



Roj: **STS 1078/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1078**

Id Cendoj: **28079120012022100252**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2022**

Nº de Recurso: **1552/2020**

Nº de Resolución: **203/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 1078/2022,**
STSJ CV 9561/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 203/2022

Fecha de sentencia: 07/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1552/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1552/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 203/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet



D.^a Susana Polo García

En Madrid, a 7 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1552/2020, interpuesto por **Justino**, representado por la procuradora D.^a Victoria Pérez-Mulet Diez-Picazo, bajo la dirección letrada de D. Pablo José Cuesta Pastor; y por **HISCOX SA** (responsable civil), representada por la procuradora D.^a Macarena Rodríguez Ruiz, bajo la dirección letrada de D. Federico Guirado Galiana, contra la sentencia nº 55/ 2020, de fecha 3 de marzo 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación nº 19/2020. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: - AEROFLOT, Aerolíneas Argentinas, y otros, representados por el procurador D. Manuel Vidal Sánchez, bajo la dirección letrada de D. José Luis de Navasqües; - CHUBB EUROPEAN GROUP SE, SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por la procuradora D.^a Nuria Munar Serrano, bajo la dirección letrada de D. Pablo Herranz Piqueras; - ZURICH INSURANCE PLC; Sucursal en España, representada por el procurador D. Joaquín de Diego Quevedo, bajo la dirección letrada de D.^a María Teresa Muñoz Robles.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 11 de Valencia instruyó Procedimiento Abreviado nº 402/2017, contra Justino, por un delito de apropiación indebida y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 76/2019, dictó sentencia nº 634/2019, de fecha 25 de noviembre de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<PRIMERO: El acusado Justino, mayor de edad, sin antecedentes penales, como Administrador Unico y propietario del 99,63% del capital social de la mercantil Aquatravel S.L., que tenía por objeto la explotación de Agencia de Viajes, suscribió el 10 de Enero de 2001 con las aerolíneas relacionadas en el contrato de agencia de venta a pasajeros, administrado en nombre de las aerolíneas por la entidad International Air Transport Association (IATA) que representaba, por lo que aquí interesa, a las compañías aéreas AEROFLOT, AEROLINEAS ARGENTINAS AEROMEXICO AVIANCA, AIR BERLIN, AIR CANADA, AIR CHINA, AIR EUROPA, AIR FRANCE, AIR MAURITIUS, AIR NEW ZEALAND, ALITALIA AMERICAN AIRLINES, AUSTRIAN AIR LINES, BINTER CANARIAS, BRITISH AIRWAYS, BRUSSELS AIRLINES, BULGARIA AIR, CHINA EASTERN, CHINA SOUTHERN, CONDOR, CUBANA DE AVIACION, CZECH AIRLINES, DELTA AIRLINES, LUFTHANSA, EGYPTAIS, ETHIPIAN, ETHIAD, FINNAR, HHAN ASIR LINES, IBERIA ICELANDAIR, JAPAN, JET AIRWAYS, KLM, LAN AIRLINES, LOT, LUXAR, MERIDIANA, QATAR AIRWAYS, ROYAL AIR MAROC, ROYAL JORDANIAN, SAUDI ARABIAN, SCANDINAVIAN, SINGAPORE AIRLINES, SRILANHAN AIRLINES, SWISS, TAM, TAP AIR PORTUGAL, TAROM, THAI AIRWAYS, TINISAIR, TURKISH AIRLINES, UKRAINE, VIETNAM Y VUELING.

El pacto 7.2 del contrato establecía lo siguiente: "all moneys collected by the Agent for transportation and ancillary services sold under this Agreement, including applicable remuneration, which the Agent is entitled to claim thereunder, are the property of the Carrier and must be held by the Agent in trust for the carrier or on behalf of the carrier until satisfactorily accounted for to the Carrier and settlement made". Del contrato se aportó traducción al español con la siguiente traducción de dicha cláusula: "Todo el dinero cobrado por el agente para el transporte y los servicios accesorios vendidos de acuerdo con este contrato, incluida la remuneración aplicable que el agente tiene derecho a reclamar de conformidad con este contrato, es propiedad del transportista y queda confiado al agente en custodia para su entrega al transportista o a quien le represente, hasta que se contabilice satisfactoriamente a favor del transportista y se efectúe su liquidación. El acusado, en cuanto agente, se sometía al procedimiento de liquidación de ventas conocido como BSP (BILLING and Settlement Plan) gestionado en representación de las citadas Compañías por IATA, y conforme a este sistema, la agencia, simultáneamente a la venta del billete transmitía telemáticamente a través del sistema Amadeus los datos de la operación (número billete, importe o número de tarjeta, de crédito) y en base a ello se elaboraba el documento de liquidación a favor de las Compañías Aéreas, donde se reflejaba el importe bruto recaudado por el agente en la emisión y cobro de billetes, siendo el neto a ingresar de restar del importe bruto la comisión y el IVA sobre la comisión. Dicho importe líquido debía ingresarse por el acusado en la cuenta de IATA España en el banco designado al efecto, como venía haciéndose desde hace más de quince años.

SEGUNDO: En el período comprendido entre el 1 y 10 de agosto de 2016 Aqua Travel, S.L. vendió billetes de avión por importe bruto de 1.001.757,45 euros, siendo la liquidación por dicho período, descontando sus comisiones e IVA, de 977.776, 30 euros. Dicha cantidad no fue entregada en la forma y fecha convenida, por lo cual IATA, en aplicación del contrato, en fecha 24 de agosto, procedió a declarar a Aqua Tours en situación de incumplimiento ("default"), quedando así imposibilitada de seguir reservando y vendiendo billetes a cuenta de su principal a través del sistema BSP, efectuándose además las liquidaciones de los períodos del 11 a 20 y del



21 a 31 de agosto de 2016, en los que el importe neto de las ventas ascendió, respectivamente, a 720.532,10 euros y 147.2013,69 euros. Posteriormente Aqua Travel, S.L., hasta noviembre de 2016 efectuó, a cuenta de lo adeudado, tres pagos por importes respectivos de 15.471,83 euros, 850.665,45 euros y 25.000 euros.

TERCERO: Tras el impago de las cantidades de que era depositario conforme a lo establecido en el contrato, la agencia fue desconectada del sistema de venta de billetes, causando un perjuicio a las compañías por las siguientes cantidades: a AEROFLOT en la suma de 8.126,87 euros, a AEROLINEAS ARGENTINAS en la suma de 8.939,48 euros, a AEROMEXICO en 3.695,42 euros, a AVIANCA en 37.205,86 euros, a AIR BERLIN en 6.293,78 euros, a AIR CANADA en 522,85 euros, a AIR CHINA en 10.778,72 euros, a AIR EUROPA en 230.315,64 euros, a AIR FRANCE en 80.482,65 euros, a AIR MAURITIUS en 258 euros, a AIR NEW ZEALAND en 709,60 euros, a ALITALIA en 4.508,23 euros, a AMERICAN AIRLINES en 29.049,63 euros, a AUSTRIAN AIR LINES en 1.075,87 euros, a BINTER CANARIAS en 1000,95 euros, a BRITISH AIRWAYS en 7553,24 euros, a BRUSELLS AIRLINES en 142,07 euros, a BULGARIA AIR en 1.277,69 euros, a CHINA EASTERN en 2.068,22 euros, a CHINA SOUTHERN en 5.264,58 euros, a CONDOR e 84,86 euros, a CUBANA DE AVIACION en 6.463,01 euros, a CZECH AIRLINES en 596,06 euros, a DELTA AIRLINES en 9.878,92 euros, a LUFTHANSA en 19.343,31 euros, a EGYPTAIS en 1.529,33 euros, a ETHIPIAN en 529,91 euros, a ETHIAD en 887,80 euros, a FINNAR en 5.275,04 euros, a HHAN ASIR LINES en 184,85 euros, a IBERIA en 126.468,18 euros, a ICELANDAIR en 5.977,35 euros, a JAPAN en 740,24 euros, a JET AIRWAYS en 474,17 euros, a KLM en 55.650,43 euros, a LAN AIRLINES en 22.915186 euros, a LOT en 1.761,42 euros, a LUXAIR en 164,68 euros, a MERIDIANA en 556582 euros, a QATAR AIRWAYS en 1235,58 euros, a ROYAL AIR MAROC en 16.403,94 euros, a ROYAL JORDANIAN en 20.866,68 euros, a SAUDI ARABIAN en 7,92 euros, a SCANDINAVIAN en 1.170,10 euros, a SINGAPORE AIRLINES en 2.654,65 euros, a SRILANHAN AIRLINES en 181,35 euros, a SWISS en 11.828,25 euros, a TAM en 735,98 euros, a TAP AIR PORTUGAL en 11.093,25 euros, a TAROM en 2.159,13 euros, a THAI AIRWAYS en 42,30 euros, a TINISAIR en 163,37 euros, a TURKISH AIRLINES en 16.237,07 euros, a UKRAINE en 2.486,86 euros, a VIETAM en 51,73 euros ya VUELING en 18.665,42 euros.

Lo que, descontados los pagos efectuados con posterioridad, hacen un total de 891.838,42 euros que el acusado destinó a otros fines o se apoderó de ellos.

CUARTO: La entidad Aquatravel S.L. fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 11 de Enero de 2017 dictado por el Juzgado Mercantil nº 2 de Valencia, y en el informe de la Administración concursal se reconoció el crédito como ordinario pero a favor de IATA que no de las Compañías Aéreas que eran las acreedoras. >>

SEGUNDO.- La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<PRIMERO: CONDENAR al acusado Justino como autor criminalmente de un delito de apropiación indebida agravada por la cuantía.

SEGUNDO: NO APRECIAR la concurrencia de circunstancias de la responsabilidad criminal.

TERCERO: IMPONERLE la pena de 1 año y seis meses de prisión y multa de 8 meses, con una cuota diaria de seis euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad.

CUARTO: CONDENARLE, por vía de responsabilidad civil a indemnizar a las siguientes Compañías aéreas y en las siguientes cantidades:

a AEROFLOT en la suma de 8.126,87 euros, a AEROLINEAS ARGENTINAS en la suma de 8.939,48 euros, a AEROMEXICO en 3.695,42 euros, a AVANCA en 37.205,86 euros; a AIR BERLIN en 6.293,78 euros, a CAÑADA en 522,85 euros, a AIR CHINA en 10.778,72 euros, a AIR EUROPA en 230.315,64 euros, a AIR FRANCE en 80.482,65 euros, a AIR MAURITIUS en 258 euros, a AIR NEW ZEALAND en 709,60 euros, a ALITALIA en 4.508,23 euros, a AMERICAN AIRLINES en 29.049,63 euros, a AUSTRIAN AIR LINES en 1.075,87 euros, a BINTER CANARIAS en 1000,95 euros, a BRITISH AIRWAYS en 7553,24 euros, a BRUSELLS AIRLINES en 142,07 euros, a BULGARIA AIR en 1.277,69 euros, a CHINA EASTERN en 2.068,22 euros, a CHINA SOUTHERN en 5.264,58 euros, a CONDOR e 84,86 euros, a CUBANA DE AVIACION en 6.463,01 euros, a CZECH AIRLINES en 596,06 euros, a DELTA AIRLINES en 9.878,92 euros, a LUFTHANSA en 19.343,31 euros, a EGYPTAIS en 1.529,33 euros, a ETHIPIAN en 529,91 euros, a ETHIAD en 887,80 euros, a FINNAR en 5.275,04 euros, a HHAN ASIR LINES en 184,85 euros, a IBERIA en 126.468,18 euros, a ICELANDAIR en 5.977,35 euros, a JAPAN en 740,24 euros, a JETAIRWAYS en 474,17 euros, a KLM en 55.650,43 euros, a LAN AIRLINES en 22.915,86 euros, a LOT en 1.761,42 euros, a LUXAIR en 164,68 euros, a MERIDIANA en 556,82 euros, a QATAR AIRWAYS en 1.235,58 euros, a ROYAL AIR MAROC en 16.403,94 euros, a ROYAL JORDANIAN en 20.866,68 euros, a SAUDI ARABIAN en 7,92 euros, a SCANDINAVIAN en 1.170,10 euros, a SINGAPORE AIRLINES en 2.654,65 euros, a SRILANHAN AIRLINES en 181,35 euros, a SWISS en 11.828,25 euros, a TAM en 735,98 euros, a TAP AIR PORTUGAL en 11.093,25 euros, a TAROM en



2.159,13 euros, a THAI AIRWAYS en 42,30 euros, a TINISAIR en 163,37 euros, a TURKISH AIRLINES en 76.237,07 euros, a UKRAINE en 2.486,86 euros, a VIETAM en 51,73 euros y a VUELING en 18.665,42 euros. Cantidades que devengarán los intereses establecidos en el artículo 576 de la LEC.

QUINTO: DECLARAR la responsabilidad civil directa y solidaria de ACE EUROPEAN CLUB, Sucursal en España e HISCOX Insurance Company Limited, Sucursal en España.

ABSOLVER a ZURICH Insurance PLC, Sucursal en España, de la peticionada responsabilidad civil.

SEXTO: DECLARAR la responsabilidad civil subsidiaria de AQUATRAVEL S.L.

SEPTIMO: IMPONER al acusado las costas del procedimiento. >>

TERCERO.- Resolución que fue aclarada por virtud de auto de fecha 5 de diciembre de 2019, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

<<QUINTO: DECLARAR la responsabilidad civil directa y solidaria de ACE EUROPEAN CLUB, Sucursal en España e HISCOX Insurance Company Limited, Sucursal en España, si bien de esta última limitada a la cobertura fijada en la póliza que asciende a 600.000 € y con aplicación de la franquicia del 10%. >>

CUARTO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de D. Justino , de CHUBB EUROPEAN GROUP LIMITED y de HISCOX, S.A. se interpusieron contra la misma sendos recursos de apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que en el Rollo de Apelación nº 19/2020, dictó sentencia nº 55/2020, de fecha 3 de marzo, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

<<PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. RAFAEL FRANCISCO ALARIO MONT en nombre y representación de D. Justino , así como la adhesión al mismo formulada dicho Procurador en nombre y representación de AQUATRAVEL, S.L.

SEGUNDO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a MARIA DESAMPARADOS GARCIA BALLESTER en nombre y representación de CHUBB EUROPEAN GROUP LIMITED (antes ACE EUROPEAN GROUP LIMITED, Sucursal España).

TERCERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a CARMEN INIESTA SABATER en nombre y representación de HISCOX, S.A.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia a que el presente rollo se refiere, no haciendo especial pronunciamiento en orden al pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución. >>

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

SEXTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Justino :

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 2 CE, en su vertiente de obtener una resolución motivada.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia, del art. 24.2 CE.

Tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 253.1 CP.

Cuarto.- Por quebrantamiento de forma, del art. 850.1 LECrim, por denegación de pruebas que, propuestas en tiempo y forma por las partes, se considerarían pertinentes.

Motivos aducidos en nombre del recurrente HISCOX SA:



Primero.- Infracción de ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 LECrim, en relación con los arts. 116 y 117 del Código Penal, artículo 73.1 Ley Contrato de Seguro y 1255 del C.Civil.

Segundo.- Error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo de lo establecido en el artículo 849.2 LECrim, designando como particulares que demuestran el error de hecho a los folios 193 a 205 de los Autos.

SÉPTIMO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida AEROFLOT, Aerolíneas Argentinas, y otros, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; y por la representación procesal de Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, se presentó escrito de alegaciones solicitando se confirme la sentencia recurrida en lo que a la absolución de su representada se refiere.

OCTAVO.- Por la representación procesal de CHUBB EUROPEAN GROUP SE, SUCURSAL EN ESPAÑA; y por la representación procesal de HISCOX SA, se presentó escrito de adhesión al recurso de casación formulado por la representación procesal de Justino .

NOVENO.- La Sala admitió los escritos presentados, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

DÉCIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 23 de febrero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Justino Y HISCOX SA

PRELIMINAR.- Contra la sentencia nº 55/2020, de 3-3-2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por Justino e Hiscox Insurance Company Limited Sucursal en España, contra la sentencia nº 634/2019, de 25-11-2019, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante del P.A. 402/2017, del Juzgado de Instrucción nº 11 de Valencia, que condenó al primer recurrente como autor de un delito de apropiación indebida agravada por la cuantía, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, y multa de 8 meses, con cuota diaria de 6 euros, y a indemnizar a las Compañías aéreas que se detallan en el fallo en un total de 891.838,42 €; declaró la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil Aquatravel SL, y la responsabilidad civil directa y solidaria de las aseguradoras ACE EUROPEAN CLUB, Sucursal en España e HISCOX Insurance Company Limited, Sucursal en España, si bien la de esta última limitada a la cobertura fijada en la póliza -600.000 €- y con aplicación de la franquicia del 10 %; se interpone por la representación de Justino el presente recurso de casación por dos motivos por infracción de precepto constitucional -el primero al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 2 CE en su vertiente de obtener una resolución motivada, y el segundo al amparo de los mismos preceptos, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE; por dos motivos por infracción de ley: el primero al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 253.1 CP, y el segundo al amparo del art. 849.2 LECrim error en la apreciación de la prueba, motivo este al que ha renunciado desarrollar; y tres motivos por quebrantamiento de forma: el primero al amparo del art. 850.1 LECrim por denegación de pruebas que, propuestas en tiempo y forma por las partes, se considerarían pertinentes; el segundo al amparo del art. 851.1 LECrim por contener el factum conceptos que por su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo; y el tercero del art. 851.1 LECrim, pues la sentencia no expresa clara y terminante cuáles son los hechos que se consideran probados o resultar manifiesta contradicción entre ellos, si bien el recurrente ha renunciado al desarrollo de estos dos últimos.

Asimismo, por la representación de Hiscox SA se interpone recurso de casación por dos motivos: el primero por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim en relación con los arts. 116 y 117 CP, art. 73.1 Ley Contrato Seguro y 1255 C.Civil; y el segundo por error de hecho en la valoración de la prueba al amparo del art. 849.2 LECrim designando como documento la póliza de seguros aportada por Hiscox (folios 193 a 205 autos).

Es necesario por ello, efectuar unas consideraciones previas sobre la nueva concepción del recurso de casación instaurado por la Ley 41/2015, de 5-10, contra las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional) que han conocido en apelación de las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales (o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional).

Así, decíamos en SSTS 417/2019, de 24-9; 499/2019, de 23-10; 461/2020, de 17-9; 655/2020, de 3-12; 180/2021, de 9-2; 351/2021, de 28-4; 635/2021, de 14-7, que si la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnatorios del recurso de casación para hacer realidad



en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, art. 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada en primera o única instancia, sino por una sentencia de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. En este sentido en la fijación de pautas que faciliten la necesaria redefinición cobran especial valor las sentencias dictadas por esta Sala Segunda para resolver los recursos de casación formalizados contra sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

De esta jurisprudencia, SSTS 856/2014, de 26 de diciembre; 40/2015, de 12 de febrero; 497/2016, de 9 de junio; 240/2017, de 5 de abril; 450/2017, de 21 de junio; 225/2018, de 16 de mayo; 293/2018, de 18 de junio; 696/2018, de 26 de diciembre, se desprende una doble reflexión:

La primera que la casación en sus orígenes históricos no era sino un control de legalidad, referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumplía con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", y en la actualidad, como ya hemos referido, en las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo y 1249/2009 de 9 de diciembre.

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala --SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, pero solo a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 20 diciembre 2018, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia,



ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del derecho que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

En esta dirección la STS 476/2017, de 26-6, recuerda que la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley 41/2015, publicada en el BOE de 6 de octubre de 2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, ya se trate de sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, ya por las Audiencias provinciales. En ambos supuestos se generaliza la segunda instancia, respectivamente ante la Audiencia provincial o ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

La casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE).

Además, la reforma propiciada por la Ley 41/2015 extiende, el recurso de casación a todos los procedimientos seguidos por delitos, con la única excepción de los delitos leves, con independencia de su gravedad y del órgano al que compete la revisión a través de la apelación. La ley ha instaurado una previa apelación lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias que como derecho prevén el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por otra parte, para hacer viable el nuevo sistema y equilibrar el modelo, la Exposición de Motivos de la reforma enumera las medidas previstas: a) la generalización de la casación por el número 1 del art. 849 de la ley procesal, infracción de ley por error de derecho, reservando el resto de los motivos de casación a los delitos más graves; b) se excluyen del régimen de la casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, se excluyen las que hayan sido anuladas en la apelación, para evitar un retraso en la resolución definitiva; y c) se dispone la posibilidad de que los recursos interpuestos contra sentencias en apelación dictadas por la Audiencia provincial o la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional puedan inadmitirse a través de una providencia "sucintamente motivada" que se acordará por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

De lo anterior resulta que la reforma operada debe suponer, de un lado, una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento, ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con inmediatez la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento. La revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación.

Como hemos dicho en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 26 de marzo, que conoció de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva)", porque esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también la sirva, en la medida en que el enjuiciamiento y su revisión, ya están cumplidos con las dos instancias, y sí reclamada por la seguridad jurídica, para enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. "Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE, más que de su art. 24".

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.



En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la nueva posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: "la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación", y debe "realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación" (STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, "que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación (arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto".

El alcance de la impugnación casacional por error de derecho es claro, fijar el sentido de la norma. La infracción de ley por error de hecho tiene un contenido residual que se enmarca en la excepcionalidad que se contempla en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008. Los motivos que dan lugar a la nulidad del juicio o de la sentencia deben ser analizados desde la perspectiva de la argumentación vertida en la resolución de la apelación, denegatoria de la nulidad instada, pues de acordarse la nulidad, la causa no accedería a la casación (art. 792 LECrim.). En cuanto al contenido del control cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, hemos de tener en cuenta, principalmente, que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. En estos supuestos la función de la Sala II se concreta "en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de instancia, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos" (STS 163/2017, de 14 de marzo).

En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM. Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM, sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.

RECURSO Justino



PRIMERO.- El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 2 CE, en su vertiente de obtener una resolución motivada.

1.1.- El recurrente considera que la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana ha emitido una sentencia que no respeta las mínimas exigencias del principio de proporcionalidad en cuanto a la necesaria motivación de un veredicto condenatorio, dado que en los apartados en los que se recogería la llamada "valoración conjunta de la prueba" -págs. 11 a 15- del delito supuestamente cometido por este acusado no se contiene el razonamiento jurídico-lógico-deductivo que le es exigible en aras a una formal motivación. Es más, los hitos que se desarrollan en dicho apartado no tienen la entidad suficiente ni eficiente para implicar la motivación de la condena.

El recurrente cuestiona aquel apartado de la sentencia y en particular la prueba del elemento subjetivo del injusto del delito de apropiación indebida que requiere de la prueba de un "plus" de intencionalidad en el sujeto activo de la conducta típica que va más allá del dolo genérico, sin el cual no se produce la llamada ofensa al bien jurídico protegido, y que en este delito se concreta en la cláusula finalística "en perjuicio" o "para perjudicar" lo que convierte a esta figura penal en un delito de los llamados de peligro concreto.

1.2.- El desarrollo del motivo hace necesario recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE, comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada un derecho de los jueces y tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma bastante, las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que como se dice en la STS. 714/2014 de 12.11, lo que además ya venía preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE, y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6, 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad,



irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

Por ello la motivación requiere del tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios establecidos para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado, y que junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permita conocer las pruebas en virtud de las cuales se le condena (motivación fáctica), y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica), al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento, y finalmente constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

Ahora bien cuando se trata de la llamada motivación fáctica, la STS. 32/2000 de 19.1, recordó que la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico.

1.3.- Siendo así resulta relevante destacar -como hemos dicho en STS. 577/2014 de 12.7- que la cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las sentencias no es una cuestión que atañe solo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

El Tribunal Constitucional ha entendido que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio, como se afirma en la STC. 145/2005 de 6.6, existe "una íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o motivada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin la motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo validas o cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter decisivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a estos supuestos, en los casos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC. 189/98 de 28.9, FJ.2, 120/99 de 28.6, 249/2000 de 30.10 FJ.3, 155/2002 de 22.7 FJ. 7, 209/2002 de 11.11 FJ. 3, 163/2004 de 4.10 FJ.9).

Por ello una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC. 151/97 de 18.6, para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 CE, y convierte el problema de motivación reparable con una nueva sentencia, en su problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva.

El incumplimiento del deber de motivación fáctico ya no solo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que puede arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia sino la absolución del inculpaado (SSTC. 5/2000, 139/2000, 149/2000, 2002/2000).

No obstante el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia es superior al grado mínimo exigido en general para la tutela judicial efectiva, dado que está precisamente en juego aquel derecho y en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando la condena lo sea a penas de prisión (SSTC. 2009/2002 de 11.1, 169/2004 de 6.10, 143/2005). Esta explicitación debe conectarse con el contenido del derecho a la presunción de inocencia y transmitir la información necesaria para comprobar "desde un punto de vista subjetivo que cuando el Juez llegó a la conclusión fáctica que expresa, lo hizo porque no albergaba al respecto duda razonable, y desde una perspectiva objetiva que su convicción no resulta reprochable: que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables" (STC. 145/2005).

En definitiva, como hemos dicho en STS. 10/2015 de 29.1, con cita SSTs. 151/2011 de 10.3, 1429/2011 de 30.12, 241/2012 de 23.3, 631/2012 de 9.7, la presunción de inocencia implica que la decisión de condena debe venir avalada por la constatación de la existencia de motivos, en los que se funde la afirmación de los elementos del delito. Por ello, al decidir el recurso, cuando se invoca su vulneración, ha de examinarse si es aceptable o no la afirmación de que tales motivos existen.



Por el contrario, el derecho de tutela judicial, además de que no alcanza solamente a los supuestos de sentencia de condena, ni es alegable solamente, por ello, por quien es condenado, alcanza a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos que funda la absolución o la condena.

De ahí que resulte inadmisibile la formulación, bajo la invocación del derecho a la tutela judicial, de una pretensión que, a modo de presunción de inocencia invertida, inste la afirmación de existencia de aquellos motivos para obtener una sentencia de condena. El derecho a la tutela judicial no alcanza a la existencia o inexistencia de tales motivos.

Tal diferencia de contenido se traduce en una esencial diferencia de los efectos de la vulneración de una u otra garantía. La vulneración de la garantía de tutela judicial aquel derecho justifica solamente la exigencia de que sea dictada nueva resolución, mientras que en el caso de estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de motivos para la condena, la resolución que procede es la de absolver al acusado.

Por su parte el Tribunal Constitucional se refiere, por un lado, a lo que denomina la "cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada" afecta al derecho a la tutela judicial, pero también, e incluso principalmente, a la garantía de presunción de inocencia. El matiz determinante será el grado de incumplimiento de la obligación de motivar. El derecho a la tutela judicial se satisface con un grado mínimo. Basta con que la sentencia permita la cognoscibilidad de la ratio decidendi. Pero si éste no se alcanza se habrá vulnerado el más exigente canon de la presunción de inocencia. (SSTC 9/2011 de 28 Feb. 2011 y las ahí citadas SSTC 5/2000), de 17 de enero, FJ 2; 249/2000 de 30 de octubre, FJ 3; 209/2002 de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 143/2005 de 6 de junio, FJ 4); 245/2007 de 10 de diciembre, FJ 5). En la STC 107/2011 de 20 de junio se reitera que el derecho a la tutela se considera satisfecho siempre que la motivación no acoja una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, y no incurra en un error patente.

1.4.- Expuesto lo anterior, el dolo en el delito de apropiación indebida es la voluntad consciente de realizar los elementos objetivos del tipo, o sea, la incorporación a un patrimonio, ajeno al sujeto pasivo, del bien recibido que obliga a la restitución o a la devolución y un perjuicio para aquel sujeto. Componente interno que cabe desprender de los elementos externos. Conciencia y voluntad en cuanto a los demás elementos del delito, es decir, conciencia y voluntad de que se tiene una cosa mueble que debe ser entregada y restituida y de que se viola esta obligación con un acto de disposición a título de dueño mediante su apropiación o distracción a título de dueño (SSTS 576/2007, de 22-6; 78/2008, de 8-2).

En efecto, el elemento subjetivo de la apropiación (el animus rem sibi habendi) se caracteriza por dos elementos: a) la voluntad (directa o al menos eventual) de privar de forma definitiva al titular de los bienes mediante la sustracción; y b) el propósito de incorporar las cosas a su patrimonio -o el de un tercero- ejerciendo sobre ellas facultades propias del dueño (SSTS 143/2005, de 10-2; 374/2008, de 24-6).

En cuanto al perjuicio, por exigencia explícita del 253, el comportamiento típico ha de hacerse "en perjuicio de otro". Se discute sin embargo, si este perjuicio es consustancial al acto de disposición, con lo que el delito sería de simple actividad y no cabría la tentativa o si, por el contrario, como consecuencia de la apropiación se precisa la causación efectiva de un detrimento en el patrimonio del sujeto pasivo, con lo que estaríamos ante un delito de resultado, en el que la tentativa sería perfectamente posible, si tal perjuicio no llegara a producirse, por causas ajenas a la voluntad del autor.

Esta postura es la más correcta porque el perjuicio es, junto con la apropiación, el resultado de la conducta y así lo viene entendiendo la jurisprudencia al considerar a la apropiación indebida un delito de resultado, consistente en el doble efecto de enriquecer el patrimonio del sujeto activo a costa del correlativo empobrecimiento del sujeto pasivo.

1.5.- Ahora bien, es cierto que la jurisprudencia tiene declarado en distintas ocasiones que "en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure (por todas STC. 87/2001 de 2.4, FJ.8), y viene afirmando (STC. 8/2006 de 16.1, FJ.2), que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de la prueba indiciaria. Pues si bien el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho y la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba y no sobre su calificación jurídica, ello no obstante en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE. ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad (STC. 87/2001 de 2.4), esto es, como dice la STS. 724/2007 de 26.9:



"si el elemento subjetivo es tal que de él depende la existencia misma del hecho punible, debe entenderse que la presunción de inocencia exige la prueba de tal animo tendencial o finalista.

Por ello únicamente cabe considerar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia "aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo, por una parte, y por otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad" (SSTC. 33/2000 de 14.2, 171/2000 de 26.6).

Jurisprudencia STS. 545/2010 de 5.6, FJ. 1:"... ciertamente el elemento subjetivo del delito ha de quedar probado, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria, pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC. 127/90 de 5.7, 87/2001 de 2.4, 233/2005 de 26.9, 8/2006 de 16.1, 92/2006 de 27.3, 91/2009 de 20.4). En relación específicamente con los elementos subjetivos debe tenerse presente además que solo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revela el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC. 91/99 de 26.5, 267/2005 de 24.10, 8/2006 de 16.1)".

1.6.- Siendo así, la sentencia recurrida, esto es, la del TSJ, en el fundamento de derecho segundo, analiza la pretensión del recurrente que cuestiona la valoración de la prueba realizada por la sentencia de instancia, al entender que en modo alguno hubo intención de apropiarse o distraer esos fondos, sencillamente surgió un problema de insolvencia sobrevenida de la empresa, con motivo de resolución unilateral de ciertos vuelos concertados con la compañía Plus Ultra, lo que le obligo a tener que acomodar en plena temporada alta a un elevado número de personas que tenía pasaje en esos vuelos, que de otra manera podían haberse visto abandonados a su suerte en sus destinos de vacaciones, lo que le imposibilito atender a las liquidaciones efectuadas por IATA en los plazos previstos. A pesar de intentar renegociar esa deuda le fue imposible, por haberle retirado dicha compañía la condición de agente habilitado para expedir billetes, a la par se le cerró la financiación bancaria y se redujo su volumen de negocio; lo que a pesar de haber efectuado una importante reducción del crédito, no impidió finalmente su declaración en situación de concurso, en cuyo expediente se haya reconocido el crédito en cuestión. Por lo que entiende que esos hechos en modo alguno podrían determinar su calificación jurídica como constitutivos de un delito de apropiación indebida (art. 253 CP).

La sentencia del TSJ parte de que la sentencia de la Audiencia Provincial no admite esta tesis al establecer como hechos probados, en síntesis, que el acusado, como administrador único y propietario de la agencia Aquatravel, suscribió el 10-1- 2001 contrato de agencia de venta a pasajeros con la entidad Internacional Air Transport Asociation (IATA) que representaba a una serie de compañías Aéreas relacionadas en el contrato, en cuya estipulación 7.2 se establecía: "Todo el dinero cobrado por el agente para el transporte y los servicios accesorios vendidos de acuerdo con este contrato, incluida la remuneración aplicable que el agente tiene derecho a reclamar de conformidad con este contrato, es propiedad del transportista y queda confiado al agente en custodia para su entrega al transportista o a quien le represente, hasta que se contabilice satisfactoriamente a favor del transportista y se efectúe su liquidación." El acusado, en cuanto agente, se sometía al procedimiento de liquidación de ventas conocido como BSP (BILLING and Settlement Plan) gestionado en representación de las citadas Compañías por IATA, y conforme a este sistema, la agencia, simultáneamente a la venta del billete transmitía telemáticamente a través del" sistema Amadeus los datos de la operación (número billete, importe o número de tarjeta, de crédito) y en base a ello se elaboraba el documento de liquidación a favor de las Compañías Aéreas, donde se reflejaba el importe bruto recaudado por el agente en la emisión y cobro de billetes, siendo el neto a ingresar de restar del importe bruto la comisión y el IVA sobre la comisión. Dicho importe líquido debía ingresarse por el acusado en la cuenta de IATA España en el banco designado al efecto, como venía haciéndose desde hace más de quince años.

En el período comprendido entre el 1 y 10 de agosto de 2016 Aqua Travel, S.L. vendió billetes de avión por importe bruto de 1.001.757,45 euros, siendo la liquidación por dicho período, descontando sus comisiones e IVA, de 977.776, 30 euros. Dicha cantidad no fue entregada en la forma y fecha convenida, por lo cual IATA, en aplicación del contrato, en fecha 24 de agosto, procedió a declarar a Aqua Tours en situación de incumplimiento ("default"), quedando así imposibilitada de seguir reservando y vendiendo billetes a cuenta de su principal a través del sistema BSP, efectuándose además las liquidaciones de los períodos del 11 a 20 y del 21 a 31 de agosto de 2016, en los que el importe neto de las ventas ascendió, respectivamente, a 720.532,10 euros y 147.2013,69 euros. Posteriormente Aqua Travel, S.L., hasta noviembre de 2016 efectuó, a cuenta de lo adeudado, tres pagos por importes respectivos de 15.471,83 euros, 850.665,45 euros y 25.000 euros.



Hechos probados a los que llega a través de los elementos probatorios que detalla:

- Prueba documental consistente en el contrato a que se ha hecho referencia, de fecha 10-1-2001; la liquidación de venta de billetes por compañías aéreas y sus importes y la certificación expedida por IATA, en concreto por D. Fermín, Assistant Director Regional ISS Distribution Europe SC IATA, del saldo pendiente, mes agosto 2016.

- La testifical del representante de IATA (Sr. Guillermo), quien se refirió al contrato firmado por Aquatravel SL como "contrato tipo", mediante el cual la agencia accede al inventario de plazas que pueden ser reservadas, el pasajero compra el billete a la agencia, y el agente, en el sistema BSP simultáneamente a la venta, transmite telemáticamente los datos de la operación (número billete, importe o número de tarjeta de crédito) y con tales se elabora el documento de liquidación, a favor de las Compañías Aéreas, donde se refleja el importe bruto recaudado por el agente en la emisión y cobro de billetes, siendo el neto a ingresar por el agente el resultado de restar del importe bruto la comisión y el IVA sobre la comisión, siendo este importe líquido el que debía ingresar en la cuenta de IATA en el banco designado a tal fin (Banco Santander Central Hispano).

De dichas pruebas y del propio reconocimiento efectuado por el acusado, la Sala de instancia considera acreditado que éste, como administrador único de la agencia de viajes, "cobró el importe de los billetes vendidos que debían liquidarse según el sistema BSP a las respectivas compañías aéreas a través de IATA, y que incumplió dicha obligación. Asimismo, el acusado reconoce que destinó el dinero al pago de otros billetes para poder fletar charters que trajeran a otros clientes que no habían podido viajar con Plus Ultra, lo que, de un lado, no consta, y, de otro, resultaría irrelevante dado que él era mero guardador o depositario de esos fondos.

Es obvio que el acusado conocía el contenido del contrato y sus obligaciones como depositario del dinero de la venta de los billetes. Así lo infiere del reconocimiento que efectuó de que era él quien asumió la gestión total de la agencia de viajes desde el inicio, pues no solo era Administrador sino también el propietario de Aquatravel S.L.. Asimismo, reconoció que sabía que el importe de los billetes que cobraba la agencia lo era como intermediaria y que se ingresaba en las cuentas de la sociedad, debiendo la agencia abonar a las respectivas compañías las liquidaciones, tras el descuento de su comisión. El desconocimiento del contenido concreto de este contrato resulta ilógico, máxime si se tiene en cuenta que el referido contrato era el fundamento de la actividad de su mercantil y venía desplegando sus efectos desde el año 2001. Así lo afirma el TS en S 674/2016, de 13 de diciembre: "resulta ciertamente impensable que un profesional de la materia pudiera ignorar el modus operandi propio de la venta de pasajes aéreos por parte de la sociedad en cuya gestión estaba personal y directamente implicado". Asimismo, cabe significar que carece de relevancia la objeción efectuada por el acusado de que la falta de pago se debió a una involuntaria insolvencia de la sociedad, porque lo pactado es que los ingresos percibidos por la venta de billetes de avión era en todo momento propiedad de las aerolíneas, sin que el Agente pudiera disponer de ellos. Además el aplazamiento del pago de los billetes por parte de los clientes no estaba previsto en el contrato de agencia; recogiendo de forma expresa en él que solo estaba autorizada a la venta de billetes previo pago íntegro de su precio, más comisiones y gastos. En definitiva, los aplazamientos del pago de billetes no eran oponibles a IATA que tan solo admitía ventas al contado o a caja, bien en efectivo bien mediante pago mediante tarjeta de crédito (testimonio de Delia, Responsable de Riesgos de IATA)."

1.7.- El recurrente, en el previo recurso de apelación discrepa de estas conclusiones de la sentencia de instancia con argumentos que son analizados y desestimados por la sentencia recurrida en el fundamento de derecho segundo, y en casación se limita a señalar que en los apartados en los que se recogía la llamada valoración conjunta -págs. 11 a 15- del delito supuestamente cometido por D. Justino no se contiene el razonamiento jurídico-lógico-deductivo que le es exigible en aras a una formal motivación. Es más, los hitos que se desarrollan en dicho apartado no tienen entidad suficiente ni eficiente para implicar la motivación de la condena del recurrente.

Pero sin concretar en qué aspectos en concreto se ha producido tal vulneración del derecho de las partes a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por aquellas, olvidando que, tal como ha precisado el TC (ss. 108/2001, de 23-4; 68/2011, de 16-5), la razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al derecho y a la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE), cumpliendo la exigencia de motivación unánime doble finalidad, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concesión, incluso en supuestos de motivación por remisión.



SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

2.1.- Argumenta que la Sala de lo Civil y Penal del TSJ Comunidad Valenciana ha emitido una sentencia que no ofrece la suficiente prueba de cargo en orden a romper la preceptiva presunción de inocencia.

Denuncia en el motivo "la infracción del mentado derecho fundamental a la presunción de inocencia tanto porque no ha existido prueba en el presente procedimiento que reúna las condiciones necesarias para ser considerada prueba de cargo, en relación a los requisitos que deben concurrir en la prueba de indicios; así como también en cuanto a la insuficiente prueba con la que se cuenta en el presente procedimiento. Ésta ha sido analizada de un modo carente de la necesaria lógica y racionalidad, dicho sean con todo el respeto, por cuanto la revisión casacional también alcanza a la falta de coherencia y racionalidad en el análisis de la prueba practicada y la ausencia de suficiencia de la motivación fáctica en orden a enervar el derecho de mi mandante a la presunción de inocencia."

Para ello, tras señalar los requisitos de la prueba de indicios, recogidos en la STS 532/2019, de 4-11, transcribe lo que la sentencia recurrida determina indicios como hechos probados (págs. 13-14):

"Igualmente se nos dice que el contrato no imponía la llevanza de una cuenta específica para el ingreso de estos fondos, acorde a lo que declara la Sra. Delia, eso era cierto, como que tampoco se efectuaba un especial seguimiento o inspección de esos fondos por parte de IATA, haciéndose sencillamente una recomendación en tal sentido. Pero tal como señala eso no altera el cláusulado del contrato y la obligación y consiguiente responsabilidad personal que en tal sentido asume el agente.

No negamos que el mercado pueda operar mediante operaciones a crédito, ya que no puede olvidarse que la empresa propiedad del Sr. Justino era una empresa mayorista, que más que vender al usuario final, vendía paquetes de viaje, que al margen de billetes de avión, incluían otras partidas tales como hoteles, excursiones, etc. Pero esta circunstancia no altera el contenido del contrato, cuyo exclusivo objeto era la venta de los pasajes, y que la única modalidad de crédito o aplazamiento de pago que contempla era la venta mediante tarjeta de crédito. Por lo que esas otras modalidades de crédito o aplazamiento debía financiarlas personalmente, bien mediante reservas patrimoniales o bien de cualquier otra forma, pero no escudándose en una alteración unilateral del contenido del contrato.

No negamos a efectos dialécticos que lo que determinó que distrajera esos fondos, fue la decisión unilateral de la Compañía Plus Ultra de resolver su contrato, lo que le obligo a efectuar unos desembolsos extraordinarios, que le colocaron en una situación tal que le impidió atender a sus obligaciones para con IATA. Pero adoptó de forma voluntaria la decisión de emplear unos fondos de los que en realidad no podía disponer para sufragar esos gastos extraordinarios, que a diferencia de lo que según él le había ocurrido en otras ocasiones, no pudo atender con sus propias reservas, viéndose a la par completamente desbordadas sus posibilidades de financiación externa."

En este sentido, la Ilma. Sala infiere el dolo de D. Justino de una especie de valoración conjunta de las pruebas - F. J 2º, pp. 14 y 15 - más que simple, simplista. De modo, que la única referencia a los indicios de los que se puede deducir la intención de la Sr. Justino se lleva a cabo de esta forma:

"Situación que pretendía solventar mediante una posterior negociación, que a pesar de su esfuerzo (no olvidemos que de los 1.845.512,09€ a que ascendió la liquidación llega a satisfacer 891.137,328€) le fue imposible hacerlo, al verse totalmente superado, ya que de un lado por la situación de incumplimiento generada fue declarado en situación de "default", lo que le determino que no pudiera seguir expidiendo billetes, en consecuencia se redujo su volumen de negocio y se cerraron sus líneas de crédito en las diferentes entidades bancarias, viéndose finalmente abocado a la situación concursal. Se cuestiona la actuación de IATA de no darle unas mayores facilidades, sin embargo no podemos dejar de lado que con plena conciencia acepto las condiciones fijadas por ésta, en la que por actuar como intermediario de las diferentes compañías aéreas impone unas fuertes garantías, ya que no solo se encarga de especificar que los fondos no pertenecen al agente sino que es un mero custodio, si no que en consecuencia a ello, dado que parte de la base que esas cantidades las tiene materialmente en depósito su agente, impone unos rígidos mecanismos de pago, efectuando liquidaciones cada diez días, que tras su comprobación debía ser abonada dentro de los diez días siguientes. Por lo que no puede hacerse responsable de una decisión personal del Sr. Lamiran, ni que alterando el contenido de lo pactado debiera aceptar las condiciones que este le impusiera al apercebirse de la imposibilidad de cubrir los fondos de los que había dispuesto de forma indebida.

Por lo que en definitiva, no entendemos que resulte cuestionable la valoración que de la prueba efectúa la sentencia recurrida en sus fundamentos jurídicos primero y segundo a cuyo contenido nos remitimos".



Considera el recurrente que la Sala motiva de forma contradictoria la valoración de alguna prueba de especial trascendencia y que se aparta de lo que sería la lógica y racional interpretación de la prueba practicada, y se remite a lo que expondrá detalladamente en el motivo segundo, por infracción del ley.

2.2.- El motivo deviene improsperable.

Es cierto, como hemos dichos en SSTs 719/2014, de 12-11; 580/2021, de 1-7; y TC 133/2011, de 18-7, que a falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria es valida para enervar el derecho a la presunción de inocencia siempre que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales de la cual quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (por todas SSTC. 1/2009 de 12.1, 108/2009 de 11.5, y 25/2011 de 14.3).

La prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, en segundo lugar, se explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común (por todas STC. 25/2011 de 14.3).

Ahora bien tiene afirmado el Tribunal Constitucional -entre otras SS. 111/2008 de 22.9, 111/2011 de 4.7-, que el control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (SSTC. 229/2003 de 28.12, 109/2009 de 11.5, 70/2010 de 18.10).

Bien entendido -hemos dicho en SSTs. 577/2014 de 12.7, 732/2013 de 16.10, y 700/2009 de 18.6- que es claro "desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal a quo, que no toda inferencia que vaya del hecho conocido al hecho ignorado ofrece, sin más, la prueba de este último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamenta sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante".

Ahora bien, las sentencias de instancia y apelación no utilizaron exclusivamente la prueba indiciaria para inferir la existencia y prueba del elemento subjetivo del injusto del delito de apropiación indebida, sino, tal y como se razonó en el motivo precedente, valoró otras pruebas como testificales, documentales, e incluso la propia declaración del acusado.

No hay pues, vacío probatorio sobre la autoría del recurrente, ni la valoración del TSJ asumiendo la del tribunal de instancia puede calificarse de arbitraria.



2.3.- Siendo así no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los hoy recurrentes quienes en su argumentación critican la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculporias, olvidando que el problema no es que no haya mas pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11- "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

TERCERO.- El motivo tercero por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 253.1 CP; por cuanto no concurren los elementos objetivos y subjetivos del delito de apropiación indebida.

3.1.- Cita en su apoyo las sentencias de esta Sala, 996/2009, de 9-10, y 161/2012, de 14-3, en cuanto a la absolución a propietarios de agencias de viajes en supuestos similares al caso que nos ocupa, considerando la primera de ellas un hecho especialmente relevante como es que al tiempo de solicitarse el concurso, la agencia disponía de patrimonio suficiente para poder abonar el importe de las liquidaciones pendientes y ante una situación de insolvencia niegan la calificación como apropiación indebida.

Cuestiona la interpretación que la Sala realiza de los contratos de agencia sin que el sistema BSP convierta al acusado en "depositario" del dinero desde ese momento, ni el Sr. Justino tenía motivo alguno para entender que era depositario de facto de un dinero que ni siquiera había cobrado, e insiste que cualquiera que sea la naturaleza jurídica del contrato suscrito, la titularidad del dinero no es equiparable a la de cosas no fungibles, sin que la querellante tenga otro derecho que el de crédito, cualquiera que sean las garantías que puedan establecerse para la efectividad de su pago. Por la misma naturaleza del dinero no resulta jurídicamente aceptable la afirmación de que el dinero percibido por la venta de pasajes aéreos, fuera en cada caso y desde ese momento, propiedad de la querellante.

3.2.- En el caso presente, formalizado el motivo por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, es constante la jurisprudencia de esta Sala, vid. reciente STS 991/2021, de 16-12, que el recurso de casación cuando se articula por esta vía, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el



más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.3.- Partiendo de estos presupuestos, en cuanto a la interpretación del contrato de agencia que realiza la sentencia recurrida -relación jurídica calificable de comisión, debemos acudir a las normas civiles de interpretación de contratos, siguiendo en síntesis la doctrina expresada en sentencias de la Sala 1ª TS, 15-6-2009 y 25-11-2009, que destacan: que los artículos 1281 a 1289 C.Civil, no contienen meras reglas lógicas o de buen sentido puestas a disposición del intérprete para que libremente se sirva de ellas o no en la búsqueda de la llamada voluntad contractual, sino verdaderas normas jurídicas de las que necesariamente debe aquel hacer uso en el desempeño de la labor hermenéutica.

Por ello, a la vez que la infracción de las referidas normas jurídicas puede ser invocada por la vía del art. 849.1 LECrim, en cuanto sustenten la presunta vulneración de un precepto penal -en este caso el art. 253 CP- el control de la interpretación del contrato es en esta vía casacional, de legalidad, de modo que queda fuera de su ámbito todo resultado hermenéutico que respete los imperativos legales que disciplinan la labor del intérprete, aunque no resulte el único admisible conforme a ellos.

Lo dicho es consecuencia de que la interpretación del contrato sea competencia de los tribunales de instancia, no de esta Sala casacional, ver SSTs. Sala Primera de 2.10.2007, 21.12.2007, 29.4.2008, 5.6.2008, 16.6.2008 y 26.11.2008, que precisa que el alcance del juicio casacional no permite, discutir acerca de cuál es el mejor criterio o la solución más adecuada a las circunstancias, porque tal tipo de conclusión supondría exceder el ámbito propio del recurso casacional y una injerencia en la función soberana de los tribunales que conocen el proceso en las instancias.

En definitiva, la interpretación y la calificación de los contratos es una función encomendada a la Sala de instancia y no puede ser revisado en casación, salvo que resulte ilógico, erróneo o irracional -ver SSTs. Sala Primera 25.3.95, 17.11.98, 30.4.2002, 4.7.2007-.

Es cierto precisa la STS. 18.6.2010, "que los contratos, son los que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (...) pues, para la calificación, que constituye una labor insertada en la interpretación, habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo que las partes adquieren (...) con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato" (STS 7 de junio 2007, citada en la de 2 de septiembre 2009).

Por lo demás, es constante la jurisprudencia en señalar, en su labor complementaria del ordenamiento, que los arts. 1281 a 1289 C. Civil contienen un conjunto de normas entre las que ostenta rango prioritario la del primer párrafo del art. 1281. La STS. 2.9.96 puso de manifiesto, en este sentido, que se trata de un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, en el que la primera regla a aplicar es la del párrafo primero del art. 1281. Como consecuencia, si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre cual fue la intención de las partes, no entran en juego las contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con un carácter subsidiario respecto de la que preconiza la interpretación literal.

Por tanto, el art. 1282, solo es aplicable -como señaló la STS. 16.1.2008- con cita de las de 1.2.2001 y 20.5.2004- cuando por la falta de claridad de los términos del contrato no sea posible conocer la verdadera intención de los contratantes. La STS. 14.12.95, recordó que la norma que el referido artículo contiene es complementaria de la



del párrafo segundo del art. 1281, no de la del primero, que prevalece cuando los términos son suficientemente claros o precisos y no dejan lugar a dudas sobre la verdadera intención de los contratantes.

3.4.- Siendo así, los hechos probados de la sentencia de instancia, aceptados por la recurrida, tras detallar que el acusado, como administrador y propietario de la mercantil Aquatravel, que tenía por objeto la explotación de Agencia de Viajes, suscribió el 10-1-2001, un contrato de venta a pasajeros, con las aerolíneas relacionadas en el mismo, administrado en nombre de las aerolíneas por la IATA, detalla el pacto 7-2 del contrato:

"Todo el dinero cobrado por el agente para el transporte y los servicios accesorios vendidos de acuerdo con este contrato, incluida la remuneración aplicable que el agente tiene derecho a reclamar de conformidad con este contrato, es propiedad del transportista y queda confiado al agente en custodia para su entrega al transportista o a quien le represente, hasta que se contabilice satisfactoriamente a favor del transportista y se efectúe su liquidación. El acusado, en cuanto agente, se sometía al procedimiento de liquidación de ventas conocido como BSP (BILLING and Settlement Plan) gestionado en representación de las citadas Compañías por IATA, y conforme a este sistema, la agencia, simultáneamente a la venta del billete transmitía telemáticamente a través del" sistema Amadeus los datos de la operación (número billete, importe o número de tarjeta, de crédito) y en base a ello se elaboraba el documento de liquidación a favor de las Compañías Aéreas, donde se reflejaba el importe bruto recaudado por el agente en la emisión y cobro de billetes, siendo el neto a ingresar de restar del importe bruto la comisión y el IVA sobre la comisión. Dicho importe liquidado debía ingresarse por el acusado en la cuenta de IATA España en el banco designado al efecto, como venía haciéndose desde hace más de quince años."

La sentencia recurrida, de forma extensa y detallada, recoge la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala en casos similares en los que estaba implicada la querellante:

- EL ATS núm. 772/2017 de 20 de abril: "Los recurrentes insisten en que el impago fue consecuencia de una situación de insolvencia puntual; sin embargo, el contrato que mantenían con IATA los hacía meros depositarios del dinero que los clientes pagaban. Así lo dice la cláusula 7.2 del contrato, el dinero "queda confiado al Agente en custodia para su entrega al transportista o a quien le represente". Los recurrentes se apropiaron de ese dinero que les había sido depositado, para destinarlo a fines distintos de los acordados, causando con ello un perjuicio a IATA (y a todas las compañías aéreas integradas en la asociación) y cometiendo, en consecuencia, un delito de apropiación indebida, como, por otro lado, ha dictado esta Sala reiteradamente en supuestos similares -STS 24/07/2012; STS 23/04/2013; STS 13/03/2014-".

- La STS núm. 923/2016 de 13 de diciembre: "Tiene razón el tribunal sentenciador cuando afirma que la objeción de una involuntaria e inevitable insolvencia sobrevenida no es atendible, porque lo pactado es que los ingresos percibidos por la venta de billetes de avión, el valor de estos, era en todo momento propiedad de las aerolíneas; de modo que ni el impugnante ni los demás miembros del consejo de la entidad estaban legitimados para darlos otro destino".

- La STS núm. 197/2014 de 13 de marzo: "Existió una apropiación indebida de los importes de las liquidaciones efectuadas y que se correspondían con el importe de los billetes vendidos en los dos meses indicados, bastando al respecto la cita del art. 7-2º del contrato de agencia de ventas a pasajeros suscrito por IATA y que establece que todo el dinero cobrado por el agente para el transporte y los servicios accesorios de acuerdo con este contrato, incluida la remuneración aplicable que el agente tiene derecho a reclamar "...es propiedad del transportista y queda confiado al agente en custodia. La claridad de la norma hace inaplicable la doctrina de esta Sala que considera que no existe el delito de apropiación indebida en aquellos casos en los que se acredite una relación económica compleja con entrecruce de intereses entre las partes con créditos y deudas recíprocos que exija una previa y definitiva liquidación de cuentas. SSTS 230/2003; 1456/2004; 142/2007 ó 1245/2011 de 20 de Noviembre. En el contrato de agencia es claro que no puede darse tal situación porque no hay ni un ius retentionis a cuenta de las comisiones debidas ni tampoco la posibilidad de efectuarse auto pago a cuenta de tales comisiones por prohibirlo el art. 7-2º antes citado, ni por tanto se da la situación de existencia de deudas y créditos recíprocos entre las partes".

- ATS núm. 1246/2018 de 15 de marzo, y; núm. 524/2018 de 15 de marzo. STS, núm. 407/2013 de 23 de abril y; núm. 650/2012 de 24 de julio. Que igualmente ante la falta de entrega de la cantidad percibida por la venta de billetes condena por apropiación indebida.

Especialmente significativa es la reciente STS 874/2021, de 15-11, que destaca como:

"Hechos idénticos o muy similares al de autos, en relación a los contratos de IATA con agencias de viajes y el sistema BSP establecido para la facturación y liquidación de los billetes, son contemplados con relativa frecuencia por esta Sala; y así por ejemplo la STS 1246/2018, de 13 de diciembre, recoge el contenido del 7.2 de ese contrato tipo, literalmente coincidente con la transcripción que realiza la sentencia recurrida: El pacto 7.2



del contrato establecía lo siguiente: "all moneys collected by the Agent for transportation and ancillary services sold under this Agreement, including applicable remuneration, which the Agent is entitled to claim thereunder, are the property of the Carrier and must be held by the Agent in trust for the carrier or on behalf of the carrier until satisfactorily accounted for to the Carrier and settlement made". Del contrato se aportó traducción al español con la siguiente traducción de dicha cláusula: "Todo el dinero cobrado por el agente para el transporte y los servicios accesorios vendidos de acuerdo con este contrato, incluida la remuneración aplicable que el agente tiene derecho a reclamar de conformidad con este contrato, es propiedad del transportista y queda confiado al agente en custodia para su entrega al transportista o a quien le represente, hasta que se contabilice satisfactoriamente a favor del transportista y se efectúe su liquidación".

Y a su vez, recoge la calificación de ese contrato, con cita de varios precedentes: como se señala, entre otras en SSTS 421/2016, de 18 de mayo, y 65/2016, de 8 de febrero, el contrato de agencia de ventas a pasajeros, sometiéndose al procedimiento de liquidación de venta de billetes aéreos conocido como "Sistema BSP", administrado en representación de las Compañías aéreas miembros de la entidad IATA, ha sido calificado por esta Sala como contrato de comisión. En una relación de comisión como ésta tanto la entrega del billete como el cobro del precio, deben considerarse actos hechos por la Agencia por cuenta del comitente (IATA), de modo que el comisionista del servicio prestado solo puede considerarse propietario del concreto porcentaje, convenido como comisión, del precio cobrado. El resto del precio recibido por cuenta del comitente pertenece desde su cobro a éste, siendo el comisionista mero receptor y poseedor de su importe, con obligación de entregarlo a su propietario, el comitente, por cuenta del cual actuaba. Es por tanto un título posesorio idóneo para el delito de apropiación indebida."

- Y en contra de lo sustentado en el motivo, la sentencia del TSJ sí se pronuncia sobre las citadas por el recurrente, que sustentarían su tesis al absolver en supuestos de insolvencia, negando la calificación de apropiación indebida, SSTS 161/2012, de 14-3; 996/2009, de 9-10; 848/2008, de 17-12, pero con independencia de que en las dos primeras se trataba de sentencias que analizaban supuestos de recursos contra sentencias absolutorias en la instancia, se destacan en la recurrida la concurrencia de circunstancias singulares, ya que la 996/2009, cuando se produce la solicitud de concurso, había ocurrido una mora en el pago de la liquidación "pero no que los acusados no hubieran conservado propiedad suficiente para el cumplimiento íntegro de la deuda con los transportistas, lo que implica la imposibilidad de afirmar que el patrimonio a entregarles, precisamente a ellos, haya sido objeto de distracción". Esto es, si bien en el momento de la declaración del concurso el agente no podía atender la totalidad de las deudas, sí que disponía de patrimonio suficiente para atender sus obligaciones para con IATA, lo que en el caso presente no acontece -ver declaración administrador concursal Sr. Adolfo en el sentido de que el proceso concursal se encuentra paralizado ante la falta de fondos con que atender al pasivo-

Y en cuanto a la STS 894/2008, el supuesto analizado era distinto, al no intervenir IATA sino una empresa constructora y una promotora inmobiliaria en relación a la construcción de un edificio, y finalmente sí hubo sentencia condenatoria por apropiación indebida en la modalidad de administración desleal.

3.5.- Y respecto a la posibilidad de que el dinero pueda ser objeto de la tipicidad del delito de apropiación indebida, debemos precisar como en el esquema normativo anterior a la fecha de los hechos, aparecía descrito en el artículo 252 CP que tipificaba la conducta de los que, en perjuicio de otros, se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros. Y una consolidada jurisprudencia de esta Sala entendió, a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el precepto, que el mismo proyectaba su tipificación sobre dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica apropiación de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico. (entre otras, SSTS 513/2007 de 19 de junio; 228/2012 de 28 de marzo; 664/2012 de 12 de julio; 370/2014 de 9 de mayo; 588 /2014 de 25 de julio; 761/2014 de 12 de noviembre; 894/2014 de 22 de diciembre; 41/2015 de 27 de enero o 125/2015 de 21 de mayo).

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



La distracción, como modalidad típica a que se refería el delito de apropiación indebida en el artículo 252 CP (ahora en el 253), no se cometía con la desviación orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que precisaba la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (entre otras STS 622/2013 de 9 de julio). Y como elementos de tipo subjetivo que el sujeto conociera que excedía sus atribuciones al actuar como lo hizo y que con ello suprimía las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

En una abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que condensa la STS 163/2016 de 2 de marzo, y otras posteriores como las SSTS 244/2016 de 30 de marzo, 332/2016 de 20 de abril, 683/2016 de 26 de julio; 29/2018 de 18 de enero; 129/2018 de 20 de marzo; 152/2018 de 2 de abril; 346/2018 de 11 de julio, sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero.

La STS 438/2019 de 2 de octubre realiza un minucioso estudio de la cuestión, que sintetiza la jurisprudencia sobre la materia, por lo que nos remitimos a su tenor literal. Señala la misma "en cuanto al dinero, por mucho que haya desaparecido la voz distracción del art. 253 CP actual, y por mucho que el Preámbulo de la LO. 1/2015 quiera desviar siempre su tipicidad a la administración desleal es evidente que sigue siendo posible la apropiación indebida de dinero.

En efecto esta Sala, SSTS 163/2016 de 2 marzo, 700/2016 de 9 septiembre, 962/2016 de 23 diciembre comprendía respecto del delito de apropiación indebida, el actual estado de la jurisprudencia a raíz de la reforma operada por LO. 1/2015 de 30.3 -que tendría efectos retroactivos en lo que favorezca al acusado-, al tiempo que rechaza aquellas opciones interpretativas que, no sólo se apartan del criterio jurisprudencial proclamado reiteradamente por esta Sala, sino que alentarían espacios de impunidad como consecuencia de un mal entendido criterio de subsunción. La transcripción literal de algunos de sus pasajes resulta más que conveniente. Allí puede leerse lo siguiente: "...desde otra perspectiva podría examinarse si la admisión a trámite del recurso puede fundamentarse en la modificación realizada en la regulación del delito de apropiación indebida por la LO 1/2015, y en su eventual aplicación retroactiva en beneficio del reo.

La exposición de motivos de la LO 1/2015, señala que "la reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error".

En consecuencia, la reforma excluye del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero, pero mantiene en el ámbito del tipo de apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos en que el acusado se apropiare para sí o para otros del dinero que hubiera recibido en depósito, comisión, o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido. En efecto la nueva redacción del tipo



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

Algún sector doctrinal, que siempre ha mantenido una posición contraria a la apropiación indebida de dinero, calificándola en todo caso como un supuesto de administración desleal indebidamente inserto en el tipo de la apropiación indebida, pretende ahora enmendar la plana al Legislador y sostener que pese a la mención expresa del dinero en el art 253 CP , la apropiación de dinero, por su naturaleza fungible, no puede sancionarse como delito de apropiación indebida (diga lo que diga el Legislador) sino que debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido, y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio). Otros sectores mantienen que la mención del dinero en el art 253 solo puede referirse a los supuestos en los que el dinero se ha entregado como cosa cierta (identificando la numeración de los billetes y especificando que la devolución debe realizarse sobre los mismos billetes entregados).

Este no es el criterio seguido por esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art 252 CP como "distracción", constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta específica de "distracción" ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Por el contrario, esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 433/2015, de 2 de julio (conducta apropiatoria de dinero en el ámbito societario), STS 430/2015, de 2 de julio (apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal), STS 414/2015, de 6 de julio (apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015, de 7 de julio (apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015, de 16 de julio , (apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015, de 5 de octubre, (apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa), STS 615/2015, de 15 de octubre (apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre, (apropiación de dinero por apoderado), STS 732/2015, de 23 de noviembre (apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015, de 1 de diciembre (apropiación indebida de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (apropiación indebida de dinero por intermediario), STS 65/2016, de 8 de febrero (apropiación indebida de dinero por agente de viajes), STS 80/2016, de 10 de febrero , (apropiación indebida de dinero por el patrono de una fundación), STS 89/2016, de 12 de febrero (apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc. etc.

En realidad, la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio . En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253.

Como ha señalado la STS 18/2016, de 26 de enero, "la admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales, por su naturaleza fungible, pero sin entrar ahora en debates más complejos es necesario constatar que el Legislador ha zanjado la cuestión en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art 253 CP.



Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida de dinero es que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", es decir que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución (STS 513/2007 de 19 de junio, STS 938/98, de 8 de julio , STS 374/2008, de 24 de junio , STS 228/2012, de 28 de marzo).

Este criterio jurisprudencial plenamente consolidado trae causa de anteriores precedentes en los que ya fueron abordados los efectos asociados al nuevo régimen jurídico instaurado por la LO 1/2015, en el que la reforma de los arts. 252 y 253 del CP fueron algo más que una simple recolocación sistemática. Con posterioridad se han sucedido nuevos pronunciamientos en la misma dirección. Es el caso de la STS 244/2016, de 30 de marzo , en la que se señala que "...así como en la apropiación de cosas no fungibles la incorporación al patrimonio ajeno es instantánea exteriorizador del "animus rem sibi habendi", en la distracción de dinero se requiere que se dé un destino distinto y definitivo, de suerte que hasta que ese destino no se ha objetivado cabría la existencia de un mero uso indebido del dinero, que no supusiera el despojo definitivo del mismo por parte del infractor hasta que no se haya superado lo que se denomina el "punto de no retorno" que distingue el mero uso indebido situado extramuros del sistema penal, de la apropiación en sentido propio . De igual modo en la STS 216/2016, de 15 de marzo, con citas de las SSTS 370/2014 y 905/2014. Por ello, la reforma operada por LO 1/2015, nada ha alterado desde esta pacífica jurisprudencia, aunque sea cuestionado por un sector doctrinal (cfr. STS 414/2016, 17 de mayo)".

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

CUARTO.- El motivo cuarto por quebrantamiento de forma del art. 850.1 LECrim por denegación de pruebas propuestas en tiempo y forma por las partes, se considerarían pertinentes.

4.1.- Argumenta que la Audiencia Provincial, por auto de admisión de prueba de 24-7-2019, admitió las pruebas consistentes en la testifical de D^a. Bárbara , Vicepresidente de Asociaciones de Viajes y Tour Operadoras y Presidente de la Asociación de Empresarios de Agencias de Viajes, y un exhorto al Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia para aportación en autos del testimonio de la pieza de calificación del concurso ordinario 1091/2016, y exhorto al Juzgado de 1ª Instancia nº 55 de Madrid, Procedimiento Ordinario 1178/2016, seguido a instancia de Aquatravel contra Plus Ultra para que se aportara testimonio de la demanda, contestación a la demanda y de la grabación de la Audiencia Previa.

Pruebas estas admitidas, pero que fueron denegadas en la fase de cuestiones previas, lo que supone vulneración flagrante del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, arts. 24.1 y 2 CE, produciendo efectiva indefensión al acusado, dada la nimia argumentación ofrecida por el tribunal de instancia para denegar las pruebas previamente admitidas.

4.2.- El motivo se desestima.

Previamente debemos señalar que es doctrina jurisprudencial (SSTS. 771/2006 de 18.7, 181/2007 de 7.3), que "la formulación en tiempo y forma de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia, es preciso además que la prueba merezca la calificación de "pertinente". Como ha recordado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de abril de 1998, la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas "rechazando las demás" (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11).

No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, de suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica



y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecen la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: "pertinencia" es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "thema decidendi"; "relevancia" existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS. 21.5.2004).

4.3.- Siendo así, la sentencia recurrida, al analizar esta misma cuestión planteada en apelación, razona:

"Centrándonos en el supuesto de autos observamos que en relación a la Sra. Bárbara , la citación no fue efectuada de una manera correcta, dado que se observa que por un error mecanográfico no se consignó su apellido correctamente en la correspondiente cedula, pero ello en modo alguno afecto a su incomparecencia, dado que la representación del Sr. Justino presento ante la Sala un escrito por el que manifestando que a la testigo le era imposible comparecer el día señalado solicitaba el aplazamiento del juicio, lo que le fue denegado expresamente, sin que en ese momento se expresa reserva alguna, reiterando su petición en fase de cuestiones previas. Mientras que en relación a los particulares interesados, realmente no consta en las actuaciones que llegaran a librarse los despachos en cuestión. Mas en cualquier caso el tribunal reservo su decisión definitiva a la fase final del juicio una vez practicada la prueba posible durante el juicio. Llegando finalmente a la conclusión de inadmitirla por entender que no guardan relación directa con los hechos, sobre la base de que realmente la Sra. Bárbara como persona responsable de ciertas asociaciones de empresarios vendría a exponer la mecánica con que de forma habitual opera el mercado, más que la singular relación de la empresa del acusado con IATA, entendiéndose igualmente innecesarios los testimonios de particulares en cuestión, desde el momento que declaro en la vista el Sr. Adolfo , que vino a ratificar y ampliar los informes que emitió en el seno del procedimiento concursal (f. 357 a 361 TI; f. 6 a 23 TII) lo que les haría innecesarios. Lo que además ha de ponerse en relación con la tesis defensiva, en la que vino a sostener que realmente los fondos en cuestión no estaban en posesión y bajo custodia de su empresa y en definitiva del Sr. Justino , por consecuencia de las operaciones a crédito y pagos efectuados por tarjeta de crédito que se llegan a ingresar directamente a las compañías, a lo que se une su afirmación de que si en ese momento no pudo hacer efectiva la liquidación, fue debido a la situación de crisis que le genero el cierre sorpresivo de la Compañía Aérea Plus Ultra que le obligo a contratar vuelos chárter y reubicar viajeros en otros vuelos, lo que determino que se viera obligado a efectuar un importante desembolso que determino su situación de iliquidez y posterior situación concursal. Tesis que aun cuando a nivel dialectico no niega la Audiencia, sin embargo entiende que no afecta al delito, desde el momento que considera que esos fondos objeto de liquidación, desde el mismo momento que se expiden los billetes se hayan en posesión del acusado, los cuales según el propio contrato son propiedad de las diferentes compañía aéreas teniéndolos meramente en depósito, siendo intrascendente la motivación que le llevo, en beneficio propio o de su empresa, a destinar esos fondos a otras atenciones. Por lo que realmente no guardaría relación con la conclusión a que llega la sentencia, no pudiendo olvidar en tal sentido que según la STS núm. 32/2019 de 29 de enero, el canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" posteriormente, lo que hace admisible la resolución de la Audiencia que tras la práctica de la prueba, no consideró necesario una mayor dilación de la causa."

El recurrente cuestiona esta argumentación tildando de "inexplicables" los motivos aducidos en cuanto entra a valorar directamente el fondo del asunto y se observa claramente este aspecto en el razonamiento ofrecido por la propia sentencia de instancia para justificar la no práctica de la prueba admitida como pertinente y útil en un momento (F.J. 1º pág. 9 sentencia instancia): "... el contenido de la pieza de calificación iba a ser puesto de manifiesto por el Administrador Concursal D. Adolfo , como así ocurrió, amén de que carece de relevancia la objeción efectuada por la defensa de que la falta de pago se debió a una involuntaria insolvencia de la sociedad, porque lo pactado fue que los ingresos percibidos por la venta de billetes de avión era en todo momento propiedad de las aerolíneas".

4.4.- Queja inasumible.

Esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece, en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay



que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio ex post. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

La STC 142/2012, de 2 de julio, al analizar el derecho a la prueba en el ámbito del art. 24.2 de la CE, argumenta que "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero)". Y también tiene dicho que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (STC 45/2000, de 14 de febrero)>>.

Situación que sería la presente, dado que el recurrente no concreta de qué manera la práctica de aquellas pruebas hubiese podido alterar el sentido del fallo, máxime cuando en relación a la no aportación de los testimonios relacionados con la pieza de calificación del concurso, hemos dicho en muy reciente STS 146/2022, de 17-2, que la calificación de la insolvencia en el proceso civil no vincula a la jurisdicción penal tal como se recoge en los apartados 3 y 4 del art. 260 CP en los que se consagra la independencia del proceso penal respecto del civil-mercantil y la desaparición de la conclusión objetiva de perseguibilidad que se consideraba incluida en los arts. 520 y 521 CP 1973. Ahora, tanto este delito como los delitos singulares relacionados con él (v.gr. falsedades, apropiaciones, alzamientos, etc) "podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste". A esta independencia de la jurisdicción penal para la persecución de estos delitos hay que añadir también la desvinculación de que gozan los juzgados y tribunales respecto de la legislación mercantil, bastando que por prueba practicada en el proceso penal quede acreditado si la situación de crisis económica o de insolvencia ha sido o no causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. Esto es, por los representantes legales de una persona física o por los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de una persona jurídica. Se cierra así el paso a cualquier efecto penal de la calificación de la insolvencia en el proceso civil e igualmente de la jurisdicción laboral (SSTS 612/2006, de 2-6; 146/2009, de 28-2).

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

RECURSO HISCOX SA

QUINTO.- El motivo primero por infracción de ley al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim, en relación con los arts. 116 y 117 CP, art. 73.1 Ley Contrato de Seguro y 1255 Código Civil.

5.1.- El motivo solicita la casación de la sentencia dictada por el TSJ de 3-3-2020, únicamente respecto a la condena a Hiscox como responsable civil directa, sin entrar a valorar el contenido del apartado 8.3 de la sentencia en relación a la cobertura temporal de la póliza de Hiscox, al interpretar el tribunal sentenciador la doctrina jurisprudencial relativa a las cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo, pero considera la parte que las dos primeras causas de exclusión de cobertura de la póliza planteadas en el recurso de apelación -no ser los hechos enjuiciados objeto del seguro contratado, y no inclusión de los meros incumplimientos contractuales- resultan claras al afectar al ámbito objetivo del riesgo cubierto en la póliza y quedar completamente al margen de la consideración de cláusulas limitativas de derechos del asegurado,



según la propia fundamentación de la sentencia recurrida y no haber sido debidamente resueltas estas dos causas de exclusión por la sentencia recurrida.

El motivo, por tanto, no cuestiona el nacimiento de la responsabilidad civil ex delicto respecto al asegurado, lo que cuestiona es la extensión de esa responsabilidad civil ex delicto a la aseguradora, que solo le sería exigible si la póliza suscrita cubre dicha reclamación.

Por ello, la sentencia recurrida -continúa el motivo- debió analizar si se ha producido el evento que determina el riesgo asegurado por Hiscox (art. 117 CP), dado que el objeto del contrato de seguro sí es oponible a tercero a diferencia de las exclusiones por dolo del asegurado. Cita diversas sentencias de la Sala 1ª TS que establecen que las cláusulas delimitadoras del riesgo, no son cláusulas limitativas y están sometidas al régimen de aceptación genérica siendo oponibles tanto a las partes contratantes como al tercero que ejercita la acción directa.

En el caso presente entiende, respecto al objeto del Seguro, la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional suscrita con Hiscox, que era indemnizar los perjuicios a terceros en cualquiera de los supuestos de cobertura incluidos en la póliza. Así, en la definición de reclamación que figura en la póliza: "cualquier requerimiento escrito, demanda escrita o procedimiento civil, penal, administrativo o arbitral, presentada por primera vez contra cualquier asegurado durante el período de seguro en la que se solicite una indemnización económica alegando cualquiera de los supuestos de cobertura amparados por la sección Lo que está cubierto", destacando que en dicho módulo de cobertura para profesiones específicas, está ausente las devoluciones o restituciones de los importes pendientes de liquidar con las compañías aéreas que son objeto de reclamación judicial en el presente procedimiento. Por el contrario, se excluyen "las consecuencias de falta de pago o restitución de fondos, títulos o valores recibidos por el asegurado" (suplemento AA.VV exclusiones adicionales 1/2 apartado 1º, pag 10 condiciones particulares) y sus multas o sanciones, sus penalizaciones contractuales, sus daños punitivos, restitutorios o no indemnizatorios (apartado 26 "lo que no está cubierto del Módulo de Cobertura para profesiones específicas, pág. 5).

Por ello concluye con la falta de cobertura de la póliza en base:

- la póliza cubre indemnizaciones de daños y perjuicios, no las devoluciones o restituciones que se están reclamando en juicio.
- el principio de libre autonomía de la voluntad de las partes reconocido en el art. 1255 C.Civil y el principio "pacta sunt servanda".
- la propia definición de seguro de responsabilidad civil del art. 73.1 LCS ("por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho").
- En base a lo anterior, las partes optaron por contratar un seguro de responsabilidad civil profesional que amparaba unos siniestros (indemnizaciones generadores de perjuicios a terceros previstos en la póliza) y no otros (restituciones o devoluciones a aerolíneas vinculadas contratantes de sus servicios).

Por lo tanto, atendiendo al objeto y al contenido del clausulado y exclusiones de la póliza, ésta no cubre la responsabilidad civil reclamada en este caso, que no es otra que el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por Aquatravel, respecto a su deber de reintegrar las cantidades cobradas en nombre de las aerolíneas, y de restituir las cantidades pendientes de liquidación, incumplimientos excluidos expresamente de cobertura en la póliza.

En definitiva, el hecho de que el asegurado deba asumir su responsabilidad por el incumplimiento del contrato de agencia de venta a pasajeros suscrito por la agencia de viajes, en concreto la estipulación 7.2, no implica que la aseguradora deba dar necesariamente cobertura a dichos incumplimiento contractual.

5.2.- El motivo se desestima.

Es cierto -y así se recoge en la sentencia recurrida con cita de jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo-, que la distinción desde el punto de vista teórico entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas, parece sencilla:

- las cláusulas de delimitación del riesgo concretan el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro.
- las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.



No obstante en la práctica, como expresa la STS Sala 1ª 715/2013, de 25-11, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado. Las fronteras entre ambas no son claras, llegándose incluso al caso de que las cláusulas que limitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado.

La STS 853/2006, de 11-9, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de la Sala 1ª (vid. SSTS 1051/2007, de 17-10; 598/2011, de 20-7) según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan:

- (i) qué riesgos constituyen dicho objeto;
- (ii) en qué cuantía;
- (iii) durante qué plazo; y
- (iv) en qué ámbito temporal.

Otras sentencias posteriores, como la 82/2012, de 5-3, entienden que debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata pues, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, establecer "exclusiones objetivas", eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (sorprendentes).

Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (SSTS 268/2011, de 20-4; 516/2009, de 15-7).

Esta jurisprudencia de la Sala 1ª determina, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares.

5.3.- En el caso presente, la póliza de Hiscox, en sus detalles de cobertura (folios 193 a 205, Tomo I) cubre la "actividad profesional de agencias de viajes mayoristas y minoristas y tour operadores". Entre los módulos de cobertura figura el de "responsabilidad civil general" y en el suplemento agencia de viajes 1. Suplemento AAVV, cubre la actividad profesional incluyendo la mediación en la venta de billetes y reservas de plaza de toda clase de medios de transporte. Así, en el Suplemento AAVV II, coberturas específicas, e establece la siguiente cobertura "Responsabilidad civil directa o subsidiaria de la agencia de viajes asegurada por daños corporales, daños materiales y perjuicios económicos resultantes de:

- Responsabilidad civil de explotación del negocio.
- Responsabilidad civil indirecta o subsidiaria.
- Responsabilidad civil por daños patrimoniales primarios.

Siendo así, el incumplimiento por parte de la asegurada Aquatravel de sus obligaciones nacidas de su actividad propia que como agencia de viajes explotaba, puede entenderse contemplada en la garantía de responsabilidad civil profesional de la póliza en cuanto surgió de la mediación en la venta de billetes y reserva de plazas a través del sistema BSP, actividad que quedaría integrada en la que es objeto del seguro descrita en la póliza.

Las SSTS de esta Sala Segunda 874/2021, de 15-11, y 403/2021, de 12-5, en supuestos similares al de autos, apropiación de los importes de los billetes de avión, entiende cubierto este riesgo en el "aseguramiento de los daños a terceros ocasionados en el desempeño de la actividad empresarial o comercial de la entidad, propio de un seguro de responsabilidad civil, que comprende los distintos riesgos relacionados con la explotación, patronal (accidentes de trabajo) y daños patrimoniales primarios"; por lo que mantiene la responsabilidad directa de la aseguradora respecto de las cantidades a indemnizar a las compañías aéreas, por los billetes cobrados por la agencia, cuyo importe se distrajo, sin llegar a sus destinatarias.

Ambas partes del contrato de compraventa de los billetes de avión, celebrado en virtud de la actividad de mediación que integraba el objeto del quehacer profesional de AQUATRAVEL SA, podían resultar perjudicadas



en el curso del mismo; viajero y compañía aérea son terceros en relación a la agencia de viajes. Las perjudicadas en el apartado de la explotación profesional de AQUATRAVEL SA que contemplamos, es patente y así se declara la sentencia, son las compañías aéreas asociadas y representadas por IATA que prestan el servicio y no reciben su importe.

5.4.- Por otro lado, la interpretación que propugnan todas las partes, al impugnar el recurso, incluido el propio responsable penal Sr. Justino, en el sentido de que dentro del concepto de daños materiales y perjuicios económicos resultantes de la explotación del negocio de agencia de viajes -que constituye el objeto del seguro- deben comprenderse las cantidades obtenidas de la venta de pasajes aéreos por el acusado, a través de su empresa, declarada responsable civil subsidiaria en base al art. 120.4 CP, y apropiadas por el mismo, sin reintegrarlas a los querellantes, debe ser mantenida.

En efecto, entendiendo que el daño es la causa del perjuicio. El daño es el menoscabo real de la cosa, mientras que el perjuicio es el menoscabo económico derivado de ese daño y que dentro del concepto de restitución del art. 110.1 y 111 CP se comprende cualquier bien, incluso el dinero, puede interpretarse que en todo menoscabo patrimonial susceptible de ser evaluado económicamente, se incluyen aquellas cantidades, propiedad del sujeto pasivo, recibidas por el asegurado y no entregadas a aquel.

Avala esta interpretación como en los llamados contratos de adhesión, entre los que destaca muy particularmente el seguro. La jurisprudencia viene estableciendo (vid. SSTS Sala 1ª 10-1-2006, 5-3-2007) que las dudas que puedan surgir sobre la significación de sus cláusulas, deberán ser interpretadas de acuerdo con el art. 1288 Código Civil, en el sentido favorable al asegurado. Redactada la cláusula por uno de los contratantes, su oscuridad no puede favorecer al que la ocasionó. Las cláusulas de los contratos han de interpretarse en el sentido más favorable para la parte no causante de la indeterminación o ambigüedad. La regla de la interpretación "contra proferentem" acogida en el art. 1288 C.Civil, como aplicación concreta del básico principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no solo la redacción unilateral del contrato, sino principalmente oscuridad en la cláusula cuyo sentido se cuestiona. En definitiva, viene a sancionar que en caso de duda sobre el sentido de la cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el asegurado. Se trata de una regla de interpretación que entra en juego cuando existe una cláusula oscura o sea oscuro todo el contrato con la consiguiente imposibilidad de conocer la voluntad común, se ha de proteger al contratante que no causó la confusión.

El art. 1288 C.Civil desfavorece a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad (s. 17-1-2001), dicen las SSTS 27-9-96 y 8-10-2001: "El art. 1288 C.C. no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando una vez utilizados los criterios legales y por supuesto y primordialmente las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido, sino que origina varios en análogo grado de credibilidad".

SEXTO.- El motivo segundo por error de hecho en la valoración de la prueba al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim, designando como particulares que demuestran el error a los efectos del art. 855.2 LECrim, la póliza de seguro aportada por Hiscox SA.

El motivo se desestima.

6.1.- Debemos recordar que la vía casacional del art. 849.2 LECrim, conforme reiterada doctrina de esta Sala, por todas STS 72/2021, de 28-1; y 46/2022, de 20-1, exclusivamente autoriza rectificar el relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia ineludible que el error fáctico o material se demuestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30.9).

No es suficiente, por lo tanto, con que sea posible, sobre la base del particular del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal. Es preciso, por el contrario, que el documento revele de forma clara un error del Tribunal, bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita, o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que, en ambos supuestos, sea la única prueba sobre ese extremo. (STS nº 534/2003, de 9 de abril).



Con la STS 431/2006, de 9 de marzo, debemos recordar que un motivo por "error facti" no puede consistir en una cita de toda una serie de folios del procedimiento que claramente exceden de las previsiones del indicado cauce casacional, que no consiste, como es natural, en una nueva valoración del conjunto del acervo probatorio, convirtiendo a este Tribunal Supremo en una segunda instancia jurisdiccional, lo que sencillamente no es posible en función de la misión que el recurso de casación tiene en nuestro ordenamiento jurídico, dada su estructura y configuración del mismo, sino que, al margen del principio de inmediación, no puede llevarse a cabo la revisión probatoria que la recurrente propone en su extenso desarrollo del motivo, pues, de no ser así, es claro que si pudiéramos establecer las bases fácticas de todo proceso penal al margen de la instancia y sus principios rectores, hasta el punto de llegar a un relato completamente diferente al que la Sala sentenciadora ha consignado en su resultancia fáctica, no sería -ni siquiera- precisa la celebración del juicio oral, lo que es simplemente inaceptable dogmáticamente.

En similar sentido la STS 633/2020, de 24-11, señala en cuanto a los requisitos exigidos para la aplicación de este motivo:

"Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa."

Y es que para que este motivo de casación pueda prosperar, es preciso que los documentos señalados sean literosuficientes, en los términos expresados por reiterada doctrina jurisprudencial, por todas Sentencia número 860/2013, de 26 de noviembre, a saber:

"(...) la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99 (RJ 1999, 4676)).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediación en la práctica de



la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediación.

6.2.- En el caso actual, las alegaciones del recurrente en orden al no examen de la cobertura de la póliza por las sentencias de instancia y apelación, dando por hecho que la recurrente por el simple hecho de ser aseguradora debe responder de cualquier reclamación, cuando además no han condenado a la mercantil asegurada (Aquatravel) en ningún momento civilmente, unido a las circunstancias de que la asegurada en ningún momento procedió a declarar el siniestro a la recurrente y a la posición del Fiscal que mantuvo su exclusión en el escrito de calificación, no son propias de este motivo casacional. El documento señalado ha sido valorado por el tribunal de instancia, tal como se ha razonado en el motivo primero. Una lectura completa del fallo de la sentencia de instancia permite constatar que se declaró la responsabilidad civil subsidiaria de Aquatravel SL. Que ésta no declarase el siniestro no podría perjudicar a derechos de terceros como son los querellantes, y la posición inicial del Ministerio Fiscal manteniendo su exclusión no tiene la relevancia pretendida al existir acusación particular que sí planteó su condena, máxime cuando el Ministerio Fiscal en este trámite casacional ha impugnado el recurso planteado.

SÉPTIMO.- Desestimándose los recursos de casación interpuestos, procede condenar en costas los recurrentes (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

1º) Desestimar los recursos de casación interpuestos por la representaciones procesales de Justino ; y de **HISCOX SA** (responsable civil), contra la sentencia nº 55/ 2020, de fecha 3 de marzo 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación nº 19/2020.

2º) Imponer a los recurrentes las costas derivadas de sus recursos.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García