



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 41/2015, de 27 de enero de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1369/2014

SUMARIO:

Apropiación indebida de dinero. Doctrina general. Subtipo agravado de abuso de relaciones personales. Dilaciones indebidas. Esta Sala ha incidido en la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida que los supuestos de apropiación indebida, dado el quebrantamiento de confianza que es propio de este tipo penal, presenta significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado. De modo que la aplicación del subtipo exacerbado por el abuso de relaciones personales del núm. 6.º del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza a determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo. En este caso no se aprecia la agravación. Lo que facultó que el acusado pudiera ejecutar los hechos fue el puesto de trabajo que desempeñaba como contable y encargado de la gestión financiera, y la confianza que defraudó al apropiarse del dinero fue la inherente a su cometido profesional. Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Se trata de una cuestión planteada ex novo ante esta Sala, sin que haya sido objeto del proceso en la primera instancia. Ello determina que, al margen de no haber sido debatida ante la Audiencia, tampoco, lógicamente, consten en el factum de la sentencia recurrida los datos históricos del proceso que podrían integrar el sustrato fáctico de la alegada vulneración. El recurrente indica como único dato revelador de la infracción que denuncia la duración total del proceso, siete años al momento de formalizar el recurso, sin especificar periodos de paralización. Este lapso temporal, en relación con la complejidad de las investigaciones realizada, y las diversas incidencias de la causa, que es la segunda vez que accede a este Tribunal Supremo, aunque no responde a un estándar óptimo, no es excesiva en relación con otros de similar complejidad, ni es por sí solo lo suficientemente relevante para incidir de manera efectiva en el derecho del acusado a un proceso sin dilaciones indebidas.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6, 74, 250.1 y 6, 252, 390.1 y 392.1.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 741.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.5.º.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos de 1950, art. 6.

PONENTE:

Doña Ana María Ferrer García.



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuesto por el acusado Fausto , y la Acusación Particular SUMINISTROS INDUSTRIALES LEMOS, S.L., contra Sentencia de fecha 3 de Junio de 2014 de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 2ª; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la EXCMA. SRA. DÑA. Ana Maria Ferrer Garcia; siendo parte el Ministerio Fiscal, estando los recurrentes Fausto representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Ramón Rueda López y SUMINISTROS INDUSTRIALES LEMOS, S.L., representada por la Procuradora Dª. Sonia Casqueiro Alvarez.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 1 de Orense, instruyó Diligencias Previas con el número 4428/07, contra Fausto y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Orense (Sección 2ª) que, con fecha 3 de junio de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Único.

Se declaran probados los siguientes hechos: El acusado, Fausto , mayor de edad y sin antecedentes penales, prestó sus servicios como trabajador de la empresa "Suministros Industriales Lemos S.L.", antes denominada "Luis Lemos", durante el tiempo comprendido entre el 26 de febrero de 1981 al 23 de octubre de 2007, lugar en el que desempeñaban funciones de contable y de gestión financiera.

Entre los días 12 de septiembre y 20 de octubre de 2007, el acusado, aprovechado la situación de total confianza que tenía en la empresa, procedió, con ánimo de ilícito beneficio, a hacer suyas diversas cantidades de dinero que iba cogiendo de la caja registradora, llegando a obtener de esta forma la suma de 4.927,16 euros.

Para ello el acusado tomaba pequeñas cantidades de la caja, y, a continuación, de modo no debidamente acreditado, procuraba su ajuste contable.

No ha resultado debidamente acreditado que tal conducta se hubiera producido desde que el acusado comenzó a trabajar en la mencionada empresa.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLO:

Que debemos condenar y condenamos al acusado, Fausto , como autor responsable de un delito de apropiación indebida a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE OCHO MESES, a razón de ocho euros por día, con responsabilidad personal



www.civil-mercantil.com

subsidiaria en caso de impago, y a que, en concepto de responsabilidad civil, indemnice a la empresa "Suministros Industriales Lemos S.L.", la cantidad de 4.927,16 euros, más intereses legales, así como al pago de la mitad de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular.

Absolvemos libremente al acusado del delito de falsedad documental que se le imputaba.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el acusado Fausto y por la acusación particular SUMINISTROS INDUSTRIALES LEMOS S.L., que se tuvieron por anunciados, 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 de Fausto , basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero: Al amparo del art. 5-4º LOPJ , porque la Sentencia que se recurre ha infringido el art. 24 de la Constitución , por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a un proceso sin dilaciones indebidas.

Segundo: Al amparo del art. 849.1 y 2 de la LECrim , por infracción de Ley, en concreto, vulneración de los arts. 252 , 250-1 y 6 del CP , dado que por la cuantía de los efectos aprehendidos no se ha cometido el delito, además de no concurrir la agravante del apartado 6º del art. 250.

Tercero: Al amparo del número 2 del art. 849 de la LECrim por haberse producido error de hecho, basado en la apreciación de ciertos particulares de documentos que se señalarán, que demuestran la equivocación del Juzgador y que no han sido contradichos por otras pruebas.

Cuarto: Al amparo del número 1 del art. 851 de la LECrim por quebrantamiento de forma dado que en la Sentencia no se expresa clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados y resulta manifiesta contradicción entre ellos.

Quinto.

La representación de SUMINISTROS INDUSTRIALES LEMOS S.L., basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero: Quebrantamiento de forma por falta de resolución sobre todos los puntos objeto de acusación y por infracción de Ley art. 849.1 en relación con los arts. 252 , 250.1 , 4 º, 5 º, 6º. 390.1 y 392.1CP .

Segundo: Error en la valoración de la prueba. Infracción del art. 849.2 LECrim , en relación con el art. 115 y 116 CP en cuanto a la Responsabilidad civil derivada de delito. Informe pericial y valoración económica del perjuicio patrimonial causado a la acusación particular.

Tercero: Infracción de Ley en cuanto al art. 77 en relación los art. 390 , 392 , 252 , 250 4 º, 5 º y 6º CP y la aplicación de la pena correspondiente a la existencia de dos delitos en concurso según doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.



www.civil-mercantil.com

Sexto.

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, solicitaron la impugnación de los recursos interpuestos de contrario y el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 14 de octubre de 2014, evacuando el trámite que se le confirió, interesó la inadmisión de los motivos y subsidiariamente la desestimación de los mismos.

Séptimo.

Por Providencia de 5 de diciembre de 2014 se declaró el recurso admitido y quedando conclusos los autos señalándose para su deliberación y decisión el 15 de enero de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Orense dictó sentencia el 3 de junio de 2014 por la que condenó a Fausto como autor de un delito de apropiación indebida y lo absolvió del delito de falsedad documental, del que sólo fue acusado por la mercantil Suministros Industriales Lemos, S.L.

Por el acusado Sr. Fausto y la acusación particular Suministros Industriales Lemos, S.L., se interpusieron sendos recursos que han sido impugnados por el Fiscal y que pasamos a analizar.

Recurso de Fausto .

Segundo.

El primer motivo de recurso, al amparo del artículo 5.4 LOPJ denuncia infracción del artículo 24 CE por violación de la presunción de inocencia y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Según doctrina de esta Sala (entre otras SSTS 383/2014 de 16 de mayo ; 596/2014 de 23 de julio ; 761/2014 de 12 de noviembre y 881/2014 de 15 de diciembre) la invocación en casación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente



www.civil-mercantil.com

reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala ha mantenido que el juicio sobre la prueba producida en la vista oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es doctrina consolidada que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ellas confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

Tercero.

Sostiene el recurrente que el Tribunal de instancia ha tomado en consideración prueba que no es válida. En concreto se refiere a la parte de las grabaciones que afectaron al despacho del acusado, y que fueron declaradas nulas por esta Sala. Asimismo denuncia falta de motivación respecto al resto de la prueba.

En el curso de la investigación de estos hechos se instalaron cámaras en las dependencias de la empresa denunciante.

A través de aquellas se obtuvieron grabaciones de las zonas comunes y algunas de zonas restringidas, como el despacho de Fausto . La sentencia de esta Sala 239/2014 de 1 de abril declaró la nulidad de estas últimas y validó las que afectaban a las zonas comunes. Y éstas, y no otras, son las que la Sala de instancia ha tomado en consideración.

Las grabaciones fueron reproducidas en el plenario, y así se advirtió " como el acusado, de manera continua, y tapando con un folio o similar su acción, y en presencia en ocasiones de otros trabajadores de le empresa, procedía a introducir una mano en la caja registradora, tomando billetes de su interior. "

Además de las grabaciones en la parte en que fueron validadas por esta Sala, la sentencia analizó las declaraciones testificales de varios empleados de la empresa que respaldaron, a partir de su propia percepción personal, lo que aquellas ya habían objetivado. El que no se especifique el nombre de los testigos no implica falta de motivación, en cuanto se aportan datos que permiten conocer a quienes se refiere.

También analiza la Sala sentenciadora el testimonio de los agentes de la Guardia Civil que detuvieron al acusado, en particular relevante en lo que afecta a los efectos que le fueron ocupados en aquel momento. Dinero en efectivo, entre el que se encontraban billetes cebo que la empresa había marcado así como distintos tickets.

Por último valoró la pericial practicada en relación a la dinámica defraudatoria y el importe de lo sustraído. Y no lo hizo de manera acrítica y lineal, sino que diferencié el apartado de la prueba en lo concerniente a las fechas en las que el acusado estuvo sometido a



www.civil-mercantil.com

seguimiento, y descartó la proyección a otras épocas, basada en la sospecha de que se hubiera podido apropiar de una cantidad muy superior a la que finalmente consideró probada. Precisamente a partir de esa prueba concretó el importe de la defraudación en 4.927,16 euros, suma muy inferior a la que pretendían las acusaciones.

Todo ello nos permite concluir que ha existido prueba inequívocamente de cargo, válidamente introducida en el proceso, suficiente y razonablemente valorada, idónea en definitiva para desvirtuar el derecho del recurrente a ser presumido inocente.

Cuarto.

En el mismo motivo denunció el recurrente vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pretensión a la que anuda un pronunciamiento absolutorio.

Se trata de una cuestión planteada ex novo ante esta Sala, sin que haya sido objeto del proceso en la primera instancia. Ello determina que, al margen de no haber sido debatida ante la Audiencia, tampoco, lógicamente, consten en el factum de la sentencia recurrida los datos históricos del proceso que podrían integrar el sustrato fáctico de la alegada vulneración.

El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución. Si bien no es identificable con un derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver y ejecutar lo resuelto en un tiempo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso comprobar si ha existido un retraso en la tramitación de la causa, que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones. Que ese retraso sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. Cualquier ponderación debe efectuarse a partir de tres parámetros: la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, caso González Doria Durán de Quiroga contra España y STEDH de 28 de octubre de 2003, caso López Sole y Martín de Vargas contra España, y las que en ellas se citan).

De las distintas posibilidades de reparación ante la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la jurisprudencia de esta Sala, de manera unánime y consolidada a partir del Pleno no jurisdiccional de 21 de mayo de 1999, optó por la atenuación que se articuló como analógica, y que a partir de la reforma operada en el CP por la Ley Orgánica 5/2010, está regulada en el artículo 21.6ª del CP. Exige esta circunstancia que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones. Y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Según jurisprudencia constante de esta Sala, a la hora de interpretar esta atenuante concurren dos elementos relevantes "el plazo razonable" y las "dilaciones indebidas". Al primero se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable». A las segundas el artículo 24 de la CE que garantiza un proceso sin "dilaciones indebidas". En realidad, son conceptos que confluyen en la idea de un enjuiciamiento ágil y sin demora, pero que difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas implican retardos injustificados en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de los distintos actos procesales. El "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio y más orientado a la duración total del proceso, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices de referencia la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de similar naturaleza, junto a los



www.civil-mercantil.com

medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010 de 15 de febrero ; 269/2010 de 30 de marzo ; 338/2010 de 16 de abril ; 877/2011 de 21 de julio ; 207/2012 de 12 de marzo y 401/2014 de 8 de mayo , entre otras).

El recurrente indica como único dato revelador de la infracción que denuncia la duración total del proceso, siete años al momento de formalizar el recurso, sin especificar períodos de paralización. Este lapso temporal, en relación con la complejidad de las investigaciones realizadas, y las diversas incidencias de la causa, que es la segunda vez que accede a este Tribunal Supremo, aunque no responde a un estándar óptimo, no es excesiva en relación con otros de similar complejidad, ni es por si solo lo suficientemente relevante para incidir de manera efectiva en el derecho del acusado a un proceso sin dilaciones indebidas.

En atención por todo ello el motivo se desestima en su integridad.

Quinto.

El segundo motivo de recurso denuncia la vulneración de los artículos 252 , 250.1 y 6 CP . Lo hace por la doble vía que faculta el artículo 849 de LECrim , e incide, a su vez, en un doble aspecto: la determinación de la cuantía defraudada, que considera que no excede de los 400 euros, lo que desplazaría los hechos al ámbito de las faltas; y la inexistencia de base fáctica que justifique la agravación por abuso de relaciones personales.

La primera cuestión suscitada conllevaría la necesaria modificación del factum de la sentencia impugnada, que concluye que la cantidad que fue objeto de apropiación por el acusado alcanzó 4.927,16 euros. La vía elegida para la misma es la que faculta el nº 2 del artículo 849 de la LECrim .

Para que quepa estimar que ha habido infracción de Ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2º de la LECrim la doctrina de esta Sala 2ª (entre otras muchas las SSTS 209/2012 de 23 de marzo ; 128/2013 de 28 de febrero ; 656/2013 de 28 de junio o la 475/2014 de 3 de junio) ha consolidado la exigencia de los siguientes requisitos: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECrim .; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificar.

La finalidad del motivo previsto en el artículo 849 . 2º LECrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia



www.civil-mercantil.com

extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

En este caso el recurrente identifica como documentos determinantes del error que denuncia los 14 tickets intervenidos al acusado en el momento de su detención y la diligencia que sobre ellos incorporó el atestado de la Guardia Civil. Sostiene que el importe de lo apropiado ha de limitarse al que reflejan los mismos, que coincide con los billetes marcados que se ocuparon al acusado.

Con independencia de la consideración que a efectos casacionales puedan tener los documentos que se designan, lo que resulta incuestionable es que por sí solos no evidencian el error que se denuncia. La Sala sentenciadora ha sustentado sus conclusiones respecto al importe de lo sustraído en la pericial practicada, interpretada en conexión con los datos que aportaron los testigos y las grabaciones obtenidas. No es que el recurrente pretenda la modificación de un extremo puntual, sino una reinterpretación de la prueba que excede del cauce casacional empleado, razón por la cual ninguna modificación vamos a operar en el factum de la sentencia recurrida.

Y a partir de ese factum, como exige la vía del artículo 849.1 de la LECrim, la suma de la que el acusado se apropió rebasa el límite cuantitativo a partir del que opera el artículo 252 CP, por lo que el primer apartado del motivo se va a desestimar.

Sexto.

El segundo apartado del motivo que nos ocupa denuncia la aplicación indebida del artículo 250.6 CP: que se cometa el hecho con abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador.

El delito de apropiación indebida aparece descrito en el artículo 252 CP que tipifica la conducta de los que, en perjuicio de otros, se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros.

De manera reiterada ha entendido este Tribunal de casación (SSTS 513/2007 de 19 de junio; 228/2012 de 28 de marzo; 664/2012 de 12 de julio; 370/2014 de 9 de mayo; 588/2014 de 25 de julio; 761/2014 de 12 de noviembre y 894/2014 de 22 de diciembre), a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorpora el citado artículo 252 CP, que el mismo sanciona dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.



www.civil-mercantil.com

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, precisamente por el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

En este caso la Sala de instancia encajó los hechos en el delito de apropiación indebida, calificación acertada. Nos encontramos ante un supuesto de distracción ya que el acusado dispuso e hizo suyos los fondos de cuya gestión estaba encargado en función del cargo que ocupaba en la empresa, y en perjuicio de la misma. Dispuso en beneficio propio y con vocación de permanencia de los fondos de los que tenía a su cargo como contable y gestor financiero. Alcanzó el punto de no retorno al que alude la jurisprudencia para diferenciar una modalidad de apropiación de uso no delictiva, de la apropiación indebida en sentido propio, que se consuma a partir de ese momento (entre otras SSTS 374/2008 de 24 de junio ; 228/2012 de 28 de marzo ó 370/2014 de 9 de mayo).

Séptimo.

El subtipo agravado previsto en el artículo 250.1 , 6º CP (antes 7º) se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas, el abuso de relaciones personales, que atiende a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda, el abuso de la credibilidad empresarial o profesional, que pone el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (SSTS 422/2009 de 21 de abril y 547/2010 de 2 de junio).

Esta Sala ha incidido (entre otras SSTS 634/2007 de 2 de julio ; 740/2014 de 10 de febrero ó 894/2014 de 22 de diciembre) en la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, especialmente en los supuestos de apropiación indebida dado el quebrantamiento de confianza que es propio de este tipo penal, presenta significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado. De modo que la aplicación del subtipo exacerbado por el abuso de relaciones personales del núm. 6º del artículo 250 CP queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza a determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo.

Con igual criterio se expresa la Sentencia 295/2013 de 1 de marzo , en la que se declara que para encajar los hechos en el artículo 250.1.7ª (actualmente 6ª) será necesario un plus, una confianza anterior y distinta a la que se crea con la relación que sirve de presupuesto a la apropiación indebida.

Hay que ser restrictivos en la aplicación del artículos 250.1.6º en los delitos de estafa y, especialmente, en los de apropiación indebida para exigir "algo más" y soslayar el grave riesgo de incurrir en un *bis in idem*. El quebrantamiento de vínculos de confianza o relaciones personales es elemento ínsito en toda apropiación indebida y la graduación entre una mayor o menor confianza defraudada es escala poco nítida para sentar fronteras claras entre el tipo básico y el agravado con el nada desdeñable incremento de pena que comporta la diferenciación. Será necesario señalar dos focos de confianza defraudados, y un superior



www.civil-mercantil.com

deber de lealtad violado al habitual; y que una de esas fuentes generadoras de confianza tenga su base en relaciones de tipo personal (las profesionales dan lugar a otro subtipo incluido en el mismo número) que además sean previas a la relación jurídica presupuesto de la apropiación indebida (STS 894/2014 de 22 de diciembre).

Acorde con la jurisprudencia que se ha dejado expresada podrá apreciarse este subtipo agravado en el delito de apropiación indebida cuando exista una situación autónoma que actúe como un plus distinto y diferente que acentúe, incrementándola, la quiebra de la confianza que constituye el núcleo del delito de apropiación indebida.

En la misma línea tiene dicho este Tribunal que la confianza de la que se abusa debe estar meridianamente acreditada, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (SSTS 371/2008 de 19 de junio ; 547/2010 de 2 de junio ; 979/2011 de 29 de septiembre y 740/2014 de 10 de febrero).

En este caso el Tribunal de instancia sustentó la aplicación de esta agravación, según explicó en la fundamentación jurídica, en la especial confianza de la que era merecedor el acusado dada su antigüedad en la empresa, de algo más de 20 años; el puesto de confianza que ocupaba el estar encargado de la gestión y los vínculos de amistad que le unían con el empresario, al que acompañó incluso en celebraciones familiares. Sin embargo, lo que facultó que el mismo pudiera ejecutar los hechos fue el puesto de trabajo que desempeñaba como contable y encargado de la gestión financiera, y la confianza que defraudó al apropiarse del dinero fue la inherente a su cometido profesional. La antigüedad laboral y la relación más intensa surgida a raíz de aquella que propició, según razonó la Sala sentenciadora, que incluso asistiera a la comunión de la hija del fundador de la empresa, pudieron contribuir a que el mismo alcanzara el puesto de trabajo que le proporcionó la situación de poder de la que se valió en la ejecución de los hechos, pero del factum de la sentencia de instancia no se deduce que contribuyeran a conformar un plus distinto y añadido al encargo profesional que le incumbía, del que se hubiera aprovechado en su actuación. Es decir, esa situación excepcional que acentúa el quebrantamiento de confianza que es inherente al delito de apropiación indebida. Por ello el recurso se va a estimar en este particular.

Octavo.

El tercer motivo de recurso, por cauce del artículo 849.2 LECrim denuncia error en la valoración de la prueba en diferentes aspectos.

En primer lugar en relación al historial laboral de del Sr. Fausto , del que se deduce que trabajó de manera sucesiva para Camilo y Suministros Industriales Lemos S.L., con la categoría de contable, pero no encargado de la gestión financiera. Sin embargo el alcance probatorio de esos documentos no puede valorarse al margen de la testifical que la Sala sentenciadora tomó en consideración.

Por otro lado el recurso vuelve a reproducir en este motivo que el importe apropiado es el del dinero marcado que se ocupó al acusado y que coincide en su importe con los ticket que igualmente se le intervinieron, y remite al folio 3 de las actuaciones. Esta cuestión ya la abordamos al resolver el motivo anterior al que nos remitimos.

Por último, ataca por esta vía la pericial practicada a partir de la cual la Sala sentenciadora ha fijado el importe de la apropiación.

Ya hemos expuesto al contestar el motivo anterior, el alcance que corresponde al cauce casacional de error en la apreciación de la prueba. Y aunque excepcionalmente se ha



www.civil-mercantil.com

admitido el cuestionamiento por esta vía de informes periciales, lo ha sido limitado a los supuestos en que el tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero los haya incorporado a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que su sentido originario quede alterado relevantemente; o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes de las comprendidas en los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen (STS 1017/2011 de 6 de octubre , y las que en ella se mencionan).

La parte recurrente no pretende corregir un error específico de la sentencia de instancia a través de un documento que de modo fehaciente y manifiesto lo acredite, en este caso la pericial que cita. Lo que intenta es que se realice una nueva valoración del conjunto probatorio que sustituya la que realizó la Sala de instancia.

El motivo se desestima.

Noveno.

El último motivo de recurso, por cauce del artículo 851.1 LECrim denuncia que la sentencia recurrida no expresa clara y terminantemente que hechos se consideran probados y que existe manifiesta contradicción entre ellos.

El recurso no indica a que contradicción se refiere y, revisado el apartado sobre hechos probados de la sentencia recurrida, no se aprecia ninguna.

La única contradicción que constituye quebrantamiento de forma es, según una constante doctrina jurisprudencial (entre otras, STS 46/2014 de 11 de febrero ó 492/2014 de 10 de junio), la que reúne las siguientes características: a) tiene que ser interna, es decir, producida dentro de la propia declaración de hechos probados, no pudiendo ser denunciada como contradicción la que se advierte o crea advertirse entre el «factum» y la fundamentación jurídica de la resolución; b) ha de ser gramatical o semántica, no conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada; c) la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubstanable, de forma que no pueda ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato; d) como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el «iudicium», lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas.

Lo que pretende denunciar el recurrente no es más que un error manifiesto en que incurre la sentencia recurrida en su fundamento tercero, cuando identifica la suma ocupada al acusado en el momento en que fue detenido, con los 4.927,16 euros a que ascendió la suma total defraudada, según se recoge en el factum y se explica sobradamente el fundamento segundo de la sentencia. Un simple error material que no puede sustentar el éxito del motivo que, en consecuencia, se desestima.

Recurso de Suministros Industriales Lemos S.L.

Décimo.

El primer motivo de recurso denuncia quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.3 LECrim por falta de resolución sobre todos los puntos objeto de acusación, e infracción



www.civil-mercantil.com

de Ley del artículo 849.1 de la LECrim en relación con los artículos 252 , 250.1 , 4º.5 º, 6 y 390.1 y 392.1 CP .

En definitiva el motivo denuncia que la sentencia no haya emitido un pronunciamiento de condena en relación al delito de falsedad por el que formuló acusación.

Explica la sentencia de esta Sala 1100/2011 de 27 de octubre , que el vicio denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva" o también "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada. Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, por lo que no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión.

En este caso la Sala sentenciadora sí se pronunció sobre la pretensión de la acusación particular. El fallo incluyó el pronunciamiento absolutorio en relación al delito de falsedad y en el fundamento tercero se desarrolló la argumentación al respecto, por lo que el cauce de quebrantamiento de forma utilizado no es el adecuado para canalizar el desacuerdo de la acusación particular.

Tampoco lo es del de infracción de Ley del artículo 841.1 LECrim . De manera reiterada ha señalado esta Sala que el cauce procesal de la infracción de Ley (artículo 849.1º LECrim) impone que se respeten en su integridad los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, de modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de la narración fáctica desencadena la inadmisión del motivo (artículo 884.3 de LECrim) y en trámite de sentencia su desestimación (SSTS 283/2002 de 12 de febrero ; 892/2007 de 29 de octubre ; 373/2008 de 24 de junio ; 89/2008 de 11 de febrero ; 114/2009 de 11 de febrero ; 384/2012 de 4 de mayo ; 853/2013 de 31 de octubre y 895/2014 de 23 de diciembre).

Respeto al extremo debatido el factum de la sentencia recurrida, tras describir que Fausto hizo suyos un total de 4.927,16 euros, afirma: " Para ello el acusado tomaba pequeñas cantidades de la caja, y, a continuación, de modo no debidamente acreditado, procuraba su ajuste contable." En definitiva no considera acreditada base fáctica alguna que pudiera calificarse de falsedad.

El cauce casacional utilizado obliga a respetar los hechos tal y como los configuró el Tribunal sentenciador, y no faculta la nueva valoración de la prueba que el recurrente pretende.

Ello obliga a descartar los distintos tipos cualificados de apropiación indebida que reivindica la acusación. Ya hemos explicado al resolver el recurso anterior, que no procede apreciar el abuso de relaciones personales (artículo 250.1.6º), y a lo allí dicho nos remitimos. Por otro lado, en atención a la suma en la que ha quedado concretada la sustracción y a falta de otros datos en el factum que permitan deducir la existencia de perjuicio para la empresa perjudicada distinto del que el que dimana de esa cuantía, la aplicación de los supuestos agravatorios previstos en los apartados 4 º y 5º del artículo 250.1 CP cae por su propio peso.

Lo mismo ocurre respecto a la continuidad delictiva que el recurrente, aun sin mencionar específicamente el artículo 74 del CP , sugiere. Es cierto que el importe total de lo apropiado se conformó a partir de distintos apoderamientos ocurridos a lo largo de algo más de un mes. Ello nos coloca en principio ante una pluralidad de acciones que afectan a un mismo



www.civil-mercantil.com

bien jurídico y que se desarrollan aprovechando idéntica ocasión. Sin embargo, el factum de la sentencia recurrida no individualiza el importe de cada una de esas apropiaciones que conforman la continuidad, lo que, a partir de una obligada interpretación pro reo, impide deducir apoderamientos individualizados superiores a 400 euros, límite que diferencia el delito de apropiación indebida de la correlativa falta.

En acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007 establecimos que: la regla contenida en el artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración. Lo que ocurre en este caso en el que la cuantía total se ha conformado por acumulación de diferentes apropiaciones respecto a las que no consta que ninguna de ellas, aisladamente considerada, rebasara los límites de la falta del artículo 623.4 CP .

El motivo se desestima.

Undécimo.

El segundo motivo de recurso, por cauce del artículo 849.2 LECrim , denuncia error en la valoración de la prueba, en relación con el informe pericial y de valoración económica que se practicó en las actuaciones.

El desarrollo del motivo denuncia la interpretación que la Sala de instancia realizó del la pericial elaborada por economista Jesús en relación al importe total de la suma objeto de apropiación, y lo vincula con el importe de la indemnización.

Ya hemos expuesto el alcance que, conforme a la doctrina consolidada de esta Sala, corresponde al motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim de error en la valoración de la prueba.

En relación a los informes periciales, la jurisprudencia de esta Sala les ha reconocido de marea excepcional la capacidad de modificar el apartado fáctico de una sentencia vía del artículo 849.2 LECrim cuando el tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero los haya incorporado a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que su sentido originario quede alterado relevantemente; o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes de las comprendidas en los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen. En definitiva (STS 1017/2011 de 6 de octubre , y las que en ella se mencionan). Y resalta, como lo hizo la STS 301/2011 de 31 de marzo , que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas, consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba. No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la pericial haya sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediatez (SSTS núm. 301/2011 de 31 de marzo ó 993/2011 de 11 de octubre ; STS 1017/2011 de 6 de octubre ó 476/2014 de 4 de junio , entre otras muchas).

En el caso que nos ocupa, la pericial mencionada fue la única que se practicó sobre la materia. Y la Sala de instancia se apartó de sus conclusiones, pero no de manera inmotivada, sino porque no consideró acreditadas apropiaciones anteriores al 12 de septiembre 2007, lo que conecta con el conjunto de la prueba practicada, en particular documental y testifical. De ahí



www.civil-mercantil.com

que el éxito de la pretensión del recurrente quede supeditada a una revaloración de toda la prueba practicada, en su mayor parte personal, que la Sala sentenciadora tomó en consideración, lo que el cauce casacional elegido no permite.

Al respecto conviene recordar que reiterada doctrina jurisprudencial (por todas SSTC 46/2011 de 11 de abril ; 45/2011 de 11 de abril ; 127/2010 de 29 de noviembre y SSTS 236/2012 de 22 de marzo y 24/2010 de 1 de febrero) proscribire la revocación de sentencias absolutorias o con pronunciamientos menos graves, sobre la base de una nueva valoración de las pruebas, especialmente las de carácter personal, sin atender a la garantía constitucional de los principios de publicidad, inmediación y contradicción. Tales principios forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE , en virtud del cual toda condena ha de fundarse inexorablemente en una actividad probatoria que el órgano judicial que la pronuncia haya examinado directa y personalmente en un debate publico, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

El motivo se desestima.

Duodécimo.

El último motivo, también por cauce del artículo 849.1, considera inaplicable el artículo 77 del CP , si bien en relación a la calificación de los hechos que considera pertinente. En definitiva se trata de un motivo supeditado al éxito de los anteriores y que, ante la desestimación de aquellos, ha de decaer.

Décimo tercero.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim , se declaran de oficio las costas correspondientes al recurso interpuesto por Fausto que se estima parcialmente. Y procede condenar en costas y a la pérdida del depósito constituido a Suministros Industriales Lemos S.L. Cuyo recurso va a ser íntegramente desestimado.

III. FALLO

Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por el acusado Fausto y desestimamos el interpuesto por la mercantil Suministros Lemos S.L., contra la Sentencia de fecha 3 de junio de 2014 de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 2ª que se anula en parte, declarando de oficio las costas ocasionadas por el acusado Fausto . Con condena en costas y pérdida del depósito constituido a la entidad mercantil Suministros Industriales Lemos S.L .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda Dª. Ana Maria Ferrer Garcia D. Carlos Granados Perez 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.