



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 476/2015, de 13 de julio de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 52/2015

SUMARIO:

Diferencias entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración desleal. Cuando el acusado dispone con carácter definitivo del dinero que se le entregó en administración, actuando con vocación de permanencia y sin visos de retorno, ha de aplicarse el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción (art. 252 del C. Penal). Se aplica el delito societario del art. 295 del C. Penal cuando el administrador incurre en un abuso fraudulento en el ejercicio de sus facultades por darle un destino al dinero distinto al que correspondía, pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva del mismo en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce. El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad o el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Con respecto a la continuidad delictiva, es claro que se dan en el presente caso los requisitos requeridos por reiterada jurisprudencia de esta Sala: a) pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; b) identidad de sujeto activo; c) elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; d) homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; e) elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y f) una cierta conexidad espacio-temporal. Ahora bien, no cabe, sin embargo, a la hora de establecer la pena operar acumuladamente con la correspondiente al delito continuado y con la de la modalidad agravada por razón de la cuantía, ya que en tal caso se incurriría en un «bis in ídem» al no figurar en el «factum» de la sentencia recurrida ninguna apropiación singularizada que rebase los 50.000 euros.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 249, 250.1.5.º, 252 y 295.

PONENTE:

Don Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Julio de dos mil quince.



www.civil-mercantil.com

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, de fecha 31 de octubre de 2014 . Han intervenido como recurrentes el Ministerio Fiscal y el acusado Millán , representado por el procurador Sr. Escrivá de Roman Vereterra y como recurrida la acusación particular "Asociación de Padres de Personas con Retraso Mental ASPANIAS" representada por el Procurador Sr. Rodríguez Díez. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 17 de Barcelona instruyó Diligencias Previas 2158/2010, por delito societario contra Millán , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Séptima dictó en el Rollo de Sala 45/2014 sentencia en fecha 31 de octubre de 2014 con los siguientes hechos probados:

"Primero. - Se declara probado que Millán , mayor de edad, sin antecedentes penales, fue presidente desde el 27 de Junio de 2000 hasta el 28 de Julio de 2008, de la fundación sin ánimo de lucro "Associació de Pares de Personas amb retard mental" dedicada a la asistencia, tratamiento y enseñanza de personas con discapacidad intelectual.

Como presidente era la única persona con poder de disposición sobre los bienes de la fundación, que procedían de subvenciones.

Aprovechando su situación, como persona que recibía las subvenciones y que tenía disposición sobre las cuentas bancarias de la fundación, realizó los siguientes hechos:

a) Entre los años 2006, 2007 y 2008 realizó reintegros, por valor de 161.176,03 Euros, que no obedecen a gastos de la fundación, cantidad de la que se apropió.

b) La fundación privada Ferrer Eguizábal, en los años 2004 y 2008, entregó al acusado 12 cheques, como subvención para ASPANIAS, por valor de 77.492,41 ,Euros, que el acusado ingresó en cuentas de BEC, que no pertenecían a la sociedad. De ellos 6 cheques se ingresaron en la cuenta del- BEC NUM000 de la que era titular el acusado. Tales cheques no se contabilizaron en las cuentas de la sociedad.

c) La entidad Coprisa, sin obedecer a prestación profesional alguna emitió una letra de cambio en fecha 29 de Marzo de 2001, con vencimiento en 19 de Junio de 2001, que fue aceptada por el acusado en nombre de la fundación, fue descontada y no se abonó a su vencimiento. Para hacer frente al pago de la misma el acusado contrató un préstamo, en nombre de la fundación, con la entidad Banco Popular Español, por valor de 17.626,65 Euros, y vencimiento 12 de Febrero 2016, que está devolviendo la fundación. Habiéndose generado un pago de intereses por valor de 7.433,90 Euros. No hay soporte documental alguno que justifique la aceptación de la letra.

Segundo.

El acusado era titular de una tarjeta de crédito a cargo de la fundación, para cubrir gastos producidos por el desempeño de su cargo. Durante 6 meses en 2001 y 6 meses en



www.civil-mercantil.com

2008, el acusado, usando esa tarjeta generó en gastos de gasolina la cantidad de 4.941,95 Euros, cantidad que se considera justificada por los desplazamientos que el acusado debía efectuar para acudir a la sede de la fundación, sita en esta ciudad, teniendo el su domicilio fuera de esta ciudad. Además, tenía que desplazarse para efectuar gestiones propias de la entidad".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Millán como autor de un delito societario precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de responsabilidad criminal, a la pena de dos años y tres meses de prisión, inhabilitación especial para el sufragio pasivo e inhabilitación especial para ocupar cargos en fundaciones sin ánimo de lucro, por el tiempo de condena. Pago de costas incluidas las causadas por la acusación particular.

Por vía de responsabilidad civil abonará a ASPANIAS la cantidad de doscientos sesenta y tres mil setecientos cincuenta y ocho con nueve Euros (263.758,09 Euros).

Acredítese la solvencia de dicho acusado.

Notifíquese esta resolución a las partes y hágaseles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación en el plazo de cinco días hábiles".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el Ministerio Fiscal y el Procurador Sr. Escrivá de Román Vereterra en representación de acusado, 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 los recursos.

Cuarto.

Los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Ministerio Fiscal: PRIMERO Y UNICO.- Por infracción de ley al amparo del Art. 849.1 de la LECr , por indebida aplicación del Art. 295 CP y correlativa inaplicación indebida del Art. 252 C Penal .

B) Millán : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra nuestra CE en su art. 24, num. 2 en relación con el art. 53, num. 1 del propio Texto Constitucional. SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECr ., al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECr . en su número primero, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el art. 295 en relación con el 297 del CP . TERCERO.- Al amparo del art. 849.2º LECr ., denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y evidencian la equivocación del juzgador sin estar contradichos por otros elementos probatorios. CUARTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º y 3º



www.civil-mercantil.com

Quinto.

Instruidas las partes, el Procurador Sr. Rodríguez Díez en nombre y representación de "Asociación de Padres de Personas con Retraso Mental ASPANIAS" presentó escrito impugnando el recurso de acusado y adhiriéndose al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal; el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 2 de julio de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.

La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó, en sentencia dictada el 31 de octubre de 2014, a Millán como autor de un delito societario previsto en el art. 295 del C. Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de dos años y tres meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para ocupar cargos en fundaciones sin ánimo de lucro, por el tiempo de condena, y al pago de las costas, incluidas las causadas por la acusación particular.

Por vía de responsabilidad civil abonará a ASPANIAS la cantidad de doscientos sesenta y tres mil setecientos cincuenta y ocho con nueve euros (263.758,09 euros).

Los hechos objeto de condena se centraron en que Millán fue presidente desde el 27 de Junio de 2000 hasta el 28 de Julio de 2008 de la fundación sin ánimo de lucro "Associació de Pares de Personas amb retard mental" (ASPANIAS) dedicada a la asistencia, tratamiento y enseñanza de personas con discapacidad intelectual, siendo en tal condición la única persona con poder de disposición sobre los bienes de la fundación, que procedían de subvenciones. Y, aprovechando su situación como persona que recibía las subvenciones y que tenía disposición sobre las cuentas bancarias de la fundación, perpetró los siguientes hechos:

a) Entre los años 2006, 2007 y 2008 realizó reintegros por valor de 161.176,03 euros, que no obedecen a gastos de la fundación, cantidad de la que se apropió.

b) La fundación privada Ferrer Eguizábal, en los años 2004 y 2008, entregó al acusado 12 cheques como subvención para ASPANIAS, por valor de 77.492,41 euros, que el acusado ingresó en cuentas de BEC, que no pertenecían a la sociedad. De ellos 6 cheques se ingresaron en la cuenta del- BEC NUM000 de la que era titular el acusado. Tales cheques no se contabilizaron en las cuentas de la sociedad.

c) La entidad Coprisa, sin obedecer a prestación profesional alguna, emitió una letra de cambio en fecha 29 de Marzo de 2001, con vencimiento en 19 de Junio de 2001, que fue aceptada por el acusado en nombre de la fundación, fue descontada y no se abonó a su vencimiento. Para hacer frente al pago de la misma el acusado contrató un préstamo, en nombre de la fundación, con la entidad Banco Popular Español, por valor de 17.626,65 euros y vencimiento el 12 de febrero 2016, que está devolviendo la fundación, habiéndose generado un



www.civil-mercantil.com

pago de intereses por valor de 7.433,90 euros. No hay soporte documental alguno que justifique la aceptación de la letra.

Contra la referida condena formularon recurso de casación el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la acusación particular ("Associació de Pares de Persones amb retard mental"), y la defensa del acusado.

A) Recurso del Ministerio Fiscal

Primero.

1. En el único motivo que formula el Ministerio Fiscal, por la vía del art. 849.1º de la LECr ., denuncia la indebida aplicación del art. 295 del C. Penal y la indebida inaplicación del art. 252 del C. Penal .

El Ministerio Fiscal calificó jurídicamente los hechos declarados probados como un delito continuado de apropiación indebida tipificado en los arts. 252 , 249 , 250.1.5 º y 74 del C. Penal y solicitó una pena de cuatro años de prisión y 12 meses de multa, con una cuota diaria de 12 euros. La Audiencia, sin embargo, condenó al acusado como autor de un delito de administración desleal, previsto en el art. 295 del C. Penal , a una pena de dos años y tres meses de prisión.

Toda la argumentación del Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación de la sentencia se centra en cuestionar la subsunción jurídica del Tribunal de instancia. Considera la acusación que aquí no se dan los elementos del delito societario de administración desleal del art. 295 del C. Penal , y sí en cambio los del delito continuado de apropiación indebida, previsto en el art. 252, en relación con el 74 y con el art. 250.1. 5º del mismo texto legal .

A tal efecto cita la jurisprudencia de esta Sala relativa a la diferenciación entre ambas figuras delictivas: el delito de societario de administración desleal y el delito de apropiación indebida como gestión desleal del acusado, apoyándose para ello en la síntesis de la sentencia de esta Sala 206/2014, de 3 de marzo , que a su vez se remite a otros precedentes anteriores (SSTS 91/2013, de 1 de febrero , 517/2013, de 17 de junio , y 656/2013, de 22 de julio).

En la sentencia 206/2014, de 3 de marzo , se argumenta que, entre las diferentes pautas interpretativas acerca de la delimitación de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, una primera línea explica la relación entre ambos preceptos (art. 252 y 295 del C Penal) como un concurso de normas resuelto con arreglo al principio de alternatividad, esto es, sancionando el delito que ofrece mayor pena. El delito de administración desleal, como consecuencia de su menor penalidad (puesto que ofrece una alternativa de entre pena de prisión de hasta cuatro años de duración con una simple pena de multa), originó que, en un primer momento, la Sala se decantase por el principio de alternatividad, a favor naturalmente del delito de apropiación indebida, que era el sancionado con más rigor.

En otras ocasiones, para su distinción, se ha recurrido a la figura de los círculos concéntricos en donde el conjunto mayor era la apropiación indebida y la administración desleal el menor, aplicándose para dirimir el concurso normativo el principio de especialidad.

La STS 91/2013, de 1 de febrero , siguiendo la STS 462/2009, de 12 de mayo , ha solventado la distinción mediante el criterio jurídico del objeto que comprende el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Pues mientras que el art. 252 del C. Penal se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la



www.civil-mercantil.com

función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la estipulación de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

La STS 656/2013, de 22 de julio , que cita a su vez las SSTS 91/2013, de 1 de febrero , y 517/2013, de 17 de junio , sostiene el criterio de que, en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de modo que el que se apropia desvía los bienes -también el dinero- hacia su propio patrimonio, y el que distrae lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el animus rem sibi habendi y el propósito personal de enriquecimiento. Sin embargo, en el art. 295 del C. Penal las conductas descritas se centran en actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves que los contemplados en el art. 252 del C. Penal , de ahí la diferencia de pena.

Acaso resulte especialmente ilustrativo -señala la sentencia 206/2014 - el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP , el bien protegido por la norma sería la propiedad o el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador".

Otras veces el alcance de la extralimitación de un administrador en la utilización de un poder ha servido a esta Sala para ubicar las conductas punibles en el ámbito específico del delito de apropiación indebida o en el tipo societario de administración fraudulenta; de tal modo que si el administrador actúa ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes concedidos -exceso extensivo- estaríamos ante un posible delito de apropiación indebida, y cuando se ejecutan actos ilícitos en el marco propio de las atribuciones encomendadas al administrador -exceso intensivo- operaría el tipo penal del art. 295 (SSTS 462/2009, de 12- 5 ; 623/2009, de 19-5 ; 47/2010, de 2-2 ; y 707/2012, de 20-9 , entre otras).

Sin embargo, tal como se viene a sostener en la STS 656/2013, de 22 de julio , y se acoge en la sentencia de síntesis 206/2014 , la tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción de dinero y bienes fungibles (art. 252 del C. Penal) y del delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 del CP comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de



www.civil-mercantil.com

incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de actos de administración desleal. En cambio, la conducta de distracción de dinero prevista en el art. 252 del C. Penal, ya sea a favor del autor del delito o de un tercero, presenta un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo que conlleva un mayor menoscabo del bien jurídico.

Este criterio no solo tiene la ventaja de la claridad conceptual y funcional a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de ambas figuras delictivas, sino que también permite sustentar con parámetros más acordes de justicia material la diferencia punitiva que conllevan ambos preceptos (el art. 252 y el 295).

Y es el criterio también aplicado en la STS 517/2013, de 17 de junio, que ubica la diferencia entre ambas figuras en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, mientras que en la apropiación indebida se comprenden los supuestos de apropiación genuina con "animus rem sibi habendi" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad", siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador.

2. La proyección del criterio precedente al caso enjuiciado otorga la razón a la tesis que sostiene el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso. En efecto, aquí la acusación pública había solicitado ante la Audiencia la aplicación del art. 252 del C. Penal debido a que el acusado dispuso de forma definitiva de importantes cantidades de dinero de la "Associació de Pares de Persones amb retard mental", entidad que además no tenía ánimo de lucro, dedicándose a la asistencia, tratamiento y enseñanza de personas con discapacidad intelectual, y cuyos bienes administraba el acusado en su condición de presidente.

En la premisa fáctica de la sentencia recurrida se describen tres episodios: el primero, relativo a numerosos reintegros procedentes de las cuentas de la fundación querellante de los que se apropió el acusado en el periodo de los años 2006-2008 por un importe total de 161.176,03 euros. Un segundo episodio en el curso del cual el acusado se apropió del importe de 12 cheques por un valor total de 77.492,41 euros procedentes de subvenciones concedidas a la fundación en los años 2004 y 2008, sin que ese dinero entrara en las cuentas de ésta. Y un tercer episodio, consistente en que el acusado aceptó una letra de cambio que no obedecía a ninguna deuda documentada, letra que fue emitida por Coprisa el 29 de marzo de 2001 con vencimiento el 19 de junio de 2001. Para hacer frente al descuento el acusado pidió un préstamo bancario en nombre de la fundación por la suma de 17.626,65 euros, préstamo al que está haciendo frente la propia querellante y que vence el 12 de febrero de 2016.

En los tres casos es claro que el acusado dispuso del dinero de forma definitiva, sin que personalmente lo haya devuelto a pesar de haber transcurrido ya varios años desde el último acto de disposición sin retorno.

En la sentencia recurrida se califican los hechos como constitutivos del delito societario de administración desleal previsto en el art. 295 del C. Penal. Se sustenta esta subsunción con el argumento de que para aplicar el tipo penal del art. 252 en la modalidad de distracción se requiere que el administrador actúe fuera de su perímetro competencial, no siendo suficiente con extralimitarse mediante un uso abusivo de sus facultades que genere perjuicios a la sociedad, en este caso fundación. Y cita para apoyar sus razonamientos la sentencia 206/2014, de 3 de marzo.

El criterio seguido por el Tribunal sentenciador es claro que no puede asumirse, dado que ni se corresponde con el concepto de la apropiación indebida por distracción de dinero que



www.civil-mercantil.com

se contempla en el art. 252 del C. Penal , ni tampoco se ajusta a la sentencia de 3 de marzo de 2014 de esta Sala , que cita para legitimar la subsunción de los hechos en el art. 295 del C. Penal .

En efecto, a tenor de los párrafos que se han transcrito supra de la sentencia de esta Sala 206/2014, de 3 de marzo , el criterio sustancial que sigue la jurisprudencia mayoritaria en casación para delimitar el tipo penal de la apropiación indebida en su modalidad de gestión desleal por distracción de dinero (art. 252 del C. Penal) y el delito societario de administración desleal (art. 295 del C. Penal) es el de la disposición definitiva de los bienes del patrimonio de la víctima, en este caso del dinero. De forma que si el acusado incorpora de modo definitivo el dinero que administra a su propio patrimonio o se lo entrega definitivamente a un tercero, es claro que, al hallarnos ante una disposición o incumplimiento definitivos, ha de operar el tipo penal más grave: la apropiación indebida. En cambio, si el administrador incurre en un abuso fraudulento de sus obligaciones por darle un destino al dinero distinto al que correspondía pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce, estaríamos ante el tipo penal más liviano, es decir, el de la administración desleal del art. 295 del C. Penal .

Por tanto, la disposición definitiva del bien sin intención ni posibilidad de retorno al patrimonio de la entidad siempre sería un delito de apropiación indebida y no un delito societario de administración desleal.

Esta Sala tiene establecido de forma reiterada que la conducta consistente en incorporar con vocación definitiva al propio patrimonio el objeto recibido, con vocación definitiva, será un delito de apropiación indebida siempre que se haya superado lo que en algunas sentencias se ha denominado punto sin retorno (SSTS 973/2009, de 6 de octubre ; 271/2010, de 30 marzo ; 776/2010, de 21 de setiembre , entre otras). Pues en todos estos casos concurre el llamado "animus rem sibi habendi", ánimo que acompaña a la conducta de quien actúa como dueño absoluto sobre un determinado bien aunque no tenga derecho a serlo en esa medida, y aunque su finalidad sea beneficiar a un tercero (STS 537/2014).

Por lo tanto, no se trata solamente de una administración o gestión desleal, es decir, de la conducta de un administrador que administra o gestiona el patrimonio de un tercero causándole dolosamente un perjuicio. Es algo más, diferente y, en principio, de mayor gravedad, pues aunque se incurra también en deslealtad, la conducta del administrador o del gestor consiste aquí en abusar de su cargo para hacer suyo con vocación definitiva lo que pertenece al titular del patrimonio que administra o gestiona. En estos casos hay que hablar legalmente de apropiación indebida, y de la modalidad de distracción cuando se trata de dinero u otros bienes de fungibilidad similar. En este mismo sentido se concluía en la STS 47/2010 que "el administrador que, infringiendo los deberes de lealtad impuestos por su cargo 'administra' mal en perjuicio de su principal o de quienes se mencionan en el artículo 295, mediante las conductas descritas en ese tipo, cometerá un delito societario. Mientras que el administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, cometerá un delito del artículo 252 en la modalidad de distracción de dinero", cuando éste sea el objeto del delito.

Por lo demás, no puede admitirse el argumento de que una persona que dispone de forma definitiva en su beneficio personal o de un tercero del dinero que se le encomienda en administración, esté operando dentro del perímetro de sus competencias societarias.

La tesis que aplica la sentencia recurrida nos llevaría a considerar el delito societario como un tipo de apropiación indebida privilegiado o atenuado por el mero hecho de que la disposición definitiva del dinero en beneficio propio tuviera como sujeto activo a un



www.civil-mercantil.com

administrador de una sociedad y como víctima a la propia entidad para la que realiza la labor administradora. Con lo cual, el art. 295 en lugar de solventar una laguna legal en el ámbito societario estaría atenuando el tipo penal de la apropiación indebida clásica cuando la disposición definitiva del dinero en beneficio propio se produce en un marco societario. Esta opción hermenéutica ha de rechazarse, pues el objetivo del legislador fue punir la conducta de los administradores que, no pretendiendo quedarse definitivamente con un dinero que no les pertenece, realizaban conductas abusivas que claramente ocasionaban un menoscabo o perjuicio al patrimonio de la sociedad.

En consecuencia, procede estimar el recurso del Ministerio Fiscal y subsumir los hechos que se describen en la sentencia recurrida, que han de permanecer incólumes, en el tipo del art. 252 del C. Penal, que ha de ponerse en relación con el art. 74 del mismo texto legal. Es decir, en el delito continuado de apropiación indebida en la modalidad agravada por razón de la cuantía, prevista en el art. 250.1.6º del C. Penal en su redacción anterior a la reforma de 2010 (actual 250.1.5º), dado que la suma de las cantidades apropiadas supera ampliamente los 50.000 euros.

Con respecto a la continuidad delictiva, es claro que se dan en el presente caso los requisitos requeridos por reiterada jurisprudencia de esta Sala: a) pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; b) identidad de sujeto activo; c) elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; d) homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; e) elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y f) una cierta conexidad espacio-temporal (SSTS 1038/2004, de 21-9; 820/2005, de 23-6; 309/2006, de 16-III; 553/2007, de 18-6; 8/2008, de 24-1; y 465/2012, de 1-6, entre otras).

Ahora bien, no cabe, sin embargo, a la hora de establecer la pena operar acumuladamente con la correspondiente al delito continuado y con la de la modalidad agravada por razón de la cuantía, ya que en tal caso se incurriría en un "bis in ídem" al no figurar en el "factum" de la sentencia recurrida ninguna apropiación singularizada que rebase los 50.000 euros, ya que solo se plasman cantidades globales apropiadas en el curso de largos periodos de tiempo.

Según la jurisprudencia de esta Sala, en aquellos supuestos en que la suma total alcanzada por la acumulación de los episodios defraudatorios que abarca el delito continuado ya ha sido tenida en cuenta para apreciar el subtipo agravado del art. 250.1.5ª del C. Penal, sin que la cuantía individual de ninguno de ellos supere en cambio los 50.000 euros, no cabe operar con la agravación propia del delito continuado al mismo tiempo que con la del subtipo agravado, sino que debe aplicarse solo la correspondiente a éste. Se trata, en definitiva, de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1 CP, a aquellos supuestos en los que el importe total del perjuicio haya determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación. En esta situación, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1 C. Penal implicaría infringir la prohibición constitucional de «bis in ídem» (SSTS 173/2012, de 28-2; 292/2013, de 21-3; y 540/2013, de 10-6, entre otras).

Así las cosas, la pena privativa de libertad imponible en la sentencia de casación estará comprendida entre un año y seis años de prisión.

El único motivo formulado por el Ministerio Fiscal, a tenor de lo argumentado y de lo que se expondrá al examinar el motivo de la defensa del acusado, debe prosperar.

B) Recurso de Millán



www.civil-mercantil.com

Segundo.

En el primer motivo del recurso, por el cauce procesal del art. 5.4 de la LOPJ , denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, de los principios de contradicción e igualdad, a un proceso con todas las garantías y también la conculcación del principio acusatorio , citando el art. 24 de la Constitución .

En realidad todo ese cúmulo de infracciones que se citan de forma genérica convergen en una sola cuestión: la condena por el delito previsto en el art. 295 del C. Penal , tipo societario de administración desleal, cuando realmente el recurrente había sido acusado del delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero. La discordancia entre el tipo aplicado y el que era objeto de acusación considera la defensa que infringe el derecho a la tutela judicial efectiva y también los principios acusatorio, de contradicción, de igualdad, así como el derecho a un proceso con todas las garantías.

Sin embargo, el tema suscitado se ha convertido en una cuestión baladí y de total irrelevancia en el presente caso, una vez que en el fundamento primero de esta sentencia se ha estimado el recurso del Ministerio Fiscal y se ha subsumido la conducta del acusado en el tipo penal de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero (art. 252 del C. Penal , en relación con los arts. 74 y 250.1.5º del mismo texto legal).

Al apreciarse, pues, en casación el tipo penal que se le imputaba al ahora recurrente por las acusaciones, es claro que todas las cuestiones suscitadas por la defensa en este primer motivo carecen ya de objeto alguno y han perdido su razón de base.

En vista de lo cual, el motivo resulta inviable.

Tercero.

Lo mismo debe argumentarse y por iguales razones en lo que respecta al motivo segundo , promovido por la vía del art. 849.1º de la LECr ., toda vez que en él se invoca la aplicación indebida del art. 295 del C. Penal .

Una vez que los hechos probados ya no se subsumen en esa norma y que la condena se ha centrado, atendiendo la tesis del Ministerio Fiscal, en la aplicación del tipo penal de la apropiación indebida, el motivo ha de desestimarse.

Cuarto.

En el motivo tercero alega la defensa del acusado, con sustento procesal en el art. 849.2º de la LECr ., la existencia de error en la apreciación de la prueba .

Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECr .), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida (SSTs de 1653/2002, de



www.civil-mercantil.com

14-10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; y 207/2012, de 12-3 , entre otras).

Al centrarnos en el caso concreto, se aprecia que la defensa se limita en su escrito de recurso a cuestionar el contenido del informe emitido por el perito Humberto (folios 816 a 833 de la causa), aduciendo que en él solo se analiza la contabilidad de la fundación hasta el año 2004 y quejándose de que no se hubieran introducido en él algunos datos que la parte considera relevantes. Además, tilda el informe pericial contable de confuso, ilógico y generador de duplicidades, y señala que entra en contradicción con otras pruebas.

Salta, pues, a la vista que las razones que expone la defensa son ajenas a la vía procesal del art. 849.2º, puesto que en lugar de citar documentos concretos que por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, evidencien el error del Tribunal sentenciador, lo que hace realmente es cuestionar la prueba pericial de cargo incidiendo en la discrepancia que mantiene con algunos de sus datos, y refiriendo también que ese informe se contradice con otras pruebas.

Ello poco tiene que ver con la existencia de un documento que por su autosuficiencia determine de forma ineluctable el error del Tribunal de instancia, máxime si se pondera que la propia parte habla de pruebas contradictorias.

Visto lo que antecede, el recurso no puede prosperar.

Quinto.

Por último, en el motivo cuarto denuncia la parte el quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.1º y 3º de la LECr ., poniendo de relieve la falta de claridad en el relato fáctico de la sentencia impugnada y que ésta incurre también en incongruencia omisiva.

1. En cuanto a la falta de claridad en el "factum" de la sentencia , tiene establecido esta Sala que la sentencia debe anularse, prosperando por lo tanto este motivo, cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzca a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (SSTS 1610/2001, de 17-9 ; 559/2002, de 27-3 ; y 131/2009, de 12-2).

Y también tiene establecido este Tribunal que concurre este vicio procesal cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitativa e imprecisa, de modo que por su insuficiencia u oscuridad, o por no expresarse en forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante o ambigua, puede conducir a subsunciones alternativas, de modo que queda prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos; sin que el laconismo o concisión en el relato de hechos esté reñido con la claridad (SSTS 260/2004, de 23-2 ; y 766/2008, de 27-11).

Sin embargo, la parte recurrente en el caso limita su queja a señalar de forma genérica cuáles son los elementos de certeza que deben figurar en abstracto en cualquier sentencia, pero sin especificar cuáles son los que aquí pudieran faltar ni explicar tampoco qué párrafo o incisos de la redacción de la descripción fáctica resultan confusos, oscuros, imprecisos o



www.civil-mercantil.com

ambiguos. Dado lo cual, se ignoran las razones por las que concurre aquí el referido vicio procesal.

2. Y en el mismo sentido desestimatorio hemos de pronunciarnos sobre la incongruencia omisiva. Pues la jurisprudencia de esta Sala ha precisado de forma reiterada que se trata de un vicio procesal apreciable en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio. Ese deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejados en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del art. 849.2 (SSTS 603/2007, de 25-6 ; 54/2009, de 22-1 ; 248/2010, de 9-3 ; y 754/2012 , de 11-10).

En contra de lo que se acaba de exponer, la queja de la parte se centra en denunciar la falta de algunos datos fácticos referentes a unas obras en el local de la calle Jovellanos y a la ocupación ilegal de la Junta. Es decir, la parte cuestiona no la ausencia de tratamiento y decisión sobre temas jurídicos sino sobre aspectos meramente fácticos, omisiones que, en el caso de existir, no tendrían cobijo en el cauce procesal que utiliza el recurrente.

Además, siempre podría haber acudido a la vía del art. 267.5 de la LOPJ , opción que ha recordado numerosa jurisprudencia de esta Sala como alternativa para suplir cualquier omisión de tratamiento de alguna cuestión jurídica en la sentencia impugnada. Pues el citado precepto dispone que "... si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla".

Así las cosas, también deben ser rechazados estos dos últimos motivos, y con ellos la totalidad del recurso, imponiéndose a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 LECr .).

III. FALLO

ESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal , al que se adhirió la representación de la acusación particular, " Associació de Pares de Persones amb retard mental ", contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, de 31 de octubre de 2014 , que condenó al acusado como autor de un delito societario de administración desleal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sentencia que queda así anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.



www.civil-mercantil.com

De otra parte, DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de Millán , imponiéndole las costas correspondientes a esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Julio de dos mil quince.

En la causa Diligencias Previas 2158/10 del Juzgado de instrucción número 17 de Barcelona, seguida por un delito continuado de apropiación indebida contra Millán , con DNI NUM001 , nacido en Barcelona en NUM002 de 1944, hijo de Porfirio y Florencia , la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima dictó sentencia en el Rollo de Sala 45/14 en fecha 31 de octubre de 2014 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo razonado y decidido en la sentencia de casación, procede condenar al acusado como autor de un delito continuado de apropiación indebida, en la modalidad agravada por razón de la cuantía, previsto en los arts. 252 , 250.1.6º (en la fecha de los hechos), y 74 del C. Penal .

Y en lo que respecta a la pena a imponer, procede operar con los mismos criterios del Tribunal de instancia, lo que supone aplicar una pena de 3 años y seis meses de prisión, con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la inhabilitación especial para ocupar cargos en fundaciones sin ánimo de lucro, también durante el mismo periodo de tiempo. Además, una pena de ocho meses de multa, con una cuota diaria de seis euros, y la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

En la individualización judicial de las penas se ha tenido en cuenta la gravedad del hecho, por cuanto la suma apropiada alcanza los 263.758,09 euros. Rebase pues ampliamente el límite de los 50.000 euros del subtipo agravado, a lo que ha de sumarse el dato relevante de que la víctima es una fundación sin ánimo de lucro que se dedica a la educación y tratamiento de personas mentalmente discapacitadas, fundación que se sufraga mediante subvenciones.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

III. FALLO

Condenamos a Millán como autor de un delito continuado de apropiación indebida , en la modalidad agravada por razón de la cuantía, a las penas de tres años y seis meses de prisión , con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la inhabilitación especial para ocupar cargos en fundaciones sin ánimo de lucro, también durante el mismo periodo de tiempo. Además, una pena de ocho meses de multa , con una cuota diaria de seis euros, y la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, 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.