



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 87/2015, de 11 de febrero de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1423/2014

SUMARIO:

Apropiación indebida. Atenuante de reparación del daño y concurso voluntario de acreedores. Apropiación indebida y concurso de acreedores: La solicitud de declaración voluntaria del concurso de acreedores, antes del efectivo cobro de la subvención otorgada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, con la consiguiente limitación de la capacidad de administración por el deudor, impide atribuir el impago a un acto de deslealtad en la gestión. Atenuante de reparación del daño y concurso voluntario de acreedores. Por más amplitud que queramos atribuir al significado de la reparación, lo cierto es que la formulación de una solicitud de concurso voluntario, al amparo del art. 6 de la Ley 22/2003, 9 de julio, no puede ser interpretada como expresión de un acto de reconciliación del infractor con el derecho. Esa solicitud no puede presentarse como vehículo de la inequívoca voluntad de reparar el daño causado al patrimonio ajeno de un determinado deudor como consecuencia de un acto de deslealtad. Antes al contrario, encierra una obligación legal expresamente proclamada por el art. 5 de la referida ley, en el que se dispone, bajo el epígrafe «deber de solicitar la declaración de concurso», que «el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia». Es cierto que el concurso voluntario de acreedores, sobre todo en aquellos casos en los que tiene como desenlace la suscripción de un convenio para el pago de las deudas pendientes, no es ajeno a una voluntad de hacer frente, en la medida de lo posible, a los créditos adeudados frente a terceros. Sin embargo, esa solicitud no mira a un acto individualizado de reparación, encaminado a reparar la ofensa sufrida por quienes han sido víctimas de un acto de deslealtad. Antes al contrario, contempla el patrimonio que ha de ser objeto de administración concursal y la lista de acreedores con derecho a cobro, como una unidad en la que la voluntad de reparación singularizada respecto de uno de los impagos -de existir- se desdibuja hasta el punto de no poder ser premiada con la atenuación.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.5, 110, 249, 250, 252 y 259.
Ley 22/2003 (Concursal), arts. 5 y 6.

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil quince.



www.civil-mercantil.com

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de Rodolfo , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Cuarta) de fecha 12 de junio de 2014 en causa seguida contra Rodolfo por un delito 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, el recurrente representado por la procuradora doña Rosario Sánchez Rodríguez y como parte recurrida INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO EN SOLUCIONES Y SERVICIOS AT SA representada por el procurador don Victorio Venturini Medina. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de instrucción núm. 1 de Paterna incoó procedimiento abreviado núm. 8/2012, contra Rodolfo y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Cuarta) procedimiento abreviado 13/2014 que, con fecha 12 de junio de 2014, dictó sentencia núm. 461/2014 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS :

"PRIMERO: 1.- El acusado, Rodolfo , con DNI NUM000 , mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de legal representante de la entidad DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO, S.A." (DS2), sita en la calle Charles Robert Darwin numero 2 del Parque Tecnológico de la localidad de Paterna, con objeto social el Diseño y Comercialización de Circuitos Electronicos y de Comunicaciones, y la entidad INVESTIGACION Y DESARROLLO EN SOLUCIONES Y SERVICIOS IT Sociedad Anonima, APIF, siendo su Administrador unico D. Arsenio , con objeto social la Realizacion de Actividades de Investigacion Electronica e Industrial, a principios del año 2008 ambas empresas contactan para presentarse conjuntamente al Concurso Publico de Investigacion Scalable Video Coding Impactr on Networks (SCALNET), concertado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en Orden ITC/464/2008, de 20 de Febrero, modificada por Orden ITC/2382/2008, de 5 de Agosto, reguladora de las bases, regimen de ayudas (sic) y la gestion de la Accion Estrategica de Telecomunicaciones y Sociedad de la Informacion dentro del Plan Nacional de Investigacion Cientifica. Desarrollo e Innovacion Tecnologica, 2008-2011, BOE de 26 de Febrero de 2008 y 11 de Agosto del mismo año.

2.- Con fechas 7 de Marzo de 2008 y 3 de Abril de 2008 se publica en el BOE la Resolucion de 4 de Marzo de 2008 , de la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de Informacion, modificada por Resolucion de 1 de Abril, por la que se efectua la Convocatoria para la concesión de ayudas para la realización de proyectos y acciones de la Accion Estrategica de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información dentro del Plan Nacional de Investigacion Cientifica, Desarrollo e Innovacion Tecnologica 2.008-2011, en cuyo apartado Decimo Tercero se establece que solo procedera constituir garantias cuando se trate de ayudas bajo la modalidad de prestamo y solo en los casos que contempla el apartado vigesimo sexto de la Orden de bases.

3.- Con fecha 10 de Julio de 2008, se publica en la web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio la notificacion de propuesta de resolucion provisional de la Convocatoria de Ayudas: Accion Estrategica de Telecomunicaciones y Sociedad de la Informacion Año 2008, al solicitante DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO, S.A." (DS2), asignandole el numero de



www.civil-mercantil.com

identificación de expediente TSI-020400-2008-101 del Proyecto SCALNET: Scalable Video Coding impact on Networks.

4.- Con fecha 14 de Julio de 2008 se firma el Acuerdo de Colaboración entre la entidad DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO, S.A." (DS2) la entidad INVESTIGACION Y DESARROLLO EN SOLUCIONES Y SERVICIOS IT Sociedad Anonima, APIF, y la UNIVERSIDAD DE MURCIA, representada por D. Higinio, ViceRector de Investigación, con motivo de las experiencias y actividades desarrolladas por cada una de las entidades, siendo la empresa coordinadora de la Unión Temporal de Empresas la entidad DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO, S.A." (DS2), representada por el acusado Rodolfo, para el desarrollo del citado proyecto SCALNET, considerando las partes de intereses solicitar conjuntamente la concesión de ayudas financieras en el marco de la convocatoria para la realización del Proyecto, firmando las cláusulas reguladoras de dicha relación, acordando sujetarse y obligarse a las mismas.

En la Cláusula Duodécima se establece que, "DS2, como empresa coordinadora del proyecto ante el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, y, por tanto beneficiaria de la misma y receptora de los fondos, procederá a pagar al resto de las partes, en los 30 días hábiles siguientes a la recepción efectiva de los fondos del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

En la Cláusula Decimoquinta: "Cada parte actuará como contratista independiente, y no como agente, socio o empresa conjunta de las otras partes".

En la Cláusula Decimosexta: "Las partes podrán dar por finalizado este contrato anticipadamente en los siguientes casos:

a) Incumplimiento grave y/o reiterado de alguna de las partes de lo establecido en el presente acuerdo.

b) La insolvencia, quiebra, concurso suspensión de pagos o liquidación judicial o amistosa de cualquiera de las partes bastando la simple solicitud, sin ser necesaria su declaración judicial.

"En estos casos se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de extinción, estando a lo dispuesto en la legislación vigente".

5.- Con fecha 14 de Noviembre de 2008 se dictó Resolución definitiva de Concesión de Ayuda por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por importe total de 405.512,72 Euros, al acusado Rodolfo, coordinador del proyecto, entidad DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO, S.A." (DS2), correspondiente a los ejercicios 2008 y 2009, cantidad que le fue pagada por anualidades al acusado mediante un pago efectuado el 11 de Diciembre de 2008, por importe de 112.255,19 Euros, ingresado en la Cta. número NUM001 de la Caixa de Cataluña, y un segundo pago efectuado el 26 de Octubre de 2009, por importe de 293.257,53 Euros ingresado en la Cta. número NUM002 de Bankinter, ambas cuentas de la titularidad del acusado Rodolfo y la entidad DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO, S.A." (DS2), en concepto de las subvenciones otorgadas, cantidades de las cuales correspondía percibir a la entidad INVESTIGACION Y DESARROLLO EN SOLUCIONES Y SERVICIOS IT Sociedad Anonima, APIF, la suma de 11.125,21 euros respecto de la subvención del ejercicio de 2008, y 100.625 euros respecto de la subvención del ejercicio de 2009.

6.- El acusado Rodolfo, siendo sabedor de la obligación contraída de proceder a pagar al resto de las partes, en los 30 días hábiles siguientes a la recepción efectiva de los fondos del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, se apropió del importe de las subvenciones que le habían sido concedidas a entidad (sic) INVESTIGACION Y DESARROLLO EN SOLUCIONES Y



www.civil-mercantil.com

SERVICIOS IT Sociedad Anonima, APIF, haciendolas suyas, no dando el destino legal, a pesar de que en fecha 27 de Mayo de 2009 habia presentado Preconcurso de acreedores la entidad DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO, S.A." (DS2), ante el Juzgado de lo Mercantil de Valencia, poniendo en conocimiento el estado de insolvencia actual al no poder dar cumplimiento a sus obligaciones exigibles, con inicio de negociaciones para la obtención de adhesiones por parte de los principales acreedores de la entidad.

7.- Con fecha 3 de Julio de 2009 el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio inicia Expediente de Reintegro de la Ayuda concedida de la anualidad de 2008,

8.- Con fecha 28 de Septiembre de 2009 la entidad DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO, S.A." (DS2) formula Solicitud de Concurso Voluntario , Concurso 846/2009, ante el Juzgado de lo Mercantil numero uno de Valencia, declarandose Concurso Voluntario de Acreedores de la entidad por Auto de 30 de Noviembre de 2009 , dictado por el Juzgado de lo Mercantil uno de Valencia, en Procedimiento Concursal Ordinario 1337/2009, publicado en el BOE de la misma fecha, agregando las cantidades apropiadas a la masa de la quiebra, en su propio beneficio.

SEGUNDO.

1 Con fecha 31 de Marzo de 2010, la entidad INVESTIGACION Y DESARROLLO EN SOLUCIONES Y SERVICIO SIT Sociedad Anonima, APIF, presento escrito ante el Juzgado de lo Mercantil numero uno de Valencia, Concurso de Acreedores 1337/2009 , personandose en el Procedimiento Concursal en calidad de acreedor de la entidad DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO S.A. DS2, por las subvenciones otorgadas y no percibidas por importe total de 111.750,21 Euros , de las cuales 11.125,21 Euros correspondian al ejercicio 2008 y 100.625 Euros al ejercicio 2009, de las que habia resultado adjudicataria.

Dicho credito fue incluido en el informe elaborado por la Administracion Concursal, como credito ordinario, con la descripcion del credito reconocido, en fecha 25 de Mayo de 2011.

2.- Con fecha 8 de Noviembre de 2010 el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio inicio Expediente de reintegro de la Ayuda concedida de la anualidad 2009.

3.- La Administracion Concursal de la mercantil DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO S.A. DS2, en escrito presentado en fecha 3 de Diciembre de 2012, Seccion Sexta-Pieza de Calificacion del Concurso de Acreedores 1137/2009, del Juzgado de lo Mercantil numero uno de Valencia, solicito se declare el Concurso de la mercantil como Culpable, dictandose Sentencia en fecha 8 de Marzo de 2013 , por el Juzgado de lo Mercantil numero uno de Valencia, calificando el Concurso como Fortuito.

4.- Por Certificado de fecha 6 de mayo de 2014, emitido por los Administradores Concursales de la mercantil DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO S.A. DS2 en liquidacion, D^a Eva María , D. Amador y D. Federico , certifican "que en el listado de acreedores de la citada entidad se reconocio a la entidad INVESTIGACION Y DESARROLLO EN SOLUCIONES Y SERVICIOS MIT S.A., antes APIF MOVILITY S.A., como titular de un credito ordinario por importe de 111.750,21 Euros , y en el marco del Procedimiento Concursal 1137/2009, seguido por el Juzgado de lo Mercantil numero uno de Valencia, en pago de su credito, siendole abonados en fecha 12 de Diciembre de 2013 la suma de 11.175,02 Euros, y en fecha 21 de Marzo de 2014 la suma de 11.175,02 Euros , en total la suma de 22.350,04 Euros.

5.- El acusado Rodolfo , coordinador del proyecto SCALNET a traves de la entidad DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO, S.A." (DS2), ante el Ministerio de Industria Turismo y Comercio, y receptor de los fondos de subvenciones otorgados a la entidad INVESTIGACION Y DESARROLLO EN SOLUCIONES Y SERVICIOS IT S.A., antes APIF MOVILITY S.A., de los cuales se apropio, adeuda a dicha entidad la suma restante de 89.400,17 Euros " (sic).



www.civil-mercantil.com

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: En atención a todo lo expuesto, visto además lo dispuesto por los artículos 24 , 25 y 120.3 de la Constitución , los artículos 1 y 2 , 10 , 15 , 27 a 34 , 54 a 58 , 61 a 67 , 70 , 73 y 74 , 110 a 115 y 127 del Código Penal , los artículos 142 , 239 a 241 , 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia,

HA DECIDIDO: PRIMERO: CONDENAR al acusado Rodolfo , en su condición de legal representante de la entidad DISEÑO DE SISTEMAS EN SILICIO S.A. DS2, como criminalmente responsable en concepto de autor, de un Delito de Apropiación indebida, apreciando la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

SEGUNDO: IMPONER al acusado Rodolfo la Pena de DOS AÑOS DE PRISION, accesoria de Inhabilitación Especial para el Derecho de Sufragio Pasivo durante el tiempo de la condena, y Multa de Ocho Meses, a una cuota diaria de Diez Euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

TERCERO: Por vía deresponsabilida (sic) civil, el acusado Rodolfo debiera indemnizar a la entidad INVESTIGACION Y DESARROLLO EN SOLUCIONES Y SERVICIOS S.A. APIF en la suma de Ochenta y Nueve Mil Cuatrocientos con Diecisiete Euros (89.400,17 euros), importe de las subvenciones acreditadas que debió percibir e indebidamente apropiadas por el acusado, mas los intereses legales correspondientes.

CUARTO: Se impone al acusado Rodolfo el pago de las Costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, contra la que cabe interponer Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el término de cinco días a contar desde su notificación" (sic) .

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, 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.

Cuarto.

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

I.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del art. 252 CP . II.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por falta de aplicación del art. 21.5ª del CP . III.- Infracción del art. 24.1 de la CE , en relación con los arts. 849.1 y 852 de la LECrim .

Quinto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 23 de septiembre de 2014, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.



www.civil-mercantil.com

Sexto.

Por providencia de fecha 16 de enero de 2015 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 4 de febrero de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia núm. 461/2014, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 12 de junio de 2014, condenó a Rodolfo, representante legal de la entidad Diseño de Sistemas en Silicio S.A, DS2, en concepto de autor de un delito de apropiación indebida, con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a una multa de 8 meses, a razón de una cuota diaria de 10 euros.

Contra esa sentencia se interpone recurso de casación por el acusado. Se formalizan tres motivos por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. La Sala ya anuncia que la estimación parcial del primero de ellos hará innecesario el análisis del último, en el que se reacciona -con cita añadida del art. 852 de la LECrim- frente a lo que se considera una vulneración del deber de motivación de la pena finalmente impuesta.

Segundo.

El primero de los motivos estima que la Audiencia ha incurrido en un error de subsunción, al considerar que los hechos son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida del art. 250 del CP.

La línea argumental que inspira el motivo es doble. De una parte, se estima que los hechos no serían encajables en el tipo penal por el que se ha formulado condena, al no existir un título jurídico hábil para la afirmación del juicio de tipicidad. De otra, se enfatiza el efecto que la declaración de concurso de acreedores de la empresa de la que el acusado era representante legal, habría tenido tanto en el tipo objetivo como en el tipo subjetivo del delito previsto en el art. 252 del CP.

A) Se razona por la defensa que para afirmar la concurrencia de ese tipo penal no basta con la existencia de una obligación de entregar o devolver la cosa o el dinero, sino que esta obligación ha de dimanar precisamente del título en virtud del cual se recibió. La sentencia recurrida -se aduce- no califica ni precisa la naturaleza jurídica del título de recepción de la subvención. Se limita a decir que DS2 era la "beneficiaria de la subvención y receptora de los fondos, con obligación de pagar al resto de las partes en los 30 días hábiles siguientes a la recepción efectiva de los fondos del Ministerio", añadiendo que DS2 incumplió "la obligación contraída de proceder a pagar al resto de las partes". En resumen, dice la sentencia que el pago al querellante y a la Universidad de Murcia de parte de la subvención era el "destino legal".



www.civil-mercantil.com

Insiste la defensa en que la sentencia recurrida, en ningún momento, sostiene que SD2 recibió el dinero de la subvención " para" entregar a los otros. Ni mucho menos argumenta las razones que tiene para considerar que el título por el que la recibió DS2 era uno de los "típicos" del art. 252 del CP . Desde esta perspectiva -se concluye- DS2 se habría limitado a asumir una obligación civil de pagar una determinada cantidad al resto de las partes. Esta obligación se establece al margen y con independencia del título de recepción. Es una obligación convencional posterior -en sentido lógico- a la recepción del dinero del Ministerio y que no deriva del título de recepción (subvención). En otras palabras, las otras entidades no son " dueñas" (titulares) de parte de la subvención, en el sentido dicho de que DS2 las recibiera del Ministerio " para" . No son " dueñas ", son simples " acreedoras" frente a DS2 del importe recibido del Ministerio. En suma, el título por el que se recibe del Ministerio no comporta la obligación de entrega a las otras entidades. Esa obligación de entrega nace de otro título, del referido " Acuerdo de Colaboración" entre las partes.

No tiene razón el recurrente.

Con notoria habilidad argumental, la defensa cuestiona la idoneidad del título del que habría nacido la obligación de entregar esas cantidades a las entidades Investigación y Desarrollo en soluciones y Servicios IT, S.A. APIF y a la Universidad de Murcia, participantes también en la ejecución del proyecto que había justificado la obtención de la subvención acordada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Sin embargo, quien así razona omite el dato de que el título del que nace la obligación de aplicar los fondos recibidos a un fin determinado -su entrega a las otras dos entidades participes en el proyecto- y que el autor quebranta desviando la cuantía obtenida de esa finalidad, está integrado por dos actos jurídicos enlazados, de cuya debida interrelación nace el título jurídico generador del deber de lealtad que el recurrente menoscaba.

En efecto, la obtención de dos pagos efectuados por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio -el primero, por importe de 112.255,19 euros, ingresado en la cuenta de la entidad Diseño de Sistemas en Silicio S.A (DS2), con fecha 11 de diciembre de 2008; el segundo por valor de 293.257,53 euros, abonado el 26 de octubre de 2009-, es el resultado de la adjudicación a la entidad regentada por el recurrente del proyecto relacionado con el régimen de ayudas y gestión de la Acción Estratégica de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, dentro del Plan nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011, convocado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Pero esa entrega, a su vez, no puede entenderse sin el acuerdo suscrito, con fecha 14 de julio de 2008, por el acusado Rodolfo con las entidades APIF y la Universidad de Murcia, quienes - como expresa el factum- "... a principios del año 2008 (contactaron) para presentarse conjuntamente al Concurso Público de Investigación Scalable vides Coding Impactr on Networks". En la cláusula 12ª - sigue explicando el factum- se establecía que " DS2, como empresa coordinadora del proyecto ante el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y, por tanto, beneficiaria de la misma y receptora de los fondos, procederá a pagar al resto de las partes, en los 30 días hábiles siguientes a la recepción efectiva de los fondos del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio". Añadía la cláusula 15ª que " cada parte actuará como contratista independiente, y no como agente, socio o empresa conjunta de las otras partes".

En suma, el acusado, en su condición de representante legal de la entidad finalmente adjudicataria del proyecto ante el Ministerio de Industria Turismo y Comercio, se convirtió, en virtud de ese acuerdo anterior a la resolución del concurso, suscrito con fecha 14 de julio de 2008, en comisionado para la suscripción del proyecto y para la obtención de la ayuda que, de prosperar la iniciativa, habría de ser repartida en los términos pactados con APIF y la Universidad de Murcia. El título hábil para generar el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción de los fondos inicialmente recibidos, no es otro que el acuerdo de participación conjunta en el concurso público que permitió al recurrente la obtención de



www.civil-mercantil.com

405.512,72 euros, importe total del que había de detraer 11.125,21 euros respecto de la subvención obtenida en el ejercicio de 2008 y 100.625 euros respecto de la correspondiente al ejercicio de 2009, cantidades que habían de ser percibidas por la entidad APIF .

Y en eso consiste precisamente el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción de fondos del art. 252 del CP . Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala. Decíamos en las SSTS 90/2014, 4 de febrero y 677/2013, 18 de julio -con referencia expresa a las SSTS 547/2010, 2 de junio ; 47/2009, 27 de enero ; 625/2009, 16 de junio ; y 732/2009, 7 de julio -, que "... en el tipo de apropiación indebida se unifican a efectos punitivos dos conductas, de morfología diversa, perfectamente discernibles: la que consiste en la "apropiación" propiamente dicha y la legalmente caracterizada como "distracción". La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas -expresamente o por extensión- en el art. 252 CP , el sujeto activo de la acción presuntamente inculpa ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible cuyo dominio no le ha sido transmitido. (...) En el segundo supuesto (...) la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada- sino en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto " .

Centrándonos en el segundo de los supuestos, que es el que motiva nuestra atención, razona esta Sala que "... dos requisitos tan sólo han de concurrir para que esta conducta se integre en el tipo de apropiación indebida: que la distracción suponga un abuso de la confianza depositada en quien recibe el dinero y que la acción se realice en perjuicio de quienes se lo han confiado, esto es, a sabiendas de que se les perjudica y con voluntad de hacerlo, bien entendido que la apropiación indebida no requiere un enriquecimiento del sujeto activo, sino perjuicio del sujeto pasivo, lo que rige tanto en el supuesto de apropiación de cosas como en la consistente en la distracción del dinero, y que el elemento subjetivo del tipo del art. 252 sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados, produciría un perjuicio del titular. No es necesario que se produzca un lucro personal o enriquecimiento del autor, sino lisa y llanamente un perjuicio del sujeto pasivo. La razón es sencilla: el contenido criminal de este delito se da íntegramente con el conocimiento de que el dinero distraído no se ha incorporado al patrimonio de su titular o se le ha dado un destino distinto a aquél para el que fue recibido" .

En definitiva, quien participa en la obtención de unas ayudas públicas y lo hace en nombre propio, a través de la entidad de la que se es representante legal, pero, al mismo tiempo, actuando como comisionado de otras dos empresas que así lo han pactado y a las que se reconoce el derecho a participar en los fondos obtenidos, no puede quedarse para sí el importe de la subvención pública obtenida. Se defrauda así la confianza de quienes han concebido una unión estratégica para el diseño del proyecto candidato a la obtención de las ayudas y han facultado a uno de ellos para el cobro de la cantidad abonada por el Ministerio de Industria, cantidad que luego habrá de ser repartida entre los que hicieron posible el proyecto.

No ha existido, por tanto, el error de derecho que el recurrente atribuye al Tribunal a quo. Existió un título jurídico hábil para hacer posible el juicio de subsunción en el tipo previsto en el art. 252 del CP . El acusado, en fin, recibe el encargo, en virtud de un acuerdo contractual suscrito por tres empresas distintas, de concurrir a un concurso público para la obtención de ayudas a proyectos de innovación tecnológica. Ese proyecto es fruto de la aportación técnica de los tres concurrentes. Y como consecuencia de esa labor, aquél obtiene una cantidad de 405.512,72 euros, de las que ha de detraer el importe prefijado en el acuerdo inicial. Esas cantidades, sin embargo, no llegan a ingresar en la caja de las entidades que hicieron posible el proyecto.



www.civil-mercantil.com

La Sala es consciente de que el asunto sometido a nuestra consideración presenta perfiles muy singulares, pero entiende que la entrega de la subvención pública para la elaboración de un proyecto que sólo es posible con el concurso de las empresas que previamente se habían concertado a cambio de una participación económica, ya cuantificada en el acuerdo de fecha 14 de julio de 2008, sólo se entiende en virtud de un encargo negociado que convierte al recurrente en comisionado para la recepción y distribución del dinero logrado.

B) Cuestión distinta es que el objeto del delito no alcance a la falta de reintegro de la totalidad de la cantidad percibida, sino sólo a una parte. En efecto, como se describe en el juicio histórico, la entidad de la que Rodolfo era apoderado, recibió del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, dos pagos: a) 112.255,19 euros que fueron abonados el 11 de diciembre de 2008; b) 293.257,53 euros, ingresados en su cuenta con fecha 26 de octubre de 2009.

Y es que en la cláusula 12ª del acuerdo suscrito entre las tres entidades -como ya hemos apuntado supra- se acordaba expresamente que DS2, como empresa coordinadora del proyecto y, por tanto, beneficiaria del mismo y receptora de los fondos, debía proceder a "... pagar al resto de las partes, en los 30 días hábiles siguientes a la recepción efectiva de los fondos". Pues bien, la primera de las entregas, percibida por el acusado con fecha 11 de diciembre de 2008, no fue objeto de reparto conforme a lo pactado. Antes al contrario, aquél hizo suya la totalidad del importe, sin detraer los 11.125,21 euros que, según lo convenido, habían de ser entregados a la entidad copartícipe en el proyecto, Investigación y Desarrollo en Soluciones y Servicios IT, S.A -APIF-. Sin embargo, respecto de la segunda de las entregas, recibida el 26 de octubre de 2009, ascendente a 293.257,53 euros, cantidad de la que habían de ser detraídos 100.625 euros, para su pago a la entidad APIF, el hecho probado no describe un acto de distracción. Ese pago de la cantidad para cuyo cobro fue comisionado Rodolfo, no se produjo por un hecho jurídico -la presentación de una solicitud de concurso voluntario- que interrumpió el cómputo de los 30 días hábiles inicialmente pactados para la restitución.

Tiene razón el recurrente en el segundo bloque argumental que anima el presente recurso, a saber, la ausencia de un acto apropiatorio -rectius de distracción- de la cantidad de 100.625 euros abonada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a la vista de la solicitud de concurso voluntario, con fecha 28 de septiembre de 2009, ante el Juzgado Mercantil núm. 1 de Valencia. El 30 de noviembre del mismo año fue dictado auto por el que se declaraba a la entidad Diseño de Sistemas en Silicio S.A -DS2- en concurso voluntario de acreedores.

Mal puede hablarse de un acto de distracción susceptible de integrar el tipo previsto en el art. 252 del CP, cuando ni siquiera se había extinguido el término para entregar a la entidad cobeneficiaria - Investigación y Desarrollo en Soluciones y Servicios IT, S.A- la cuantía correspondiente al porcentaje pactado del importe total recibido en concepto de subvención. En efecto, según expresa el juicio histórico, el acuerdo suscrito por el recurrente con fecha 14 de julio de 2008, en el marco del " Acuerdo de Colaboración (...) para el desarrollo del citado proyecto SCALNET", que había llevado a las partes a "... solicitar conjuntamente la concesión de ayudas financieras en el marco de la convocatoria para la realización del citado proyecto", fijaba un plazo de 30 días hábiles siguientes a la recepción efectiva de los fondos del Ministerio como el tiempo de cumplimiento de la obligación de pago asumida. La presentación de la solicitud de concurso voluntario de acreedores -formalizada el día 28 de septiembre de 2008- fue incluso anterior a la fecha efectiva de recepción por el acusado del importe de la segunda transferencia - 293.257,53 euros que fueron abonados el día 26 de octubre de 2009-. Ese contraste de fechas y la subsiguiente declaración judicial del estado de insolvencia - acordada mediante auto de 30 de noviembre de 2009 - impiden identificar la declaración voluntaria de insolvencia con un acto de impago expresivo de la infidelidad en la gestión de los fondos recibidos del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.



www.civil-mercantil.com

En suma, a diferencia con lo que aconteció respecto del impago del porcentaje pactado sobre la primera de las transferencias -11.125,21 euros-, que el acusado hizo suyos quebrantando la confianza que en él habían puesto los representantes legales de la entidad APIF, la falta de abono del segundo remanente -100.625 euros-, no puede afirmarse que sea consecuencia de un acto de distracción inspirado en la deslealtad de quien gestionó la ayuda ministerial. Este segundo impago topaba con el obstáculo jurídico asociado a la tramitación del concurso de acreedores. Conviene tener presente que, conforme a la Ley Concursal (LO 22/2003, 9 de julio), las facultades patrimoniales del deudor, como consecuencia de la declaración de concurso, quedan singularmente afectadas, tanto en el caso en que se trate de un concurso voluntario como si tuviere carácter necesario. En efecto, en el primero de los casos -según el hecho probado, la solicitud de concurso se formalizó por el propio acusado en nombre y representación de la entidad Diseño de Sistemas en Silicio S.A, DS2, teniendo por tanto carácter voluntario - el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero queda "... sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad " (art. 40). Quiere ello decir que el procedimiento concursal cierra la puerta a la libérrima disponibilidad del patrimonio por el propio concursado, alzando un obstáculo insalvable para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo suscrito con fecha 14 de julio de 2008 con la entidad Investigación y Desarrollo en Soluciones y Servicios IT, S.A, APIF. En definitiva, el acto de infidelidad no es tal. La distracción de los fondos recibidos no surge como consecuencia de la voluntad del acusado, sino en virtud de los efectos jurídicos asociados por la ley a la declaración de concurso.

No falta razón a la defensa cuando en su escrito de formalización, expresivo de una sólida técnica casacional, recuerda el escollo derivado del actual régimen jurídico del delito de insolvencia punible. En el art. 259 del CP se castiga con pena privativa de libertad y multa al deudor que "... una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto".

En suma, se impone la estimación parcial del primero de los motivos, con los consiguientes efectos en el juicio de tipicidad, al no concurrir la cuantía necesaria para la aplicación del tipo agravado previsto en el art. 250.5 del CP , con la correlativa repercusión en la pena imponible, en los términos expuestos en nuestra segunda sentencia.

Tercero.

El segundo de los motivos denuncia, por la misma vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim , infracción de ley, indebida inaplicación de la atenuante de reparación del daño o disminución de los efectos ocasionados por el delito (art. 21.5 del CP).

Recuerda la defensa que la sentencia cuestionada declaró como probado que en el concurso de acreedores, la entidad querellante - Investigación y Desarrollo en Soluciones y Servicios IT, S.A, APIF-, fue reconocida como acreedor ordinario por importe de 111.750,21 euros -suma de la parte que le correspondía cobrar procedente de las subvenciones de 2008 y 2009-. Y añade que, en el marco de ese procedimiento concursal ya se le han abonado 22.530,04 euros, la mitad en diciembre de 2013 y la otra mitad en marzo de 2014, es decir, antes de inicio del juicio oral, celebrado en el mes de mayo de 2014. Los Jueces de instancia -se aduce- han negado la concurrencia de la atenuante con el argumento de que el pago lo ha hecho la administración concursal, por lo que no puede ser atribuido al acusado. Sin embargo, este razonamiento no se comparte por el recurrente, toda vez que el procedimiento concursal lo que pretende en última instancia es precisamente el pago de los créditos contra



www.civil-mercantil.com

el deudor. Ya sea por la vía del convenio de los acreedores, ya por la vía de la liquidación, la finalidad última del concurso es que aquéllos cobren la totalidad de sus créditos o la mayor parte posible de ellos. Cuando el concurso es voluntario -y el de DS2 tuvo este carácter- es el deudor quien lo solicita y con esta solicitud -concluye la defensa- el deudor ejercita su pretensión de pago a los acreedores en el seno del procedimiento y con sujeción a sus normas y trámites.

El motivo es inviable.

El Fiscal pone el acento en que esa entrega parcial de lo debido a la querellante no obedeció a una conducta personal y directa del recurrente, sino que fue consecuencia de la personación de la entidad perjudicada en el procedimiento concursal y del reconocimiento de su crédito en el mismo, percibiendo por ello parte de lo que le correspondía.

Tiene razón el Ministerio Público cuando subraya la importancia de que el reencuentro con los valores jurídicos menoscabados por el delito sea consecuencia de la propia iniciativa del acusado. La jurisprudencia de esta Sala ha asociado el fundamento material de la atenuante de reparación a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante « *ex post facto* », que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTS 2068/2001, 7 de diciembre; 2/2007, 16 de enero; 1171/2005, 17 de octubre). Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues el art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso reparación simbólica, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio; 2/2007, 16 de enero; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras).

Sin embargo, por más amplitud que queramos atribuir al significado de la reparación, lo cierto es que la formulación de una solicitud de concurso voluntario, al amparo del art. 6 de la Ley 22/2003, 9 de julio, no puede ser interpretada como expresión de un acto de reconciliación del infractor con el derecho. Esa solicitud no puede presentarse como vehículo de la inequívoca voluntad de reparar el daño causado al patrimonio ajeno de un determinado deudor como consecuencia de un acto de deslealtad. Antes al contrario, encierra una obligación legal expresamente proclamada por el art. 5 de la referida ley, en el que se dispone, bajo el epígrafe "deber de solicitar la declaración de concurso", que "el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia". Es cierto que el concurso voluntario de acreedores, sobre todo en aquellos casos en los que tiene como desenlace la suscripción de un convenio para el pago de las deudas pendientes, no es ajeno a una voluntad de hacer frente, en la medida de lo posible, a los créditos adeudados frente a terceros. Sin embargo, esa solicitud no mira a un acto individualizado de reparación, encaminado a reparar la ofensa sufrida por quienes han



www.civil-mercantil.com

sido víctimas de un acto de deslealtad. Antes al contrario, contempla el patrimonio que ha de ser objeto de administración concursal y la lista de acreedores con derecho a cobro, como una unidad en la que la voluntad de reparación singularizada respecto de uno de los impagos -de existir- se desdibuja hasta el punto de no poder ser premiada con la atenuación.

Ello no es obstáculo, sin embargo, para que en la determinación de la pena, nuestra respuesta no sobrepase la mitad inferior del arco punitivo asociado al art. 252 del CP .

Cuarto.

El tercero de los motivos, también por infracción de ley, aunque con cita del art. 852 de la LECrim , denuncia la falta de motivación respecto de la duración de las penas de prisión y la cuantía de la multa.

Sin embargo, la estimación parcial del primero de los motivos y la imposición de una nueva pena, asociada ahora al tipo básico, hace innecesario analizar el déficit de motivación que se denuncia.

Quinto.

Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR a la ESTIMACIÓN PARCIAL del recurso de casación promovido por la representación legal de Rodolfo , contra la sentencia núm. 461/2014, de fecha 12 de junio de 2014, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia , en causa seguida contra el mismo por un delito de apropiación indebida, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador 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. Manuel Marchena Gomez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Francisco Monterde Ferrer D^a. Ana Maria Ferrer Garcia D. Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil quince.

Por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el procedimiento abreviado núm. 13/14, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 1 de Paterna, se dictó sentencia de fecha 12 de junio de 2014 , que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:



www.civil-mercantil.com

I. ANTECEDENTES

Único.

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Por las razones expuestas en el FJ 2º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación parcial del primero de los motivos entablados, declarando que el relato de hechos probados no permite calificar el impago de la cantidad adeudada por Diseño de Sistemas en Silicio S.A (DS2), ascendente a 100.625 euros, respecto de la subvención otorgada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, correspondiente al ejercicio del año 2009 y que era debida a Investigación y Desarrollo en Soluciones y Servicios IT, S.A (APIF) , como constitutivo de un delito de apropiación indebida del art. 252 del CP .

Se trata, por tanto de un impago civil que habrá de ser tratado conforme al régimen jurídico que es propio de incumplimientos obligacionales de esta naturaleza.

Segundo.

La exclusión de la cantidad de 100.625 euros del objeto del delito por el que se formuló acusación, obliga a calificar los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción de fondos, del art. 252 del CP . El tipo básico permite la imposición de una pena de prisión entre 6 meses y 3 años. En su determinación la Sala opta por fijarla en su mínima extensión, a la vista de la concurrencia de la atenuante ordinaria de dilaciones indebidas, reconocida como tal por la sentencia de instancia. Esta respuesta penal nos parece adecuada, además, en atención al criterio de punición sugerido por el art. 249 del CP , según el cual " para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción". El hecho de que la cantidad finalmente distraída ascienda a 11.125,21 euros y que la entidad perjudicada haya obtenido el abono de ese importe en el concurso de acreedores tramitado ante el Juzgado Mercantil núm. 1 de Valencia, refuerzan la conveniencia de la imposición de la pena en su mínima extensión.

La estimación parcial del recurso y consiguiente reducción de la cuantía distraída al importe de la primera entrega -11.125,21 euros-, obligan a dejar sin efecto el pronunciamiento de responsabilidad civil, al haber obtenido en el concurso de acreedores el cobro de una cuantía total de 22.350, 04 euros. Todo ello, claro es, sin perjuicio de las acciones civiles que asistan a la entidad perjudicada para el abono íntegro, en su caso, de las cantidades adeudadas.

III. FALLO

Se dejan sin efecto las penas de prisión y multa impuestas por el tribunal de instancia a Rodolfo y se condena a éste, como autor de un delito de APROPIACIÓN INDEBIDA a la pena

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

de 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se deja sin efecto el pronunciamiento de responsabilidad civil a favor de la entidad Investigación y Desarrollo en Soluciones y Servicios S.A APIF.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Francisco Monterde Ferrer D^a. Ana Maria Ferrer Garcia D. Carlos Granados Perez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, 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.