un abultado listado de documentos (en rigor cada error debiera dar lugar a un motivo distinto), de los que, en la mayoría de los casos, no se identifican particulares concretos contradichos



específicamente. Sirve esa enumeración al recurrente para rescatar un debate sobre la fiabilidad de la prueba pericial, y para cuestionar algunas conclusiones de la Sala de instancia; pero sin lograr señalar los particulares incontrovertibles de los documentos que la Sala ha ignorado y sin una mínima explicación que sería imprescindible.

No podemos pasar por alto -es muy destacable- señalar que algunos de los documentos han sido tachados de falsarios por la Audiencia en virtud de indicios cualificados: de hecho se ordena la deducción de testimonios para iniciar la correspondiente causa penal. Resulta estrambótico que puedan invocarse esos documentos para justificar el error.

Por otra parte, otros muchos documentos -la mayor parte- reflejan datos que no son contradichos por la sentencia. El recurrente los utiliza para, a partir de ellos, tratar de dotar de credibilidad a su tesis exculpatoria. Pero, desde luego, la realidad de esa hipótesis en la que busca refugio exculpatorio no se deriva de los datos objetivos de ningún documento. La sentencia no niega la mayor parte de los movimientos o ingresos o salidas que se derivan de muchos de los documentos aducidos, ni niega que se produjese un robo en la residencia en el que desaparecieron algunos efectos.

Algunos otros documentos son examinados minuciosamente por la sentencia que, con razón y justificadamente, les niega fiabilidad. Y es que la credibilidad del recurrente quedó muy erosionada por esos elementos falsarios y otras clamorosas evidencias de mendacidad (dietas por viajes) en sus explicaciones que la Sala de forma encomiable se entretiene en exponer.

Los escritos exculpatorios tratando de dar explicación a los datos derivados del informe pericial han sido también contestados por la Audiencia en su exquisita, detenida y elaborada motivación fáctica.

Por lo demás, cuando el eje fundamental de la defensa es que había realizado préstamos a la entidad y, por tanto, las cantidades distraídas no eran sino el debido reembolso por esos préstamos no documentados (!) y esa hipótesis es descartada de forma tan rotunda como suasoria por la Audiencia Provincial, se intuye que es tarea imposible conseguir revertir el sentido de la sentencia a través de un motivo que ha de partir de una prueba documental: no se pueden demostrar los alejados y extraños préstamos con prueba documental, cuando se aduce que no se documentaron. A mayores, las cantidades que se dicen ingresadas como consecuencia esos préstamos son analizadas minuciosamente por la Audiencia Provincial que desbarata en algunos relevantes extremos la tesis del recurrente (a veces son movimientos entre dos cuentas de la asociación).

No puede, por fin, usarse este motivo de casación para descalificar un informe pericial: ese esquema es incompatible con el art. 849.2º LECrim que no está concebido para minar la credibilidad de periciales o testificales, sino para lograr que la sentencia plasme lo que se deduce de una documental. Y eso, siempre y cuando no haya elementos de prueba contradictorios. Si se pelea por desacreditar un informe pericial el mismo planteamiento evidencia que falla uno de los presupuestos del motivo: inexistencia de otras pruebas que contradigan lo que pretende deducirse de los documentos.

El informe pericial ha sido analizado por la Sala con detalle. Parte la Sala de sus carencias (hubo que restaurar parte de la contabilidad con motivo de una sustracción) de base y le otorga razonadamente valor, no en todas, pero sí en muchas de sus conclusiones. No es una aceptación acrítica, sino una asunción parcial, razonada y razonable, en todo lo que no presenta dudas para la Sala. Esta Sala no puede enmendar a través de un cauce tan estrecho y peculiar como es el art. 849.2º esa valoración.

Como tampoco es dable en casación proceder a una reconstrucción del hecho probado haciendo tabla rasa de lo decidido por la Audiencia que es lo que parece proponer el recurrente no sólo en la crítica que realiza del informe pericial, sino también en el sobredimensionado preámbulo inicial destinado a hacer constar su versión de los hechos y su valoración probatoria. Invadiríamos competencias del Tribunal de instancia y traicionaríamos lo que nos encomienda estrictamente la ley si, dejándonos llevar por el planteamiento del recurrente, nos adentrásemos en ese debate, aunque sea solo para rechazar sus tesis. No admite eso el marco procesal -recurso de casación- en el que nos debemos mover sin traspasar fronteras funcionales y competenciales marcadas por el ordenamiento procesal y orgánico.

CUARTO.- Los motivos cuarto y quinto aducen violación de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva. No existiría prueba de cargo (lo que desmiente la mera lectura de la sentencia); no habrían valorado las pruebas aportadas por la defensa (que sí se han valorado como demuestra igualmente la lectura de la sentencia; cosa diferente es que se haya considerado que no acreditan lo que el acusado pretendía que acreditaran); no se habría justificado las cantidades que se fijan como indemnización (afirmación que sorprende a la vista de las varias páginas de la sentencia dedicadas a esa tarea con un esfuerzo tan loable como minucioso); y, en definitiva, no habría partido la Audiencia de la existencia de negocios civiles previos -préstamos- que desmontarían la base del delito. Eso es así: pero la Audiencia parte de esa premisa tras



justificar por qué gran parte de las cantidades que se dicen aportadas como préstamo por el recurrente no están justificadas, como otras no pueden ser consideradas tales y como, por fin, aún partiendo de ellas el total distraído supera en mucho a esos hipotéticos préstamos que se aducen sin justificar o demostrar (y, a veces, justificándolos mediante maniobras o explicaciones claramente falaces o pura y sencillamente mendaces o falsarias que la Audiencia Provincial se preocupa de desmontar).

Como cierre puede apostillarse que en materia de fijación de indemnizaciones (responsabilidad civil) no rige un canon probatorio tan estricto como en materia penal. La *certeza más allá de toda duda razonable* se muta por *lo más probable*. La presunción de inocencia no condiciona los pronunciamientos sobre responsabilidad civil.

Los motivos decaen.

QUINTO.- Queda el motivo primero por infracción de ley del art. 849.1º por aplicación indebida del art. 252 CP (actual art. 253).

Pueden asumirse las referencias jurisprudenciales sobre los elementos de tal tipicidad. No, en cambio, que los hechos que describe el hecho probado no encajen en esa tipicidad.

¡Claro que el dinero puede ser objeto de una apropiación indebida! No hay duda de ello. Las sentencias que invoca el recurrente a ese respecto se refieren a otro problema bien diferente: no puede haber apropiación indebida cuando lo que se transmite es la propiedad y no la posesión lo que pasa en determinados supuestos con el dinero (préstamo simple o mutuo v.gr.). Pero en los hechos enjuiciados la capacidad de disposición del acusado le venía atribuida por un título meramente posesorio: la administración (bien de derecho; bien de hecho).

Por lo demás en algunos pasajes el razonamiento, al apartarse del hecho probado, incurre en la causa de inadmisión del art. 884.3º LECrim.

El motivo fracasa igualmente.

SEXTO.- La desestimación del recurso comporta la condena al recurrente al pago de las costas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Benjamín** contra sentencia de fecha 22 de marzo de 2019, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia (Rollo de Sala 89/17) y recaída en causa dimanante del Procedimiento 60/16 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Lorca, en causa seguida contra el recurrente y que fue condenado por un delito continuado de apropiación indebida a la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial.

2.- Condenar a Benjamín al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Leopoldo Puente Segura