



Roj: **STS 568/2023 - ECLI:ES:TS:2023:568**

Id Cendoj: **28079120012023100127**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2023**

Nº de Recurso: **1245/2021**

Nº de Resolución: **97/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 97/2023

Fecha de sentencia: 15/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1245/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1245/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 97/2023

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 15 de febrero de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Miguel**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, de fecha 8 de octubre de 2020, que le condenó por delito de **apropiación indebida**, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Ana Mª Alonso de Benito y bajo la dirección Letrada de D. Eloy Marqués de Bonifaz y la recurrida Acusación Particular Construccions Deumal, S.A. representada por el Procurador D. David Suárez Cordero y bajo la dirección Letrada de D. José Mª de Palacio Rodríguez Solano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 13 de Barcelona incoó Diligencias Previas con el nº 1473/2013 contra Jose Miguel y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, que con fecha 8 de octubre de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- Se declara probado que Jose Miguel, provisto de DNI núm. NUM000, nacido el NUM001 de 1957, mayor de edad y sin antecedentes penales, en fecha 31 de mayo de 2010, actuando en nombre y representación de la mercantil DYACONSER, S.L. de la que era propietario y Administrador único, y Edemiro, en nombre y representación de la mercantil CONSTRUCCIONS DEUMAL, S.A., mediante escritura otorgada ante Notario, constituyeron una Unión Temporal de Empresas, denominada "DYACONSER, S.L.-CONSTRUCCIONS DECIMAL, S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO". Dicha Unión Temporal de Empresas (en adelante UTE) se constituyó con el objeto de proceder a la ejecución de las obras de acondicionamiento y mejora de distintos caminos ubicados en el término municipal de Cánoves i Samalús (Vallés Oriental). SEGUNDO.- El Consell d'Administració de la empresa pública REGS DE CATALUNYA, S.A., en sesión celebrada en fecha 22 de abril de 2010 había acordado adjudicar el contrato de obras de acondicionamiento y mejora de distintos caminos ubicados en el término municipal de Cánoves i Samalús (Vallés Oriental) a la U.T.E., por el importe total de 183.544,35 euros (IVA no incluido), Posteriormente, como consecuencia del incremento en las partidas presupuestarias, y las modificaciones en el proyecto motivadas principalmente por las quejas de los vecinos, el importe final abonado por REGS DE CATALUNYA S.L. (actualmente Infraestructures.cat) a la UTE fue de un total de 281.941,98 euros (IVA incluido). Según lo estipulado en la escritura de constitución de la U.T.E., CONSTRUCCIONS DEUMAL, S.A. se encargaba de la ejecución material de la totalidad de la obra, mientras que DYACONSER, S.L., realizaba tareas de soporte a la jefatura de la obra, asistencia a las visitas de obra, comparativos de precios, controles de costos, entre otras funciones. Así como también llevaba a cabo tareas comerciales de atención al cliente y de gerencia de la U.T.E. designado al acusado Gerente de la misma. La cuota de participación de cada una de las Empresas que constituyeron la U.T.E. en la totalidad de los derechos y obligaciones de la misma, así como los riesgos, beneficios o pérdidas, se fijó, según el artículo 10 de sus Estatutos, en el 40% para DYACONSER, S.L. y el 60% para CONSTRUCCIONS DEUMAL, S.A. Los trabajos adjudicados por REGS DE CATALUNYA, S.A se llevaron a cabo por la UTE y finalizaron a satisfacción del comitente de acuerdo con el proyecto inicial salvo alguna modificación en el mismo que contó con la aprobación pertinente. Como consecuencia de ello, la empresa pública REGS DE CATALUNYA, S.A. abonó a la U.T.E. el importe total de la obra que ascendió a 281.941,98 euros (IVA incluido), según lo estipulado cuyos pagos se realizaron mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente que al efecto el acusado abrió en el Banco de Santander, con número NUM002. Dicha cuenta era titularidad de DYACONSER, S.L. Y CONSTRUCCIONES DEMAL, S.A. U.T.E. (U65354565). Fue abierta el día 2 de julio de 2010 por el acusado, el cual figuraba como único autorizado de la cuenta. TERCERO.- Finalizada la obra, CONSTRUCCIONS DEUMAL, S.A., presentó a la UTE la factura número NUM003, de fecha 30 de diciembre de 2011, por importe de 133.088,06 euros, que nunca fue abonada por parte del acusado quien, actuando con el propósito de obtener un inmediato beneficio ilícito, se adueñó de dicha cantidad procedente del pago efectuado por la empresa pública y percibido por la U.T.E., con claro perjuicio a CONSTRUCCIONS DEUMAL que no pudo percibir su parte correspondiente. Además, el acusado, en su condición de Gerente de la U.T.E., estando autorizado para disponer de los fondos de la cuenta corriente de la sociedad, efectuó distintas disposiciones de fondos de dicha cuenta y pagos en su propio favor y en el de las mercantiles DYACONSER, SL y CDP CAD, S.L. de las que era propietario y administrador único. En concreto, el acusado efectuó las siguientes disposiciones: - Transferencia a favor de CDP CAD, S.L., en fecha 1 de abril de 2011 por importe de 12.024,00 euros. - Transferencia a favor de CDP CAD, S.L., en fecha 2 de mayo de 2011 por importe de 7.014,00 euros. - Transferencia a favor de CDP CAD, S.L., en fecha 1 de junio de 2011 por importe de 15.030,00 euros. - Transferencia a favor de CDP CAD, S.L., en fecha 1 de agosto de 2011 por importe de 31.000,00 euros. - Transferencia a favor de CDP CAD, SL., en fecha 9 de septiembre de 2011 por importe de 25.000,00 euros. - Transferencia a favor de Jose Miguel, en fecha 1 de diciembre de 2011 por importe de 15.000,00 euros.



- Transferencia a favor de DYACONSER, S.L., en fecha 5 de diciembre 2011 por importe de 5.020,35 euros. - Transferencia a favor de DYACONSER, S.L., en fecha 5 de diciembre de 2011 por importe de 6.024,35 euros. - Pagaré número NUM004 librado contra la UTE por la mercantil CDP CAD, SL por importe de 29.500,00 euros, en fecha 20 de diciembre de 2011. - Pagaré número NUM005 librado contra la U.T.E. por la mercantil CDP CAD, SL por importe de 14.160,00 euros, en fecha 20 de diciembre de 2011. - Transferencia en favor de CDP CAD, S.L., de fecha 3 de febrero de 2012 por importe de 1.900,00 euros. - Pagaré número NUM006 librado contra la U.T.E. por la mercantil CDP CAD, S.L. por importe de 25.488,00 euros, en fecha 26 de marzo de 2012. - Pagaré número NUM007 librado contra la U.T.E por la mercantil CDP CAD, SL. por importe de 3.481,00 euros, en fecha 25 de abril de 2012. - Pagaré número NUM008 librado contra la U.T.E. por la mercantil CDP CAD, SL. por importe de 5.015,00 euros, en fecha 25 de mayo de 2012. - Pagaré número NUM009 librado contra la U.T.E. por la mercantil DYACONSER, S.L. por importe de 21.452,40 euros, en fecha 25 de junio de 2012. El total asciende a 217.109,10 euros, de los que 157.362,21 euros constituyen pagos y disposiciones no justificados. CUARTO.- Del total de 281.941,98 euros (IVA incluido) que abonó "Regs de Catalunya S.A.", CONSTRUCCIONS DEUMAL S.A. percibió un primer pago por las obras ejecutadas de 51.863 euros. Al finalizar la obra facturó el resto pendiente por lo que emitió la factura número NUM003 de fecha 30 de diciembre de 2011 por el que reclamaba la cantidad de 133.088,06 euros, sin que la misma fuera nunca abonada por el Sr. Jose Miguel".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos condenar y condenamos a D. Jose Miguel como autor de un delito continuado de **apropiación indebida** del artículo 252 en relación con el artículo 250.1.5º del Código Penal en su redacción anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de DOS AÑOS DE PRISIÓN CON INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA Y MULTA DE OCHO MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS así como al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. CONDENAMOS A Jose Miguel y, subsidiariamente a las mercantiles DYACONSER S.L. y CDP-CAD S.L. a que indemnice a CONSTRUCCIONS DEUMAL S.A. en la cantidad de 117.302,18 euros más los intereses legales correspondientes. Notifíquese a las partes la presente resolución informándoles que contra la misma solamente cabe interponer recurso, de casación por infracción de ley y por quebrantamiento, de conformidad con lo establecido en la Disposición transitoria única de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales y haber sido incoado el procedimiento penal con anterioridad a la entrada en vigor de la misma".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Jose Miguel**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Miguel**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por vulneración de los derechos fundamentales, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del Principio de Presunción de Inocencia, artículo 242º de la CE.

Segundo.- Por vulneración de los derechos fundamentales, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, por falta de motivación con la determinación de la Responsabilidad civil derivada del delito.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1º de la LECRm, por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, en inaplicación del art. 252 y concordantes del CP.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1º de la LECRm, por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, en inaplicación del art. 21.6 y concordantes del CP.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1º de la LECRm, por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, en inaplicación del art. 109 y 110 y concordantes del CP.

Sexto.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del nº 2º del art. 849 L.E.Cr., por entender que la valoración de la prueba efectuada no es respetuosa con la presunción de inocencia que declara el art. 24.2 de la C.E., ya que no queda acreditada la responsabilidad del acusado.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular Construccions Deumal, S.A., que se opuso e



impugnó la admisión del recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 14 de febrero de 2023, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por Jose Miguel contra la Sentencia de 8 de octubre de 2020, dictada por la Sec. 21ª de la AP de Barcelona.

SEGUNDO.- 1.- Por vulneración de los derechos fundamentales, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del Principio de Presunción de Inocencia, artículo 24.2º de la CE.

Señala el recurrente que "no se ha aportado prueba por las acusaciones de forma fehaciente y concluyente, en toda la documental, testifical o pericial, que haya servido al tribunal a quem para determinar cuál ha sido el resultado de la UTE, y sobre ese resultado, cual debió ser el reparto, conforme los pactos, y consiguientemente, en su caso, que cantidad ha sido objeto de **apropiación**."

Pues bien, hay que señalar que uno de los temas más importantes, -por no decir el más importante- en el examen ex post a lo que resultó el día del juicio oral es la valoración por el juez o tribunal de la prueba que se practicó y si la aportada por la acusación es suficiente como para tener por enervada la presunción de inocencia. Es la clave del proceso penal. El culmen del mismo y el momento clave que debe afrontar el juez al realizar un examen reflexivo de la prueba de cargo y descargo que se practicó, y si la primera es de mayor entidad como para despejar las dudas del juez o tribunal para entender que en el juicio de autoría la prueba de la acusación es de la suficiente "calidad" como para entender que el acusado es el autor de un hecho que es típico, antijurídico, culpable y punible.

Es, por ello, cuestión relevante en el desarrollo del proceso penal la referencia al examen de la prueba que se ha practicado en el juicio y si existe "suficiente" prueba para enervar la presunción de inocencia, lo que debe evaluar el juez o tribunal bajo el prisma de una especie de "termómetro sobre la prueba", a fin de comprobar si la existente supera el "canon" del mínimo exigible para evidenciar al juzgado que el hecho ocurrió en la forma expuesta por la acusación y que el mismo lo perpetró el acusado, porque ese es el resultado de la prueba practicada, sin que las pruebas de descargo hagan abrigar una duda razonable que determine la absolución.

Pero este examen de la prueba y su relevancia debe afrontarse tomando diversos puntos de vista que deben ser examinados, porque lo que se exige en estos casos no es tener en cuenta "cantidad de prueba", sino "calidad de la prueba", y, sobre todo, comparar la de cargo y la de descargo.

Además, debemos recordar que la doctrina en este punto recuerda la referencia al derecho anglosajón en este terreno haciendo mención a la denominada carga de producción probatoria (Production burdens on prosecution case) en cabeza del acusador, el criterio de persuasión probatorio exigido al acusador (beyond reasonable doubt) y la posible intervención del acusado con asesoramiento lo que se conoce en los documentos históricos con la famosa frase se lo dejo a mi defensa (I leave to my counsel).

En este terreno, la doctrina señala que en cuanto a la carga de la prueba debe existir una doble comprensión:

1.- Por una parte, la carga de la persuasión (persuasive burden o legal burden), entendida como la obligación impuesta a una parte por una disposición legal de probar un hecho controvertido;

2.- Por otra parte, la carga de la evidencia (evidential burden), entendida como la obligación de una parte de aportar prueba suficiente de un hecho controvertido ante del tribunal de los hechos.

Porque en este terreno de la presunción de inocencia debe tenerse en cuenta que es el acusador el que debe construir su tesis acusatoria basada en la prueba de cargo que debe analizar el tribunal efectuando el juicio comparativo con la de descargo de la defensa, aunque sin las exigencias de ésta última, obviamente, de probar su inocencia, sino de ofrecer, también, las pruebas que contradicen y tienen como objetivo ofrecer la duda al tribunal acerca de la tesis de la acusación, o destruyendo las pruebas.

Nótese que en esto último consiste la tesis del contraindicio que puede oponer la defensa a los indicios plurales que puede ir ofreciendo y relatando la acusación para, con ello, ir destruyendo los indicios de ésta y apagar el requisito de la pluralidad de estos que se ha exigido la jurisprudencia para tratar de construir la acusación su prueba cuando carece de prueba directa y debe recurrir al proceso de la inferencia a la que reclama llegue el tribunal mediante el edificio construido de indicios que por su suma permitan llegar a la convicción de que los hechos sucedieron como plantea en su relato de hechos, y no como señala la defensa.



Por otro lado, es preciso atender con la doctrina anglosajona en este terreno a lo que denominan en el terreno de la exigencia de cuánta prueba y de qué calidad, que no cantidad, se debe exigir para tener por enervada la presunción de inocencia. Así, se apunta que la dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria, y tiene su equivalente en la expresión anglosajona *standard of proof* que, en palabras del Tribunal Supremo americano, tiene por finalidad "instruir al jurado sobre el grado de confianza que la sociedad piensa que debería tener en la certeza de las conclusiones de los hechos en una particular declaración" (*In re Wip*). Se cita también la expresión *proof leaving no doubt*, que podría ser traducida por prueba fuera de toda duda.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha declarado que para vencer la presunción de inocencia, recogida en el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la acusación debe practicar una prueba que esté más allá de toda duda razonable (STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegue y Jabardo vs. España).

Es evidente, así, que la dosis de prueba es una medida subjetiva judicial, y que se plasma con la debida motivación de la sentencia en donde se lleva a cabo un desarrollo de la prueba que se ha tenido en cuenta por el tribunal para dictar sentencia, y que en el caso de condena en razón a que se entiende que se alcanza el grado de suficiencia y calidad de la prueba de cargo que no ha sido destruida por la de descargo expuesta por la defensa.

En cuanto a la razón de la convicción judicial expresada en la sentencia sobre la prueba de cargo es preciso recordar que la mejor doctrina expresa que no es fácil medir la intensidad de la convicción de una persona, ni ello puede desprenderse de un estándar legal, con lo que al final lo relevante es que existan mecanismos que nos permitan objetivar el proceso -subjetivo- de la formación de la convicción judicial, que es lo que se refleja en la sentencia con la motivación de la valoración probatoria en la medida en que en esta es donde debe el juez o tribunal reflejar cuál ha sido la prueba de cargo tenida en cuenta para la condena, y mediante un esfuerzo de concretar la prueba de cargo, explicar la concatenación entre la misma, reflejar la prueba de descargo de la defensa y el proceso objetivable de convicción, que aunque esta sea subjetiva es preciso que en su plasmación en la sentencia se objetive.

Se apunta de esta manera que se ha definido el estándar de prueba como la "medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos" y también como "el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada". El término estándar de prueba debe relacionarse con el de la carga de la prueba que se exige para poder tener por enervada la presunción de inocencia, que es lo que discute el recurrente que no ha llegado al grado de "suficiencia", "entidad", y "calidad de la prueba" para poder entenderse que se ha alcanzado en el juicio oral la necesaria para destruir la inocencia del acusado.

De todos modos, la doctrina también destaca que no hay estándares absolutos en ningún proceso y dentro de cada estándar de prueba -*beyond any reasonable doubt* (penal) y *preponderance of evidence* (civil)- pueden existir grados (o intensidades) distintas de prueba, en función de la materia objeto de decisión.

También podemos hablar de "capacidad de la prueba para enervar la presunción de inocencia y de "virtualidad" para llevarlo a cabo, y ambas deberán expresarse en la sentencia dentro de la exigencia de motivación y conclusividad expresiva que se exige del juzgador en el reflejo en la sentencia de su valoración probatoria trasladada a la misma.

Con ello, a la hora de evaluar la prueba y su reflejo en la sentencia para examinar si permite la aportada por la acusación enervar la presunción de inocencia debemos reflejar los siguientes parámetros:

- 1.- La "calidad" de la prueba aportada por la acusación frente a la presunción de inocencia del acusado.
- 2.- El tipo de prueba que se va a tener en cuenta. Si se trata de prueba directa, de referencia, indiciaria, pericial.
- 3.- Si se trata de pericial la confrontación de las periciales existentes.
- 4.- La "capacidad" de la prueba tenida en cuenta para enervar la presunción de inocencia y de "virtualidad" para llevarlo a cabo.
- 5.- La inexistencia de la duda razonable.
6. Las máximas de experiencia reflejadas en la sentencia.
- 7.- El proceso deductivo del tribunal y el juicio de inferencia de conclusividad.
- 8.- Comparación de prueba de cargo y descargo.
- 9.- Desarrollo entrelazado y numerado de la prueba indiciaria tenida en cuenta con expresión del valor del contraindicio.

10.- Desarrollo de las razones para aceptar como creíble y valorativa la declaración de la víctima frente a la negativa del acusado a reconocer los hechos.

Pues bien, para mejor ubicar lo ocurrido es preciso sistematizar la secuencia de los hechos probados para una ágil comprensión del escenario constituido entre condenado recurrente y perjudicado, a fin de analizar si existió la **apropiación indebida** objeto de condena. Veamos.

1.- Constitución de ambos de una UTE.

Jose Miguel actuando en nombre y representación de la mercantil DYACONSER, S.L. de la que era propietario y Administrador único, y Edemiro, en nombre y representación de la mercantil CONSTRUCCIONS DEUMAL, S.A., constituyeron una Unión Temporal de Empresas, denominada "DYACONSER, S.L.-CONSTRUCCIONS DECIMAL, S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO".

2.- Objeto de ejecución de unas obras.

Dicha Unión Temporal de Empresas (en adelante UTE) se constituyó con el objeto de proceder a la ejecución de las obras de acondicionamiento y mejora de distintos caminos ubicados en el término municipal de Cànoves i Samalús (Vallés Oriental).

3.- Adjudicación de contrato público de obras a esta UTE.

El Consell d'Administració de la empresa pública REGS DE CATALUNYA, S.A., había acordado adjudicar el contrato de obras de acondicionamiento y mejora de distintos caminos ubicados en el término municipal de Cànoves i Samalús (Vallés Oriental) a la U.T.E., por el importe total de 183.544,35 euros (IVA no incluido)

4.- Incremento del presupuesto. (281.941,98 euros).

Como consecuencia del incremento en las partidas presupuestarias, y las modificaciones en el proyecto motivadas principalmente por las quejas de los vecinos, el importe final abonado por REGS DE CATALUNYA S.L. (actualmente Infraestructures.cat) a la UTE fue de un total de 281.941,98 euros (IVA incluido).

5.- División de tareas en la UTE.

Según lo estipulado en la escritura de constitución de la U.T.E:

a.- CONSTRUCCIONS DEUMAL, S.A. se encargaba de la ejecución material de la totalidad de la obra.

b.- DYACONSER, S.L., realizaba tareas de soporte a la jefatura de la obra, asistencia a las visitas de obra, comparativos de precios, controles de costos, entre otras funciones. Así como también llevaba a cabo tareas comerciales de atención al cliente y de gerencia de la U.T.E. designado al acusado Gerente de la misma.

6.- Cuota de participación de cada uno en la UTE.

La cuota de participación de cada una de las Empresas que constituyeron la U.T.E. en la totalidad de los derechos y obligaciones de la misma, así como los riesgos, beneficios o pérdidas, se fijó, según el artículo 10 de sus Estatutos, en el 40% para DYACONSER, S.L. y el 60% para CONSTRUCCIONS DEUMAL, S.A.

7.- Realización de los trabajos encargados.

Los trabajos adjudicados por REGS DE CATALUNYA, S.A se llevaron a cabo por la UTE y finalizaron a satisfacción del comitente de acuerdo con el proyecto inicial salvo alguna modificación en el mismo que contó con la aprobación pertinente.

8.- Abono por la empresa pública de los 281.941,98 euros en una cuenta de la que era titular exclusivo el recurrente.

Como consecuencia de ello, la empresa pública REGS DE CATALUNYA, S.A. abonó a la U.T.E. el importe total de la obra que ascendió a 281.941,98 euros (IVA incluido), según lo estipulado cuyos pagos se realizaron mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente que al efecto el acusado abrió en el Banco de Santander, con número NUM002. Dicha cuenta -era titularidad de DYACONSER, S.L. y CONSTRUCCIONES DEMAL, S.A. U.T.E. (1.165354565). Fue abierta el día 2 de julio de 2010 por el acusado, el cual figuraba como único autorizado de la cuenta.

9.- Reclamación del perjudicado de su parte y negativa a su pago por el recurrente por habérsela apropiado indebidamente.

Finalizada la obra, CONSTRUCCIONS DEUMAL, S.A., (del perjudicado) presentó a la UTE la factura número NUM003, de fecha 30 de diciembre de 2011, por importe de 133.088,06 euros, que nunca fue abonada por parte del acusado quien, actuando con el propósito de obtener un inmediato beneficio ilícito, se adueñó de dicha

cantidad procedente del pago efectuado por la empresa pública y percibido por la U.T.E., con claro perjuicio a CONSTRUCCIONS DEUMAL que no pudo percibir su parte correspondiente.

10.- Apropiación de las cantidades por el recurrente. Su relación individualizada.

El acusado, en su condición de Gerente de la U.T.E., estando autorizado para disponer de los fondos de la cuenta corriente de la sociedad, efectuó distintas disposiciones de fondos de dicha cuenta y pagos en su propio favor y en el de las mercantiles DYACONSER, SL y CDP CAD, S.L. de las que era propietario y administrador único. En concreto, el acusado efectuó las siguientes disposiciones;

Transferencia a favor de CDP CAD, S.L., en fecha 1 de abril de 2011 por importe de 12.024,00 euros.

Transferencia a favor de CDP CAD, S.L., en fecha 2 de mayo de 2011 por importe de 7.014,00 euros.

Transferencia a favor de CDP CAD, S.L., en fecha 1 de junio de 2011 por importe de 15.030,00 euros.

Transferencia a favor de CDP CAD, S.L., en fecha 1 de agosto de 2011 por importe de 31.000,00 euros.

Transferencia a favor de CDP CAD, SL., en fecha 9 de septiembre de 2011 por importe de 25.000,00 euros.

Transferencia a favor de Jose Miguel , en fecha 1 de diciembre de 2011 por importe de 15.000,00 euros.

Transferencia a favor de DYACONSER, S.L., en fecha 5 de diciembre de 2011 por importe de 5.020,35 euros.

Transferencia a favor de DYACONSER, S.L., en fecha 5 de diciembre de 2011 por importe de 6.024,35 euros.

Pagaré número NUM004 librado contra la UTE por la mercantil CDP CAD, SL por importe de 29.500,00 euros, en fecha 20 de diciembre de 2011.

Pagare número NUM005 librado contra la U.T.E. por la mercantil CDP CAD, SL por importe de 14.160,00 euros, en fecha 20 de diciembre de 2011.

Transferencia en favor de CDP CAD, S.L., de fecha 3 de febrero de 2012 por importe de 1.900,00 euros.

Pagaré número NUM006 -librado contra la U.T.E. por la mercantil CDP CAD, S.L.- por importe de 25.488,00 euros, en fecha 26 de marzo de 2012.

Pagaré número NUM007 librado contra la U.T.E por la mercantil CDP CAD, SL. por importe de 3.481,00 euros, en fecha 25 de abril de 2012.

Pagaré número NUM008 librado contra la U.T.E. por la mercantil CDP CAD, SL. por importe de 5.015,00 euros, en fecha 25 de mayo de 2012.

Pagaré número NUM009 librado contra la U.T.E. por la mercantil DYACONSER, S.L. por importe de 21.452,40 euros, en fecha 25 de junio de 2012.

El total asciende a 217.109,10 euros, de los que 157.362,21 euros constituyen pagos y disposiciones no justificados.

11.- El perjudicado solo recibió de su parte 51.863 euros sin que el resto se lo entregara el recurrente al habérselo apropiado.

Del total de 281.941,98 euros (IVA incluido) que abonó "Regs de Catalunya S.A.", CONSTRUCCIONS DEUMAL S.A. percibió un primer pago por las obras ejecutadas de 51.863 euros. Al finalizar la obra facturó el resto pendiente por lo que emitió la factura número NUM003 de fecha 30 de diciembre de 2011 por el que reclamaba la cantidad de 133.088,06 euros, sin que la misma fuera nunca abonada por el Sr. Jose Miguel .

Esta es la sistematización de los hechos probados en los que se detecta:

- 1.- Existencia de una UTE entre recurrente y perjudicado para llevar a cabo unas obras.
- 2.- Adjudicación pública de las mismas y fijación de importe del precio de las obras.
- 3.- Fijación de tareas a cada empresa de la UTE.
- 4.- Distribución de la cuota de participación de cada uno en los derechos y obligaciones de la misma, así como los riesgos, beneficios o pérdidas, se fijó, según el artículo 10 de sus Estatutos, en el 40% para DYACONSER, S.L. y el 60% para CONSTRUCCIONS DEUMAL, S.A.
- 5.- Los 281.941,98 euros se ingresan por la entidad pública en una cuenta de la que era titular exclusivo el recurrente.
- 6.- Reclamación del perjudicado de su parte y negativa a su pago por el recurrente por habérsela apropiado indebidamente.

7.- Relación documentada de cantidades apropiadas por el recurrente.

8.- Cobro del perjudicado de parte de lo pactado y no cobro del resto apropiado sin retorno por el recurrente de las cantidades recibidas en administración para ser distribuidas conforme a la cuota de participación pactada.

Pues bien, de la argumentación de la prueba tenida en cuenta por el Tribunal para la condena se desprenden los siguientes fundamentos de la sentencia que avalan los actos de **apropiación** de cantidades que no fueron entregadas en su parte que le corresponde al perjudicado, ya que podemos destacar lo siguiente del análisis detallado que lleva a cabo la sentencia, a saber:

"1.- Finalización de los trabajos encargados por la empresa pública y prueba.

La finalización de los trabajos adjudicados por REGS DE CATALUNYA, S.A y la plena satisfacción del comitente por los mismos viene acreditada tanto por la documental obrante en las actuaciones como por las diversas testificales, principalmente del que a la sazón era el Gerente de REGSA, Miguel, que firmó la recepción de la obra y por Obdulio Ingeniero agrónomo adjunto a la gerencia de obras hidráulicas de Regsa que hacía el seguimiento de la obra.

2.- Acreditación del pago público por la obra de la UTE.

El pago de REGS DE CATALUNYA S.L a la UTE por importe total de 281.941,98 euros (IVA incluido) aparece acreditado por la certificación de Infraestructuras.cat de fecha 29 de abril de 2013 obrante al folio 118 de las actuaciones.

3.- El pago se hace en una cuenta de la que el único titular era el recurrente.

La certificación del Banco de Santander de 11 de abril de 2012, obrante al folio 105, acredita que la cuenta NUM002 era titularidad de DYACONSER, S.L. y CONSTRUCCIONES DEMAL, S.A. U.T.E. (U65354565); que la citada cuenta fue aperturada el día 2 de julio de 2010; que la apertura se realizó por D. Jose Miguel; y que desde la fecha de apertura de la misma figura D. Jose Miguel en calidad de Gerente, como único autorizado de la cuenta. Ello ha sido igualmente ratificado por la testifical de Gema, directora de la oficina del Banco de Santander donde se apertura la cuenta, que frente a la versión del acusado conforme reclamaron en varias ocasiones al Sr. Silvio para que firmara la apertura de la cuenta, ha declarado en el plenario que bastantearon los poderes y comprobaron que no era necesaria ninguna otra firma más que la del Sr. Jose Miguel, por lo que tampoco requirieron al Sr. Silvio para que viniera a la oficina a firmar.

4.- ¿Quién asumía el pago de los distintos profesionales de cada empresa que participaban en la obra y qué perjuicio económico supusieron los problemas existentes en cuanto a la realización de una modificación del proyecto y la paralización de las obras durante un periodo de tiempo?

a.- Cada empresa pagaba a sus empleados.

Por las declaraciones testificales: tanto el Sr. Silvio, como el Sr. Jose Ignacio han señalado que cada empresa pagaba a sus propios empleados, sin que estos facturaran a la UTE. Y si bien aparece negado por el acusado, la propia Sra. Milagrosa ha señalado que no sabía de quien cobraba. Ello es coherente con la afirmación del Sr. Silvio conforme DYACONSER, S.L. y CONSTRUCCIONES DEUMAL S.L. pagaban a sus propios empleados. Este hecho, como se ha recogido anteriormente, viene negado por el acusado, al negar tal acuerdo pero no obstante ello no es coherente con las manifestaciones del propio acusado conforme a que la Sra. Milagrosa cobraba la nómina de CDP CADI SL dedicándose además a otros proyectos de esta última empresa.

b.- Ambos se iban a repartir los beneficios que generara la obra, con arreglo a la cuota de participación y se repartían, así, las pérdidas.

No facturaban por lo tanto los diversos técnicos a la UTE, lo que es completamente coherente por lo tanto que cada una de las empresas que integraban la Unión Temporal abonara sus propios gastos de personal y maquinaria para al finalizar repartirse los beneficios que generara la obra, con arreglo a la cuota de participación. Y correlativamente se debían repartir las pérdidas.

c.- Consecuencias de las dificultades en la ejecución de las obras.

Ha intentado ser explicado por los técnicos de REGSA en el sentido de que el sobrecoste que suponía la modificación del proyecto y la paralización de las obras durante un tiempo fue contemplado en la ampliación del valor de la obra. Así lo ha declarado en el acto del juicio oral el testigo Obdulio, Ingeniero agrónomo adjunto a la gerencia de obras hidráulicas de REGSA, que ha llegado a afirmar que al final de la obra se puede hacer una negociación por cosas puntuales (retrasos, cambios de última hora...) pero en este caso todos los cambios ya se contemplaron en la modificación del proyecto y no se tuvo que hacer una liquidación.



Recuerda no obstante que sí que se reclamó por parte de la UTE, pero el gerente consideró que no procedía, al haberse contemplado ya en la modificación. No recuerda quién lo solicitó, cree que la jefa de obra... Pero fue en una reunión de obra, sin reflejarlo en el acta ni solicitarlo formalmente. Ello ha venido corroborado igualmente por el testigo Miguel, el cual era Gerente de REGSA y firmó la recepción de la obra. Preguntado este testigo por los sobrecostes ha manifestado que el proyecto modificado contemplaba un incremento del valor de la obra por estos inconvenientes."

Por ello, las conclusiones a que llega la sentencia tras la prueba practicada son las siguientes:

"1.- Que DYACONSER y DEUMAL debían repartirse al 40 y al 60% respectivamente tanto los beneficios como las pérdidas. Y que CDP CAD, SL no formaba parte de la UTE. Que tanto CDP CAD S.L. como DYACONSER eran propiedad del acusado.

2.- Que los sueldos de los técnicos de cada empresa que conformaban la UTE eran abonados por las empresas que los aportaban, de la misma manera que Silvio ponía al servicio la maquinaria y los obreros a su costa.

3.- Que REGS DE CATALUNYA abonó un total de 281.941,98 euros (IVA incluido) de los que 51.863 euros fueron satisfechos por el acusado a CONSTRUCCIONS DEUMAL S.A. y consecuentemente que el acusado dispuso de la diferencia entre la segunda y la primera cantidad, es decir, de 230.078,98 euros.

4.- Que el acusado era el único autorizado de la cuenta de la UTE, donde se ingresó el precio de la obra y realizó los movimientos que constan en el apartado de hechos probados en favor de empresas de las que era propietario: DYACONSER, CDP CAD, SL. y él mismo.

5.- Que la obra sufrió retrasos motivados por diversas circunstancias que motivaron la modificación del proyecto pero al mismo tiempo un incremento del valor de la obra."

Con ello, el alegato que centra el motivo del recurrente de ausencia de prueba de cargo debe desestimarse, ya que lo que el recurrente pretende es otra valoración que le favorezca introduciendo confusión donde no la hay, ya que los términos fueron claros, y no se exigía liquidación alguna, ya que la distribución de cuotas de participación era clara y si se entregó por el pagador público una cantidad la operación era sencilla, y el recurrente no debió apropiarse de cantidad alguna no pactada, sino entregar su parte a la otra empresa por su cuota correspondiente. No competía al recurrente realizar distribuciones o abonos o cobro alguno. Lo que pasó es que su poder dispositivo sobre la cuenta de forma única, exclusiva y excluyente le permitió hacer lo que hizo, como fue no entregar su parte al perjudicado y apropiársela.

El Tribunal ha valorado de forma correcta la prueba existente y reflejándolo en la sentencia, aunque ahora disienta de ello el recurrente, pero los términos del acuerdo eran claros. Había una cuota de distribución del pago que iba a hacer la empresa pública y sobre ello los números estaban claros y no había duda alguna.

Además, en torno a las periciales practicadas señala el tribunal con detalle que:

"No hace falta ser auditor de cuentas o perito contable para valorar que si la administración abonó la cantidad de 281 mil euros, el 60% que correspondía a DEUMAL estaría en torno a los 168 mil, mientras que el 40% que correspondía a DYACONSER estaría en torno a los 113 mil euros. Recordemos que DEUMAL percibió tan solo 51 mil euros. Aun admitiendo la existencia de los déficits manifestados por el acusado -"de 30 0 40 mil euros para cada empresa"- DEUMAL debería haber percibido 128 mil euros.

Análisis por el tribunal de las periciales.

¿A qué se ha destinado la diferencia entre los 51 mil euros que percibió DEUMAL y lo que debería haber percibido?

A ello han tratado de dar respuesta los peritos que han declarado en el acto del juicio oral ratificándose en sus respectivos informes.

Por una parte el perito judicial Sr. Conrado considera que el total de pagos no justificados por parte de la UTE asciende a 157.363,21 euros. (13.074,25 euros como pagos al Sr. Jose Miguel ; 3.481,00 euros como pagos a Bernarda , 122.741,00 euros pagos de la UTE a CDP-CAD S.L. no justificados 100.756,00 euros, pagos a DYACONSER SL no justificados 34.079,86 euros).

El perito Eulalio, ingeniero industrial, recibió el encargo de la representación del acusado de determinar -el alcance, conceptos y destino de los cobros y pagos realizados por la UTE. Y concluyó que la obra objeto del dictamen resultó deficitaria para DYACONSER S.L.. El importe finalmente cobrado (1.29.992,23 euros) no cubrió la totalidad de sus costes internos y obviamente no produjo ningún beneficio industrial alguno sino pérdidas. Admite que la gestión administrativa realizada fue muy deficiente y plagada de irregularidades administrativas. DYACONSER S.L. facturó contra la UTE una cantidad de 99.750 euros y cobró de la misma



la cantidad de 129.992,23 euros a la que hay que descontar los 17.763,24 euros que fueron pagados por dicha empresa desde su cuenta corriente. Por ello el importe no justificado (es decir, a juicio del perito, el no soportado por facturas) ascendería únicamente a 12.479,09 euros.

El perito Fidel, arquitecto técnico, también perito aportado por la defensa, concluye en su dictamen que la facturación de CDP-CAD a la UTE debe dejarse al margen, que el coste de los trabajos de dirección técnica por parte de la UTE, en concreto, los realizados por DYACONSER de dirección de obra de la UTE por todos los conceptos incluidas las modificaciones del proyecto y soporte gráfico, desplazamientos y dietas ascienden a 64.313,21 euros, lo que sumado a los costes internos y gastos, generales y lo abonado a Silvio sumaría 240.197,93 euros.

Por otra parte señala que la factura final de DEUMAL no se corresponde con las unidades de obra de presupuesto realizadas en la obra de referencia, y además se solicitó en varias ocasiones a DEUMAL para que liquidara con la UTE, pero tal liquidación llegó al año siguiente, y sin validez por no adaptarse a los precios del proyecto"

Pues bien, tras el análisis de la prueba practicada en cuanto a la documental, testifical y pericial el tribunal viene a concluir que:

"Valorando en conjunto la pericial practicada de acuerdo con la documental aportada (principalmente el contrato de constitución de la Unión Temporal de empresas obrante a los folios 33 bis y siguientes de las actuaciones) así como de las diversas testificales practicadas en el plenario llegamos a la conclusión de que:

1.- CDP-CAD no formaba parte de la UTE, con lo que la alegación del acusado conforme era normal que DYACONSER y CDP-CAD trabajaran juntas y que ello era conocido por DEUMAL carece de soporte probatorio.

2.- En este sentido esta Sala no comparte la valoración del perito Sr. Eulalio conforme CDP-CAD y DYACONSER S.L. formaban parte del mismo grupo empresarial y los recursos que DYACONSER SL aportó a la ejecución de la obra eran plantilla de la primera y en consecuencia las facturas de CDP-CAD contra la UTE podrían considerarse irregulares desde un punto de vista formal pero no injustificadas puesto que los trabajos facturados hacían referencia a la obra realizada por la UTE. Esta afirmación es en sí misma contradictoria: si por una parte CDP-CAD y DYACONSER formaban una unidad empresarial no se entiende por qué la primera facturaba a la UTE, cuando no puede ser considerada un tercero y por el contrario no se establecían estas relaciones entre las mismas empresas de la "unidad empresarial".

3.- En definitiva, si DYACONSER necesitaba ser auxiliada por su "hermana" CDP-CAD, estas relaciones deberían haber estado al margen de la UTE. Desde luego esta Sala no comparte la opinión de este perito, sorprendiendo que sea una empresa del acusado, de la que es propietario y administrador, figurando que es un tercero, que perciba cantidades de la UTE de cuya cuenta corriente dispone en exclusividad el acusado.

4.- Y tampoco compartimos la opinión del perito Sr. Fidel conforme CDP-CAD se puede considerar una subcontrata de la UTE, por los mismos motivos. Insistimos, por más que CDP-CAD se encargara de la redacción del proyecto de ejecución de obras, fue decisión de DYACONSER, única parte en la UTE junto con Silvio, ser auxiliada del personal de su empresa "hermana", porque no tenía suficiente personal técnico o por cualquier otro motivo, sin que ello permita, por lo tanto, que el acusado hubiera satisfecho las facturas emitidas por CDP-CAD como si de un tercero o una subcontrata de la UTE se tratara. De aplicar el criterio establecido por estos peritos podríamos encontrarnos con que, siendo la obra deficitaria, soportando DYACONSER y Silvio pérdidas, la otra empresa del acusado, CDP-CAD obtuviera beneficios. No. DYACONSER venía obligada conforme a las estipulaciones de la UTE a aportar lo que se había previsto a su propia costa, no facilitando subcontratas respecto de aquellas tareas a las que venía obligada, y menos todavía a una empresa propiedad del propio acusado.

5.- Que cada empresa de la UTE soportaba sus propios gastos ha sido admitido por el propio acusado e igualmente consta así en las periciales practicadas. De hecho el perito Sr. Eulalio recoge en su informe que existían una serie de gastos que eran internos de DYACONSER S.L. conforme al acuerdo de la UTE: los relativos a la dirección y seguimiento de las obras, el soporte de oficina técnica de proyectos, y seguridad y salud, así como un porcentaje en concepto de gastos generales.

Señala que en relación con la dirección de obra, el importe presupuestado era de 11.328 euros, siendo el gasto real de 46.930,30 euros; de soporte técnico presupuestado 3.020,80 euros y gasto real de 12.514,70 euros; de seguridad y salud 5.334,10 euros y gasto real 22.098,20 euros. Y de gastos generales de lo inicialmente presupuestado de 23.659 euros a gasto real de 98.015,90 euros.

Pues bien, este incremento de los gastos, conforme a las declaraciones de los técnicos de REGSA ya estaban contemplados en la ampliación del valor de la obra, sin que hubiera habido ninguna reclamación formal



a la administración para la reevaluación de las cantidades a abonar a la UTE. Pero por otra parte puede considerarse que los gastos reales de Silvio fueron muy superiores a los inicialmente presupuestados, aspecto este que no ha sido tenido en cuenta por los peritos de la defensa.

6.- De esta manera esta Sala llega a la conclusión de que los pagos realizados por el acusado Jose Miguel a CDP-CAD S.L. no aparecen justificados, como tampoco aparece justificado el pago hecho a sí mismo con cargo a la UTE.

No se alcanza la misma conclusión respecto del pago realizado a Bernarda que no se considera que sea tal, sino que conforme al folio 108 de las actuaciones consta que se hizo un ingreso en efectivo por parte de la Sra. Bernarda por importe de 3.481 euros que posteriormente fue retirado.

7.- Por ello las diversas disposiciones no justificadas por parte del acusado a lo largo de la ejecución de la obra, en perjuicio de la UTE, fue en beneficio propio, a través de su otra empresa CDP-CAD."

Todo ello lleva al tribunal a efectuar la cuantificación oportuna en la suma a reintegrar que supone la responsabilidad civil dimanante de la **apropiación**, y que así lo justifica en el FD nº 8 de la sentencia al concretar que:

"Reclaman tanto la acusación particular como el Ministerio Fiscal el pago de la última factura emitida por CONSTRUCCIONES Silvio SA a la UTE, que asciende a 133.088,06 euros. Sin embargo esta cantidad, sumada a los 51.863 euros que cobró DEUMAL en la primera factura 184.951,06 euros. Teniendo en cuenta que la administración abonó por el contrato la cantidad de 281.941,98 euros, los 184.951 euros supondrían el 65,59% de las cantidades abonadas por REGSA, siendo este porcentaje superior a lo establecido por las partes en cuanto a las cuotas de participación de cada empresa que constituyó la UTE. Y el 60% de 281.941,98 euros es 169.165,18 euros. Esta es la cantidad que como máximo hubiera percibido CONSTRUCCIONES DEUMAL SA de no mediar la defraudación por parte del Sr. Jose Miguel. Pero de esta cantidad máxima, Silvio ya percibió un primer pago por importe de 51.863 euros. Por ello el acusado indemnizará al perjudicado en la cantidad de 117.302,18 euros (resultante entre el primer pago a DEUMAL y el de lo abonado por REGSA a la UTE)."

Resulta en consecuencia, suficientemente explicado el quantum de la responsabilidad civil fijada ateniéndonos a la suma que debió percibir en este caso el perjudicado y lejos de la inexistencia de prueba para fijar la condena se ha reseñado la concurrente en este caso para la enervación de la presunción de inocencia.

El tribunal ha analizado las testificales, documental y periciales y llega a la conclusión ya suficientemente explicativa que se ha reflejado en la correlativa sistematización que hemos llevado a cabo. Así, el recurrente se convirtió en quien disponía de los cobros de la empresa pública, y lo hace de forma exclusiva y excluyente, pero en lugar de repartir lo acordado con la cuota de participación de cada uno introduce ahora una particular autoliquidación de pagos que no se corresponde con lo pactado ni con la prueba que se ha valorado por el tribunal.

El recurrente no debía hacer interpretación alguna, y menos utilizar una empresa suya para operar en el desarrollo del operativo de la UTE.

Con ello, consta la escritura pública de constitución de la UTE DYACONSER SL y CONSTRUCCIONES DUMAL (DYACONSER-DEUMAL,UTE), de 31 de mayo de 2010 que obra a los fs 33 bis al 64 del Tomo I, cuyos términos y condiciones no se han discutido en la causa.

Entre ellos, destaca el acuerdo estatutario (art. 10 de los Estatutos de la UTE) por el que CONSTRUCCIONES DEUMAL SA se encargaría de la ejecución material de la totalidad de la obra al tiempo que DYANCONSER SL, propiedad y administrada en exclusiva por el recurrente, asumiría el soporte a la jefatura de obra, visitas, comparativos de precios, control de costos, gerencia y atención al cliente.

Conforme a este reparto, se asignó una cuota de participación en la totalidad de derechos y obligaciones del 60% CONSTRUCCIONES DEUMAL a y del 40% a DYACONSER SL. La empresa CDP CAD SL, propiedad y administrada en exclusiva por el recurrente, no formaba parte de esta UTE.

Está perfectamente argumentado que no había que llevar a cabo operaciones complementarias explicativas de una liquidación que no era preciso llevar a cabo. Cada uno asume sus gastos. Había una cantidad entregada que había que repartir y no se hizo. La cuota de reparto estaba prefijada. Todo lo demás es introducir elementos que no formaban parte del pacto fijado, de ahí que las **apropiaciones** de las cantidades por el recurrente fueron indebidas y sin autorización alguna. Y si hizo pago de sumas a empresas que no formaban parte de la UTE, y sin autorización alguna del integrante de la misma y perjudicado ello ha supuesto una disposición de numerario irregular e ilícita. Hay, por ello, prueba bastante y debidamente explicada por el Tribunal.

El motivo se desestima.



TERCERO.- 2.- Por vulneración de los derechos fundamentales, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, por falta de motivación con la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito.

Señala el recurrente que "no se ha determinado el resultado empresarial de la UTE, que es el que debe cuantificar los derechos y obligaciones que cada parte debe asumir en la liquidación de la tan citada Unión de Empresas".

El recurrente introduce una cuestión que ya ha sido analizada en el precedente fundamento de derecho con arreglo a que reclama ahora un concepto que no es objeto de pacto en la UTE, ya que las condiciones estaban claras y fueron prefijadas en la constitución de la UTE sin mayores exigencias como las que ahora especifica el recurrente de forma poco concreta.

Y dado que se articula por falta de motivación nos remitimos a la extensa argumentación que se ha fijado por el Tribunal y que se ha especificado de forma sistematizada en el fundamento precedente.

Se ha hecho mención anteriormente al resultado especificado en el FD nº 8 de la sentencia recurrida a las razones para la fijación del quantum de la responsabilidad civil y que se fija en razón a que:

"Reclaman tanto la acusación particular como el Ministerio Fiscal el pago de la última factura emitida por CONSTRUCCIONS DEUMAL SA a la UTE, que asciende a 133.088,06 euros. Sin embargo esta cantidad, sumada a los 51.863 euros que cobró DEUMAL en la primera factura 184.951,06 euros. Teniendo en cuenta que la administración abonó por el contrato la cantidad de 281.941,98 euros, los 184.951 euros supondrían el 65,59% de las cantidades abonadas por REGSA, siendo este porcentaje superior a lo establecido por las partes en cuanto a las cuotas de participación de cada empresa que constituyó la UTE. Y el 60% de 281.941,98 euros es 169.165,18 euros. Esta es la cantidad que como máximo hubiera percibido CONSTRUCCIONS DEUMAL SA de no mediar la defraudación por parte del Sr. Jose Miguel. Pero de esta cantidad máxima, DEUMAL ya percibió un primer pago por importe de 51.863 euros, Por ello el acusado indemnizará al perjudicado en la cantidad de 117.302,18 euros (resultante entre el primer pago a DEUMAL y el de lo abonado por REGSA a la UTE)."

Por ello, una cosa es la disidencia acerca del quantum fijado en cuanto la suma fijada en la sentencia y otra bien distinta es la alegada falta de motivación que no concurre en este caso, y sí solo la disparidad acerca de ese quantum que ha sido explicado con detalle en cuanto al resultado de las sumas que el recurrente percibió con destino a los trabajos realizados por la UTE, la cantidad que el recurrente se apropió en base a la que no entregó al perjudicado y de la que se apropió, ya que no debió hacer pago alguno a nadie, y menos a empresas del recurrente, ya que la cuota de participación de cada uno en la UTE se correspondía con el pago que, a su vez, se debía hacer. Y ello, sin exigir ningún complemento de liquidación alguna que no estaba previsto en la constitución de la UTE por asumir cada empresa sus propios gastos.

Las obras para cuya ejecución se constituyó la UTE fueron abonadas por la empresa pública por un total de 281.941,98 euros. El porcentaje de dicha suma correspondiente a DEUMAL SL (aplicado el 60% fijado estatutariamente) es de 169.165,18 euros, habiendo correspondido el 40% restante a DYCONSER.

La sentencia considera que 169.165,18 euros sería la cifra máxima que hubiera debido percibir DEUMAL pero que dicha suma debe aminorarse restándole los 51.863,18 euros que ya recibió anteriormente.

Ninguno de los pagos realizados al propio recurrente o a CDP CAD están justificados y se han considerado cantidades ilícitamente apropiadas por el recurrente en perjuicio de la UTE constituida con DEUMAL y, en definitiva, de la propia DEUMAL SA.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1º de la LECRm, por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, en inaplicación del art. 252 y concordantes del CP.

Al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de



la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Vuelve a introducir el recurrente que "la falta de liquidación de las cuentas para obtener el resultado a distribuir el saldo, es causa excluyente del dolo penal de **apropiación indebida**".

Ahora bien, debemos recordar que esta exigencia de liquidación es algo introducido de forma unilateral por el recurrente y fuera del pacto expreso sobre el funcionamiento de la UTE de la que solo se derivaba el pago de la cuota al perjudicado y sin pagos unilaterales y menos a empresas del propio recurrente que no formaban parte de la UTE.

Así, sobre esta no necesidad de liquidación en estos casos hemos señalado que:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 632/2022 de 23 Jun. 2022, Rec. 3808/2020

"Hemos mantenido que solo es exigible una liquidación cuando sea procedente para determinar el saldo derivado de las operaciones de cargo y la fecha como resultado de las compensaciones posibles, pero no cuando se trata de operaciones perfectamente concretadas. Por ello la liquidación de cuentas pendientes, como causa excluyente del dolo penal, no es aplicable cuando se trata de relaciones perfectamente determinadas y separadas.

... La **apropiación indebida** exige, en efecto, que se demuestre que la retención es efectivamente **indebida** pero no basta para excluirla la artificiosa generación de una necesidad de previa liquidación.

La existencia de una postergada liquidación de cuentas no opera como justificación automática. Al contrario, solo procederá, insistimos, cuando se trate de relaciones jurídicas ciertas y complejas, confusas y duraderas en el tiempo.

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 407/2020 de 20 Jul. 2020, Rec. 3603/2018

"La Jurisprudencia de esta Sala -SSTS. 316/2013 y 17 abril, 753/2013 de 15 octubre-, ha matizado el viejo criterio que afirmaba la necesidad de liquidación previa, precisando ahora, que solo es exigible una liquidación cuando sea procedente para determinar el saldo derivado de las operaciones de cargo y la data como resultado de las compensaciones posibles, pero no cuando se trata de operaciones perfectamente concretadas (SSTS. 1240/2004 de 5.11, 918/2008 de 31.12, 768/2009 de 16.7). Por ello la liquidación de cuentas pendientes como causa excluyente del dolo penal, no es aplicable al tratarse de relaciones perfectamente determinadas y separadas (STS. 431/2008 de 8)".

En la misma línea, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 668/2016 de 21 Jul. 2016, Rec. 193/2016

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 24/2020 de 29 Ene. 2020, Rec. 2443/2018

Y con detalle y conclusividad se expresa en esta sentencia sobre este tema que:

"El problema no es propiamente jurídico. No se trata de dilucidar si cabe condenar por **apropiación indebida** cuando hay una liquidación de cuentas pendiente. No es ese un tema sustantivo. No hay dificultad dogmática alguna para que convivan **apropiación indebida** y relaciones económicas complejas y no finiquitadas pendientes de aclarar cuentas y deudas y créditos recíprocos. Es una cuestión de prueba.

Es perfectamente imaginable y los repertorios dan buena muestra de ello, una **apropiación indebida** en el contexto de ese tipo de relaciones que aguardan una liquidación y aclaración de las cuentas, para precisar débitos y créditos recíprocos y establecer las compensaciones que procedan. Singularmente es ello posible cuando el autor se embolsa cantidades muy por encima de las que le corresponderían o realiza actuaciones que por su clandestinidad o mecánica o morfología fraudulenta revelan de forma inequívoca ese ánimo de apoderamiento de lo que corresponde al principal, o a la entidad administrada, o al socio."

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1006/2021 de 17 Dic. 2021, Rec. 5601/2019

"La liquidación de cuentas pendientes como causa excluyente del dolo penal, no es aplicable al tratarse de relaciones perfectamente determinadas y separadas (STS. 431/2008 de 8.7), exigiéndose la justificación del crédito por parte del acusado, si este pretende una previa liquidación de cuentas, ha de indicar la existencia de algún posible crédito en su favor o de una posible deuda a cargo del perjudicado, no bastando con meras referencias genéricas o inconcretas. (STS. 903/99)". Doctrina que reproducen las SSTS 434/2014, de 3 de junio; 331/2018, de 4 de julio; o 316/2020, de 15 de junio. En la STS 24/2020, de 29 de enero dijimos "No hay dificultad dogmática alguna para que convivan **apropiación indebida** y relaciones económicas complejas y no finiquitadas pendientes de aclarar cuentas y deudas y créditos recíprocos. Es una cuestión de prueba.



Es perfectamente imaginable y los repertorios dan buena muestra de ello, una **apropiación indebida** en el contexto de ese tipo de relaciones que aguardan una liquidación y aclaración de las cuentas, para precisar débitos y créditos recíprocos y establecer las compensaciones que procedan. Singularmente es ello posible cuando el autor se embolsa cantidades muy por encima de las que le corresponderían o realiza actuaciones que por su clandestinidad o mecánica o morfología fraudulenta revelan de forma inequívoca ese ánimo de apoderamiento de lo que corresponde al principal, o a la entidad administrada, o al cosocio".

Por ello, en el presente caso no había que llevar a cabo operación complementaria alguna de liquidación. Tras los pagos realizados por la empresa pública y las condiciones de reparto de actividad e ingresos de la UTE el recurrente debió abonar con claridad al perjudicado lo que le correspondía y que queda debidamente explicado en la sentencia. Y los actos complementarios que ahora exige no formaban parte alguna del pacto de constitución y funcionamiento de la UTE. El recurrente hizo pagos indebidos y sacó dinero de la cuenta de forma irregular, cuando lo que debió llevar a cabo es el pago de su parte al perjudicado que estaba debidamente fijada y cuantificada y, lejos de ellos, no lo hizo y se la apropió llegando al denominado "punto sin retorno".

En la escritura pública de constitución de la UTE consta que no se trataba de una sociedad mercantil, sino de una unión temporal de empresas para la ejecución de determinadas obras, unión a la que cada empresa aportaba no sólo su trabajo sino sus respectivos equipos y recursos pudiendo en el desarrollo de los trabajos respectivos, subcontratar con terceros, pero bajo su responsabilidad y por su propia cuenta. Y si había subcontratación lo era por cuenta del que la llevara a cabo.

Consta la suma total abonada por la empresa pública contratante (281.941,98 euros) del que sólo una pequeña parte (51.863 euros) fue a parar a DEUMAL. Consta también que, según el pacto estatutario correspondería a DEUMAL el 60%, esto es, 169.941,06 euros. Y ha habido **apropiación** sin retorno de la suma que debió abonar el recurrente al perjudicado.

El recurrente fue la única persona autorizada para operar en la cuenta corriente y fue en esa condición, según refiere la sentencia, en la que pudo disponer las transferencias a su favor y al de otra de sus empresas, en perjuicio de la UTE y, en definitiva, del 60% de sus beneficios que hubiera correspondido a DEUMAL SL. Se apropió de los importes que correspondían al socio en la UTE y sin retorno porque se niega a devolverlo.

Con respecto a la correcta calificación de los hechos por apropiarse el recurrente de dinero que no le correspondía en exclusiva y sin abonar al perjudicado lo que le correspondía llegando al punto sin retorno por no querer devolver lo apropiado hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 407/2020 de 20 Jul. 2020, Rec. 3603/2018 que:

"Es abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la **apropiación indebida** de dinero. En efecto si se admitiese el criterio de que la **apropiación indebida** de dinero solo tenía cabida en el anterior art. 252 CP como "distracción", constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta específica de "distracción" ya no figura en la actual redacción del delito de **apropiación indebida**, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por **apropiación indebida**, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Por el contrario, esta Sala ha mantenido la sanción por delito de **apropiación indebida** de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 433/2013, de 2 de julio (conducta apropiatoria de dinero en el ámbito societario), STS 430/2015, de 2 de julio (**apropiación indebida** de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal), STS 414/2015, de 6 de julio (**apropiación indebida** por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015, de 7 de julio (**apropiación indebida** por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015, de 16 de julio, (**apropiación indebida** de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015, de 5 de octubre, (**apropiación indebida** de dinero por Director General de una empresa), STS 615/2015, de 15 de octubre (**apropiación indebida** de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre, (**apropiación** de dinero por apoderado), STS 732/2015, de 23 de noviembre (**apropiación indebida** de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015, de 1 de diciembre (**apropiación indebida** de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (**apropiación indebida** de dinero por intermediario), STS 65/2016, de 8 de febrero (**apropiación indebida** de dinero por agente de viajes), STS 80/2016, de 10 de febrero, (**apropiación indebida** de dinero por el patrono de una fundación), STS 89/2016, de 12 de febrero (**apropiación indebida** de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc. etc.

En realidad, la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de **apropiación indebida** y el de administración desleal la disposición de los bienes



con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la **apropiación indebida**) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la **apropiación indebida** los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el art. 253.

Como ha señalado la STS 18/2016, de 26 de enero, " la admisión de la **apropiación indebida** de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales, por su naturaleza fungible, pero sin entrar ahora en debates más complejos es necesario constatar que el Legislador ha zanjado la cuestión en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de **apropiación indebida** en el nuevo art. 253 CP.

Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de **apropiación indebida** de dinero es que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", es decir que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución (STS 513/2007 de 19 de junio, STS 938/98, de 8 de julio, STS 374/2008, de 24 de junio, STS 228/2012, de 28 de marzo)".

Este criterio jurisprudencial plenamente consolidado trae causa de anteriores precedentes en los que ya fueron abordados los efectos asociados al nuevo régimen jurídico instaurado por la LO 1/2015, en el que la reforma de los arts. 252 y 253 del CP fueron algo más que una simple recolocación sistemática. Con posterioridad se han sucedido nuevos pronunciamientos en la misma dirección. Es el caso de la STS 244/2016, de 30 de marzo, en la que se señala que "...así como en la **apropiación** de cosas no fungibles la incorporación al patrimonio ajeno es instantánea exteriorizador del "animus rem sibi habendi", en la distracción de dinero se requiere que se dé un destino distinto y definitivo, de suerte que hasta que ese destino no se ha objetivado cabría la existencia de un mero uso indebido del dinero, que no supusiera el despojo definitivo del mismo por parte del infractor hasta que no se haya superado lo que se denomina el "punto de no retorno" que distingue el mero uso indebido situado extramuros del sistema penal, de la **apropiación** en sentido propio. De igual modo en la STS 216/2016, de 15 de marzo, con citas de las SSTS 370/2014 y 905/2014. Por ello, la reforma operada por LO 1/2015, nada ha alterado desde esta pacífica jurisprudencia, aunque sea cuestionado por un sector doctrinal (cfr. STS 414/2016, 17 de mayo)".

Debe admitirse, por todo ello, que ha habido desvío de fondos de la cuenta de la UTE por parte del acusado, pero es que, además, sustentado el motivo en infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM en relación con el art. 252 CP a la fecha de los hechos los probados señalan que: "Finalizada la obra, CONSTRUCCIONS DEUMAL, S.A., presentó a la UTE la factura número NUM003 , de fecha 30 de diciembre de 2011, por importe de 133.088,06 euros, que nunca fue abonada por parte del acusado quien, actuando con el propósito de obtener un inmediato beneficio ilícito, se adueñó de dicha cantidad procedente del pago efectuado por la empresa pública y percibido por la U.T.E., con claro perjuicio a CONSTRUCCIONS DEUMAL que no pudo percibir su parte correspondiente. Además, el acusado, en su condición de Gerente de la U.T.E., estando autorizado para disponer de los fondos de la cuenta corriente de la sociedad, efectuó distintas disposiciones de fondos de dicha cuenta y pagos en su propio favor y en el de las mercantiles DYACONSER, SL y CDP CAD, S.L. de las que era propietario y administrador único."

El proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal de la **apropiación indebida** es evidente. Como se ha expuesto ha habido **apropiación** de dinero de la cuenta de la que disponía el recurrente, pero que era de la UTE y para pago a cada partícipe de su cuota de participación en el resultado final, el cual se determinó por el pago de la empresa pública de lo pactado, pero lejos de lo cual el recurrente se apropia de cantidades que constan en los hechos probados, verificándose en el punto sin retorno por la extracción de sumas fijadas en lugar de haber hecho el pago de la cuota que le correspondía al perjudicado. Y ello, porque el recurrente se apropió de una parte ya expuesta de lo que le correspondía en el cobro al perjudicado de ese dinero que se ingresa en la cuenta de la UTE que era para pago y por administración del recurrente para distribuir los pagos, pero que se lo quedó en la cuantía ya tasada y fijada.

Consta en los hechos probados que: "la empresa pública REGS DE CATALUNYA, S.A. abonó a la U.T.E. el importe total de la obra que ascendió a 281.941,98 euros (IVA incluido), según lo estipulado cuyos pagos se realizaron mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente que al efecto el acusado aperturó en el Banco de Santander, con número NUM002 . Dicha cuenta -era titularidad de DYACONSER, S.L. Y CONSTRUCCIONES DEMAL, S.A. U.T.E. (1.165354565). Fue aperturada el día 2 de julio de 2010 por el acusado, el cual figuraba



como único autorizado de la cuenta." El recurrente debió administrar ese importe de forma correcta, pero se apropió de parte de lo que correspondía al perjudicado indebidamente.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849. 1º de la LECRIM por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, en inaplicación del art. 21.6 y concordantes del CP.

Se plantea por la recurrente que concurre la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP, pero el tribunal la rechazó en el FD nº 6º de la sentencia señalando que: "No se considera que se hayan producido dilaciones extraordinarias e indebidas en el presente procedimiento, además de que tampoco la defensa ha indicado los periodos concretos de paralización de las actuaciones.... por más que la presentación "de la querrela fuera en marzo de 2013, el auto de apertura del juicio oral fue en fecha 6 de noviembre de 2017. El último escrito de defensa fue presentado en fecha 27 de abril de 2018 y se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial en fecha 10 de mayo de 2018, teniendo que ser devueltas al instructor en virtud de Diligencia de Ordenación de fecha 10 de mayo de 2018, retornando nuevamente a esta Sección el 13 de junio de 2018, teniendo que ser nombrado un nuevo abogado para CONSTRUCCIONS DEUMAL habida cuenta de la baja en el ejercicio del letrado anterior. En fecha 9 de octubre de 2018 se dictó auto de admisión de pruebas, señalándose para juicio el día 18 de septiembre de 2019. Y fue precisamente este primer día que el juicio se suspendió al aportarse como cuestión previa por la defensa dos periciales voluminosas que impedían que las acusaciones las pudieran siquiera leer, por lo que se suspendió el juicio, señalándose nuevamente para el 30 de septiembre de 2020, fecha en que finalmente se ha celebrado el juicio.

No hubo propiamente ninguna paralización o lapso temporal procesalmente inerte, por mucho que el discurrir procesal aparezca ralentizado.

Lo que está claro es que no basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, por prolongado que este sea, sino que se deben concretar los períodos y demoras producidas, para valorar si ha existido efectivo retraso, si estuvo o no justificado y si se debió o no a la conducta del imputado, así como las consecuencias gravosas que, en su caso y más allá del perjuicio inherente al mero retraso.

De esta manera, como concreta el Fiscal de Sala, se comprueba que no hubo completa paralización nunca; ni en los 4 años transcurridos desde la presentación de la querrela en marzo de 2013 a la apertura de juicio oral el 6 de noviembre de 2017. La última calificación provisional de las cuatro partes personadas en la causa se presentó 6 meses después, siendo precisa la devolución de la causa al Instructor que, a su vez, la elevó nuevamente a la Audiencia el 13 de junio de 2018. A continuación, el Letrado de la Acusación Particular cursó baja en el ejercicio profesional por lo que hubo de tramitarse la designación del nuevo Letrado. El 9 de octubre de 2018 se admitieron la mayoría de las pruebas propuestas por las partes y se señaló juicio para el día 18 de septiembre de 2019.

En esta fecha se produjo una de las causas de dilación más disfuncionales: la suspensión del juicio oral ya señalado. Se debió a la aportación por la Defensa del ahora recurrente, como cuestión previa, de dos periciales contables, cuando obraba ya en autos el informe pericial del Juzgado y estaba prevista su presencia en el plenario a efectos de ratificación y contradicción. Las periciales aportadas era de tal volumen que hubiera sido imposible su lectura por las partes en el acto por lo que hubo de posponerse hasta el 30 de septiembre de 2020. Esta demora de un año, indirectamente propiciada por la parte que ahora reclama lo indebido de la dilación, es habitual en casos de suspensión del juicio ante los órganos de enjuiciamiento penal. También lo son, como se ha dicho, los distintos periodos de ralentización del curso procedimental que se han constatado. Esto es, no concurren ni la ausencia total de justificación ni el carácter extraordinario, ni la imposibilidad de atribución de la dilación la propia parte que la reivindica luego. Y lo que es importante, existe una correlación entre la complejidad de una causa con 4 partes personadas y precisión de practicar varias pericias contables y la naturaleza de la demora que se denuncia.

Con ello, se trata de una causa ya compleja en cuanto a las referencias de cálculo y determinación de la cuantía, además de las sucesivas incidencias que han surgido que no pueden achacarse tampoco a disfunciones del órgano judicial que hagan determinar la concurrencia de la atenuante.

Pero en cualquier caso, en base al art. 66.1.1º CP cuando concurre una atenuante la pena se impondrá en su mitad inferior, y en este caso ya se ha aplicado, dado que en el FD nº 7º se apunta que "la pena en abstracto aplicable sería la de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. Ya se ha apuntado anteriormente que no cabría la aplicación de la pena en su mitad superior o la pena superior en grado en su mitad inferior, por cuanto la continuidad delictiva ya ha sido tenida en consideración para la aplicación del subtipo agravado. No concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pero, atendida la gravedad concreta de la conducta, las circunstancias del caso y fundamentalmente la cuantía de lo apropiado, muy superior a los



50.000 euros- y la nula reparación del daño hasta la fecha, se impone la pena de dos años de prisión y multa de 8 meses con una cuota diaria de 6 euros".

Con ello, no existiendo una determinación concreta de periodos de paralización o abandono del procedimiento, y dadas las vicisitudes que han concurrido en un procedimiento de naturaleza patrimonial y visto que la pena está impuesta ya en su mitad inferior no tiene efecto el planteamiento del motivo.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849. 1º de la LECRm, por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, en inaplicación del art. 109 y 110 y concordantes del CP.

Se queja por la cuestión atinente a la determinación de la responsabilidad civil que ya ha sido explicada de forma detallada en la presente resolución en el FD nº 2 en cuanto a la prueba practicada determinante de la fijación del quantum y lo expuesto en el FD nº 4 al que nos remitimos en cuanto a la correcta fijación de la responsabilidad civil tras las operaciones realizadas y el resultado de la documental y pericial determinante de la cantidad apropiada que ante la cuota que correspondía al perjudicado fue la fijada en la sentencia.

La argumentación de la sentencia es correcta y fundamentada, señalando que: "Teniendo en cuenta que la administración abonó por el contrato la cantidad de 281.941,98 euros, los 184.951 euros supondrían el 65,59% de las cantidades abonadas por REGSA, siendo este porcentaje superior a lo establecido por las partes en cuanto a las cuotas de participación de cada empresa que constituyó la UTE. Y el 60% de 281.941,98 euros es 169.165,18 euros. Esta es la cantidad que como máximo hubiera percibido CONSTRUCCIONES DEUMAL SA de no mediar la defraudación por parte del Sr. Jose Miguel . Pero de esta cantidad máxima, Silvio ya percibió un primer pago por importe de 51.863 euros, Por ello el acusado indemnizará al perjudicado en la cantidad de 117.302,18 euros (resultante entre el primer pago a DEUMAL y el de lo abonado por REGSA a la UTE)."

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del numero 2º del art. 849 de la LECRIM por entender que la valoración de la prueba efectuada no es respetuosa con la presunción de inocencia que declara el art. 24.2 de la CE ya que no queda acreditada la responsabilidad del acusado.

Plantea el recurrente como documento literosuficiente la Escritura Pública de Constitución de la entidad DYACONSER, S.L. Y CONSTRUCCIONES DUMAL , S.A. UNION TEMPORAL DE EMPRESAS.

Hace mención el recurrente a una referencia al principio in dubio pro reo y que se admitía la subcontratación, pero hay que recordar que esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. pueda prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, 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 modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).



Pues bien, la posibilidad de subcontratación de parte de la ejecución de la obra asumida por cada miembro de la UTE no significa ni acredita que se hubiera hecho efectivamente, ni mucho menos que las facturas de las partes de obra o servicios subcontratados pudieran cargarse a la UTE o al miembro subcontratador.

Y, como ha quedado expuesto, este motivo de casación exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal hubiera omitido erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. La documentación designada solo permite dar por probado que los estatutos de la UTE admiten la subcontratación, pero no que esta se hubiera efectuado realmente, y mucho menos, que las facturas de las obras o partes de obras subcontratadas pudieran o debieran ser del cargo de la UTE y no del miembro subcontratante.

Nada aporta el documento que se cita en cuanto a que pueda destruir la argumentación del tribunal en cuanto a la prueba tenida en cuenta para la condena. El recurrente no tenía autorización alguna para hacer pagos y/o hacerlo a quien ella por su cuenta hubiera subcontratado. El pago a terceros de importes que correspondían a la UTE no estaba previsto. Las sumas distraídas de lo ingresado en la cuenta por el recurrente supuso apropiarse de importe parcial ya cuantificado en la sentencia sin autorización ni posibilidad alguna de llevarlo a cabo. Además, existe prueba fijada relevante que contradice lo expuesto por el recurrente en el documento que refiere que, en cualquier caso, no altera lo ya probado y reflejado en la sentencia.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Jose Miguel** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, de fecha 8 de octubre de 2020, que le condenó por delito de **apropiación indebida**. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián