



Roj: **STS 4657/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4657**

Id Cendoj: **28079120012023100801**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2023**

Nº de Recurso: **6214/2021**

Nº de Resolución: **814/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 814/2023

Fecha de sentencia: 08/11/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6214/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/11/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6214/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 814/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 8 de noviembre 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. Luis Antonio**, contra sentencia dictada por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, de fecha 7 de octubre de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por la representación de indicado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de mayo de 2021, que le condenó por delito de apropiación indebida agravado, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Susana Gómez Cebrián y bajo la dirección Letrada de D. José Ramón Pomares Cerezo y la recurrida Acusación Particular Extra Electromenagers, S. A., representada por el Procurador D. Emilio Martínez Benítez y bajo la dirección Letrada de Dña. Patricia Rosell Domínguez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 1 incoó Procedimiento Abreviado con el nº 58/2019 contra el acusado Luis Antonio, que con fecha 14 de mayo de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"1. D. Luis Antonio fue contratado por Edesa Industrial S.L. en octubre de 2014, empresa dedicada a la fabricación, reparación, comercialización, importación y exportación de aparatos eléctricos y electrodomésticos. Edesa tenía una filial en Marruecos denominada Extra Electromenagers S.A. (Extrem, en adelante) con idéntico objeto social, domiciliada en Mohammedia. Luis Antonio fue nombrado miembro del Consejo de Administración de Extrem en reunión de la Junta General de 17 octubre 2016 y, al día siguiente, Director General por acuerdo del mismo Consejo. El 27 enero 2017 el Director General suscribió con la empresa un contrato de empleo para extranjeros sometido a la legislación marroquí y se desplazó a residir a Marruecos. Como Director General tenía facultades de gestión y administración, entre ellas la de ordenar pagos, pero no decidir el reparto de beneficios o la aprobación de bonificaciones o primas.

2. El Consejo de Administración estaba compuesto, además de por Luis Antonio, por D. Aurelio, Presidente, D. Baltasar, Director General delegado, y D. Benito. En la práctica Luis Antonio gestionaba la compañía sin un control externo efectivo, por falta de medios de la sociedad matriz.

3. Aprovechando esta autonomía y las facultades de disposición de las cuentas bancarias de la sociedad, el 14 agosto 2017 Luis Antonio autorizó al departamento de Recursos Humanos el pago de importantes cantidades a los diecinueve trabajadores de la empresa y a él mismo, por importe de 6 580 867 dirhams marroquíes (DH), que equivalía a 591 836,51 euros, y en concepto de primas. El 23 de agosto siguiente ordenó la transferencia de las cantidades a las cuentas de los beneficiados por ese pago único. No comunicó a los miembros del Consejo la decisión ni solicitó su aprobación.

Los empleados percibieron en concepto de anticipo de indemnización por despido en caso de concurso de la empresa estas cantidades. D. Calixto : 691 608 DH (62 198,32 €); D^a. Maribel : 272 924 DH (24 544,84 €); D. Cristobal : 119 830 DH (10 776,66 €); D. Domingo : 139 376 DH (12 534,48 €); D^a. Petra : 93 710 DH (8 427,61 €); D^a. Ramona : 123 035 DH (11 064,89 €); D^a. Regina : 300 000 DH (26 979,87 €); D. Eulogio : 701 278 DH (63 067,97 €); D. Ezequiel : 89 693 DH (8 066,35 €); D. Fausto : 107 015 DH (9 624,17 €); D. Fernando : 127 738 DH (11 487,85 €); D. Fructuoso : 144 632 DH (13 007,17 €); D. Gaspar : 98 319 DH (8 842,11 €); D. Gines : 63 899 DH (5 746,62 €); D. Heraclio : 57 625 DH (5 182,38 €); D. Indalecio : 59 637 DH (5 363,32 €); D. Iván : 57 863 DH (5 203,78 €); D. Jon : 66 367 DH (5 968,57 €) y D. Andrea, 11 253 DH (1 012,01 €).

Luis Antonio ordenó que se le abonara en su cuenta y por el mismo concepto 3 255 064,00 DH (292 737,37 €). Su salario mensual ascendía a 35 000 DH.

1. La empresa atravesaba una grave crisis económica, que se iba agudizando, cerrando el ejercicio contable de este año con pérdidas por valor de 27 021 786,54 dirhams marroquíes (lo que equivalía por entonces a 2 418 749,57 euros). Por este motivo fue despedido por el nuevo Consejo de Administración el 25 septiembre 2017, que aceptó indemnizarle con tres meses de salario, cantidad que le fue abonada porque la compañía ignoraba que ya había percibido un pago por ese concepto".

SEGUNDO.- La citada sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"1. **CONDENAMOS** a D. Luis Antonio como autor de un delito de apropiación indebida agravado a la pena de 3 años de prisión y multa de 8 meses con cuota diaria de 10 euros e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

2. Abonará las costas causadas, incluidas las de la acusación particular.



3. En concepto de responsabilidad abonará 591.836,51 euros a Extra Electromenagers S.A. más los daños y perjuicios irrogados a la sociedad por la repercusión tributaria y en cotizaciones sociales del pago de dicha cantidad en concepto asimilado al salario, que se determinará en ejecución de sentencia, según lo pautado en el apartado 3 de los fundamentos.

Deberá concluirse la pieza de responsabilidad civil.

Notifíquese esta resolución a las partes y a los interesados, con instrucción de los derechos que les asisten a aquellas frente a la misma, en concreto de su derecho al recurso de apelación ante la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional en el plazo de diez días siguientes al de la última notificación".

Contra indicada sentencia se interpuso recurso de apelación por el acusado Luis Antonio ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, que con fecha 7 de octubre de 2021 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"En atención a lo expuesto este tribunal ha decidido:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Gómez Cebrián, en nombre del condenado Luis Antonio, contra la sentencia dictada el 14 de mayo de 2021, aclarada el 15 de julio de 2021, en consecuencia se mantiene la condena a Luis Antonio como autor de un delito de apropiación indebida agravado a la pena de 3 años de prisión y multa de 8 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena. Abonará las costas causadas, incluidas las de la acusación particular. En concepto de responsabilidad abonará 591.836,51 euros a Extra Electromenagers S.A. más los daños y perjuicios irrogados a la sociedad por la repercusión tributaria y en cotizaciones sociales del pago de dicha cantidad en concepto asimilado al salario, que se determinará en ejecución de sentencia, según lo pautado en el apartado 3 de los fundamentos.

Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, contra ella puede interponerse recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, que deberá prepararse ante este tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación de la sentencia".

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. Luis Antonio**, 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. Luis Antonio**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, con base procesal en el Art. 5º.4 de la L.O.P.J. al haber infringido la Sentencia que recurro, los artículos de la Constitución 24.2 (derecho al proceso con todas las garantías, a utilizar los medios pertinentes para su defensa y 24.1 (interdicción de la indefensión), por cuanto que en la sesión de Juicio Oral de 10 de Mayo de 2021 se privó de la utilización de la prueba documental solicitada en el escrito de defensa y admitida a trámite por la Sala en su totalidad por medio de Auto de Admisión de fecha 09/09/2020 y que no fue impugnado por ninguna de las partes acusadoras y por infracción de ley del nº 1 del Art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que ha existido error en la valoración de la prueba basada en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, con base procesal en el Art. 5º.4 de la L.O.P.J. al haber infringido la Sentencia que recurro los artículos de la Constitución 24.2 (derecho al proceso con todas las garantías, a utilizar los medios pertinentes para su defensa y 24.1 (interdicción de la indefensión).

Tercero.- Por Infracción de Ley de los nº 1 y 2 del Art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de lo establecido en el artículo 326 en relación con el 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, norma que ha de ser observada en la aplicación de la ley penal y por entender que ha existido error en la valoración de la prueba basada en documentos que obran en autos que carecen de valor probatorio según lo establecido en el citado artículo 326 de la LEC.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular que impugnó el 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 7 de noviembre 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 la representación de Luis Antonio contra la sentencia número 7/21 dictada por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional el 7 de octubre de 2021.

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a la interdicción de la indefensión (artículo 24.1 y 2 CE).

El recurrente fue condenado como autor de un delito de apropiación indebida agravado a la pena de 3 años de prisión y multa de 8 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

Hay que señalar a los efectos que aquí ocupan que los hechos probados refieren que el recurrente " *Aprovechando esta autonomía y las facultades de disposición de las cuentas bancarias de la sociedad, el 14 agosto 2017 Luis Antonio autorizó al departamento de Recursos Humanos el pago de importantes cantidades a los diecinueve trabajadores de la empresa y a él mismo, por importe de 6 580 867 dirhams marroquíes (DH), que equivalía a 591 836,51 euros, y en concepto de primas. El 23 de agosto siguiente ordenó la transferencia de las cantidades a las cuentas de los beneficiados por ese pago único. No comunicó a los miembros del Consejo la decisión ni solicitó su aprobación.*"

Se citan a continuación las cantidades que abonó y se añade que *Luis Antonio ordenó que se le abonara en su cuenta y por el mismo concepto 3.255.064,00 DH (292 737,37 €). Su salario mensual ascendía a 35 000 DH. La empresa atravesaba una grave crisis económica, que se iba agudizando, cerrando el ejercicio contable de este año con pérdidas por valor de 27 021 786,54 dirhams marroquíes (lo que equivalía por entonces a 2 418 749,57 euros). Por este motivo fue despedido por el nuevo Consejo de Administración el 25 septiembre 2017, que aceptó indemnizarle con tres meses de salario, cantidad que le fue abonada porque la compañía ignoraba que ya había percibido un pago por ese concepto.*

En realidad, se está alegando la vía del art. 850.1.1º LECRIM, ya que la queja lo es por denegación de prueba y el motivo es el que se debe indicar en la interposición del recurso y su cita de forma numerada y separada. Y, además, se debe anudar en cada motivo cuál es la consecuencia que se pretende de su planteamiento, ya que se limita a la alegación de la queja formal, pero sin citar nada más en el motivo, y remitiéndose en la parte final del recurso a alegar que "se anule la sentencia y se dicte la que proceda en derecho", lo que no se corresponde con el planteamiento de este motivo y su alcance y trascendencia.

Pues bien, ante este mismo motivo planteado ante la Sala de apelación de la AN se le denegó el mismo, señalando acertadamente la Sala que:

"Las expresiones utilizadas por la defensa en su proposición de prueba "todos los documentos que constan y los que aporte a la vista" no pueden ser la vía para facilitar la incorporación sorpresiva de cualquier documento, como parece pretender el recurrente, porque ello originaría un desequilibrio entre las partes, que se podrían ver sorprendidas con nuevas pruebas documentales sin haber podido conocerlas, contradecirlas, ni aportar prueba en contra.

No puede el recurrente ampararse en que el auto de admisión de pruebas acordó admitir todas las propuestas, porque esa falta de concreción en la proposición de prueba documental lo que significa es que no puede entenderse formalmente propuesto documento alguno, con lo que tampoco podía haber sido rechazada por el tribunal.

Al tratarse de un procedimiento abreviado al inicio de la vista oral, en el trámite de las cuestiones previas, las partes pueden proponer nuevas pruebas. El art. 786.2 de la LECrim. se refiere al turno de intervenciones que debe abrir el tribunal a instancia de parte, entre otras cuestiones para exponer lo que estimen oportuno sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o las que se propongan para practicarse en el acto. En este caso la defensa en ese trámite no propuso nuevas pruebas documentales, que podía haber aportado en ese acto.

Aunque el recurrente no expone en su recurso de qué documentos se trataba, ni a qué testigos pretendía exhibirlos, en el acta del juicio aparece que durante la prueba testifical, trató de exhibir un correo electrónico al testigo Sr. Baltasar . Al ser preguntado por el tribunal sobre el folio en el que se encontraba el documento,



cuya exhibición pretendía, respondió que no estaba en el procedimiento, el tribunal entonces no le admitió su exhibición, ni la incorporación del documento. No consta en la grabación que en ese momento haya formulado protesta. En el momento de la prueba documental propuso unas páginas de Google que también le fueron rechazadas.

Al tratarse de una prueba documental extemporánea fue correcto el rechazo de la incorporación por el tribunal, por lo que el motivo de recurso se rechaza.

En cualquier caso, el recurrente tampoco propone en su recurso para este trámite del recurso de apelación la admisión de los documentos. En el escrito de formalización del recurso de apelación puede pedir el recurrente la práctica de prueba. Esta posibilidad está limitada a las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, porque fundamentalmente no tuviese conocimiento de su existencia, a las pruebas propuestas que le fueron indebidamente denegadas, en cuyo caso se exige que hubiere formulado protesta ante su inadmisión, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables, art. 846 ter en relación con el 790.3 ambos de la LECrim."

No cabe la proposición de una prueba "diferida" al acto del juicio oral al referirse a "todos los los que en la Vista del Juicio señale esta defensa", porque ello no puede dar cobertura a que cualquier documento que se pretenda exhibir a testigos pueda ser realizado en el juicio oral al existir un momento preclusivo en el juicio oral que es el del art. 786.2 LECRIM al inicio del juicio oral antes del inicio de la práctica de la prueba. Fuera de ello no cabe exhibir documentos que se aporten en el acto.

Como acertadamente señala el Fiscal de Sala no se pueden introducir unos documentos que no estaban en la causa, que no se habían propuesto ni admitido, en un momento en que ya había precluido la posibilidad de hacerlo, porque el reconocimiento a que se refiere el artículo 712 LECrim se refiere a objetos o piezas que están en el acervo del procedimiento. En nuestro derecho no se admite la presentación a un testigo para reconocimiento de un documento que no esté en la causa o que no se haya propuesto y admitido temporáneamente.

El recurrente insiste en que del contenido del auto de admisión de pruebas "se acepta la admisión de todos los documentos que en la Vista del Juicio señale esta defensa", lo que no es cierto, y no cabe apelar al art. 3.1 CC, ya que las pruebas ex novo no señaladas expresamente en los respectivos escritos y que se traten de nuevas tienen un cauce temporal único ex art. 786.2 LECRIM, válido tanto para el procedimiento abreviado como para el sumario, como esta Sala ya ha tenido ocasión de señalar de forma reiterada para evitar privar en el procedimiento de sumario de esta opción de aportar pruebas al inicio del juicio cuando se trata de hechos más graves, sancionados con pena mayor y con el fin de evitar indefensión.

Pero lo que no cabe es que una vez transcurrida la fase previa de poder aportar esos documentos se pretendan aportar cuando se produce un interrogatorio por una referencia que pueda existir en el escrito de calificación provisional y de proposición de prueba que es el que cita el recurrente referido a "los documentos que señala la defensa". No es posible esta fórmula de introducir documentos en el juicio y pedir que se le exhiban a los posibles testigos que vayan a declarar, o al acusado.

En cualquier caso, el motivo alegado carece de fundamento por la razón de que en cuestiones de denegación de prueba no estamos ante un caso de "seguridad" de lo que hubiera ocurrido si se hubiera admitido la prueba, sino de oportunidad de ejercicio del derecho de defensa por la "pérdida de oportunidad" en materia probática de haber podido aportar prueba decisiva en términos de defensa o acusación particular.

Además, la forma de plantear el motivo se basa más en indefensión formal y no en indefensión material, que es como debe enfocarse un motivo de denegación de prueba.

La parte no debe hacer girar su queja sobre la seguridad del cambio de la sentencia con esa prueba denegada, sino con la pérdida de la oportunidad de haber podido aportar una prueba que para ella era relevante y no pudo tener su reflejo en la sentencia.

Así, debe la parte:

- 1.- Analizar la sentencia y sus argumentos.
- 2.- Fijar qué prueba fue denegada.
- 3.- Incidir en lo que se privó y hubiera podido cambiar el tenor de la sentencia por lo que la prueba hubiera podido aportar.
- 4.- Si no se me hubiera privado indebidamente "posiblemente" la sentencia podría haber valorado la prueba de forma diferente.



5.- La inadmisión fue "trascendente" para la sentencia que se dictó.

Y ello no se hace en este caso, ya que se presta especial "acento" en el aspecto formal, pero se olvida que cuando se plantea la queja en sede casacional la forma de plantear la misma es desde la perspectiva de la indefensión material que exige:

- 1.- Fijar en el recurso la referencia a la constancia en la sentencia de la prueba determinante de la condena.
- 2.- Fijar cuál fue la prueba denegada.
- 3.- Analizar en qué medida y por qué razones podría haber la "oportunidad" en el ejercicio del derecho de defensa de una eficacia razonable del cambio por la gravedad de la prueba denegada.

Todo ello no se explica motivadamente en el recurso, ya que se plantea una mención a documentos no exhibidos, pero sin concretar el alcance de lo que se denomina por la jurisprudencia "la trascendencia de la inadmisión", analizando debidamente y con detalle las razones de la condena y el tipo penal, así como la prueba de cargo fijada, y la virtualidad, pertinencia y relevancia de la prueba que se alegaba fuera admitida y no lo fue.

No estamos, pues, ante un simple alegato de que "esta prueba me fue admitida y no se practicó", o "esta prueba que propuse no fue admitida y debía serlo", sino que se trata del alcance de sus consecuencias, y de la capacidad modificativa del sentido de la sentencia mediante el análisis de una "mejor oportunidad" en el ejercicio del derecho de defensa, y las razones de, posible "cambio hipotético" del resultado final en la "confrontación" de las pruebas expuestas y admitidas como de cargo y las de descargo, entre las que estarían las referidas en una denegación de prueba.

Como señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 975/2022 de 19 Dic. 2022, Rec. 10216/2022:

"Para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no solo su pertinencia sino también, de forma singular, su necesidad.

La STC 142/2012, de 2 de julio, desde una perspectiva diferente (amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 CE) lo explica en estos términos: "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige:

En primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto.

En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial.

En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor.

Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero, FJ 2)."

In casu fuese cual fuese el resultado de esa prueba carecía de aptitud para variar el sentido del fallo.

Es verdad que la decisión al resolverse sobre la admisión de prueba ha de ser lo más flexible posible. Podríamos, hablar, en contraposición al principio in dubio pro reo, de un principio in dubio pro probationem. En caso de duda la solución correcta pasa por la admisión de la prueba.

...En casación, en efecto, el estándar para decidir sobre la reivindicada nulidad de juicio por denegación de una prueba es más estricto. No basta convenir que la prueba era pertinente; o que, quizás, hubiese constituido mejor decisión abrirle paso, pese a su previsible falta de trascendencia.

Es necesario algo más: hay que constatar su necesidad en el sentido de encerrar una eventual, aunque razonable, potencialidad para alterar el fallo.

La prueba debe aparecer como necesaria para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim. Si la prueba rechazada no tiene verdadera utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se multa por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón. La revisión de la decisión de rechazo ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir en un juicio ex post. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían o debían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las



que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con validar su pertinencia. Ha de afirmarse su trascendencia en concreto. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

Y concluye de forma exigente y contundente esta sentencia cuando se plantea este motivo que:

En casación, al revisar una sentencia combatida a través del art. 850.1º el criterio se endurece. Se cuenta ya con una sentencia que solo deberá ser anulada si se llega al pronóstico fundado de que el resultado de la prueba omitida podría haber variado su sentido, o incidido en algún aspecto fáctico relevante y trascendente; con repercusiones en la parte. La dispositiva.

Nada de esto se hace, sino que en el motivo se hace referencia a cuestiones formales de prueba que no se permitió llevar a cabo en materia de exhibición, con las particularidades antes referidas y sobre lo que la Sala de apelación ya dio debida respuesta en su sentencia ahora recurrida.

Además, hay que recordar que en este cauce que ahora se insta ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.

Sobre esta situación de indefensión del recurrente que debe alegarse y concretarse en el recurso de casación, y en el motivo que se alega por esta vía del art. 850.1 LECRIM es carga de la argumentación del recurrente por cuanto se traduce en la doble exigencia siguiente:

a.- El recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como

b.- El hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa.

La jurisprudencia de este Tribunal Supremo viene a atribuir, pues, al recurrente esta carga de alegaciones y determinaciones para valorar en qué medida esta denegación o inadmisión de prueba le pudo afectar en su derecho constitucional, ya que de no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2)" (STC 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 3.c; 152/2007, de 18 de junio , FJ 2, todas ellas en relación con la prueba penal).

Hay que incidir, pues, en que hay un factor fundamental a la hora de que el recurrente que impugna la denegación de una prueba, o no práctica de la misma, o no admisión de preguntas debe explicar cuando quiere recurrir frente a esa denegación o no práctica cual es la necesidad de explicar qué trascendencia ha tenido en el resultado del pleito esa alegada indebida denegación de prueba o no práctica de la admitida, ya que cuando se cuestiona la denegación de prueba, o permisividad de preguntas, debe hacerse siempre con un examen ex post de la sentencia; es decir, analizando cuál ha sido la sentencia, cuál ha sido la prueba practicada, y cuál ha sido el resultado valorativo y convicción del Tribunal acerca de esa prueba. Y en ese escenario es donde el recurrente deberá consignar en qué medida la prueba que no se ha admitido y se ha denegado hubiera podido influir, o variar el alcance de la convicción del Tribunal.

Por ello, es absolutamente clave que el análisis de cuestionar la indebida denegación de prueba se centre en el eje de exponer cuál ha sido la sentencia y cuál podría haber sido el contenido de la sentencia distinta de haberse admitido y practicado esa prueba que ahora es objeto de la queja por parte de quien recurre. De esta manera, el análisis no puede hacerse tan solo planteando que una prueba se denegó y debió ser admitida, o una pregunta que no se permitió hacer, sino en un análisis ex post a la sentencia examinando la misma y puntualizando cuál hubiera sido el resultado final de esa sentencia con la prueba que se denegó y que de admitirse hubiera cambiado el sentido de la misma, explicando en qué medida lo hubiera hecho y las razones por las que así hubiera ocurrido de admitirse la prueba que se denegó o que se admitió y no se practicó.



Por ello: "Debe explicarse la influencia que tendría o hubiera tenido la prueba en el juicio".

La clave está cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito.

Ello reconduce la cuestión básica a la trascendencia de la inadmisión. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 307/2019 de 12 Jun. 2019, Rec. 931/2018 y Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 613/2022 de 22 Jun. 2022, Rec. 3226/2020).

Así, como ya explica el Tribunal Supremo en sentencia 645/2017 de 2 Oct. 2017, Rec. 2291/2016, "ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución carga de la argumentación que se traduce en la doble exigencia de que el recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa".

Incide en ello el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 131/2022 de 17 Feb. 2022, Rec. 933/2020: "La clave de la indefensión material está en la exigencia de que se haga constar la trascendencia de la inadmisión a tenor de la prueba que se propone."

Existe, sin embargo, la tendencia a explicar ante el Tribunal de apelación y casación la referencia a incidir en que la prueba debió ser admitida, analizando y llevando a cabo un estudio de la viabilidad respecto a la pertinencia y necesidad de esa prueba concreta, o de que no se permitió hacer preguntas, o exhibir documentos, más que por el alcance de la trascendencia de la inadmisión visto el resultado de la sentencia, que es en donde se debe incidir y dónde debe llevarse a cabo la queja más que por el mismo medio de prueba en sí, o explicar su alcance omisivo en el contexto global, porque ello es trascendencia de inadmisión. Y es por ello el resultado de la sentencia y la posibilidad de modificarla con el medio de prueba que podría haber sido admitido donde tiene encaje esta queja.

Todo ello no ha sido objeto de análisis detallado en el motivo con independencia de la inviabilidad de que prospere como de forma acertada ha resuelto la sentencia recurrida.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a la interdicción de la indefensión (artículo 24.1 y 2 CE).

Centra y basa el recurrente su motivo en "haber infringido la Sentencia que recurro, los artículos de la Constitución 24.2 (derecho al proceso con todas las garantías, a utilizar los medios pertinentes para su defensa y 24.1 (interdicción de la indefensión)" mientras que en su relato expositivo lo centra en contradicciones respecto a la prueba tenida en cuenta para la condena, lo que no se coherente con las razones expositivas de su motivo, ni se ubica tampoco en presunción de inocencia, ni con cita en un precepto de la LECRIM que avale el motivo que plantea.

Se infringe absolutamente el art. 874.1º y 2º LECRIM, lo que concurre en este motivo y en el anterior ante la cita de precepto "de esta ley" que autorice cada motivo de casación. Pero es que, además, en este caso ya ello debió dar lugar a su inadmisión habida cuenta que ni se identifica el motivo, pero, además, lo que se plantea es contradicciones en la prueba valorada para el dictado de la condena, lo que no concuerda con las razones expositivas del motivo.

Pues bien, ante las alegadas contradicciones, que no existen en realidad, hay que señalar que apunta la sentencia recurrida de la Sala de apelación de la AN que: *"Es un hecho, aceptado por el propio acusado, que cuando autorizó al departamento de Recursos Humanos para que procediese al pago de las distintas cantidades a los trabajadores y a él mismo indicó que era en concepto de primas, y después cuando se documentan las cantidades recibidas hizo constar el concepto de anticipo de indemnización por despido. De modo que es el condenado el que dispuso estos dos conceptos en la naturaleza de las cantidades pagadas y no puede existir contradicción en los hechos probados que así lo reflejan.*

Y lo importante es que se concluye que "la auténtica naturaleza de esos pagos que se establece en la sentencia es que fueron una forma para distraer y apoderarse de fondos de la sociedad".



Y se realizan varias referencias relevantes al objeto de la condena que cita la Sala de apelación de la AN cuando se alegó el error en la valoración probatoria, y así:

- 1.- Para afirmar que no se extralimitó en sus facultades el recurrente se basa en que estaba autorizado para anticipar pagos. No puede aceptarse ese argumento, porque anticipar pagos se refiere a obligaciones ya existentes, lo que no era el caso. El Director General puede constituir obligaciones, sin duda, pero referidas a la actividad ordinaria de la empresa, a la consecución de su objeto social, y aquí no se trataba de eso. Especialmente teniendo en cuenta que el principal beneficiario de los pagos era el propio Director General que los acordaba.
- 2.- Carece de base pretender que el acusado estaba autorizado para llevar a cabo los pagos que acordó, en su principal beneficio.
- 3.- La situación económica de la matriz podía ser causa de inquietud para los trabajadores de la filial, pero de ahí no puede pretenderse que haya sido positivo el pago acordado por el acusado. El abono de estas cantidades sirvió para agravar la ya deficitaria situación económica de la empresa. Ello implicó un perjuicio que se puede valorar en las cantidades distraídas, sin necesidad de tener que acudir al informe de auditoría.
- 4.- La posibilidad de detraer de las nóminas de los empleados la cantidad recibida no elimina el delito, ni tampoco la responsabilidad civil que corresponde a su autor y persona responsable, que no fueron el resto de los trabajadores, sino el acusado, que en el momento en que se conocieron en profundidad los hechos ya no prestaba servicios para la sociedad. No existió ninguna ratificación de la sociedad en relación a los pagos llevados a cabo por el acusado, por el contrario, la sociedad viene ejercitando las acciones penales contra él.
- 5.- Existe el delito de apropiación indebida cuando el sujeto activo, asumiendo facultades dominicales que no le corresponden, transforma la legítima posesión de la cosa recibida y se adueña de ella incorporándola a su patrimonio o dándole un destino distinto de aquel para el que se recibió o bien negando haberla recibido.

En este caso el dinero se encontraba en la cuenta corriente de la empresa, bajo la gestión del acusado. Eso significa que los fondos le fueron confiados. Es una forma de recibirlos. El acusado excediéndose en sus facultades de administración dio a esos fondos un destino distinto del previsto, lo que le sirvió para apoderarse directamente de una importante cantidad, distraiendo el resto, distribuyéndolo entre los demás trabajadores. De modo que concurren todos los elementos para considerar la conducta constitutiva del delito de apropiación indebida objeto de condena.

La Sala de apelación ha analizado la racionalidad de la valoración de la prueba y no se aprecian contradicciones en esta valoración de la prueba y en el análisis de esta racionalidad.

Además, en los casos de sentencias dictadas por la Sala de lo penal de la AN, que ya ha pasado por el filtro de la apelación de la Sala de la AN no puede pretenderse convertir la casación en estos casos en una tercera oportunidad de revisión de la prueba, porque el recurrente concluye su motivo apelando la existencia de contradicciones objetivas en la prueba tenida en cuenta para la condena, cuando se han citado los actos de apropiación de dinero que tenía encomendado para administrar, pero no para disponer del mismo en la forma en la que lo hizo.

Se ha examinado la concurrencia de la mínima actividad probatoria de cargo, y lo que impugna, en realidad, es el proceso valorativo, bajo la fórmula de "contradicciones" que no existen, cuando se ha destacado la existencia de prueba bastante, debidamente admitida y practicada, por lo que no puede bajo la cobertura de la presunción de inocencia atacarse el proceso valorativo.

Se infringe con tal proceder, una ya reiterada doctrina expuesta al efecto tanto por el Tribunal Constitucional como por esta Sala, en orden a que lo que se debe poner de manifiesto es la ausencia de pruebas de tales características; pero que, una vez constatada en la causa la existencia de dicha prueba, no cabe, en modo alguno, por vía casacional, combatir la valoración probatoria efectuada por el órgano jurisdiccional de instancia en uso y atribución de las facultades privativas (artículo 117.3 de la Constitución) propias de su función y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Además, como señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 58/2023 de 6 Feb. 2023, Rec. 518/2021:

"No podemos convertir la casación en una segunda vuelta de la apelación, o en una apelación bis. No es función de un Tribunal de casación revalorar íntegramente una prueba personal, no directamente presenciada, para preguntarse si personalmente participa de la convicción reflejada en la sentencia, o, por el contrario, subsiste alguna duda en el ánimo de sus integrantes. Por mucho que se hayan ensanchado los, antaño angostos, cauces casacionales de la mano de la presunción de inocencia y, hasta cierto punto, como legítimo paliativo a un déficit de nuestro ordenamiento procesal penal -la inexistencia de doble instancia- ya corregido con un nuevo



régimen del que se ha beneficiado el acusado valiéndose de una previa apelación, la casación mantiene su condición de recurso extraordinario, diferente por esencia a la clásica apelación. Esta idea de ser todavía más subrayado desde la generalización de la apelación. El Tribunal de casación ha de autocontenerse para no invadir las competencias de los Tribunales de instancia y apelación subvirtiendo el reparto de espacios funcionales trazado por el legislador (STS 340/2018, de 6 de julio , entre muchas) y atribuyéndose funciones de íntegra valoración probatoria que legalmente no le corresponden.

Sentada la suficiencia en abstracto de la prueba y el ajuste a parámetros de lógica de la forma de deducir y razonar de los Tribunales de instancia, y apelación, el debate sobre la credibilidad mayor o menor de unos medios de prueba frente a otros, la interrelación entre todos ellos, el contraste entre la auto proclamada inocencia del acusado y los elementos de prueba testificales o de otro signo que apuntan en dirección contraria, queda agotado tras la revisión en apelación de lo decidido en la instancia. No puede reproducirse en casación sin traicionar la distribución de ámbitos funcionales que nuestro legislador procesal delimita entre los Tribunales de instancia y apelación y el de casación.

No podemos añadir nada a la cuidada y más que convincente motivación fáctica de la sentencia y, menos aún, al extenso y convincente discurso desplegado por el Tribunal de apelación, antes transcrito, para refrendar esa valoración."

Lo que el recurrente plantea como contradicciones no son más que disidencias valorativas en la prueba tenida en cuenta para la condena y ya revisada por la sala de apelación.

En la sentencia del tribunal de instancia se hizo constar al valorar la prueba que

"1.- Entre las facultades atribuidas al Director General en los estatutos sociales y en el acuerdo de nombramiento no se contemplaba la decisión sobre el reparto de beneficios o primas, menos la capacidad de conceder anticipos sobre la indemnización por futuro y eventual despido. Todos los testimonios señalan que la decisión correspondía al Consejo o al Presidente, y que se enteraron después por un informe de auditoría, nadie supo que Luis Antonio había primado a la plantilla y a él mismo. Por otro lado, no se ha acreditado que hubiera compartido la decisión con el Director General delegado.

2.-Decidió unilateralmente disponer de dinero de la sociedad para primar a la plantilla y aprovechar, un dato relevante, para beneficiarse él mismo de la bonificación.

3.- Estamos ante un acto depredatorio sin justificación. Si el Director trataba de calmar a los trabajadores que amenazaban, dijo, con dimitir en bloque no se entiende por qué el gran beneficiado de la operación fue él mismo, que percibió sin razón alguna la mitad del dinero que salió de las cuentas de la sociedad. Si se trataba de incentivar a la plantilla para que siguiera trabajando, tampoco se entiende que les entregara un pago anticipado de la indemnización por despido, que lejos de motivar al personal, anunciaba y presentaba como cierto el final inmediato de la relación laboral y de la empresa.

4.- La proximidad temporal entre la disposición en beneficio propio de aquella cantidad y su despido por el nuevo Consejo de Administración desvela la conexión de ambos hechos, y que trató de encubrir la apropiación del dinero acordando un anticipo de indemnización o una bonificación a todo el personal. De hecho, los trabajadores no fueron despedidos posteriormente a la salida del Sr. Luis Antonio , tal y como se comprueba confrontando la lista de los que recibieron la prima o anticipo y de quienes en diciembre de 2018 conformaban la plantilla (p. 195, solo Fausto faltaba).

5.- Ha de contextualizarse este pago tan inmediato al despido del acusado por su mala gestión -incapacidad de poner coto a la crisis de la empresa- con la situación de Extrem SA. Lejos de beneficiar a la sociedad la decisión, según los informes de auditoría, fue muy perjudicial para su subsistencia y tesorería. Porque las cantidades abonadas al personal tuvieron repercusión en el ámbito fiscal, de cotizaciones de seguridad social y de seguros. El volumen de negocios del ejercicio 2017 bajó un 42,22 % con relación al año precedente y el resultado neto deficitario se agravó pasando así de 4 387 832 DH de pérdidas en 2016 a 27 021 786 DH en 2017 (p. 125 y siguientes, y p. 325 y siguientes). Esta fue la razón del despido del acusado, que este debió intuir y anticiparse apropiándose de dinero de la sociedad, aprovechando las facultades de las que disponía y la gran autonomía que la crisis del grupo propiciaba a su actuación.

6.- Hay un dato que tiñe y otorga sentido a los hechos: el beneficio que obtuvo de la operación el propio acusado. Si la disposición hubiera aprovechado exclusivamente a los trabajadores, podríamos dudar de su intención. Pero no. Fue el gran beneficiado, la mitad de la cantidad fue a su cuenta personal, cinco veces su salario anual. Una acción que no podía reportar más que perjuicios a la entidad que gerenciaba.



7.- Fue una decisión unilateral de quien era administrador y gestor de la empresa filial en beneficio e interés propio, con grave perjuicio para la sociedad, que supuso una desviación definitiva de dinero hacia el acusado y terceros, carente totalmente de justificación.

Todo ello fue debidamente analizado y revisado en el proceso de análisis de la racionalidad de la valoración probatoria por la Sala de lo Penal de la AN, y no existe en modo alguno contradicción en el análisis de la valoración de la prueba. El recurrente se apropió de cantidades que no debía ni podría haberse apropiado. Y no solo para sí, sino, también, en favor de terceros en las cantidades que constan en los hechos probados.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

El recurrente elige la vía casacional del artículo 849.2 LECrim para impugnar que se hayan valorado la carta de despido y la auditoría porque están redactados en francés pidiendo que se declaren nulos por no estar debidamente traducidos ni ratificados en juicio.

Pues bien, 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).

No pueden utilizarse para articular este motivo documentos que no tienen el carácter de literosuficientes, y los citados no lo son. Hay que cumplir las exigencias del art. 849.2 LECRIM para acudir a este motivo y este cauce no puede ponerse de manifiesto por documentos que no sean literosuficientes.

En cualquier caso, los documentos que se citan (carta de cese-despido y auditoría) y el valor que se les pretende dar han sido contradichos por los elementos probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 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 **Luis Antonio** , contra sentencia dictada por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, de fecha 7 de octubre de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por la representación de indicado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de mayo de 2021, que le condenó por delito de apropiación indebida agravado. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada



Sala de Apelación de la Audiencia Nacional 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 Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ