

Roj: STS 339/2016 - ECLI:ES:TS:2016:339
Id Cendoj: 28079120012016100065
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 959/2015
Nº de Resolución: 80/2016
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 80/2016

RECURSO CASACION Nº : 959/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia : 10/02/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : José Manuel Maza Martín

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por : IAG

Apropiación indebida continuada. Absolución de quien fuera condenada como cómplice por ausencia de soporte fáctico para condenarla. Corrección de la pena impuesta al condenado como autor.

Nº: 959 / 2015

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Fallo: 02/02/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 80 / 2016

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Manuel Maza Martín

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación 959/2015 interpuesto por **Gabriela**, representada por la Procuradora Sra. De Dorremoechea Guiot, bajo la dirección letrada de D. Celso Galar Baranguá, **Jose Carlos**, representado por el Procurador Sr. Albaladejo Martínez, bajo la dirección letrada de D^a Rosa M^a Sanz Carrasco y, el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1^a) que les condenó por delito de **apropiación indebida**. Ha sido parte recurrida Jesus Miguel y Constancio, "Fundación Padre Cristóbal Figuera" representados por el Procurador Sr. Anaya García, bajo la dirección letrada de D. Florencio Pérez Palacios.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Aranda de Duero, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 1409/2011 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1^a que, con fecha 18 de marzo de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

<< PRIMERO.- Se considera expresamente probado y así se declara que el acusado Jose Carlos, mayor de edad y sin antecedentes penales, y la acusada Gabriela, mayor de edad y sin antecedentes penales, ambos se conocieron desde que la segunda tenía 16 años de edad, iniciando una relación sentimental cuando la misma cumplió los 25 años, pero conviviendo posteriormente juntos a raíz de que comenzaron a viajar a la localidad de Utrera (Sevilla), con motivo de su integración en la fundación, "Padre Cristóbal Figuera".

Dado que mediante escritura pública de fecha 4 de Marzo de

2.004 se constituyó la Fundación "Padre Cristóbal Figuera", por parte de Benjamín, por lo que en fecha 19 de Enero de 2.004 se apertura con titularidad de la fundación, en la entonces entidad bancaria Caja de Burgos, la sucursal de la localidad de Sotillo de la Ribera (Burgos) la cuenta nº NUM000, y por otro lado en la también entonces entidad bancaria Caja Círculo se apertura la cuenta nº NUM001. Siendo en ese momento Presidente Benjamín; Vicepresidente Ezequias; Secretaria María Rosario; Tesorero Jesus Miguel; y Vocales Hernan y Constancio. En cuyos Estatutos se fija como domicilio y sede del Patronato en Avenida Gomel nº 14, de Gumiel de Mercado (Burgos), así como estableciéndose que el Patronato podía acordar el cambio de domicilio por mayoría de dos tercios de sus miembros, promoviendo la correspondiente modificación de los estatutos. A su vez, en el art. 23, relativo el carácter gratuito del cargo de Patrono, se recoge "los miembros del Patronato no podrán, en ningún caso, percibir retribución por el desempeño de su función, pero tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el ejercicio de sus cargos les ocasione".

Posteriormente, en acta de la Fundación de fecha 29 de Abril de 2.009, se reflejó que, debido al fallecimiento de los miembros del Patronato que se reseñaban, entre ellos Benjamín, el cual falleció el 10 de Agosto de 2.008, pasaban a ser nuevos miembros los dos acusados: Jose Carlos (sacerdote jubilado, con una pensión en el año 2.010 por importe de 845'21 € y en el año 2.011 en la cantidad de 855'15 €), como Presidente (siendo conocedor que este cargo no era remunerado); y Gabriela, como Vocal.

A su vez, en el Acta de fecha 18 de Mayo de 2.009, se refleja entre otras cuestiones:

.- Dar cuenta de la renuncia a su cargo de la Secretaria de la fundación María Rosario, aceptándose su dimisión, y eligiéndose nueva secretaria en la persona de Gabriela, (la cual, fue propuesta para ello por el acusado, y quien también sabía que este cargo era a título gratuito).

.- Se acordó, previa votación y por total consenso, que Jose Carlos (Presidente), Gabriela (Secretaria) y Jesus Miguel (Tesorero), eran las personas que iban a tener firma reconocida en las diferentes entidades financieras con las que trabajaba la Fundación.

.- Se acordó la modificación de los estatutos en sus artículos 10, 11, 12 y 20, (siendo el art. 12 el relativo a la distribución de competencias), acuerdos de modificación de los estatutos que fueron elevados a público por escritura de fecha 4 de Junio de 2.009, con la comparecencia ante notario de Gabriela.

.- En el punto 9 sobre el viaje de Gabriela a la finca de Utrera en Sevilla, en su apartado A) se acuerda previa votación y por unanimidad, pagar al Sr. Luis Enrique la cantidad de 1.134'76 €, que previas facturas presentadas, él fue pagando a lo largo del año 2.008 hasta la fecha, debido al fallecimiento del P. Benjamín y al bloqueo consiguiente de las cuentas bancarias, cantidad que él tuvo que adelantar en su día a los diferentes

comercios. (En relación con lo cual, posteriormente se emitió un certificando, fechado el 9 de Junio de 2.009, de Gabriela en calidad de Secretaria de la Fundación, haciendo constar la entrega a Aquilino de dicha suma, correspondiente a facturas ya pagadas por éste a lo largo del año 2.008 y parte del 2.009). Asimismo en el apartado B) se refleja " que se acordó, por votación unánime, la venta, en cuanto salga un comprador adecuado, de la finca de Utrera se decide que, mientras la venta no se efectúe, Don. Luis Enrique podrá vivir en la citada Finca siempre y cuando contribuya debidamente al mantenimiento y orden de la misma, tanto en el inmueble como de la finca en su totalidad, debiendo abandonar la misma sin dilación en el momento en que se comunique la existencia de un comprador en firme ". En el apartado E) " se da cuenta en esta reunión, que con fecha 15 de Mayo se hizo entrega a D. Eulogio de 262'43 € para formalizar el seguro de la finca de Utrera. Se le hizo entrega en efectivo, dado que todavía las cuentas de la Fundación no son operativas, importe que ha sido adelantado por el Presidente D. Jose Carlos . Quedando por ello la fundación en deuda con el mismo por el citado importe, que le será reintegrado en cuanto sea posible por la citada Fundación ". Y, en el apartado F) se recogía "corre a cargo de la cuenta personal del citado Jose Carlos el viaje y estancia en Sevilla, por los mismos motivos ya citados, y cuyo importe asciende a 293'32 € (Billete de tren, y comidas de los días de estancia en Sevilla). El citado importe igualmente, en el momento en que las cuentas de la fundación estén operativas le será reintegrado al P. Jose Carlos en la debida forma en la cuenta ".

Mediante escritura pública sobre adjudicación unilateral de legado, de fecha 11 de Diciembre de 2.009, por el Abogado Dº Luciano , en calidad de mandatario verbal de la Fundación, hace constar el fallecimiento de Benjamín , (sin descendientes), y con protocolización del testamento ológrafo, en que disponía dicho testador corresponder a la fundación el legado (que la fundación acepta), relativo a la finca rústica sita al pago de la Jordana y Casablanca del término de Utrera (Sevilla), y que sobre la finca se encontraba construida una vivienda unifamiliar, una nave almacén y un cobertizo, (gravada con una hipoteca a favor de Banco Español de Crédito S.A.). Con escritura pública de cancelación de hipoteca de 21 de Junio de 2.010 de la que respondía dicha finca rústica.

Por parte del acusado como Presidente de la Fundación, teniendo la representación de ésta ante las entidades bancarias, en fecha **19 de Abril de 2.010** firmó, como titular solicitante, **una solicitud de contrato de Tarjeta MasterCard Creitengo** , en la oficina de Sotillo de la Ribera (Burgos), constando como tipo de solicitud "Master Personal"; con un límite crédito cuenta de 6.000 €; número de cuenta 0584948; cuenta asociada NUM002 ; forma de pago crédito importe mensual de 600 €; límite crédito tarjeta 6.0000 €; número de tarjeta titular NUM003 ; a nombre de Jose Carlos , NIF NUM004 ; nacimiento NUM005 de 1.932; profesión pensionista; domicilio DIRECCION000 NUM006 Fundación. Posteriormente, el 16 de Agosto de 2.010 el acusado Jose Carlos como titular de la tarjeta de crédito NUM003 , solicitó a través de llamada telefónica, la modificación del límite del contrato y de la tarjeta, con nuevo límite del contrato 12.000 € y nuevo límite de la tarjeta 12.000 € (comercio 12.000 €, ventanilla 12.000 €).

En la citada **cuenta nº NUM002** de titularidad de la Fundación "Padre Cristóbal Figueru"; desde el mes de Marzo de 2.010 al 28 de Septiembre de 2.011, (comprendiendo el periodo de tiempo desde el mes de Abril de 2.010 al mes de Agosto de 2.011, en el que los dos acusados estuvieron residiendo en la referida vivienda de la finca de Utrera, perteneciente a la fundación), constan en el correspondiente extracto, entre otros, los siguientes **CARGOS** (sumando todos ellos el Total de 43.458'04 €) que se desglosan en los siguientes:

- En fecha 17 de Marzo de 2.010, por el concepto Hospital Reyes Católicos, la cantidad de **458'90 €** . Correspondiente a la asistencia médica que el acusado había recibido en el Hospital Reyes Católicos de Burgos.

- En fecha 19 de Abril de 2.010, por el concepto Viaje Utrera, la cantidad de **2.000 €** .

- En fecha 3 de Mayo de 2.010, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de 600 €.

- En fecha 1 de Junio de 2.010, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de 600 €.

- En fecha 1 de Julio de 2.010, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de 600 €.

- En fecha 2 de Agosto de 2.010, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de 600 €.

- En fecha 2 de Septiembre de 2.010, por el concepto Cargo

Mastercard , la cantidad de **1.000 €** .

- En fecha 1 de Octubre de 2.010, por el concepto Cargo

Mastercard , la cantidad de **1.000 €** .

- En fecha 2 de Noviembre de 2.010, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de **1.000 €** .
- En fecha 1 de Diciembre de 2.010, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de **1.000 €** .
- En fecha 3 de Enero de 2.011, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de **1.000 €** .
- En fecha 1 de Febrero de 2.011, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de **1.000 €** .
- En fecha 1 de Marzo de 2.011, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de **1.000 €** .
- En fecha 1 de Abril de 2.011, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de **1.000 €** .
- En fecha 2 de Mayo de 2.011, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de **1.000 €** .
- En fecha 1 de Junio de 2.011, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de **1.000 €** .

- En fecha 28 de Junio de 2.011, por el concepto Jose Carlos , la cantidad de **12.000 €** . Cantidad que, a su vez, fue ingresada en igual fecha en la Libreta de cuenta 2.000 de Caja Burgos nº NUM011 de titularidad de Jose Carlos .

- En fecha 1 de Julio de 2.011, por el concepto Cargo Mastercard , la cantidad de **1.228'04 €** .

- En fecha 1 de Agosto de 2.011, por el concepto CargoMastercard , la cantidad de **2.352'90 €** .

- En fecha 25 de Agosto de 2.011, por el concepto Tarjeta Mastercard, la cantidad de **12.940 €** . Al abonarse dicho importe en la tarjeta nº 0584948 de titularidad de Jose Carlos .

- En fecha 30 de Agosto de 2.011, por el concepto CargoMastercard, la cantidad de **78'20€** .

Y, entre los **ABONOS** (sumando 13.158'90 €), constan:

- En fecha 25 de Agosto de 2.011, por concepto Jose Carlos , por importe de **10.000 €**. Cantidad procedente de la Libreta de cuenta 2.000 de Caja Burgos nº NUM007 de titularidad de Jose Carlos .

- En fecha 15 de Septiembre de 2.011, por concepto Jose Carlos , por importe de **2.200 €**. Cantidad procedente también de dicha libreta del acusado en Caja Burgos.

Igualmente, de dicha de la Libreta de Cuenta 2.000 en Caja Burgos nº NUM008 en fecha 21 de Octubre de 2.011 se cargó por devolución gastos de hospital **458'90 €** y en concepto de mensualidades fundación el importe de **500 €**.

Las cantidades correspondientes a dichos cargos, fueron extraídas por Jose Carlos , para atender los gastos personales de ambos acusados, (sin haber quedado determinado los conceptos a los que correspondían), a lo largo del periodo de tiempo en el que los dos estuvieron residiendo en la localidad de Utrera (Sevilla), desde el mes de Abril de 2.010 a Agosto de 2.011, y sin quedar acreditado que tal estancia se debiese a la necesidad de su permanencia en dicho lugar con la finalidad de tener que llevar a cabo gestiones para la fundación, ni se comunicó ni aportó a la fundación justificación alguna de tales gastos. Siendo todo conocido por la acusada Gabriela , sin que ésta en su condición de Secretaria de la Fundación, pusiese objeción a ello, ni tampoco en conocimiento de los demás miembros de la misma.

Previamente, a realizar el acusado Jose Carlos los anteriores abonos en la cuenta de la fundación, mediante escrito fechado el 16 de Agosto de 2.011, declaró que por razones personales, presentaba su dimisión como Presidente de la Fundación, cargo que ejerció desde Abril de 2.009 a Agosto de 2.011). A su vez, la acusada Gabriela , igualmente por escrito de fecha 16 de Agosto de 2.011, declaraba que por razones personales, presentaba su dimisión como Secretaria de la fundación, (cargo que ejerció desde Abril de 2.009 a Agosto de 2.011). Ante lo cual, en sesión extraordinaria del Patronato de la Fundación de fecha 20 de Agosto de 2.011 se aceptó dichas renunciaciones, cuando ya el Tesorero Jesus Miguel y el Vicepresidente Constancio , tenían sospechas de la falta injustificada de dinero en la cuenta bancaria de la fundación en la entonces Caja Burgos>> [sic]

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

<< **FALLAMOS:** Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a Jose Carlos como autor penalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida y **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a **Gabriela como cómplice** de un delito continuado de apropiación indebida, con la concurrencia en el acusado de la atenuante de reparación del daño, y sin la concurrencia de circunstancia alguna en la acusada, a las siguientes penas: al acusado la pena de **1 y 6 meses año de Prisión** con accesoria de Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, junto

con la inhabilitación para el desempeño de puestos de responsabilidad en fundaciones u otras entidades sin ánimo de lucro, durante el tiempo de la condena; y a la acusada la pena de **4 meses de Prisión**, con accesoria de Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como la inhabilitación para el desempeño de puestos de responsabilidad en fundaciones u otras entidades sin ánimo de lucro, durante el tiempo de la condena.

Debiendo de indemnizar el acusado y subsidiariamente la acusada a la Fundación "Padre Cristóbal Figuro", en la cantidad de **29.743'39 €**, con el interés legal correspondiente, (con las condiciones establecidas en el fundamento de derecho quinto).

Debiendo ambos acusados de abonar las costas de este procedimiento, incluidas las de la Acusación Particular.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que contra ella cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo.

>>[sic]

TERCERO. - Por auto, de fecha 19 de marzo de 2015, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, procedía a la aclaración de la sentencia objeto del presente recurso de casación, siendo su PARTE DISPOSITIVA como sigue:

<< **SE PROCEDE A LA ACLARACIÓN** de la sentencia nº94/15 dictada por esta Sala en fecha 18 de Marzo de 2.015, en el sentido de que en el Fallo, en relación con la pena fijada para el acusado Jose Carlos, donde consta "1 y 6 meses año de Prisión", debe de constar "**1 año y 6 meses de Prisión**", manteniendo el resto de su contenido en los mismos términos.

Frente al presente auto de aclaración no cabe recurso alguno. Notifíquese a las partes personadas .>>
[sic]

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

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

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de los artículos 29, por lo que respecto a la calificación de cómplice y, 252, por lo que respecta al delito de apropiación indebida, ambos del Código Penal.

Segundo.- Al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haberse valorado adecuadamente la necesidad de probar la acusación; y, por infracción de precepto constitucional, en concreto el artº. 24.2º de la Constitución española, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, al no existir prueba de la acusación formulada.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por denegación de pruebas propuestas en tiempo y forma, que se consideran pertinentes; y por infracción de precepto constitucional, en concreto del artº. 24, 1º y 2º de la Constitución por vulneración del derecho de presunción de inocencia.

SEXTO. - El recurso interpuesto por **Jose Carlos** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 5.4º de la L.O.P.J., por vulneración de los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva con proscripción de toda indefensión, a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, todos ellos del artº. 24. 2º de la Constitución española.

Segundo.- Por infracción de preceptos constitucionales, al amparo del artº. 5.4º de la LOPJ, al haberse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artº. 24. 2º de la Constitución española.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin ser contradichos por otros elementos probatorios.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de los artículos 252 y 74 del Código Penal , respecto de la condena por un delito continuado de apropiación indebida.

Quinto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 850. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por haberse denegado en el acto de julio oral, diligencias de prueba procedentes, propuestas en tiempo y forma.

SÉPTIMO.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Único.- Al amparo del artº. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de los artículos 252 y 74.1º del Código Penal .

OCTAVO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Procurador Sr. Anaya García y el Ministerio Fiscal, en escritos de 10 y 17 de julio de 2015, respectivamente, solicitaron la inadmisión de todos los motivos de los recursos interpuestos y, subsidiariamente, su desestimación; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 2 de febrero de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) RECURSO DE Jose Carlos :

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia como autor de un delito continuado de apropiación indebida a la pena de un año y seis meses de prisión, fundamenta su Recurso de Casación en cuatro diferentes motivos de los que los dos primeros, con apoyo en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se refieren a otras tantas denuncias de vulneración de derechos fundamentales en concreto:

1) Del derecho de defensa y, en concreto, a la prueba (art. 24.2 CE), al haberse denegado por la Audiencia la admisión del requerimiento a la querellante para que aportase a las actuaciones diferente documentación relativa a su contabilidad y actividad de la Fundación.

A este motivo sirve de complemento, como expresamente se dice en él, el ordinal Quinto que, con base en argumentos semejantes plantea la misma cuestión, pero desde la perspectiva del quebrantamiento formal (art. 850.1 LECr).

Y, en efecto, la Jurisprudencia de esta Sala ha venido afirmando la indudable importancia que el debido respeto a la iniciativa probatoria de la parte merece *"...desde la perspectiva de las garantías fundamentales y el derecho a un "juicio justo" con proscripción de la indefensión, que garantiza nuestra Constitución (art. 24.2) y los Convenios internacionales incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico por vía de ratificación"* (SsTS de 16 de Octubre de 1995 o 23 de Mayo de 1996).

Pero también se recuerda con insistencia que ni ese derecho a la prueba es un derecho absoluto o incondicionado ni desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar la pertinencia, necesidad y posibilidad de práctica de las pruebas propuestas, procediendo, en consecuencia, a su admisión o rechazo.

Es por ello que, para la prosperidad del Recurso basado en el cauce abierto por el referido artículo 850. 2º de la Ley de ritos penal, ha de comprobarse que la prueba que se inadmite lo haya sido con carencia de motivación alguna, lo que nos aproximaría más al campo del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad, o que esa motivación haya de considerarse incorrecta, pues el medio probatorio era en realidad: a) *pertinente* , en el sentido de concerniente o atinente a lo que en el procedimiento en concreto se trata, es decir, que *"venga a propósito"* del objeto del enjuiciamiento, que guarde auténtica relación con él; b) *necesario*, pues de su práctica el Juzgador puede extraer información de la que es menester disponer para la decisión sobre algún aspecto esencial, debiendo ser, por tanto, no sólo pertinente sino también influyente en la decisión última del Tribunal, puesto que si el extremo objeto de acreditación se encuentra ya debidamente probado por otros medios o se observa anticipadamente, con absoluta seguridad, que la eficacia acreditativa de la prueba no es bastante para alterar el resultado ya obtenido, ésta deviene obviamente innecesaria; y c) *posible* , toda vez que no es de recibo el que, de su admisión, se derive un bloqueo absoluto del trámite o, en el mejor de los casos, se incurra en la violación del derecho, también constitucional, a un juicio sin dilaciones indebidas, en tanto que al Juez tampoco le puede ser exigible una diligencia que vaya más allá del razonable agotamiento de las posibilidades para la realización de la prueba que, en ocasiones, desde un principio se revela ya como en modo alguno factible. (SsTS de 22 de Marzo de 1994 , 21 de Marzo de 1995 , 18 de Septiembre de 1996 , 3 de Octubre de 1997 y un largo etcétera; así como las SsTC de 5 de

Octubre de 1989 o 1 de Marzo de 1991 , por citar sólo dos; además de otras numerosas SsTEDH, como las de 7 de Julio y 20 de Noviembre de 1989 y 27 de Septiembre y 19 de Diciembre de 1990).

En este caso se trata de diversos documentos relativos a la contabilidad de la Fundación querellante así como a su actividad societaria, tales como libros contables, actas, etc.

Se dice que mientras que la Acusación aportó la documental que le interesaba, la Sala de instancia no admitió la solicitud para que la entregase en su integridad.

Pero ni se advierte ni se explica en qué forma dicha prueba podría incidir en las conclusiones probatorias alcanzadas por la Audiencia en el presente caso, frente al numeroso acervo acreditativo de los actos realizados por el recurrente, que evidencia la comisión del ilícito que se le atribuye.

Por ello, tanto la ignorancia sobre las razones acerca de su procedencia como la ausencia de acreditada necesidad hace que la prueba de referencia no aparezca como relevante a los efectos del enjuiciamiento del delito objeto de las actuaciones, por lo que no existen argumentos para censurar la decisión del Tribunal "a quo" cuando la inadmitió con base en los argumentos expuestos en la página 18 de su Resolución que damos aquí también por reproducidos.

2) Del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), puesto que el pronunciamiento condenatorio se produce con carencia de la suficiente prueba incriminatoria.

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

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

Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y, en este caso, nos encontramos con una argumentación, contenida esencialmente en los extensos Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo de la Resolución de instancia, en los que se enuncian y analizan una serie de pruebas, en especial las declaraciones de los propios acusados, testificales y documentales, que acreditan plenamente los hechos en la forma en la que estos se describen en el "factum" de la recurrida.

Pruebas, por otra parte, todas ellas válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar el Fallo condenatorio.

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

Razones por las que los anteriores motivos han de desestimarse.

SEGUNDO.- A su vez. el motivo Tercero del Recurso hace referencia a un error de hecho (art. 849.2º LECr) en el que habría incurrido la Audiencia en su valoración de la prueba disponible a la vista del contenido de numerosos documentos que se citan, fundamentalmente bancarios y relativos a las actividades de la Fundación querellante junto con otros como un informe médico relativo a la enfermedad cardíaca sufrida por quien recurre.

Y es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en

principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SsTS de 23 de Junio y 3 de Octubre de 1997 , por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "*litosuficiente*", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de Julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "*documentada*" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "*documento*" a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de Diciembre de 1992 y 24 de Enero de 1997 , entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de Junio y 24 de Septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pié, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, el motivo mencionado en el presente supuesto claramente aparece como infundado, ya que no sólo no se designan con precisión los extremos concretos de la documental disponible que evidenciarían el error que se denuncia, sino que, lo que es mucho más importante aún, todos esos documentos designados o carecen del valor litosuficiente necesario para la prosperidad de un motivo como el presente o no contradicen el relato de hechos de la Resolución de instancia sino que, antes al contrario, en gran parte son correctamente tenidos en cuenta por ésta para obtener su convicción probatoria.

Por lo que, en modo alguno, puede afirmarse la existencia de un error evidente, obvio e indudable en el criterio seguido por el órgano de instancia que pudiera modificar su conclusión condenatoria, por desatender los contenidos probatorios de una documental a la que en realidad se confiere pleno valor acreditativo, y así se refleja en la narración efectuada, sin perjuicio de la significación y eficacia que a tales hechos, una vez declarados probados, ulteriormente se les atribuya.

Razones por las que, de nuevo, este motivo también se desestima.

TERCERO.- Por último, el motivo Cuarto alude a una infracción de Ley (art. 849.1º LECr), por la indebida inaplicación de los artículos 74 y 252 del Código Penal , que describen el delito continuado de apropiación indebida objeto de condena.

El cauce casacional utilizado por el Acusador Particular en esta ocasión, supuesto primero del artículo 849 de la Ley procesal , de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, obliga a la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

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

Y con semejante planteamiento los términos en los que se expresa el relato de Hechos contenido en la Resolución de instancia, en relación con la conducta del recurrente, establecen de forma clara y terminante la concurrencia de todos los elementos integrantes de la infracción de referencia al narrar cómo Jose Carlos hizo uso de la tarjeta bancaria de la que disponía en su condición de Presidente de la Fundación, verdadera

titular de la cuenta corriente relacionada con dicha tarjeta, para realizar extracciones de cantidades dinerarias de las que se apropió para su disfrute personal.

Lo que configura, desde la intangibilidad que ostentan los hechos declarados como probados, en este caso además debidamente complementados por el exhaustivo contenido de los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo de la recurrida, el referido delito continuado de apropiación indebida por el que se le condenó con criterio que no puede ser corregido por este Tribunal de Casación.

En definitiva, el motivo y el Recurso se desestiman en su integridad.

B) RECURSO DE Gabriela :

CUARTO.- Esta recurrente, condenada como cómplice del mismo delito continuado de apropiación indebida por el que fuera condenado como autor el anterior a la pena de cuatro meses de prisión, plantea en su Recurso tres diferentes motivos de los que el Primero de ellos hace referencia, con cita del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , a la infracción de Ley consistente en la incorrecta aplicación, a ella, del artículo 252 del Código Penal , pues no fue cómplice del delito de apropiación indebida que dicho precepto contempla.

Recordando la doctrina acerca de la naturaleza y contenido de un motivo de infracción de Ley como el presente y la consabida obligación de respetar, en este contexto, la literalidad del "*factum*" de la recurrida, hemos de concluir, con estricta fidelidad al contenido de dicho relato, en la estimación del motivo, habida cuenta de que en el mismo tan sólo se dice lo siguiente, en referencia a la participación de Gabriela en los hechos enjuiciados:

"Siendo todo conocido por la acusada Gabriela , sin que ésta, en su condición de Secretaria de la Fundación, pusiese objeción a ello, ni tampoco en conocimiento de los demás miembros de la misma."

Tan escueta descripción, al margen de las posibles dudas acerca de la existencia de obligación de denuncia por parte de quien se dice expresamente en la propia narración fáctica que mantenía una constante relación afectiva y de convivencia con el autor de los hechos, resulta insuficiente para atribuir a la recurrente ni siquiera una participación a título de cómplice en el delito.

Pues el mero conocimiento de los hechos no supone contribución alguna a su comisión, en tanto que si lo que la Audiencia le atribuye es la participación mediante una comisión por omisión, prevista en el artículo 11 del Código Penal , semejante atribución de responsabilidad hubiere requerido una suficiente explicación, que en este caso es del todo inexistente, por parte del Tribunal "*a quo*" acerca de la obligada "*posición de garante*" que pudiese ostentar en relación con los actos realizados por el Presidente de la Fundación, lo que, por otra parte, hubiera debido conducir, caso de existir tal obligación en los términos necesarios para ello, a una implicación propia de la autoría, no de la complicidad.

Razones por las que procede la estimación íntegra del Recurso, con el dictado posterior de la correspondiente Segunda Sentencia, en la que tengan acogida las consecuencias absolutorias derivadas de una tal estimación.

C) RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL:

QUINTO.- Por su parte el Fiscal también recurre la Resolución de la Audiencia, con un Único motivo, por infracción de Ley (art. 849.1º LECr), ante la incorrecta determinación de las penas impuestas a ambos condenados, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 74 y 252 del Código Penal .

Tras la absolución de la condenada como cómplice tan sólo nos queda constatar la razón que le asiste, en este caso, al Ministerio Público en cuanto a la sanción aplicada al otro condenado, razón que resulta obvia si atendemos a que hallándonos ante un delito castigado con pena de seis meses a tres años de prisión (ex art. 252 CP) que, por su condición de continuado, debe ser castigado, al margen de otras consideraciones, con la mitad superior de dicha pena abstracta, ello hace que la privación de libertad mínima imponible debiera ser la de duración por un año, nueve meses y un día y no la de un año y seis meses que decretó respecto de él el Tribunal de instancia, evidentemente a causa de un error.

Por lo que el Recurso ha de estimarse.

D) COSTAS:

SEXTO.- Dada el contenido estimatorio de la presente Resolución, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal, la declaración de oficio de las costas causadas por el Recurso que se estima y la imposición al otro recurrente de las que le son propias.

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

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación de los Recursos de Casación interpuestos por la representación de Gabriela y el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, el 18 de Marzo de 2015, por delito continuado de apropiación indebida, casando y anulando en parte la referida Resolución y debiendo dictarse, a continuación, la correspondiente Segunda Sentencia, a la vez que desestimamos íntegramente el Recurso interpuesto contra dicha Resolución por la representación de Jose Carlos.

Se declaran de oficio las costas causadas por el Recurso estimado, imponiendo al otro recurrente las correspondientes al suyo.

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

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo Del Arco Carlos Granados Pérez

959/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Fallo: 02/02/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 80/2016

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Manuel Maza Martín

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil dieciséis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Aranda de Duero con el número 1409/2011 y seguida ante la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1ª por delito **continuado de apropiación indebida**, contra Jose Carlos con DNI número NUM004, nacido el NUM005 de 1932, en Gumiel de Mercado (Burgos), hijo de Víctor y de Modesta, y Gabriela con DNI número NUM009, nacida el NUM010 de 1957, en Pamplona (Navarra), hija de Leovigildo y de Socorro, en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 18 de marzo de 2015, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos.

Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1ª, en el Rollo de Sala 36/14, de fecha 18 de marzo de 2015 .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el Cuarto Fundamento Jurídico de los de la Sentencia anterior procede, sin necesidad de rectificar el relato de hechos probados de la Resolución de la Audiencia, la absolución de los artículos 74 y 252 del Código Penal de la condenada como cómplice de un delito continuado de apropiación indebida al que se refieren las presentes actuaciones por ausencia de base fáctica suficiente para calificar su conducta como delictiva.

TERCERO.- De igual modo que también ha de corregirse la pena impuesta al otro condenado en la instancia, de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento Jurídico Quinto de la Resolución precedente, que de conformidad con lo previsto en los artículos 74 y 252 del Código Penal y cumpliendo con las reglas de determinación de la pena del artículo 66, ante la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, nos lleva a concluir en la imposición de la sanción mínima prevista para semejante infracción, que se concreta en un año, nueve meses y un día de prisión.

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

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Jose Carlos como autor de un delito continuado de apropiación indebida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año, nueve meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a la vez que absolvemos a la acusada, Gabriela , del delito del que venía siendo acusada en las presentes actuaciones, y manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Resolución de la Audiencia, en especial los relativos a los aspectos indemnizatorios, si bien declarando de oficio la mitad de las costas causadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Andrés Martínez Arrieta José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

Andrés Palomo Del Arco Carlos Granados Pérez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.