

DEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 599/2014, de 18 de julio de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2439/2013

SUMARIO:

Denegación de prueba. Apropiación indebida. Delito de administración desleal y la agravante de abuso de confianza: Compatibilidad. Denegación de pruebas en procedimiento abreviado. Hasta el momento de inicio de las sesiones del juicio oral tanto el Fiscal como las partes podrán aportar o solicitar la incorporación de los documentos, informes y certificaciones que estimen oportunos. Esperar al momento inicial del juicio oral (art. 786.2) es igualmente posible y procesalmente admisible, aunque pueda quedar algo erosionado el principio de contradicción por el efecto sorpresivo que podría llevar a la suspensión del juicio. Ahora bien, la petición de prueba no fue reiterada al inicio del juicio oral y su silencio, estratégico o de pura y simple anuencia, corta las alas a una protesta ulterior. La extracción de una cuenta corriente de la sociedad de la que era administrador que se ingresa en la cuenta de otra sociedad que controlaba es apropiación indebida consumada; y que esa cantidad haya sido repuesta posteriormente como consecuencia de un procedimiento judicial, afecta a la responsabilidad civil pero no a la penal. Compatibilidad entre el delito de administración desleal y la agravante de abuso de confianza. Toda administración desleal comporta por definición un abuso de confianza pues ha de ser efectuada por quien ostenta un cargo (administrador social), por lo que por regla general la circunstancia agravante de abuso de confianza será incompatible por ser inherente a tal conducta, salvo que hubiese un plus de confianza transgredida. En principio sería necesario identificar dos focos de confianza defraudados (v.gr. el propio de la relación profesional de administrador y otro personal, de amistad, previo y superpuesto), y un muy superior deber de lealtad al inherente al cargo; y que una de esas fuentes generadoras de confianza sea previa a la relación jurídica presupuesto de la administración desleal.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 22.6, 250, 252 y 295.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 785, 786.2, 849, 850, 851, 852 y 884.5.

Constitución Española, art. 24.2.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Julio de dos mil catorce.



www.civil-mercantil.com

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Lucas , contra Sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sección Cuarta), que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de apropiación indebida y administración desleal, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Martínez Martínez. Siendo parte recurrida Instalaciones de Tendidos Telefónicos, representado por el Procurador Sr. Orquín Cedenilla. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional inició Procedimiento Abreviado con el número 122/2009, contra Lucas , y una vez concluso lo remitió a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, con fecha de noviembre de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<< PRIMERO .- INSTALACIONES DE TENDIDOS TELEFÓNICOS S.A. (ITETE SA), se constituyó en la ciudad de Murcia, en Escritura Pública de fecha de 12 de febrero de 1983, siendo su objeto social, con carácter general, la realización de instalaciones de líneas y redes eléctricas y telefónicas, y figurando como socios, Valle , el acusado Lucas , mayor de edad y sin antecedentes penales, así como su hermano Luis Francisco .

En los siguientes años a la constitución y operatividad de ITETE SA, de la que es su único cliente Telefónica S.A., se maduró por Benjamín la idea de expansionar la actividad fuera de España, particularmente en Perú, Argentina y finalmente en Brasil. De ahí la constitución ITETE BRASIL.

ITETE BRASIL, Instalaciones Telefónicas Ltda, se constituyó el 11 de junio de 1997 en Porto Alegre (República Federativa de Brasil), figurando registrada en ficha catastral de dicho Estado, el 13 de octubre de 1998, siendo los socios constituyentes, la Empresa Líneas Telefónicas S.A. (ELITESA), representada por Don Benjamín , y éste mismo, con un capital social de 9.500 reales y de 500 reales respectivamente.

En Escrituras Públicas de fecha de 15 de marzo de 2002, tanto en nombre de ELITESA como en el suyo propio, Don Benjamín , otorgó poderes a favor del acusado Don Lucas , con el fin de que "en territorio Brasileño y en su nombre, aquella entidad o de las sociedades que participe, funde nuevas sociedades, o ingrese en otras, si ya existentes, firme actos constitutivos, alteraciones contractuales, acuerdos de accionistas y otros instrumentos societarios, suscriba cuotas o acciones, mejorar o reducir capital, administrarlas en su plenitud y así representarlas, y a la Sociedad Otorgante, ante los Órganos Públicos de administración directa e Indirecta...firmar contratos de mutuo, bancario o mercantil...actuar en procedimientos administrativos, judiciales y extrajudiciales, transmitir posición, dominio, derechos, acciones; y todos los demás actos practicables, por mas especiales que aquí sean y aquí por ventura omitidos."

En Escritura Pública de fecha 3 de agosto de 2004, el Sr. Benjamín otorgó en nombre de ELITESA nuevamente, y en su condición de Presidente y Consejero Delegado de la misma, otro poder a favor del acusado, en los mismos términos que los anteriores, así como otro idéntico en su nombre, a favor del acusado.



www.civil-mercantil.com

A la fecha de 16 de junio de 2004, figura en la ficha catastral abierta a la empresa ITETE BRASIL, Instalaciones Telefónicas Ltda, que se altera la titularidad de la misma, retirándose ELITESA y el Sr. Benjamín , así como el acusado como administrador, y admitiéndose como socios a Modesto , su esposa Pilar y Vidal , éste último con el cargo de administrador.

En fecha de 29 de septiembre de 2004, consta en la ficha catastral de ITETE BRASIL, que se retiran los anteriores, admitiéndose como socios a INSTALACIONES DE TENDIDOS TELEFÓNICOS SA (ITETE SA) y a Don Benjamín , ocupando el acusado el cargo de administrador.

La nueva situación quedó asimismo reflejada en ELITESA, sin incluirse a ITETE BRASIL entre las empresas en las que aquella tiene participación, y también, en la nueva propietaria, ITETE SA, figurando ITETE BRASIL, entre las empresas del grupo de ITETE SA, con una participación del 95% en la misma, y ASSEMPTE entre las asociadas, sociedad ésta, sobre la que se volverá mas tarde.

Paralelamente, el Sr. Benjamín y como Consejero Delegado de la empresa INSTALACIONES DE TENDIDOS TELEFÓNICOS S.A. (ITETE SA), también había otorgado otros poderes, en Escritura Pública de fecha 5 de diciembre de 2003 y en fecha de 3 de agosto de 2004, en los mismos términos que los ya transcritos a favor del acusado, para la gestión como administrador en el territorio de Brasil.

Con ello, sería en España la persona que se encontraba al frente del negocio, Don Benjamín , y en aquel otro país, en su representación, y en nombre asimismo de la entidad otra que constituyó ITETE BRASIL, ELITESA, y mas tarde la adquirente ITETE SA, el acusado, con los amplios poderes que sucesivamente le fueron otorgados por estas y por el propio Sr. Benjamín , en nombre de aquéllas y en el suyo propio, despachando casi a diario ambos en la gestión empresarial, circunstancia que por todos conocida, le facilitó los comportamientos que se analizan en este procedimiento haciendo creer al acusado al tiempo de realizarlos que eran en el marco de la gestión encomendada y respondían a las pautas marcadas por Benjamín .

ITETE BRASIL, en el año 2002, quedó inactiva como tal y se unió a una empresa local, INTERVIA TELECOM TELECOMUNICACIONES, dando lugar A la denominada ASSEMPTE INSTALACIONES TELEFÓNICAS, sin que llegado el año 2006 TELEFÓNICA SA renovara con ASSEMPTE su relación contractual.

En ese año 2006, cayó enfermo Benjamín y a principios del año 2007, en concreto en el mes de abril fue sometido a una operación por una dolencia grave, falleciendo el día 27 de junio de 2008.

En el interin, el acusado, su hermano Luis Francisco , sus respectivas esposas, la hermana de Benjamín , Valle , y éste mismo, en fecha de 24 de abril de 2008, firmaron un documento denominado "contrato de reconocimiento de dominio", en el que se hacía constar y así firmaron, que la condición de socios del acusado y de su hermano Luis Francisco en la Escritura Pública de constitución de la empresa ITETE SA, no era tal sino que el dueño de las participaciones era Benjamín junto con su hermana Valle , de modo que aquellos eran meros fiduciarios en la constitución de ITETE SA .

Al fallecer el Sr. Benjamín y ya previamente desde que se detectó la enfermedad, fue su hermana Valle la que se puso al frente tanto en la parte de negocio en España como en el desarrollado en Brasil, los que hasta ese momento no controlaba, y principalmente el ultimo, dado que lo llevaba su hermano junto al acusado, y, al igual que se dio lugar al documento antes referido, con anterioridad a la muerte de aquél y en lo relativo a ITETE SA, producido el fallecimiento del Sr. Benjamín , lo que hubiera en ITETE BRASIL, reportaría a España.

De ahí que Valle hiciera por contactar con el acusado, sin lograrlo en un principio, si bien, finalmente pudo, indicándole que diera y firmara la Orden de transferencia de los fondos en cuentas abiertas a nombre de ITETE BRASIL, para su ingreso en las cuentas de ITETE



www.civil-mercantil.com

BRASIL en España, a lo que el acusado, que era la persona que figuraba autorizado en las Cuentas para disponer y había sido el que procedió a su apertura, daba largas, con variadas explicaciones, sin llegar a efectuarla.

Al mismo tiempo, ya en verano de 2008, se comprobó en la dirección financiera de ITETE SA, una transferencia realizada el 27 de mayo anterior por importe de un millón de dólares desde una cuenta abierta por el acusado en el año 2007 en la entidad bancaria UBS de Miami a nombre de ITETE BRASIL que se nutrió de los fondos de otra apertura en el año 2005 a nombre de esa empresa (ne R266230 y R262862), a una cuenta de una sociedad llamada MUSP, de la que son propietarios el acusado y Vidal , empleado de ITETE BRASIL y mano derecha de aquél, por lo que se pidió en nombre de Valle que se diera explicaciones de esa operación que había llevado a cabo el acusado para hacerse con su importe en su exclusivo beneficio.

En el mes de agosto de 2008, Valle se trasladó a Argentina en compañía de su prima, Catalina , que en España estaba encargada de la dirección financiera, siendo informadas en aquel país de que el banco UBS no había transferido el dinero de las cuentas de ITETE BRASIL a España porque el acusado exhibió unos documentos en los que figuraba que en fecha de 11 de febrero de 2008 (fecha de inscripción en la ficha catastral en Brasil-Contrato Social, aún cuando se llevó a cabo el día 20 de diciembre de 2007), en la entidad ITETE BRASIL, aparecían unos nuevos titulares, Vidal y Modesto , en un 95% y en un 5%, respectivamente, siendo el segundo socio en otra empresa de Benjamín en Argentina si bien también trabajo en Brasil, creyendo el mismo que figuraba por decisión del fallecido, y el primero, persona que durante un tiempo trabajó a las órdenes de Modesto , pasando más tarde, como se ha dicho, a ser la mano derecha del acusado en ese mismo país, produciéndose, no solo ese cambio de socios sino que también constaba como administrador Lucas pero a virtud de unos poderes que le fueron otorgados por Vidal en fecha de 9 de mayo de 2008.

Este cambio en la titularidad de los socios de ITETE BRASIL, lo había maquinado el acusado a fin de desplazar a ITETE SA de su participación social en aquélla, con lo que se aseguraba mantener el control de ITETE BRASIL desde, nuevamente, su condición de administrador por los poderes a su favor otorgados por uno de los actuales socios, lo que le permitía así ser la persona con capacidad sobre los fondos de la empresa brasileña, en beneficio ajeno a los intereses que venía atendiendo conforme a los poderes que en su día le fueron conferidos como administrador de ITETE Brasil.

Al regreso a España de Valle , en Escrituras Públicas de de 11 de septiembre de 2008 y de 27 de octubre de ese año, en nombre propio y en el de las entidades EMPRESA LÍNEAS TELEFÓNICAS S.A (ELITESA), EMPRESA TENDIDOS TELEFÓNICOS S.A., e INSTALACIONES DE TENDIDOS TELEFÓNICOS S.A. (ITETE SA), revocó cuantos poderes fueron en su día otorgados al acusado.

La empresa ITETE BRASIL al día de la fecha de la alteración de socios, realizada el 20 de diciembre de 2007 y que figuró en el Contrato Social el 11 de febrero de 2008, valía 2.255.600,78 euros.

SEGUNDO.

En cuanto al banco UBS, ante la situación en que se encontró de ser requerido por el lado español, en cuanto a que hiciera la transferencia de los fondos habidos en las cuentas de ITETE BRASIL a una cuenta abierta en España a nombre de dicha empresa, y de otro, al conocer la existencia de los documentos acabados de referir, en lo que a la nueva titularidad de ITETE BRASIL se refiere, siendo requerido por el acusado a que hiciera las transferencias que éste le indicaba, a fin de no incurrir en responsabilidad alguna si atendía unas órdenes de



www.civil-mercantil.com

transferencia o si hacia caso de la nueva titularidad distinta de ésta última empresa, optó por acudir a los Tribunales americanos para que por estos se resolviera.

En Memorando y resolución de fecha 4 de junio de 2009, el Juez del Tribunal de Distrito Sur de Nueva York, tras la demanda de UBS INTERNATIONAL INC, acordó la petición de una medida cautelar previa y otro tipo de remedio de la siguiente manera:

1. UBS procederá a depositar el valor de liquidación, a partir del depósito, de todo el contenido de UBS Financial Services Inc. ("UBS FS") Cuentas números R2 62862 y R2 66230 ante el Secretario del Tribunal, que invertirá los ingresos en una cuenta remunerada CRIS, para obrar de acuerdo con la resolución del Tribunal.

2. Tras efectuarse el depósito y la presentación por parte de UBS Financial Services Inc. De una declaración jurada o una declaración en la que se afirme que ha depositado todo el contenido de las cuentas de UBS FS números R2 62862 y R2 66230 ante el Secretario del Tribunal.

Dichas conclusiones judiciales fueron confirmadas en fecha de 28 de enero de 2013.

En cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal americano, se libró un Cheque por importe de 3,307.831,25 dólares USA (2.538.473,30 euros) a favor de ITETE SA, por el importe de las cantidades que existían en las cuentas de ITETE BRASIL en el banco UBS de Miami, incluido en dicha cantidad el millón de dólares que se había transferido a MUPS el 27 de mayo de 2008 siguiendo las órdenes del acusado.

TERCERO.

La entidad MUPS Ltda, que fue la que en fecha de 27 de mayo de 2008 recibió un ingreso por transferencia desde una de las cuentas de ITETE BRASIL abiertas en el banco UBS de Miami, por importe de un millón de dólares, se constituyó en fecha de 13 de abril de 2000 en Barueri (Brasil), por el acusado y por Vidal , con una participación del 99% y el 1% respectivamente, no constando que la suma de un millón de dólares la emplease el acusado en deudas propias de ITETE BRASIL o para reintegrarse el mismo de las cantidades que previamente había puesto para saldar deudas de dicha sociedad, ni figurando MUPS en el grupo de empresas de ITETE ni tampoco que por ese vínculo, recibiera la suma indicada en concepto de préstamo de otra entidad de las participadas>>.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- Q UE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Lucas , como autor criminalmente responsable de un delito de APROPIACIÓN INDEBIDA agravada por el valor de la defraudación y por el aprovechamiento de su credibilidad a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN y ocho meses de multa a razón de una cuota diaria de ocho euros con responsabilidad personal subsidiaria caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y, por un delito de ADMINISTRACIÓN DESLEAL con la concurrencia de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal a la pena de DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, a la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.



www.civil-mercantil.com

Asimismo deberá indemnizar a ITETE SA en la cantidad de 2.255.600.78 euros, con los intereses legales del artículo 576 de la LEC .

Una vez firme la presente resolución, comuníquese la misma a los efectos legales oportunos al Registro Central de Penados y Rebeldes>>.

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el recurrente, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Lucas .

Motivo primero .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE . Motivo segundo .- Al amparo del art. 849.1º LECrim por infracción de los arts. 252 en relación con el art. 250 y del art. 295 , art. 22.6 º y 28 CP . Motivo tercero .- Al amparo del art. 849.2º LECrim por error en la valoración de las pruebas. Motivo cuarto .- Al amparo del art. 850.1º LECrim por denegación de diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma. Motivo quinto.- Al amparo del art. 851.1º LECrim por no expresar la sentencia de forma clara y terminante cuales son los hechos que se consideran probados. Motivo sexto .- Al amparo del art. 851.1º, inciso 2º de la LECrim por manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados. Motivo séptimo .- Al amparo del art. 851.3º LECrim por no haber resuelto la sentencia las alegaciones de la defensa en cuanto a la falta de determinación económica de la empresa ITT Brasil.

Cuarto.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, impugnando todos los motivos del recurso ; la representación legal de Instalaciones y Tendidos Telefónicos, S.A., igualmente los impugnó ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día cuatro de junio de dos mil catorce.

Sexto.

Con fecha dieciocho de junio de 2014 se dictó auto de prórroga para dictar sentencia por treinta días teniendo en cuenta la complejidad del tema objeto de estudio y especialmente la voluminosa documentación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.



www.civil-mercantil.com

El lógico orden procesal invita a recomponer la sistemática de los distintos motivos articulados para comenzar por el examen de aquellos cuya estimación desembocaría en una nulidad con retroacción de las actuaciones. Dentro de esos motivos han de priorizarse los que determinarían la repetición del juicio (art. 850) frente a los que únicamente supondrían la anulación de la sentencia (buena parte de los contenidos en el art. 851 LECrim). Es esta la metodología más ajustada a parámetros legales y lógicos, aunque no ha de entenderse como un corsé rígido. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas impone en ocasiones variaciones en esa secuencia: no tendría sentido anular una sentencia por el vicio de predeterminación del fallo, cuando aparece como prosperable un motivo por infracción de ley del art. 849.1º que va a desembocar en una solución absolutoria inmune a ese denunciado error en la redacción de los hechos probados.

No detectándose razones que aconsejen una alteración, seguiremos la pauta general abordando en primer lugar por el motivo destinado a protestar por una denegación de prueba. Su eventual estimación obligaría a reponer las actuaciones al momento anterior al inicio del juicio oral. Se trata del cuarto de los motivos del recurso que usa el canal impugnatorio previsto para este tipo de denuncias: el art. 850.1 LECrim .

Por escrito fechado el 26 de enero de 2013 presentado el día 31 siguiente (folio 558), y por tanto, posterior a la calificación, el recurrente aportó un informe de un perito contador brasileño datado el 26 de junio anterior, proponiéndolo como prueba (tanto el informe como la ratificación en el plenario). Un Auto de la Audiencia de 13 de marzo siguiente (folio 607 del rollo) rechazaría la prueba por haberse presentado extemporáneamente. El Fiscal no se había opuesto a su admisión (folio 604). En el acto de la vista la defensa, exteriorizó su oposición a la denegación de tal prueba. La Sala dispuso que se practicase el resto de la prueba pericial decidiéndose posteriormente sobre esta pericial, lo que no llegó a hacerse.

Asiste la razón el recurrente cuando invoca el art 785.2 LECrim : ese precepto amparaba la presentación de ese informe pericial en ese momento, tal y como ya adujo al responder al proveído de la Sala de instancia de fecha 6 de febrero (ver folio 597 del rollo de Sala). Según esa norma hasta el momento de inicio de las sesiones del juicio oral tanto el Fiscal como las partes podrán aportar o solicitar la incorporación de los documentos, informes y certificaciones que estimen oportunos. Incluso resulta una estrategia procesal más limpia y clara aportar esos documentos o informes cuando se dispone de ellos. Esperar al momento inicial del juicio oral (art. 786.2) es igualmente posible y procesalmente admisible, aunque pueda quedar algo erosionado el principio de contradicción por el efecto sorpresivo que pudiera tener la aparición de esos informes con menoscabo de la capacidad de reacción de las otras partes, lo que en algún supuesto incluso pudiera abocar a la siempre poco deseable necesidad de suspensión del acto. Por eso, la negativa del Tribunal a admitir tal informe basada exclusivamente en razones procesales no fue acertada. Valía para lo que era la proposición de una nueva prueba a practicar en el acto del juicio oral (la ratificación, en su caso, del informe: había de ser el recurrente el encargado de traer al perito y formular oficialmente la petición al inicio del acto del juicio oral), pero no para lo que es la unión del informe documentado.

De cualquier forma el informe quedó unido a las actuaciones: ahí obra. Si se ha hecho caso omiso a sus conclusiones es por considerarlas no relevantes: las deudas que pudiera tener ASEMPTÉ a juicio de la Sala no redundan en la valoración de ITETE BRASIL. Ni tampoco pueden derivarse otras cuestiones relevantes de lo que se hace constar en tal informe sobre la normativa brasileña. El recurrente mezcla lo que es el informe en sí, que está unido y traducido del portugués, con lo que es la deposición del perito en el acto del juicio oral.

Respecto de este segundo extremo tienen razón tanto la acusación particular como el Fiscal cuando advierten que la petición de prueba no fue reiterada al inicio del juicio oral, pese a la extensión que tuvo esa audiencia preliminar en este proceso que estuvo salpicada de peticiones e incidencias que suscitaron un denso debate. De hecho la acusación particular que



www.civil-mercantil.com

había "padecido" una decisión paralela de la Sala de instancia (rechazo de un informe pericial presentado: folios 709, 805 y 809 del rollo de Sala: Auto de 11 de septiembre de 2013) reprodujo en ese momento su solicitud que fue atendida por la Sala. Diferente fue la conducta procesal de esta parte que no insistió en ese momento en el informe ni en la presencia del perito, ni formuló la oportuna y necesaria protesta. Su silencio, estratégico o de pura y simple anuencia, corta las alas a una protesta ulterior como la que aquí se blande. También el fundamento de derecho séptimo de la sentencia con acierto resalta que ni se reiteró esa prueba, ni se llegó a elevar protesta. Es verdad que como apunta el recurrente se refirió a esa prueba cuando llegó el momento de la pericial. Pero ciertamente ni formuló protesta, ni llegó a pedir la suspensión, ni, sobre todo, había reiterado su petición al inicio del juicio.

La forma de reaccionar contra esa negativa no era un dudosamente admisible recurso de súplica (art. 785.1 LECrim), sino justamente reproducir la petición en los momentos iniciales del acto del juicio oral.

La falta de protesta es causa de inadmisibilidad del motivo (art. 884.5º) sin necesidad de entrar en el fondo.

De cualquier forma, como ya se ha insinuado, tampoco podría prosperar el motivo desde una perspectiva sustancial: los datos del informe están en la causa. No se señala qué relevante o distinto hubiese podido añadir la comparecencia personal del perito, en la que no se insistió, dejando pasar el momento en que podía haberse formulado la exigible protesta. Para la anulación de una resolución judicial por no práctica de alguna prueba es imprescindible que la prueba cuya omisión va a determinar la retroacción del procedimiento, sea no solo pertinente sino también necesaria (STS 881/2012, de 28 de septiembre).

El motivo cuarto resulta improsperable

Segundo.

Los motivos quinto, sexto y séptimo buscan todos abrigo en el art. 851: falta de claridad, contradicción e incongruencia omisiva, respectivamente. Comparten los tres no solo referente ordinal legal que los respalda sino también idéntica equiparable falta de fundamento: desvirtúan el sentido auténtico de cada uno de los motivos de casación invocados para tratar de hacer circular por ellos quejas que poco tienen que ver con su naturaleza .

a) Se denuncia primeramente (falta de claridad) que no se recogen en los hechos probados determinados datos relevantes: la condición de socio de ITTE España del recurrente y su participación real en su Consejo de Administración; el seguimiento de un procedimiento civil reclamándose por esa cuestión; las relaciones anteriores a través de Instelmur entre recurrente y finado; los débitos de Assemte, sociedad participada al 50 % por ITT Brasil; la comunicación remitida por el Ministerio de Justicia de EEUU obrante a los folios 1621 y 1622; o el acuerdo producido en el seno del procedimiento civil seguido ante un Juzgado de Distrito de Nueva York.

El art. 851.1 LECrim no autoriza a discutir la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia para introducir como hechos probados lo que aquélla no tuvo por tales (condición de propietario real y no fiduciario); ni es camino idóneo para ampliar el relato fáctico con hechos irrelevantes desde el punto de vista de la subsunción jurídica y no discutidos (Instelmur, comunicación del Ministerio de Justicia, deudas de Assempte...); y, menos aún, para deducir de esos hechos lo que no se desprende de ellos (que el procedimiento seguido en Estados Unidos tuviese un contenido idéntico al presente; v.gr). Ninguna de las pretensiones del recurrente se acomoda la naturaleza de este motivo casacional. Muchas representan intentos desenfocados de reproducir alegatos blandidos al hilo de otros motivos.



www.civil-mercantil.com

b) El vicio de contradicción (art. 851.1 al que se remite el motivo sexto del recurso) sanciona las contradicciones internas del relato fáctico. No guarda relación alguna con el principio estructural procesal de "contradicción" que, por otra parte, tampoco exige dar o negar la razón por dosis equivalentes o iguales a cada una de las partes del proceso. La contradicción exige oír a todas las partes procesales y que cada una pueda contestar al argumento de la otra. Pero no implica, obviamente, como parece insinuar el lacónico desarrollo del motivo que si se toman en consideración "x" pruebas de la acusación, ha de prestarse igual crédito a otro número de pruebas equivalente de la defensa (¡!)

c) Por fin, como vicio de incongruencia omisiva (art. 851.3), se protesta por la ausencia de valoración por los peritos de las eventuales deudas de ITT Brasil, lo que tampoco encaja en este formato casacional. La pretensión defensiva del recurrente -que se considerase que las deudas de ASSEMPTE eran parcialmente imputables a ITT Brasil así como el importe de esas deudas- ha sido desestimada por la Sala de instancia de manera expresa (vid el minucioso fundamento de derecho séptimo). Otra cosa es que el recurrente no esté de acuerdo con esa decisión que se apoya en unos informes que según expusieron los peritos en el juicio oral habían tomado en consideración tanto el activo como el pasivo de la sociedad para establecer su valoración. No hay incongruencia omisiva o falta de resolución.

Los tres motivos analizados han de ser desestimados.

Tercero.

El primero de los motivos denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE).

Consciente el recurrente de las limitaciones de este cauce casacional -no permite una revisión global de la valoración probatoria realizada por la instancia sino tan solo testar si se produjo prueba suficiente para llegar un pronunciamiento condenatorio racionalmente motivado- argumenta que pese a contarse con prueba de cargo, no ha sido lógicamente valorada; lo que dicho de otra forma, supone afirmar que ha sido valorada irracionalmente.

No es aceptable esa consideración que, a fin de cuentas, no es más que una exigencia del "guión" necesario para intentar adentrarse en las cuestiones puramente probatorias de las que el recurrente discrepa postulando otra valoración en esta alzada. Esa es temática ajena a la casación.

En efecto:

a) En cuanto a la condición del recurrente de socio meramente fiduciario que la Sala da por acreditada y que será presupuesto del delito de apropiación indebida, la Audiencia ha valorado el documento suscrito por el recurrente y su hermano, de cuya autenticidad y veracidad no han dudado en un Juzgado de lo Mercantil de Murcia, aunque estén cuestionadas; y las manifestaciones de varios testigos, fundamentalmente Valle . Cuando una persona con experiencia profesional empresarial suscribe un documento, no basta con decir que no sabía lo que firmaba para que deba presumirse por mor del art. 24.2 CE que desconocía el alcance real de lo que el documento expresaba. La valoración de la prueba testimonial corresponde a la Audiencia. Nada hay de irracional en el crédito otorgado a las declaraciones de Valle refrendadas por el contenido del documento citado. Dilucidar si merecían mayor fiabilidad las manifestaciones exculpatorias del recurrente o las interesadas de su hermano o las de otros testigos; o determinar si otros datos pueden desmentir o desacreditar esa valoración son cuestiones que no tienen acceso a la casación. No es contrario a la lógica concluir la condición de fiduciarios de los hermanos Lucas Luis Francisco . Sí lo



www.civil-mercantil.com

sería, probablemente, convenir que los mismos firmaron libremente un documento en el que aceptaban esa condición inveraz renunciando así sin motivo alguno a su titularidad real.

b) La transferencia realizada por el acusado el 27 de mayo de 2008 desde una cuenta de ITT Brasil a una de la sociedad bancaria MUSP, que controlaba totalmente está acreditada documentalmente. No es negada por el recurrente. No exige la presunción de inocencia que cualquier manifestación exculpatoria tratando de justificar esa transferencia sea tomada por válida. No constan deudas anteriores que justificasen ese traspaso; ni se ha ofrecido explicación clara que dé razón de esa puesta a disposición del recurrente de un millón de dólares de ITETE Brasil. Las eventuales deudas tributarias o de seguridad social de ASSEMPTE en Brasil no justifican una detracción de esos fondos en beneficio de una sociedad propiedad del recurrente. Ningún dato avala la alegada voluntad del finado Benjamín de operar de esa forma dando instrucciones al acusado.

c) El documento denominado Termo de responsabilidades reiteradamente aludido no desvirtúa esas estimaciones como razona la Audiencia.

d) Tampoco se deriva hay lesión de la presunción de inocencia de no aceptar la versión exculpatoria inacreditada del recurrente de que cumplía una orden del Sr Benjamín . No sería coherente tal instrucción con su condición de socio fiduciario.

e) No puede derivarse del documento obrante a los folios 1621 y 1622 lo que se pretende: no hay identidad de hechos entre este proceso y el litigio entablado en USA a instancia de la entidad bancaria que quería aclarar las relaciones. Tampoco resulta aceptable la interpretación que hace el recurrente de las vicisitudes de aquél proceso. Los mil dólares son restituidos a la cuenta originaria en virtud precisamente de ese litigio y no de manera espontánea. Esa reposición no es negada por la sentencia. Otra cosa es que una restitución posterior provocada además proceda por un procedimiento judicial carezca de virtualidad para evaporar un delito de apropiación indebida ya consumado. Ha quedado zanjada la cuestión civil en el proceso seguido en USA; pero la cuestión penal quedó abierta y ha de ser resuelta en este procedimiento, sin perjuicio de reducir el monto de la responsabilidad civil, como se ha hecho, a sus justas dimensiones como consecuencia de tal restitución.

f) El cambio de accionariado de ITETE Brasil realizado en diciembre de 2007 y las vicisitudes societarias posteriores están acreditadas y aceptadas. La presunción de inocencia no impone considerar probado que se hicieron siguiendo indicaciones el finado Benjamín . Que anteriormente en 2004 se hubiesen realizado otras operaciones con alguna semejanza no obliga necesariamente a pensar que en esta también la iniciativa partió de Benjamín . La Sala no ha encontrado razones para dudar de las declaraciones de Valle en relación al momento en que conoció esos extraños cambios de accionariado. Igualmente ha considerado creíbles y respaldadas por indicios sus manifestaciones sobre el desconocimiento de la entidad MUSP y las razones por las que la misma figura en una relación de empresas elaborada por ella misma (folio 547).

g) La Audiencia ha contado con la declaración del Sr. Porfirio para considerar que no es suya la firma que aparece en la venta de las acciones.

h) La petición primaria realizada por la acusación particular en sus conclusiones como responsabilidad civil -restitución de la sociedad- desacredita las especulaciones sobre intenciones espurias que se reiteran en el recurso. Solo subsidiariamente -para el caso de no restitución- se reclamaba la indemnización por el valor de la empresa.

i) Por fin, conviene puntualizar que en lo que atañe a la cuantificación del valor de ITETE BRASIL establecida para determinar el monto indemnizatorio, la presunción de inocencia carece de toda incidencia. Es un tema civil en el que no rige la presunción de inocencia, sino otros criterios probatorios que en todo caso son respetados por la Sala. En este sentido, la STS 166/2014, de 28 de febrero aludía a " los diferentes parámetros de exigencia probatoria que rigen para las cuestiones penales y las exclusivamente civiles. En el primer



www.civil-mercantil.com

ámbito cualquier atisbo de duda ha de resolverse en beneficio del acusado. No sucede así con la responsabilidad civil (en general y en particular con la responsabilidad civil nacida de delito que no deja de ser sustancialmente igual a la nacida de un hecho ilícito no delictivo). En todo lo determinante de una más grave respuesta penal, las exigencias probatorias han de ser exquisitas. Regirá una escrupulosa valoración. En el ámbito puramente civil, carente de repercusiones penales (cuantificación, responsabilidad civil de terceros, valoración del daño moral...), las exigencias están más relajadas (no toda duda ha de resolverse en favor del deudor: es canon suficiente para afirmar la responsabilidad civil un alto grado de probabilidad)" : Consta, además, que en los dictámenes periciales que apoyan esa cuantificación se ha tomado en consideración tanto el activo como el pasivo.

En definitiva el motivo vuelve a plantear en toda su amplitud el debate probatorio reiterando argumentos, elementos probatorios, datos e interpretaciones que ya han sido sopesados y decididos por la Audiencia. Eso es extraño a un motivo por presunción de inocencia que, en consecuencia deberá ser desestimado.

Cuarto.

El art. 849.1º LECrim permite al recurrente discutir la corrección de i) la subsunción en el delito de apropiación indebida; ii) la subsunción de otro episodio en el delito de administración desleal y iii) la apreciación de la agravante de abuso de confianza en relación a este último delito.

a) La Audiencia acierta al ubicar en la tipicidad del art. 252 la extracción de una cuenta corriente de la sociedad de la que era administrador (ITETE BRASIL) de una cantidad que ascendía a un millón de dólares y que se ingresa en la cuenta de otra sociedad que controlaba. Que esa cantidad haya sido repuesta posteriormente como consecuencia de un procedimiento judicial entablado en Nueva York no varía la situación. La apropiación indebida estaba consumada. Otra cosa es que no lleve aparejadas responsabilidades civiles. Toda apropiación indebida encierra una cuestión civil. Pero que exista una cuestión civil implicada (la apropiación indebida es un delito que se basa habitualmente en una previa relación contractual) no excluye la tipicidad. Es una cuestión civil, sí; pero no solo una cuestión civil. En este caso también lo es penal.

b) Argumentar que no existía ánimo de apropiación basándose en la restitución del importe como consecuencia de una actuación judicial en Estados Unidos no es de recibo; máxime cuando no se ha podido ofrecer una explicación justificada y plausible de ese traspaso y se ha dispuesto en los días siguientes de altas cifras de numerario extraídas de esa cuenta. La devolución como consecuencia de un procedimiento judicial ni significa que desde el principio existiese ánimo de devolución, ni menos aún que no existiese ánimo de apropiación o distracción. Si no existía ese propósito, ¿por qué se hizo ese traspaso y se dispuso después del dinero?

Quinto.

En relación al delito de administración desleal los argumentos del recurrente no respetan los hechos probados: su razonamiento parte de que la prueba ha sido erróneamente valorada. Tal tipo de cuestionamiento no es admisible por esta vía.

Sí son aceptables las objeciones a la compatibilidad entre el delito de administración desleal y la agravante de abuso de confianza.



www.civil-mercantil.com

La cuestión guarda cierto paralelismo con la aplicación de la agravación por abuso de relaciones personales en los delitos de apropiación indebida. Toda administración desleal comporta por definición un abuso de confianza pues ha de ser efectuada por quien ostenta un cargo -administrador social- que se basa precisamente en relaciones de confianza. El abuso de las funciones del cargo que exige el tipo implica por lógica habitualmente un abuso de la confianza en la que ordinariamente descansa ese cargo.

Eso no significa que haya de negarse tajantemente esa posibilidad, pero desde luego habrá que buscar supuestos en que existan datos adicionales o complementarios que permitan afirmar un plus muy significativo respecto al ordinario de toda administración desleal.

Aquí no concurre ese intenso refuerzo que abriría paso a la agravación apreciada por la Audiencia.

Sirve de marco de referencia a ese tema la jurisprudencia recaída en torno al delito de apropiación indebida y el abuso de relaciones personales. Es consustancial al delito del art. 252 quebrar la lealtad que se debe por una previa confianza. Para encajar los hechos en el art. 250.1.7ª se viene exigiendo un plus, una confianza anterior y distinta a la que se crea con la relación que sirve de presupuesto a la apropiación indebida o, en su caso, estafa (vid. SSTS 785/2006, 2232/2001, de 22 de noviembre, 890/2003, de 19 de junio, 626/2002, de 11 de abril, 368/2007, de 9 de mayo, ó 371/2008, de 19 de junio ó 295/2013 de 1 de marzo entre otras).

Hay que ser cuidadosos y restrictivos a la hora de exigir "algo más" para soslayar el grave riesgo de incurrir en un bis in idem. No faltan posiciones en la dogmática que consideran un equilibrio imposible intentar descubrir como "dos" confianzas defraudadas: la genérica de toda apropiación indebida (o, en este caso, administración desleal) y otra superpuesta, determinante de la agravación.

El quebrantamiento de vínculos de confianza es elemento ínsito en toda administración desleal. La graduación entre una mayor o menor confianza defraudada es escala poco nítida. En principio sería necesario identificar dos focos de confianza defraudados (v.gr. el propio de la relación profesional de administrador y otro personal, de amistad, previo y superpuesto), y un muy superior deber de lealtad al inherente al cargo; y que una de esas fuentes generadoras de confianza sea previa a la relación jurídica presupuesto de la administración desleal (STS 295/2013 citada).

Partiendo de esa postura restrictiva a la admisibilidad (la apreciación es posible excepcionalmente pero la presunción es la de incompatibilidad), en este caso consideramos que no se da un plus suficiente. Era el acusado administrador de la Sociedad; su titular había depositado en él una especial confianza; despachaban muy frecuentemente. Pero eso no excede de lo connatural al cargo. No se detecta un "aliud" suficiente para dotar de contenido singular a la agravación genérica; máxime a la vista del laconismo descriptivo del factum sobre ese elemento en el que no se incide especialmente. Lo que se recoge en los hechos probados no rebasa lo que puede considerarse "normal" en las relaciones entre el gestor empresarial en un país extranjero y el titular real que quiere efectuar un seguimiento más estrecho de esa actividad. El despacho frecuente no añade nada relevante.

El motivo es estimable.

No se entra en la procedencia de la apreciación de la circunstancia 7ª del art. 250.1º pues no solo no ha sido cuestionada sino que además es penológicamente irrelevante. De hecho la pena por la apropiación indebida está impuesta en su mínima duración (que es un año y no seis meses). La presencia de dos de las agravaciones del art. 250.1, en lugar de una es intrascendente.

Sexto.



www.civil-mercantil.com

El art. 849.2 se erige en soporte del tercero de los motivos. No puede tener éxito. Los documentos que se invocan carecen de literosuficiencia. No se deduce de ellos inequívocamente lo que aduce el recurrente. Su interpretación es una entre las varias posibles. Ni el acuerdo alcanzado en el seno del procedimiento judicial americano significa lo que pretende el recurrente, ni la comunicación de la autoridad estadounidense muestra una identidad de hechos que, por otra parte, tampoco arrastraría mayores repercusiones.

Invocar los informes periciales de las acusaciones como documento a estos efectos para argumentar que se observan en ellos déficits es tergiversar el sentido el art. 849.2º que es una forma de corregir la declaración de hechos probados con base en una prueba documental incontestable; pero no es una excusa para discutir sobre el valor probatorio que se ha otorgado a una prueba pericial.

No puede acogerse el motivo.

Séptimo.

Habiéndose estimado parcialmente el recurso han de declararse de oficio las costas causadas (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Lucas , contra Sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sección Cuarta), que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de apropiación indebida y administración desleal, por estimación parcial del motivo segundo de su recurso y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Julio de dos mil catorce.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado Central de Instrucción nº 4, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta), y que fue seguida por delitos de apropiación indebida y administración desleal contra Lucas , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES



www.civil-mercantil.com

Único.

Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Por las razones recogidas en la anterior sentencia no es de apreciar la agravante genérica de abuso de confianza (art. 22.6) en el delito de administración desleal (art. 295).

A la hora de individualizar la pena se consideran acertadas y se asumen las atinadas consideraciones que se vierten en la sentencia de instancia para desechar incrementos sustanciales sobre el mínimo. No obstante la elevada cuantía de los perjuicios invita a una ligera elevación respecto del umbral inferior (seis meses), estimándose adecuada una duración de ocho meses de prisión.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Lucas , como autor de un delito de administración desleal (art. 295 CP) a la pena de OCHO MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, sustituyendo así en lo que a este delito respecta el pronunciamiento de la sentencia de instancia.

Se mantienen en todo lo demás los pronunciamientos de la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional y en especial lo que atañe a la condena por el delito de apropiación indebida, a las indemnizaciones fijadas, y al pago de las costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, mientras se celebraba 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.