



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 248/2014, de 26 de marzo de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1773/2013

SUMARIO:

Apropiación indebida. Autoría en este delito del «extraneus». No puede ser autor del delito de apropiación indebida quien no se encuentre vinculado con el sujeto pasivo por una determinada relación jurídica (recibir algo en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos), toda vez que autor, en sentido estricto, es el que realiza el hecho típico o, lo que es igual, el que reúne todos los elementos del tipo y del de apropiación indebida forma parte no sólo los elementos objetivos de acción y resultado sino también el subjetivo de la especial condición del autor. Ahora bien, si bien el *extraneus* no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación, inducción y cooperación necesaria, que se equiparan a la autoría a los efectos penales. Y si esto es así en relación con delitos como la prevaricación que tutelan un bien jurídico que sólo puede lesionar el funcionario, con mayor fuerza debe ser afirmado en relación con la apropiación indebida que tutela, junto al bien jurídico de la confianza, lesionable tan solo por la persona en que la misma se ha depositado, el de la propiedad que puede ser vulnerado por cualquiera.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 28, 65.3, 249, 250.1 y 252.

Constitución Española, arts. 24 y 25.1.

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de Gonzalo y Luciano , contra la sentencia dictada por la Audiencia



www.civil-mercantil.com

Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda), de fecha 20 de mayo de 2013 en causa seguida contra Gonzalo y Luciano , por delito continuado de apropiación indebida, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por el procurador don José Carlos Peñalver Garcerán y por la procuradora doña Paloma Rubio Peláez y como parte recurrida SWISS INTERNATIONAL AIR LINES, AIR EUROPA, CONTINENTAL AIRLINES, AVIANCA, ALITALIA, VIETNAM AIRLINES, CUBANA DE AVIACIÓN, AEROVÍAS DE MEXICO, ROYAL AIR MAROC, AIR FRANCE, AMERICAN AIRLINES, KLM COMPAÑÍA REAL HOLANDESA DE AVIACIÓN, IBERIA, THAI AIRWAYS representados por la procuradora doña Ana Prieto Lara-Barahona. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de instrucción núm. 7 de Palma de Mallorca, incoó procedimiento abreviado núm. 2203/2007, contra Gonzalo y Luciano y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda), rollo de Sala nº 47/2012 que, con fecha 20 de mayo de 2013, dictó sentencia núm. 28/2013 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- En fecha 29.9.2004 se formalizó contrato de agencia de ventas a pasajeros entre "Internacional Air Transport Association España, S.L.", como transportista, de la que forman parte las compañías denunciadas, y la entidad "Viajes Meditours, S.L." como agente, con domicilio social sito en calle Tomás Forteza nº 63 de Palma y sucursal en la calle Eusebio Estada nº 90 de la misma ciudad. En virtud del contrato "Viajes Meditours" quedaba autorizada a vender servicios de transporte aéreo de pasajeros utilizando los servicios de la compañía transportista. "Viajes Meditours" actuaba en nombre del transportista, aplicaba sus tarifas y condiciones de transporte. La venta de billetes se realizaba por el agente contra entrega en metálico por el adquiriente del dinero correspondiente o mediante la utilización de tarjeta de crédito. En el primer caso la cantidad cobrada quedaba custodiada en depósito en poder del agente hasta su liquidación y entrega a las compañías aéreas que se producía el día 15 del mes siguiente a su venta.

SEGUNDO.

Luciano era administrador y representante legal de la entidad "Platinum Wings Corporation, S.L.", administradora única de "Viajes Meditours, S.L.". Gonzalo era administrador de la empresa "Viajes Calas Tours, S.A.". Ambos, en sus respectivas cualidades de representación,



www.civil-mercantil.com

suscribieron un contrato el 2.5.2006 entre "Viajes Meditours, S.L." y "Viajes Calas Tours, S.A.". Mediante el mismo se acordó que esta última entidad gestionaría y explotaría los locales de la otra ubicados en calle Tomás Forteza de Palma y calle Cabana de Marratxi, que le eran cedidos por "Viajes Meditours, S.L.". Posteriormente se cedió, sin formalizar contrato alguno, la oficina de calle Eusebio Estada. El contrato celebrado entre ambas entidades y la cesión de la agencia de viajes a "Cala Tours" no se comunicó a IATA, por lo que continuaba figurando como único agente de viajes "Meditours". "Viajes Cala Tours, S.A." nunca suscribió contrato de agencia con IATA. El 20.7.2006 Luciano otorgó poder notarial a Gonzalo facultándolo para la administración de todos los bienes y gestión de todos los negocios de "Viajes Meditours, S.L.". No fue inscrito en el Registro Mercantil, sin embargo Gonzalo operó con él en cuentas bancarias de "Meditours" disponiendo de efectivo. En ningún momento Luciano cesó como administrador de esta. Los dos acusados dirigían en común la actividad empresarial ordenando la prestación de servicios de los empleados e impartiendo órdenes.

TERCERO.

Los acusados Gonzalo y Luciano puestos de común acuerdo, actuando el segundo en nombre y representación de la entidad "Viajes Meditours, S.A.", y el primero como coadministrador de hecho y cogestor de la referida entidad, con ánimo de beneficio propio y en perjuicio de las compañías aéreas que se señalarán, hicieron suyo y no devolvieron a estas el producto de la venta en metálico de los billetes correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2006, por un importe total de 138.042,43 euros, una vez deducida la comisión correspondiente y el aval ejecutado por Iberia. Luciano firmó como representante de la agencia de viajes la recepción de los documentos de impago emitidos por IATA, para lo que se desplazó a Madrid con el fin de aclarar con esta la situación de impago y tratar de encontrar una solución. Firmó asimismo las liquidaciones de ventas emitidas por "Meditours" dirigidas a IATA.

Las cantidades adeudadas a cada una de las compañías aéreas, que resultaron perjudicadas como consecuencia del impago, fueron las siguientes: a American Airlines, 2.249,62 euros; Klm Cia Real Holandesa, 1.629,93 euros; Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., 16.134,06 euros (tras haber deducido el aval bancario que ejecutó por importe de 30.051 €); Avianca, 657,39 euros; Thai Airways, 1.033,99 euros; Spanair, 6.426,16 euros; Swiss Int. Air Lines, 622,67 euros; Air Berlin, 6.258,71 euros; Air Europa, 88.500,56 euros; Continental Airlines, 739,65 euros; Alitalia, 570,14 euros; Air France, 6.462,12 euros; Mexicana de Aviación, 435,87 euros; Cubana de Aviación, 1.152,95 euros; Aerovías de Mexico, 1.233,23 euros; Vietnam Airlines, 543,38 euros; y Royal Air Maroc, 392 euros.

CUARTO.



www.civil-mercantil.com

El dinero en efectivo percibido por la venta de billetes de transporte fue ingresado en cuentas corrientes cuya titularidad ostentaban los acusados o las compañías que representaban o bien se ingresaban en cuentas comunes y se hacían traspasos de fondos de unas cuentas a otras. Se desconoce el destino final que los acusados dieron a las cantidades por ellos apropiadas" (sic).

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Gonzalo y Luciano como autores criminalmente responsables de un delito de APROPIACIÓN INDEBIDA, ya definida, a la pena, a cada uno de ellos, de DOS AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se les condena también a NUEVE MESES MULTA CON CUOTA DIARIA DE 10 euros y, asimismo, al pago de las costas por mitad, incluyendo las causadas a la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil son condenados a abonar las siguientes indemnizaciones: a American Airlines, 2.249,62 euros; Klm Cia Real Holandesa, 1.629,93 euros; Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., 16.134,06 euros (tras haber deducido el aval bancario que ejecutó por importe de 30.051 €); Avianca, 657,39 euros; Thai Airways, 1.033,99 euros; Spanair, 6.426,16 euros; Swiss Int. Air Lines, 622,67 euros; Air Berlin, 6.258,71 euros; Air Europa, 88.500,56 euros; Continental Airlines, 739,65 euros; Alitalia, 570,14 euros; Air France, 6.462,12 euros; Mexicana de Aviación, 435,87 euros; Cubana de Aviación, 1.152,95 euros; Aerovías de Mexico, 1.233,23 euros; Vietnam Airlines, 543,38 euros; y Royal Air Maroc, 392 euros. Dichas cantidades se incrementarán en los intereses legales que se devenguen

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndolas que la misma no es firme y contra ella podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, recurso que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de cinco días, a contar desde la notificación.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos principales".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, 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.



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

La representación legal del recurrente Gonzalo , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 24 de la CE y del derecho a la tutela judicial efectiva. II.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 24 de la CE y del derecho a un proceso público con todas las garantías: III.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , en relación con los arts. 24 y 120.3 de la CE , por falta de motivación. IV.- Infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación del art. 252 del CP , en relación con el art. 249 y 250.1.5 y arts. 27 y 28 del CP . V.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim al existir en la causa documentos que evidencian el error del Juzgador en la valoración de las pruebas sin estar contradichos por otros elementos probatorios.

Quinto.

La representación legal del recurrente Luciano , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 24 de la CE y del derecho a la presunción de inocencia. II.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación del art. 252 CP . III.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim , al existir en la causa documentos que evidencian el error del Juzgador en la valoración de las pruebas sin estar contradichos por otros elementos probatorios. IV.- Quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el art. 851.1 de la LECrim al expresarse en la sentencia contradicción en los hechos que se consideran probados.

Sexto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 4 de diciembre de 2013, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos de los dos recursos que, subsidiariamente, impugnó.

Séptimo.



www.civil-mercantil.com

Por providencia de fecha 19 de febrero de 2014 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 19 de marzo de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia núm. 28/13, de fecha 20 de mayo de 2013, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Baleares, condenó a los acusados Gonzalo y Luciano, como autores criminalmente responsables de un delito de apropiación indebida a la pena, a cada uno de ellos, de 2 años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a una multa de 9 meses, con cuota diaria de 10 euros. También fue declarada su responsabilidad civil, en los términos que constan en los antecedentes de esta sentencia.

Ambos acusados interponen recurso de casación. Luciano formaliza cuatro motivos. Gonzalo hace valer cinco.

RECURSO DE Luciano

Segundo.

El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

A juicio de la defensa, el desenlace probatorio suscrito por los Jueces de instancia ha de calificarse como irracional, incoherente y arbitrario. No ha existido una verdadera prueba de cargo, se ha valorado de forma irregular la declaración del coimputado - Gonzalo sólo habría pretendido a lo largo de toda la vista escudarse en la persona del ahora recurrente para lograr su absolución- y no se ha tomado en consideración la abundante prueba de descargo. La Audiencia ha llevado a cabo -se aduce- un interesado resumen de las pruebas practicadas en el plenario. La defensa discrepa de la metodología seguida en la sentencia de instancia para justificar el respaldo probatorio de los hechos que finalmente se declaran probados. Existe una



www.civil-mercantil.com

transcripción fragmentaria del testimonio de los acusados y testigos y no se explica por qué se ha prescindido del contenido de otras declaraciones de signo exoneratorio.

En algunos casos -así acontece con el testimonio de Daniela - se censura al Tribunal de instancia el hecho de que su aportación no fuera incorporada al hecho probado, sobre todo, cuando aludió a que la recaudación por la venta de billetes se la entregaba directamente a Gonzalo , nunca al recurrente, o a que las claves de las cuentas corrientes las tenía el coacusado Gonzalo , no Luciano .

El desarrollo del motivo añade, al valor de las pruebas personales, el contenido del contrato suscrito entre Gonzalo y el recurrente (folio 380) por el que ambas partes acordaron la cesión de la gestión de las agencias de viaje, administradas hasta entonces por Luciano , a favor de la entidad mercantil Viajes Calas Tour S.A. Concluye la defensa que la mera ostentación de la condición de administrador de una sociedad en el registro mercantil no tiene por qué traducirse forzosamente en la atribución de responsabilidad, por todos los hechos delictivos cometidos en su seno, a un administrador que materialmente ha dejado ya de serlo. Con ello se quebranta el principio de responsabilidad por el hecho propio, pieza clave en nuestro sistema penal.

El motivo no puede prosperar.

A) La reivindicación de la presunción de inocencia en el ámbito casacional nada tiene que ver con el ofrecimiento a la consideración de esta Sala de una valoración alternativa de los hechos que el recurrente considere más atractiva. Cuando lo que se persigue en el desarrollo del motivo es persuadir a la Sala Segunda de que unos testigos fueron más creíbles que otros, se están desbordando los límites del contenido material del derecho constitucional que proclama el art. 24.2 de la CE . A esta Sala no le corresponde formar su personal convicción con el examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que existe porque esta Sala no la sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad. Existencia, licitud, suficiencia y racionalidad en el proceso de su valoración. Estos son los presupuestos -decíamos en nuestra STS 231/2008, 28 de abril - que enmarcan el ámbito de conocimiento de esta Sala ante la alegación casacional de menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Constatada la ausencia de cualquier ilicitud surgida de la posible vulneración de los principios que legitiman la actividad probatoria, nos incumbe valorar la existencia de verdadera prueba de cargo, esto es, su suficiencia. Pues bien, la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de



www.civil-mercantil.com

construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Y en la imputación jurisdiccional de un hecho criminal no valen, desde luego, las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales. Lo contrario supondría alejar el proceso penal y, de modo especial, las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional.

B) Tiene razón la defensa cuando enfatiza el significado del principio de la responsabilidad por el hecho propio y la proscripción de cualquier vestigio de responsabilidad objetiva en nuestro sistema. Es cierto que la mera constatación formal de un asiento registral que atribuye responsabilidad orgánico-funcional a cualquier directivo de una sociedad, no puede servir para respaldar, sin más, el juicio de autoría. La Sala coincide con el sentido de la queja del recurrente. Pero una cosa es que, en el terreno de los principios, se comparta la insuficiencia de la realidad registral para imputar una conducta delictiva y otra bien distinta es que ese mismo asiento, complementado por otras pruebas de carácter personal y documental, permita atribuir a quien afirma haberse apartado del control de la estructura social, pese a permanecer intacta la referencia registral, una responsabilidad como autor de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción de fondos de los que se disponía en concepto de depositario. En definitiva, no es que la Audiencia Provincial haya proclamado la autoría del recurrente sin más apoyo que el que ofrece una anotación en el registro mercantil. Por el contrario, la responsabilidad declarada se asienta, con una motivación racionalmente incuestionable, en la existencia de otros elementos de prueba que avalan la conclusión de que el documento de cesión de la gestión de la agencia de viajes Meditours no creó una realidad distinta a la que reflejaba la anotación registral, cuyo contenido hacía a Luciano administrador de la entidad cedente y que gozaba de los derechos de gestión frente a IATA.

El asiento registral, por tanto, sólo ha sido uno de los elementos ponderados por el Tribunal a quo para fundamentar la condena del recurrente como autor de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de administración desleal. Como explican los Jueces de instancia en el FJ 2º de la resolución recurrida, Luciano no llegó a cesar en ningún momento como verdadero administrador de Viajes Meditours S.L. Su permanencia como tal en el Registro Mercantil, pese a los términos en que se materializó al acuerdo de voluntades de fecha 2 de mayo de 2006, era fiel expresión de que su distanciamiento respecto de Meditours era más aparente que real. De hecho, fue él quien ante las dificultades financieras surgidas acudió a Madrid "... para negociar con IATA tras la declaración de incumplimiento por impago a las compañías transportistas del producto de la venta en metálico de los billetes correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2006, por un importe total de 138.042,43 euros".



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Nótese que se trata de liquidaciones muy posteriores al contrato de cesión de la gestión suscrito por ambos acusados. Sin embargo, quien acude a negociar con IATA y quien firma ese documento de requerimiento es quien ahora afirma haberse desconectado de forma radical del giro que era propio de la agencia Meditours S.L. Y esa firma -añaden los Jueces de instancia- no era un hecho puntual o aislado. Antes al contrario, el recurrente venía firmando y otorgando todos los documentos de ingresos mensuales.

Se trata de elementos de cargo -en este caso, de naturaleza documental- que corroboran la versión del principal coimputado, Gonzalo , y del también coimputado y agente de ventas, Luis Miguel . Este último, respecto de quien la acusación particular retiró finalmente la acusación, afirmó que "... recibía instrucciones de Luciano , aunque también de Gonzalo ". Con ello se descartan las prevenciones que la jurisprudencia constitucional y de esta Sala viene exigiendo para atribuir pleno valor incriminatorio al testimonio de un coimputado (cfr. STS 289/2012, 13 de abril y SSTC 134/2009, 1 junio ; 149/2008, 17 de noviembre ; 34/2006, de 13 de febrero ; y 102/2008, de 28 de julio .

Fueron, pues, otras pruebas las que permitieron concluir que lo que el registro mercantil publicaba -la condición de administrador de Luciano a través de la entidad Platinum Wings Corporation S.L - , era el reflejo adecuado de lo que estaba sucediendo. Dicho con otras palabras, el supuesto conflicto entre la realidad registral y la realidad extrarregistral no era tal. La verdadera discordancia se producía entre el documento privado de fecha 2 de mayo de 2006 y la actitud intervencionista de Luciano en el control y gestión de las decisiones financieras adoptadas, a partir de entonces, por Meditours S.L.

Tampoco puede identificarse la Sala con la censura que formula el recurrente al hecho de que la transcripción de las declaraciones de los acusados y testigos que verifican los Jueces de instancia en el FJ 1º de la sentencia criticada, no sea íntegra, sino parcial, omitiendo elementos de descargo que neutralizarían el valor incriminatorio de aquéllas. Y es que la apreciación probatoria que el art. 741 de la LECrim exige del órgano decisorio consiste precisamente en eso, en seleccionar de lo manifestado por cada uno de los testigos y acusados aquello que sea susceptible de fundamentar el hecho probado, por razón de la credibilidad racionalmente atribuida a aquéllos y por su relación con otras fuentes de prueba que permiten respaldar o matizar lo que en cada momento proclaman los testigos y/o acusados. En un sistema de valoración racional de la prueba no es posible precipitar en su totalidad esos testimonios en el hecho probado. Esas declaraciones, en lo que tienen de elemento incriminatorio y de descargo, de percepción directa o referencial, han de ser contextualizadas con el resto de las pruebas aportadas a la causa por el Fiscal y las partes. De lo contrario, no sería descartable un desenlace en el que las contradicciones de unos o de otros, impidieran proclamar un juicio



www.civil-mercantil.com

histórico coherente y susceptible de servir de base fáctica para la formulación ulterior del juicio de tipicidad.

El Ministerio Fiscal, en su dictamen de impugnación, aporta un dato que puede resultar clave para respaldar la idea de que el valor del asiento registral, cuando previamente se ha asumido frente a terceros la condición de depositario para la liquidación mensual de las cantidades obtenidas de la venta de billetes, puede llegar a ser decisivo. En efecto, apunta el Fiscal que el acusado recurrente no puede librarse de su responsabilidad con la simple alegación de que un tercero gestionaba su compañía. En primer lugar, porque él era el administrador de derecho de la misma, es decir, el responsable de su gestión. También porque el contexto en el cual se produce esa transferencia de responsabilidades no se notifica a IATA. Es decir, el acusado había contratado con IATA, de manera que su empresa - Viajes Meditours S.L- vendería billetes de avión, retendría el dinero y lo entregaría a las compañías que prestaban el servicio mensualmente. En un momento dado, el acusado transfiere la gestión del negocio pero no lo notifica a IATA, de manera que para esta entidad, lógicamente, el acusado sigue asumiendo todas las responsabilidades derivadas del contrato celebrado. Sus obligaciones respecto de IATA, asociadas a su condición de depositario de esas cuantías, siguen intactas. La tesis exoneratoria que anima el motivo del recurrente parece sintetizarse en la idea de que "... transferido el negocio, eliminada la responsabilidad". Y ello, como es lógico, no puede ser aceptado por la Sala.

Existió prueba lícita, fue de signo incriminatorio y, además, racionalmente valorada por los Jueces de instancia. El motivo, por tanto, carece de fundamento (art. 885.1 LECrim).

Tercero.

El segundo de los motivos, por la vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim , denuncia error de derecho, aplicación indebida del art. 252 del CP , en relación con el art. 250.5 del CP .

La defensa inicia el desarrollo del motivo recordando la premisa metodológica impuesta por el art. 849.1 de la LECrim , que exige que la línea argumental impugnativa se construya a partir del hecho probado. También incluye una precisa cita jurisprudencial referida al significado del delito de apropiación indebida del art. 252 del CP y a los matices que ofrece su estructura típica, en función de que el objeto del apoderamiento lo sea una cosa mueble o dinero. Sin embargo, inmediatamente después se aparta de la exigencia de no cuestionar el factum, ofreciendo una interpretación, tan legítima como interesada, en la que Luciano no habría realizado ningún acto de distracción o apoderamiento.

El motivo ha de ser desestimado.



www.civil-mercantil.com

No es fácil, a la vista de la lectura íntegra del juicio histórico, sostener que en él no se contienen todos y cada uno de los elementos que definen el tipo objetivo y subjetivo del delito por el que se ha formulado condena (art. 252 del CP). Tras describir las vicisitudes que culminaron con la suscripción de un contrato, no inscrito en el Registro Mercantil, entre Viajes Meditours S.L y Viajes Calas Tours S.A, se afirma que "... en ningún momento Luciano cesó como administrador de (Meditours S.L). Los dos acusados dirigían en común la actividad empresarial ordenando la prestación de servicios de los empleados e impartiendo órdenes" . Con esta descripción se excluye, claro es, la duda que sugiere la defensa acerca del verdadero dominio del hecho. Y sobre la concurrencia del resto de los elementos del tipo, basta leer lo siguiente: "...los acusados Gonzalo y Luciano , puestos de común acuerdo, actuando el segundo en nombre y representación de la entidad "Viajes Meditours, S.A", y el primero como coadministrador de hecho y cogestor de la referida entidad, con ánimo de beneficio propio y en perjuicio de las compañías aéreas que se señalarán, hicieron suyo y no devolvieron a estas el producto de la venta en metálico de los billetes correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2006, por un importe total de 138.042,43 euros, una vez deducida la comisión correspondiente y el aval ejecutado por Iberia. Luciano firmó como representante de la agencia de viajes la recepción de los documentos de impago emitidos por IATA, para lo que se desplazó a Madrid con el fin de aclarar con ésta la situación de impago y tratar de encontrar una solución. Firmó asimismo las liquidaciones de ventas emitidas por "Meditours" dirigidas a IATA. (...) Las cantidades adeudadas a cada una de las compañías aéreas, que resultaron perjudicadas como consecuencia del impago, fueron las siguientes: a American Airlines, 2.249,62 euros; Klm Cia Real Holandesa, 1.629,93 euros; Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., 16.134,06 euros (tras haber deducido el aval bancario que ejecutó por importe de 30.051 €); Avianca, 657,39 euros; Thai Airways, 1.033,99 euros; Spanair, 6.426,16 euros; Swiss Int. Air Lines, 622,67 euros; Air Berlin, 6.258,71 euros; Air Europa, 88.500,56 euros; Continental Airlines, 739,65 euros; Alitalia, 570,14 euros; Air France, 6.462,12 euros; Mexicana de Aviación, 435,87 euros; Cubana de Aviación, 1.152,95 euros; Aerovías de Mexico, 1.233,23 euros; Vietnam Airlines, 543,38euros; y Royal Air Maroc 392 euros".

A la vista de lo expuesto, el distanciamiento del recurrente respecto del hecho probado fijado por la Audiencia, hace incurrir el motivo en las causas de inadmisión -ahora desestimación- previstas en los apartados 3 y 4 del art. 884 y 1º del art. 885 de la LECrim .

Cuarto.

El tercer motivo denuncia error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del juzgador (art. 849.2 de la LECrim).



www.civil-mercantil.com

El documento mediante el que se pretende demostrar la equivocación del órgano de instancia es el contrato obrante al folio 380 de la presenta causa. Se trata de un acuerdo de voluntades de fecha 2 de mayo de 2006 entre las mercantiles Viajes Meditours S.L y Viajes Calas Tours S.A. El objeto de este contrato -arguye la defensa- era la cesión de la gestión de las agencias de viajes que venía explotando la sociedad Meditours S.L. Por lo tanto, mediante ese documento se cedía la gestión de las agencias donde más tarde se produciría la distracción del dinero obtenido de la venta de billetes mediante el sistema BSP.

El motivo no es viable.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo -como recordábamos en las SSTs 326/2012, 26 de abril ; 1129/2011, 16 de noviembre y 1023/2007, 30 de noviembre , entre otras muchas- no deja a este respecto margen alguno para la duda. El documento ha de poner de manifiesto el error en algún dato o elemento fáctico o material por su propio poder demostrativo directo. Ese dato o elemento no puede estar contradicho por cualquier otro elemento probatorio que haya sopesado el tribunal. Además, ese dato contradictorio, acreditado documentalmente, ha de ser relevante para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo. La autosuficiencia probatoria tiene que traducirse en que el documento, por sí solo, ha de proyectar su intrínseco significado jurídico frente a todos, sin necesidad de otros medios probatorios. Dicho en palabras de la STS 166/1995, 9 de febrero , resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

Como ya hemos razonado supra al resolver los motivos precedentes, ese documento no trajo consigo una verdadera desvinculación de Luciano respecto del círculo decisorio de la entidad de la que, al menos formalmente, parecía distanciarse. La Audiencia no ha prescindido de ese contrato. Antes al contrario, lo ha interpretado, eso sí, poniéndolo en contexto con el resto de los elementos de prueba ofrecidos por las partes, entre los que se incluyen los testimonios de los demás coacusados y testigos y algunos documentos que respaldan, más allá de toda duda razonable, que el recurrente continuó realizando relevantes actos de gestión, entre los que se incluían las relaciones con IATA que, no se olvide, era la entidad a cuyo favor habían de ser ingresadas las cantidades retenidas inicialmente en concepto de depósito y por cuya distracción han sido condenados ambos acusados.

No ha habido error valorativo y, en consecuencia, el motivo ha de ser desestimado (arts 884.4 y 885.1 LECrim).



www.civil-mercantil.com

Quinto.

El último de los motivos detecta en la sentencia recurrida un quebrantamiento de forma, a saber, una contradicción en los hechos declarados probados (art. 851.1 LECrim).

Una primera contradicción se derivaría del hecho de que en el juicio histórico la Audiencia da por probada que se produjo una ampliación de la cesión inicialmente pactada a otra agencia de viajes, ahora sin formalizar contrato, respecto de la oficina situada en la calle Eusebio Estada. Al mismo tiempo, pues, se afirma la realidad de esa cesión y se niega la que fue documentada en el acuerdo de 2 de mayo de 2006. Esa misma contradicción alcanzaría a la segunda, darse por probado que, pese a la cesión, "... los dos acusados dirigían en común la actividad empresarial ordenando la prestación de servicios de los empleados e impartiendo órdenes".

El motivo no puede ser acogido.

La esencia de la contradicción -decíamos en la STS 967/2013, 30 de diciembre - consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno reste eficacia a la del otro, por resultar incompatibles entre sí al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos, esto es, debe ser interna entre el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica (cfr. STS 1030/2010, 2 de diciembre). Como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el " iudicium ", lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas (cfr. STS 981/2010, 16 de noviembre).

Como señala el Fiscal, no hay contradicción, sino pura descripción de lo que sucedió. La Audiencia no prescinde de la existencia y de la realidad jurídica del acuerdo de 2 de mayo de 2006. Concluye que ese documento no interfirió de forma definitiva en el ámbito de las decisiones que, hasta ese momento, había venido desempeñando Luciano . En la medida en que lo acordado en el contrato no fue inscrito en el Registro Mercantil, ni notificado a IATA, la conclusión acerca del papel asumido por el recurrente no es en modo alguno contradictoria. No existen, en fin, pasajes del factum que encierren una insalvable incompatibilidad.

El motivo ha de ser rechazado (art. 885.1 y 2 LECrim).



www.civil-mercantil.com

RECURSO DE Gonzalo

Sexto.

Los tres primeros motivos son susceptibles de tratamiento conjunto. En todos ellos se alude a una posible vulneración de alcance constitucional, por la vía de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim. Sin embargo, la lectura de sus respectivos desarrollos ya advierte de que, pese al equívoco enunciado que rotula cada uno de ellos -vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y a una resolución motivada-, la queja casacional se centra en la insuficiencia probatoria, que habría conllevado la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Sostiene la defensa que Gonzalo no llegó a intervenir en ninguna relación comercial con IATA, ni con compañía aérea alguna. Su papel se limitaba a aspectos internos, al trabajo propio de "... un director de oficina o gerente de la misma", sin relación con clientes o terceras personas. Pese a que él disponía de un poder otorgado en su favor por el coacusado Luciano, "... dicho poder nunca fue utilizado, ni inscrito en el Registro Mercantil. No permitía abrir o disponer de cuentas bancarias. Ningún empleado de banco ha depuesto en juicio afirmando que se utilizara en este sentido". La sentencia, en fin, no destaca otro elemento probatorio que el testimonio del coacusado, quien sólo actuaba movido por el deseo de evitar su condena a costa del recurrente.

El motivo no puede prosperar.

Como señala el Fiscal, da la impresión de que el recurrente quiere hacer valer la tesis de su inocencia argumentando que ignoraba que no se podía disponer del dinero que ingresaba la agencia de viajes por la venta de los billetes. En efecto, Gonzalo es un profesional que asume la gestión de la entidad Meditours S.L -en realidad, cogestión- en virtud de un contrato por el que se hace cargo de la venta de billetes y cobro de sus importes, estando condicionada la legitimidad de esos ingresos a la práctica de liquidaciones mensuales con IATA.

La línea argumental de los dos primeros motivos, encaminada a degradar su papel en la entidad Meditours S.A, cuya gestión había asumido en virtud del contrato firmado el 2 de mayo de 2006 con el coacusado Luciano, no puede tener acogida. El delito de apropiación indebida, en su modalidad de administración desleal, puede cometerse sin necesidad de hacer uso del poder otorgado para la gestión ordinaria de la entidad. Basta conocer que las cantidades obtenidas por la venta de los billetes y recibidas en depósito por la entidad cuya gestión había sido contractualmente asumida, debían ser reintegradas a IATA. Y eso era



www.civil-mercantil.com

sobradamente conocido por el recurrente. De hecho, está presente en el acuerdo por el que asume la gestión de Meditours S.A.

No puede tampoco la Sala identificarse con el argumento de que la condena del recurrente sólo tiene por fundamento la declaración del coimputado Luciano . En los FFJJ 1º y 2º de la sentencia cuestionada se da cuenta de los elementos probatorios sobre los que se ha basado la condena de Gonzalo . Allí se alude a su propio testimonio, en el que reconoció la existencia de los pagos, la falta de ingresos a favor de IATA y, pese a todo, la decisión de continuar vendiendo billetes. De especial valor incriminatorio a la vista del delito por el que se ha formulado condena es la afirmación del recurrente cuando apuntó que "... estuvieron negociando con IATA el pago de las liquidaciones (...) hasta que se cerró la posibilidad de emitir billetes. En ningún momento tuvieron intención de dejar de pagar, pero las cantidades obtenidas se destinaban a otras deudas". A esa declaración habría que sumar lo manifestado por el coimputado y los datos de corroboración ofrecidos, además de por los documentos que obran en la causa y que reflejan los cobros y la falta de ingresos en IATA, por otros testigos como Daniela , quien calificó a Gonzalo como "... el dueño de la empresa", precisando que "... la recaudación se la entregaba siempre a Gonzalo , nunca a Luciano ".

En definitiva, no ha existido vulneración de los derechos constitucionales que se dicen infringidos. La condena del recurrente contó con prueba lícita, de cargo y valorada conforme a las reglas de experiencia. De ahí la necesidad de desestimar los tres primeros motivos por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

Séptimo.

El cuarto motivo menciona el art. 849.1 de la LECrim y sostiene la indebida aplicación del art. 252, en relación con los arts. 249 y 250.1.5 del CP , además de los arts. 27 y 28 del mismo texto penal.

Argumenta la defensa que Gonzalo no ha tenido en su poder, en calidad de depositario, comisionista o administrador, importe alguno de IATA o de las compañías aéreas. Su empresa - Viajes Calas Tours S.A- ni siquiera podía negociar con IATA, pues no estaba facultada para expedir billetes.

El motivo no puede tener éxito.

Es suficiente una lectura de los apartados 2º, 3º y 4º del hecho probado para descartar la indebida aplicación de los preceptos en los que se basa la condena. Algunos de esos fragmentos ya han sido reproducidos supra, al resolver una alegación similar del coacusado



www.civil-mercantil.com

Luciano (cfr. FJ 3º de esta misma resolución). Insistamos ahora en el pasaje en el que puede leerse lo siguiente: "... los acusados Gonzalo y Luciano , puestos de común acuerdo, actuando el segundo en nombre y representación de la entidad "Viajes Meditours, S.A", y el primero como coadministrador de hecho y cogestor de la referida entidad, con ánimo de beneficio propio y en perjuicio de las compañías aéreas que se señalarán, hicieron suyo y no devolvieron a estas el producto de la venta en metálico de los billetes correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2006, por un importe total de 138.042,43 euros".

El motivo no plantea queja alguna referida a la calificación de la conducta del recurrente como autor material, en lugar de como cooperador necesario (art. 28.b CP). Es cierto que Gonzalo no contactó directamente con IATA, que no quebrantó una relación de confianza al distraer la cantidad de 138.042,43 euros. En realidad, hizo posible, mediante la venta de billetes y los cobros a terceros, que esa cuantía que debería ser liquidada por Luciano , en virtud de la relación contractual que le ligaba con IATA, no ingresara nunca en el patrimonio de su acreedor y que pudiera ser aplicada a otros fines distintos, cuyo destino final no ha podido acreditarse durante la investigación. Sólo puede ser autor material de este delito aquel que quebranta la confianza de la contraparte, de quien espera una lealtad en la administración de sus fondos que se ve frustrada por el acto de incumplimiento. Estamos, pues, en presencia de un delito especial que sólo puede castigar la aportación del extraneus, en su caso, como la que es propia, no del autor material, sino del partícipe.

En efecto, decíamos en la STS 920/2009, 18 de septiembre -con cita de la STS 668/1998, 14 de mayo - que el delito de apropiación indebida es un delito especial, en cuanto su autor tiene que estar ligado con el sujeto pasivo por una determinada relación. La doctrina denomina así a los tipos penales que no pueden ser realizados por cualquier persona sino sólo por aquéllas, indicadas en la definición legal, que potencialmente se encuentran en condiciones de lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo, lo que puede estar determinado por muchas circunstancias como el parentesco, la profesión, el ejercicio de ciertos cargos o funciones, algunas relaciones jurídicas, etc. El delito de apropiación indebida es un delito especial porque la acción típica de apropiarse, o distraer, o negar haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, únicamente constituye la infracción cuando la lleva a cabo quien los haya recibido en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. El círculo de los sujetos activos posibles está cerrado a los que no han recibido el objeto del delito en virtud de una de las relaciones jurídicas que se mencionan en el tipo porque sólo ellos pueden quebrantar el bien jurídico de la confianza que, juntamente con el de la propiedad, se protege con la advertencia legal de que esta conducta es punible. El principio de legalidad, proclamado en el art. 25.1 CE , veda que se pueda considerar autor del delito de



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

apropiación indebida a quien no se encuentre vinculado con el sujeto pasivo por una de aquellas relaciones jurídicas, toda vez que autor, en sentido estricto, es el que realiza el hecho típico o, lo que es igual, el que «pone» todos los elementos del tipo y del de apropiación indebida forma parte no sólo los elementos objetivos de acción y resultado sino también el subjetivo de la especial condición del autor. Ahora bien, esta Sala tiene dicho que si bien el « extraneus » no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación - inducción y cooperación necesaria- que se equiparan a la autoría a los efectos penales, porque en definitiva se trata de tipos creados por el CP en su Libro Primero. Y si esto es así en relación con delitos como la prevaricación que tutelan un bien jurídico que sólo puede lesionar el funcionario, con mayor fuerza debe ser afirmado en relación con la apropiación indebida que tutela, junto al bien jurídico de la confianza, lesionable tan sólo por la persona en que la misma se ha depositado, el de la propiedad que puede ser vulnerado por cualquiera.

Este criterio inspira otros pronunciamientos de esta misma Sala, de los que las SSTs 50/2005, 28 de enero , 228/2006, 3 de marzo y 35/1998, 24 de enero , no son sino elocuentes ejemplos.

En consecuencia, ya sea considerado Gonzalo autor material del hecho, ya sea reputado cooperador necesario, lo cierto es que la sentencia de instancia no habría incurrido en error iuris. Ni siquiera se vería quebrantado el principio acusatorio para el caso en el que -de haberse pedido así en el recurso- sustituyéramos en casación el título de autoría por el de participación.

Tampoco se suscita en el motivo la posibilidad de aplicación de la rebaja punitiva que autoriza el art. 65.3 del CP . El carácter facultativo que el legislador ha querido atribuir a esa degradación de la pena, el silencio del recurrente y, sobre todo, el desvalor que encierra el relato de hechos probados, conducen a desestimar el motivo, en aplicación del criterio ya sentado por esta Sala en anteriores precedentes. En la ya citada STS 920/2009, 18 de septiembre , señalábamos que la sentencia de instancia denomina impropia a autores a quienes, en realidad, no son sino cooperadores necesarios. Sin embargo, esa impropiedad en el lenguaje tampoco permite afirmar que se haya producido el error de derecho que se dice denunciado. La STS 668/1998, 14 de mayo , aborda esta cuestión en términos que son ahora perfectamente aplicables al supuesto que nos ocupa. Razona esta Sala, en el FJ 10º de la citada resolución, que en la sentencia recurrida se llama indistintamente autor y coautor (...) al ahora recurrente, en el momento de imputarle responsabilidad en el delito de apropiación indebida, "...pero ello es, sin duda, producto de una imprecisión -no demasiado infrecuente, por lo demás- que trae su causa de la forma como tradicionalmente se ha definido la autoría en nuestra viejas leyes penales. Todavía el art. 14 CP de 1973 parecía agrupar bajo la categoría



www.civil-mercantil.com

genérica de autores a « los que toman parte directa en la ejecución del hecho », a los inductores y a los cooperadores necesarios, si bien esta equiparación resultaba matizada por la frase con que comenzaba el art. 14: «se consideran autores». Con técnica más depurada, el art. 28 CP de 1995 utiliza la expresión « son autores » para referirse a « quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento », en la que se comprenden, de una parte, los autores y coautores en sentido propio y de otra, tanto los autores inmediatos como los mediatos, y la expresión -significativamente distinta de la anterior- « también serán considerados autores » para englobar a « los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo » y a « los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado ». Esta terminología legal obliga ya a los aplicadores del derecho a un mayor rigor en la atribución de la condición de autor, cooperador necesario o inductor, pero si en algún caso incurriesen en el uso de una palabra por otra, no deben ser deducidas de ello excesivas consecuencias. En la sentencia recurrida se dice que este recurrente es «autor» y «coautor» del delito de apropiación indebida, pero resulta claro del contexto que lo que se ha querido decir es que fue «cooperador necesario» del mismo y que, en consecuencia, «se le considera» autor.

Por lo expuesto, procede la desestimación del motivo (art. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

Octavo.

El quinto motivo, al amparo del art. 849.2 de la LECrim , denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y demuestran la equivocación del juzgador.

El documento en el que pretende apoyarse el recurso es el contrato suscrito por el recurrente con el coacusado Luciano , fechado el 2 de mayo de 2006 y obrante al folio 380 de la presente causa. A él se suma la mención del poder otorgado por el coimputado al ahora recurrente, con fecha 20 de julio de 2006, ya que al no haber sido inscrito en el Registro Mercantil, nunca habría tenido efectos frente a terceros.

Al resolver el tercero de los motivos formalizados por Luciano -cfr. FJ 4º- hemos anotado la jurisprudencia de esta Sala respecto de la autosuficiencia probatoria que ha de predicarse del documento que probaría el error valorativo. Lo allí expuesto sigue plenamente vigente para descartar ahora, desde la perspectiva del recurrente, la viabilidad del motivo (art. 885.1 y 2 LECrim). En efecto, el decisivo papel de Gonzalo en la gestión y venta de billetes que generaron el metálico distraído, se apoya en el documento de cesión que ahora se cita como demostrativo del error (folio 380), en los documentos de venta y en las declaraciones de los



www.civil-mercantil.com

testigos, algunos de los cuales explicaron sin ambages cómo el recurrente impartía instrucciones para la marcha del negocio y hasta se hacía cargo del dinero recaudado.

Noveno.

La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por las respectivas representaciones legales de Gonzalo y Luciano contra la sentencia de fecha 20 de mayo de 2013, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Mallorca , en la causa seguida por el delito de apropiación indebida y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Jose Manuel Maza Martin D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez D. Carlos Granados Perez.

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gomez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.