

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Juzgado de Instrucción nº 4 de Avilés incoó procedimiento abreviado con el nº 133 de 2014 contra Baltasar , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, que con fecha 2 de mayo de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Resulta probado y así se declara que: El acusado, Baltasar , mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de administrador único de la entidad Hispanoucrán, constituyó en fecha 13 de febrero de 2007, junto con la sociedad italiana Energy Coal Spa, al 50% de participaciones sociales cada una de ellas, la empresa denominada Carbuastur S.L., actualmente Energy Fuel Asturias S.L., con domicilio social en C/ Lepanto s/n de San Juan de Nieva - Castrillón- y cuyo objeto social era la comercialización de combustibles sólidos, productos carboníferos, que en la práctica se reconducía a la adquisición de carbón de importación, procedente principalmente de Ucrania, cuyo almacenaje se verificaba en las instalaciones de la Sociedad, ubicadas en el Puerto de Avilés, bajo el marco de depósito aduanero. El acusado, en su condición de administrador de la entidad por la que percibía una retribución, que en el año 2012 ascendió a 55.413 euros, cargo que pese a ser solidario con el otro administrador, Leovigildo , quien no percibía retribución alguna, ejercía de manera individual, al encontrarse éste permanentemente en Italia, llevaba a efecto toda la gestión ordinaria y diaria de la empresa, causa por la que durante el periodo comprendido entre su nombramiento y su cese, por escritura pública otorgada en fecha 31 de agosto de 2013, cometió numerosas irregularidades en la gestión de la misma con el consiguiente perjuicio económico para Energy Fuel Asturias y así:

- 1.- Durante este periodo y sin el consentimiento del otro administrador solidario, procedió a realizar disposiciones en efectivo de "caja" y transferencias a su cuenta bancaria personal sin justificación alguna de su destino; asimismo periódicamente y sin conocimiento del otro administrador se fueron realizando transferencias bancarias a su cuenta personal por importe de 1.000 euros mensuales, ascendiendo el importe total a la suma de 126.976,96 euros.
- 2.- De idéntica manera y sin conocimiento ni autorización del otro administrador, procedió a domiciliar en las cuentas de la sociedad las facturas de sus gastos personales, correspondientes a sus teléfonos móviles, los de su familia -pareja e hijo-, sus empresas, a la televisión -gol televisión- de pago, cuotas de afiliación al partido político Foro Ciudadanos y de un club de fútbol, Sporting de Gijón, ascendiendo su importe a un total de 19.154,07 euros.
- 3.- En fecha 8 de marzo de 2010 el acusado como administrador de la sociedad recibió por parte del cliente, Emergicar S. L., la suma de 85.000 euros en metálico, ingresando en la cuenta de la sociedad la cantidad de 82.000 euros, restando por ingresar los restantes 3.000 euros, sin causa justificada.
- 4.- En fecha 22 de junio de 2009 el acusado constituyó una garantía en nombre de la sociedad en relación con la operación de un préstamo solicitando en el año 2006 por la empresa Sumara&Holtz, de la que era accionista y administrador único el acusado, operación que llevó a efecto sin conocimiento ni autorización del otro administrador. La empresa Energy Fuel Asturias, S.L., tenía alquiladas unas instalaciones en el depósito aduanero del Puerto de Avilés, donde se almacenaba el carbón procedente de Ucrania y clasificaba para su posterior venta a los clientes, con unas ventajas fiscales por razón de tratarse de carbón procedente de países no pertenecientes a la Unión Europea y donde se prohibía, por ello, el almacenamiento de mercancías nacionales. El acusado sin conocimiento ni autorización del otro administrador procedió a utilizar dichas instalaciones para su uso personal, introduciendo carbón nacional procedente del Alto Bierzo, mezclándolo con el allí existente, con lo cual conseguía ofrecer a sus clientes -de la entidad Hispanoucrán S.L.- un producto de mejor calidad a un precio más bajo y, por el contrario, el mezclarse ambos carbones Energy Fuel vendía a sus clientes un producto de peor calidad a un precio más alto, todo ello con el consiguiente perjuicio para la empresa con quejas y pérdida de alguno de sus clientes y la correspondiente multa que le impuso la Agencia Tributaria de 606.770,99 euros más 92.534,13 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora al detectar "incumplimiento de las obligaciones a que quedan sujetas las mercancías sometidas a derechos de importación como consecuencia del régimen de depósito aduanero ... y que no habría presentado declaraciones de importación ni había ultimado el régimen de acuerdo con la normativa aduanera comunitaria". Finalmente el acusado procedió a quedarse con unos 9.040,16 toneladas de carbón suministradas por el socio Energy Coal Spa a Energy Fuel Asturias. Segundo.- El Mº Fiscal modificó sus conclusiones, calificando definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de administración desleal del art. 295 del Cº Penal , en su redacción vigente al tiempo de los hechos, y un delito de apropiación indebida de los arts. 252 en relación con el art. 250.1 y 5 del Cº Penal , en su redacción vigente al tiempo de la comisión de los hechos, considerando autor de los mismos al acusado, Baltasar , para quien, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitó la imposición de 3 años y 6 meses de prisión con la accesoria legal correspondiente por el delito de administración desleal, y la pena de 5 años de prisión con la accesoria legal y multa de 12 meses a razón de 20 euros día por el delito de apropiación indebida; asimismo interesó que el acusado indemnizara a Energy Fuel Asturias S.L. en la cuantía de los perjuicios causados realmente a la misma. Tercero.- La acusación particular, ejercitada por la entidad Energy Fuel Asturias S.L., tras corregir la cantidad reclamada en concepto de responsabilidad civil, cifrándola en la suma de 2.043.877,01 euros, elevó sus conclusiones a definitivas, calificando los hechos como constitutivos de: un

delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252 en relación con el art. 250.1 y 6º del Cº Penal , en su redacción vigente al tiempo de los hechos; un delito de falseamiento de cuentas anuales del art. 290 de C penal; un delito de estafa del arte 248 , 249 y 250.1 5º del Cº penal y un delito continuado de administración desleal del art. 295 del Cº penal en su redacción vigente al tiempo de los hechos, de los que consideró autor al acusado Baltasar , para quien con la concurrencia de la agravante de abuso de confianza prevista en el art. 22.6 del Cº penal , solicitó la imposición de las siguientes penas: por el delito de apropiación indebida pena de 6 años de prisión y multa de 12 meses a razón de 50 euros día con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Cº penal ; por el delito de estafa la pena de 6 años de prisión y multa de 12 meses a razón de 50 euros /día, con la responsabilidad subsidiaria del art. 53 del Cº penal ; por el delito societario de falseamiento de cuotas anuales la pena de 3 años de prisión y multa de 12 meses a razón de 50 euros día, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Cº penal y por el delito de administración desleal la pena de 4 años de prisión y multa del triple del beneficio obtenido, con arresto sustitutorio, caso de impago, del art. 53 del Cº Penal . Asimismo interesó que el acusado abonara a la entidad Energy Fuel Asturias S.L. la suma de 2.043.877,01 euros en concepto de responsabilidad civil con los intereses legales conforme el art. 576 de la L.E.Civil . Cuarto.- La defensa del acusado, Baltasar , negó los hechos de la acusación solicitando la libre absolución de su patrocinado".

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

"Que debemos condenar y condenamos a Baltasar como autor penalmente responsable de: 1.- Un delito continuado de apropiación indebida, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de dos años y nueve meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de 10 meses de multa a razón de 20 euros-día, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Cº Penal en caso de impago y 2.- Un delito de administración desleal, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de tres años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Baltasar deberá indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a la entidad Energy Fuel Asturias S.L. -antigua CARBOASTUR- en la suma de 2.043.877,01 euros, más los intereses legales del art. 576 de la L.E.Civil . Que debemos absolver y absolvemos a Baltasar del delito de estafa y del delito de falseamiento de cuentas anuales y otros documentos, interesados por la acusación particular. Todo ello con imposición al acusado, de la mitad de las costas causadas, Notifíquese esta sentencia a las partes y al perjudicado/víctima no parte, instruyéndoles que no es firme y que procede recurso de casación ante este Tribunal, a interponer en el plazo de cinco días desde su notificación".

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 acusadoD. Baltasar, 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. Baltasar , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al no incluirse como hechos probados circunstancias de relevancia esencial para la causa que se basan en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al no incluirse como hechos probados circunstancias de relevancia esencial para la causa que se basan en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al no incluirse como hechos probados circunstancias de relevancia esencial para la causa que se basan en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal , por considerar que se han infringido, por indebida aplicación del artículo 252, en relación con el art. 249 del Código Penal , en su redacción vigente al tiempo de los hechos.

Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal , por considerar que se han infringido, por indebida aplicación del artículo 295 del Código Penal , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, así como del actual artículo 252 redactado por la LO 1/2015, de 30 de marzo .

Noveno.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal , por considerar que se han infringido, por indebida aplicación del artículo 295 del Código Penal , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, así como del actual artículo 252 redactado por la LO 1/2015, de 30 de marzo .

Décimo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la LECR, en relación con el 24 de la Constitución Española , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

Undécimo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la LECR, en relación con el 24 de la Constitución Española , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

Duodécimo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal , por considerar que se han infringido, por indebida aplicación de los artículos 295 y 252, en relación con el art. 249 todos ello del Código Penal , en su redacción vigente al tiempo de los hechos.

Décimo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 Ley procesal por considerar que se han infringido, por inaplicación del art. 106 L.E.Cr . y del art. 1255 del C. Civil .

QUINTO.-Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, 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 1 de junio de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 2 de mayo de 2017 por la que se condena al ahora recurrente, Baltasar como autor penalmente responsable de:

1.- Un delito continuado de apropiación indebida sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de dos años y nueve meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasiva durante el tiempo de la condena y pena de 10 meses de multa a razón de 20 euros-día, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C. Penal en caso de impago y

2.- Un delito de administración desleal, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de tres años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Deberá indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a la entidad ENERGY FUEL ASTURIAS S.L. -antigua CARBOASTUR- en la suma de 2.043.877,01 euros, más los intereses legales del art. 576 de la LEC .

Los hechos probados fijados por el Tribunal fueron los siguientes:

"El acusado, Baltasar , mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de administrador único de la entidad HISPANOUCRAN, constituyó en fecha 13 de febrero de 2007, junto con la sociedad italiana ENERGY COAL SPA, al 50% de participaciones sociales cada una de ellas, la empresa denominada CARBUASTUR S.L., actualmente ENERGY FUEL ASTURIAS S.L., con domicilio social en C/ Lepanto s/n de San Juan de Nieva Castrillón y cuyo objeto social era la comercialización de combustibles sólidos, productos carboníferos, que en la práctica se reconducía a la adquisición de carbón de importación, procedente principalmente de Ucrania, cuyo almacenaje se verificaba en las instalaciones de la Sociedad, ubicadas en el Puerto de Avilés, bajo el marco de depósito aduanero.

El acusado, en su condición de administrador de la entidad, por la que percibía una retribución, que en el año 2012 ascendió a 55.413 euros, cargo que pese a ser solidario con el otro administrador, Leovigildo , quien no percibía retribución alguna, ejercía de manera individual, al encontrarse éste permanentemente en Italia, llevaba a efecto toda la gestión ordinaria y diaria de la empresa, causa por la que durante el periodo comprendido entre su nombramiento y su cese, por escritura pública otorgada en fecha 31 de agosto de 2013 , cometió numerosas irregularidades en la gestión de la misma con el consiguiente perjuicio económico para ENERGY FUEL ASTURIAS y así:

1.- Durante este periodo y sin el consentimiento del otro administrador solidario, procedió a realizar disposiciones en efectivo de "caja" y transferencias a su cuenta bancaria personal sin justificación alguna de su destino; asimismo periódicamente y sin conocimiento del otro administrador se fueron realizando transferencias bancarias a su cuenta personal por importe de 1000 euros mensuales, ascendiendo el importe total a la suma de 126.976,96 euros.

2.- De idéntica manera y sin conocimiento ni autorización del otro administrador, procedió a domiciliar en las cuentas de la sociedad las facturas de sus gastos personales, correspondientes a sus teléfonos móviles, los de su familia-pareja e hijo-, sus empresas, a la televisión- gol televisión-de pago, cuotas de afiliación al partido político Foro Ciudadanos y de un club de futbol, Sporting de Gijón, ascendiendo su importe a un total de 19.154,07 euros.

3.- En fecha 8 de marzo de 2010 el acusado como administrador de la sociedad recibió por parte del cliente, EMERGICAR S.L., la suma de 85.000 euros en metálico, ingresando en la cuenta de la sociedad la cantidad de 82.000 euros, restando por ingresar los restantes 3.000 euros, sin causa justificada.

4.- En fecha 22 de junio de 2009 el acusado constituyó una garantía en nombre de la sociedad en relación con la operación de un préstamo solicitado en el año 2006 por la empresa SUMARA&BOLTZ, de la que era accionista y administrador único el acusado, operación que llevó a afecto sin conocimiento ni autorización del otro administrador.

La empresa ENERGY FUEL ASTURIAS S.L., tenía alquiladas unas instalaciones en el depósito aduanero del Puerto de Avilés, donde se almacenaba el carbón procedente de Ucrania y clasificaba para su posterior venta a los clientes, con unas ventajas fiscales por razón de tratarse de carbón procedente de países no pertenecientes a la Unión Europea y donde se prohibía, por ello, el almacenamiento de mercancías nacionales. El acusado sin conocimiento ni autorización del otro administrador procedió a utilizar dichas instalaciones para su uso personal, introduciendo carbón nacional procedente del Alto Bierzo, mezclándolo con el allí existente, con lo cual conseguía ofrecer a sus clientes -de la entidad HISPANOUCRAN SL- un producto de mejor calidad a un precio más bajo y, por el contrario, al mezclarse ambos carbones ENERGY FUEL vendía a sus clientes un producto de peor calidad a un precio más alto, todo ello con el consiguiente perjuicio para la empresa con quejas y pérdida de alguno de sus clientes y la correspondiente multa que le impuso la Agencia Tributaria de 606.770,99 euros más 92.534,13 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora al detectar "incumplimiento de las obligaciones a que quedan sujetas las mercancías sometidas a derechos de importación como consecuencia del régimen de depósito aduanero y que no habría presentado declaraciones de importación ni había ultimado el régimen de acuerdo con la normativa aduanera comunitaria". Finalmente, el acusado procedió a quedarse con unos 9.040,16 toneladas de carbón suministradas por el socio ENERGY COAL SpA a ENERGY FUEL ASTURIAS".

SEGUNDO.-Con respecto del primer motivo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al no incluirse como hechos probados circunstancias de relevancia esencial para la causa que se basan en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Refiere el recurrente que "La Mercantil "ENERGY COAL, S.p.A.", actuando expresamente en su condición de socio único de la Mercantil "CARBUASTUR, S.L.", en una especie de "Junta Universal" de esta Mercantil, a través de la Escritura Pública, de 1 de Agosto de 2013, con número de Protocolo 1.028 del Notario de León Don Andrés Prieto Pelaz, aceptó la renuncia de Don Baltasar como Administrador de "CARBUASTUR, S.L." ratificando la totalidad de los actos de administración realizados por Don Baltasar , reconociendo y agradeciendo su labor como administrador y declarando expresamente no tener nada que reclamarle por ningún concepto".

Además se alega que con la cita de los correos electrónicos que cita no podría plantear frente a Don Baltasar ninguna reclamación por su actuación como Administrador de dicha Mercantil.

Añade que los documentos que obran en la causa y a los que se ha hecho referencia en el presente motivo acreditan de forma directa que tanto la Mercantil "ENERGY COAL, S.p.A.", como la Mercantil "CARBUASTUR, S.L." (de la que la primera era en ese momento el socio único), convalidaron y ratificaron la totalidad de los actos de administración realizados por Don Baltasar .

Por ello, se recoge en la sentencia que como alegato exculpatorio se invoca:

1.- La plena aplicabilidad del clausulado de las escrituras públicas, otorgadas en fecha 1 de agosto de 2013 entre el acusado y el legal representante de Energy Coal, Spa, que a su juicio, implicaría la confirmación de aquella gestión y la renuncia al ejercicio de todo tipo de acciones.

2.- Que el socio conocía lo ocurrido intentando vincular su actuación al conocimiento y autorización del otro administrador solidario, Leovigildo .

Alega que los importes que son objeto de acusación por apropiación indebida so gastos a la vista que eran comprobados por éste, dada su condición de economista.

3.- Que nunca pesó el carbón que venía en los barcos, y ello por razones de agilidad, dando por bueno el peso reflejado en el conocimiento de embarque, ni tampoco se llevó a afecto ningún pesaje, ni comprobación del carbón que se encontraba almacenado en el deposito aduanero. Niega que por su parte se apropiase de las 9.000 toneladas de carbón, imputándolas a

las mermas técnicas y habituales, y en relación con el aval prestado señala que fue una operación más de las de afianzamiento de las efectuadas por cuenta de la empresa y ello a requerimiento de la propia entidad bancaria.

Señala finalmente que tras la inspección de aduanas y la correspondiente negociación con el otro socio, cesó en su cargo y vendió sus participaciones sociales por un euro, documentándose todo ello en las escrituras públicas otorgadas en el mes de agosto de 2013, a cuyo contenido se remite.

Frente a ello se exponen los siguientes argumentos:

1.-Dimisión ad hoc ante el descubrimiento de lo ocurrido.Lo sólido y clarificador es que el recurrente sin motivo claro acepta dimitir de su cargo y proceder a la venta de las participaciones sociales por el precio simbólico de un euro, con lo que el Tribunal señala que difícil encaje tiene su pretendido desconocimiento sobre las consecuencias del traslado del depósito de carbón, que motivó el inicio de las actuaciones inspectoras de Aduanas, vinculado a los beneficios fiscales que suponía la autorización de depósito aduanero y lo que ello conllevaba, con su, por él afirmada, dilatada experiencia profesional, que se proyectaba, con carácter principal, en el ámbito de la importación de carbón de Ucrania, a través de titularidad accionarial o representativa de diversas empresas del sector, experiencia profesional que mal se compadece con los, por él invocados, errores, atinentes a la ausencia de pesaje de los barcos, de inventario y pesaje de las existencias almacenadas en el depósito aduanero.

El Tribunal sostiene que "se nos intenta transmitir una imagen del acusado, que el mismo califica de tonto útil, cuando lo cierto es que su actuación, que se detectó merced a la intervención de la Agencia Tributaria, supuso un quebranto para las arcas, el prestigio y en definitiva para los intereses sociales de CARBOASTUR, de la que el acusado obtuvo evidentes beneficios en clara correspondencia a los perjuicios causados no solo a la sociedad, en los términos descritos, sino también al socio italiano".

Pero con respecto a esta renuncia que refiere el recurrente en base al art. 849.2 LECRIM debe entenderse que es rechazada con acierto por el Tribunal, dado que refiere que resulta inoperante la renuncia que incorpora las escrituras públicas otorgadas en el mes de agosto de 2013, sobre cuya potencialidad exculpatoria giró la esencia de la tesis del recurrente.

Además, añade que constan en la causa las escrituras públicas de referencia. Y así la otorgada en primer término, en fecha 1 de agosto de 2013- obrante a los folios 234 a 241- entre el acusado- Baltasar - en su condición de administrador único de la entidad HISPANOUCRAN S.L.y Jose Augusto , en su condición de apoderado de la entidad ENERGY COAL SPA, en la que se eleva a documento público la transmisión a esta última entidad, de las 3.000 participaciones sociales de la entidad CARBOSATUR, cuya titularidad la ostentaba HISPANOUCRAN, por precio de un euro.

Por su parte a los folios 243 al 244, figura la escritura pública otorgada en la misma fecha, entre el acusado, en su condición de administrador solidario de CARBOASTUR, y el precitado Jose Augusto , como representante de ENERGY COAL SPA en la que se formaliza, la renuncia y dimisión del acusado al cargo de administrador solidario de CARBOASTUR que ENERGY COAL acepta "ratificando la totalidad de los actos de administración realizados por D. Baltasar , reconociendo y agradeciendo su labor como administrados y declarando expresamente no tener nada que reclamarle por ningún concepto" incorporándose una tercera cláusula, producto de intensas negociaciones entre las partes, como se puso de manifiesto por la testifical practicada en la persona de Jesús Manuel y la aportación de los emails, por la que "ENERGY COAL se obliga frente a D. Baltasar a responder con carácter exclusivo y con renuncia expresa a cualquier posible repetición frente a éste de cualquier obligación que, eventualmente y en su condición de administrador de "Carboastur" hubiera incurrido y se pudiera derivar frente a D. Baltasar en virtud de sentencia o de resolución administrativa firmes, en especial y sin ánimo de exhaustividad, en relación con las posibles derivaciones de responsabilidad impuesta por la Administración Tributaria, aun cuando la presente obligación no surtiera efecto frente a dicha Administración".

Estas renunciaciones debe destacarse que no tienen eficacia en el orden penal, dado que en el momento de las renunciaciones en las escrituras los hechos se estaban descubriendo y supondrían evidentes actuaciones de exculpación irrelevantes dada la naturaleza de los delitos cometidos de apropiación indebida y administración desleal, que no desaparecen aunque exista renuncia de cargos de administración por el autor de los ilícitos penales en los puestos de representación en virtud de los cuales se han cometido los delitos.

Irrelevancia de las escrituras de renuncia.

Así, como señala el Tribunal, los esfuerzos realizados por la defensa, tendentes a dotar de plena virtualidad, en el proceso penal que ahora nos ocupa, al contenido pactado en los términos descritos, resultan estériles.

En primer término, estamos en presencia de delitos Públicos, perseguibles de oficio, en los que el Ministerio Fiscal se constituyó, desde el inicio de las actuaciones y formuló escrito de acusación, en los términos que han quedado descritos, ejercitando la acción penal y civil correspondiente, que no se extingue por la pretendida renuncia de la persona ofendida, según determina el art. 106 de la L.E.Criminal , ni cabe oponer, como así se hizo por vía de informe, la aplicabilidad de la doctrina de los actos propios, nacida en el ámbito del derecho privado como principio general informador de las relaciones negociales, capaz de crear situaciones jurídicas.

Por otra parte y desde la perspectiva de la acusación particular, ejercitada por la entidad ENERGY FUEL ASTURIAS S.L., nueva denominación de la entidad CARBUASTUR, no consta ninguna renuncia, sino por el contrario el ejercicio de la pretensión penal y de la acción civil correspondiente, a través de la interposición de la querrela del escrito de acusación subsiguiente.

A tales efectos el contenido del clausulado, de las ya tan mentadas escrituras públicas, incorporan los acuerdos alcanzados por las entidades, partícipes al 50%, de la empresa CARBUASTUR, esto es por HISPANOUCRAN Y ENERGY COAL, que responde a la necesidad de desbloquear la situación de aquella empresa tras detectarse las primeras irregularidades a través de las actuaciones inspectoras de la Aduana, y en ese contexto ha de enmarcarse la renuncia que, el socio ENERGY COAL, formula en los términos que ha quedado descrita, que despliega sus efectos entre los sujetos contratantes, esto es, entre los socios o partícipes de CARBUASTUR - actual ENERGY FUEL ASTURIAS SL-, persona jurídica distinta con órganos de administración independientes, patrimonios diferenciados e intereses diversos a las empresas que la participaban, que resultó perjudicada en sus intereses por la actuación del acusado, en la forma que se ha descrito, y en cuyo nombre y representación ninguna renuncia incorporan las escrituras públicas de referencia no pudiendo por lo tanto quedar afectada por los términos del acuerdo, pues ello supondría una afectación de derechos ajenos a los propios del renunciante, vedada en nuestro sistema.

En efecto, como postula la fiscalía, examinando la escritura de 1 de agosto de 2013, que menciona el recurrente, cabe constatar, que la renuncia y dimisión del acusado al cargo de administrador solidario de Carbuastur que ENERGY COAL acepta, que se contiene en dicha escritura frente al acusado, se lleva a cabo por D. Jose Augusto , actuando en nombre y representación y como apoderado de la mercantil italiana ENERGY COAL SPA, sociedad válidamente constituida y existente de conformidad con la ley italiana, con domicilio social en Via San Vincenzo 2, Génova (Italia), inscrita en el Registro Mercantil de Génova, con el nº 03647280100 (...) y el acusado Baltasar .

También en dicha escritura "ENERGY COAL SPA, asume la obligación de realizar los actos jurídicos necesarios tendentes a cancelar o novar, en el plazo máximo de dos meses desde la firma del presente, todos aquellos contratos suscritos por CARBUASTUR S.L, en los que D. Baltasar o la sociedad Hispanoucran S.L., estén garantizando los mismos, en calidad de avalistas o fiadores".

Ello quiere decir, que dicha escriturasurtirá efectos exclusivamente entre las personas que la suscribieron, es decir, el acusado D. Baltasar de un lado y la mercantil Energy Coal SPA, de otro, perono se puede pretender deducirde la misma que Carbuastur S.L., denominada desde los acuerdos adoptados por Junta General Extraordinaria y Universal de fecha 11 de octubre de 2013Energy Fuel Asturias, haya renunciado a las acciones civiles que puedan corresponderle en este procedimiento, ya que se trata de una sociedad mercantil distinta, que fue constituida el día 13 de febrero de 2007, ante el notario de León D. Andrés Prieto Pelaz. En nombre y representación de esta entidad verdadera perjudicada por los hechos realizados por el acusado (como se recoge en la sentencia), no consta ninguna renuncia, sino todo lo contrario, es la entidad que presenta la querella y ejerce la acusación particular en el presente procedimiento frente al mismo.

Por ello, el motivo se desestima. No puede desplegar sus efectos en el proceso penal esta documental constituida y realizada ad hoc, además de que no tiene el efecto expansivo que pretende el recurrente.

Por lo demás, articulándose por la vía del art. 849.2 LECRIM los documentos alegados quedan contradichos por otros elementos probatorios que se citan según estamos exponiendo, y así:

Declaración clarificadora de Leovigildo negando el conocimiento y aceptación de lo ocurrido.

Relevante supone para la resolución del recurso si el administrador solidario era conocedor, o no, de lo que estaba ocurriendo, siendo la respuesta negativa, y que no había autorización para que el recurrente actuara como actuó, deparando daños y perjuicios cuantificables.

De ello el Tribunal deduce la inconsistencia de su tesis defensiva atinente al control, supervisión y autorización de su actuación, por parte del otro administrador solidario, Leovigildo , quien en su declaración testifical despojó cualquier asomo de duda sobre tal concreto aspecto, ofreciendo un relato de lo sucedido sumamente clarificador.

a.- Actuaciones en el depósito aduanero:

En tal sentido señala que CARBOASTUR se constituyó participada al 50% por dos sociedades HISPANOUCRAN, de la que era socio y representante legal el acusado, y ENERGY COAL, sociedad italiana dedicada a la extracción, distribución y venta de carbón a nivel internacional, siendo nombrados administradores solidarios de la entidad, así constituida, el acusado como representante de HISPANOUCRAN y el testigo, como representante de ENERGY COAL, entidad ésta última que era la principal suministradora de CARBOASTUR que, en sus instalaciones del depósito aduanero del Puerto de Avilés, recibía la mercancía suministrada, para su cribado, clasificación y venta a clientes nacionales, aclara que se trataba de un depósito aduanero, que solo permitía el almacenamiento de carbón de importación, en el que los impuestos se liquidaban una vez salía el carbón del puerto, tras su venta. Manifiesta que se comunicaba con frecuencia con el acusado y que cada dos meses, aproximadamente acudía a Avilés, si bien la gestión directa y diaria de la empresa la llevaba a efecto el acusado, quien no le rendía cuentas, solo le comentaba algunos aspectos concretos, sin hacerle partícipe de la gestión directa, de ahí la tardanza en detectar lo ocurrido. Uno de los mejores clientes de CARBOASTUR era EMERGICAL, empresa que no era consumidor final al adquirir carbón para su venta a terceros, entre los que figuraba Arcelor, tenía que ser siempre carbón de importación, añade con contundencia; aclara que dicha empresa realizó algunos pagos directamente a ENERGY COAL, por suministros de CARBOASTUR, apareciendo tales pagos perfectamente contabilizados. Cuando un barco llegaba al puerto de Avilés tenía que haberse pesado -peso por calado-, pero no se hacía, detectando tal extremo tras la intervención de la Agencia Tributaria, que es cuando se percatan de la diferencia de carbón en el almacén así como de la presencia de carbón de origen nacional,

que como mínimo representaba unas 1.200 toneladas, según las cartas de porte y tickets de una empresa del Alto Bierzo y de transportes Viloría localizados.

Señala con rotundidad que el acusado, ni estaba autorizado, ni disponía de su consentimiento para llevar a efecto tales actuaciones que el testigo desconocía hasta ese momento, actuaciones que por demás estaban en contra del interés de su empresa-ENERGY COAL- en cuanto principal suministradora de CARBOASTUR, deparándole perjuicios al tener que afrontar el pago de la multa y recargos impuestos por la Agencia Tributaria -en torno a unos dos millones de euros aproximadamente-, así como la pérdida de un crédito que ENERGY COAL tenía frente a CARBOASTUR que resultó de imposible ejecución.

El desbarajuste, sigue manifestando, se detectó a través de un cálculo matemático, calculando las toneladas de carbón según el conocimiento de embarque, el carbón que salía y el que quedaba en el almacén, del que como mínimo desaparecieron 9.000 toneladas de imposible explicación por vía de mermas técnicas, si consideramos el clima de Asturias -húmedo y lluvioso- y que era carbón mojado gana peso, no lo pierde.

Manifiesta que CARBOASTUR perdió clientes dada la mala calidad del carbón al ser mezcla, aclarando que HISPANOUCRAN no tenía ninguna razón de seguir funcionando porque hacía competencia a CARBOASTUR, y aunque no tenía actividad seguía vendiendo carbón procedente de las instalaciones de CARBOASTUR, tal y como se lo había manifestado SOLVAY.

Señala que la empresa tenía tres trabajadores en las instalaciones del Puerto de Avilés y que no aparecieron todos los albaranes de salida, manifestándole uno de los trabajadores, que el acusado los escondía.

A preguntas manifiesta que el acusado se quejaba de la mala calidad del carbón suministrado por ENERGY COAL y ello con la finalidad de justificar las quejas de los clientes y que las quejas sobre el precio lo fueron en la última época. El acusado era el gerente y gestor diario y ordinario de Carboastur, por lo que tenía asignado un sueldo, al igual que su pareja y a diferencia del testigo, que nada percibía por su condición de administrador solidario.

b.- Inexistencia de autorización al recurrente para que éste llevara a cabo las extracciones que realizó.

El recurrente carecía de consentimiento y autorización para llevar a efecto las disposiciones y extracciones dinerarias que se detectaron en las cuentas de la sociedad sobre las que ninguna justificación había, como tampoco en relación con los gastos adicionales ni la domiciliación de los gastos personales, ni las transferencias mensuales de 1.000 euros, que carecían de sentido, puesto que de responder a los gastos del acusado derivados de su condición de gerente, vendrían establecidas por la vía de aumento salarial .

c.- Inexistencia de autorización para llevar a cabo constitución de garantía de un préstamo para otra empresa.

Añade que tampoco autorizó al acusado para la constitución de la garantía del préstamo para la empresa SUMARA HOLTZ, que ningún tipo de relación tenía con CARBOASTUR y que los 3.000 euros restantes del pago efectuado por EMERGYCAR, se los quedó el acusado, puesto que de haber respondido a extras y comidas, como así afirma el acusado, tenía que tener un reflejo en los libros del que no existe mención alguna.

d.- La escritura de Agosto de 2013 se firma en ausencia de conocimiento de lo que había llevado a cabo.

Preguntado manifiesta que la firma de las escrituras públicas en el mes de agosto de 2013 se hizo porque en ese momento no tenían conocimiento de que lo sucedido procediese de una actuación dolosa del acusado sino de una equivocada o negligente actuación como gerente, que decidió perdonar, suscribiendo las escrituras de referencia.

En el mes de octubre de 2013 se le remite un burofax al acusado, reclamándole la entrega de la documentación haciendo éste, caso omiso, quien, además, en nada había colaborado con el gestor que el testigo había nombrado; es en enero de 2014 cuando, tras la finalización de la auditoría encargada, cuando se toma cabal conocimiento de todo lo acaecido y de la actuación dolosa del acusado. Incide en que le pedía explicaciones, a medida que constataban sucesivas irregularidades, que el acusado nunca aclaró ni contestó.

Añade que la gestoría ARSAM S.L., que se encargaba de la contabilidad de CARBOASTUR, así como la firma CENTIUM AUDITORES

S.L. que llevó a efecto la auditora de tales cuentas, fueron contratadas por el acusado, que era el que mantenía los contactos y les facilitaba toda la documentación, limitándose el testigo a filtrar las cuentas anuales de la sociedad.

Insiste que el acusado no les facilitó la documentación requerida y en relación con el vehículo adjudicado al acusado, en las escrituras públicas de referencia, señala que se trataba del vehículo que el acusado utilizaba y que no fue un regalo, sino una exigencia de Baltasar concedida para "sacárselo de encima" ante las diversas reclamaciones que al tiempo de la negociación aquel efectuaba.

En relación a las mermas, a preguntas de la defensa, insiste en su inexistencia en los términos pretendidos, y con rotundidad afirma que el acusado "robó 9.000 toneladas de carbón y los vendió a terceros en su propio beneficio".

e.- Prueba pericial concluyente que avala la irregularidad de las operaciones por el recurrente.

Por su parte la pericial practicada en el plenario por D. Marcelino , economista y auditor de cuentas de la firma Forest Partners, Estada y Asociados, que elaboró el informe obrante en la causa -documento nº 4 de la Separata 1-, robustece los términos de la testifical analizada.

En su declaración, tras afirmarse y ratificarse en su contenido, señala que él mismo fue encargado por la entidad ENERGY FUEL para constatar las posibles irregularidades de la empresa, detectadas tras la intervención de la Inspección de Aduanas.

Se remite a las conclusiones que figura en su informe aludiendo a la constatación de las entradas y salidas de carbón nacional en él y disposiciones del almacén de la empresa, los pagos, cobros por el acusado y al establecimiento de una garantía a favor de una entidad -Sumara Holtz-, que nada tenía que ver con CARBOASTUR.

Señala que el acusado fue requerido para la entrega de la documentación de la empresa y especialmente para la aportación de los albaranes de salida, sin que por su parte nada se aportase.

Localizaron tickets de entrada y salida de camiones de transporte de carbón del Alto bierzo, carbón nacional que se mezclaba, en el almacén, con el carbón de importación.

Se constató la desaparición de unas aproximadas 9.000 toneladas de carbón, partiendo para ello del pesaje hecho por Aduanas en su inspección, calculando las entradas y salidas según la contabilidad.

Señala que el acusado era el que llevaba a cabo las funciones de dirección, gerencia y toma de decisiones de la sociedad.

Las extracciones y disposiciones efectuadas por el acusado no estaban justificadas en modo alguno, como tampoco las domiciliaciones de sus gastos personales y en relación con la constitución de la garantía, señala que no aparecía en los libros.

El precio por tonelada, fijado en su informe es medio, no al alza, partiendo para ello de los datos que arroja la contabilidad de la empresa. Finalmente reseña que las cuentas anuales no permiten conocer los detalles de las operaciones, porque son globales.

Prueba de cargo que valora el Tribunal:

#### 1.- Testifical de Leovigildo e informe pericial.

Las declaraciones descritas vinculadas a la documental y, especialmente al informe pericial de referencia -67 folios- obrante en la causa, evidencia la inconsistencia de la argumentación defensiva que articula el acusado, poniendo a cargo del socio italiano el conocimiento y autorización de toda la gestión por él realizada, a modo de corresponsabilidad de las irregularidades finalmente detectadas que, ante lo rotundo de su justificación, ni siquiera se atreve a negar.

#### 2.- Desconocimiento del socio de las irregularidades del recurrente.

Señala el Tribunal que ningún dato consta que permita vislumbrar que el socio italiano tuviera conocimiento de las irregularidades de la empresa, que era dirigida y gestionada por el acusado, que era el que residía y tenía los contactos en este país dada su previa experiencia, en todos sus aspectos, tanto internos como externos, relativos a las ventas a los clientes, la gestión de su facturación, cobros, pagos y gestión de las cuentas bancarias de la sociedad, así como la contratación de asesores contables externos para la llevanza de la contabilidad, presentación de los impuestos correspondientes, y confección de auditoria de las cuentas con base a la documentación que el propio acusado o su pareja, que también figuraba como empleada de la empresa, les facilitaban, mientras que Leovigildo residía en Italia, acudía mensual o bimensualmente a Avilés, sin que en aras a la confianza depositada en su socio, inherente a las relaciones de tal índole, tomara cabal conocimiento del alcance de la gestión que aquel realizaba, dado que la firma de las cuentas anuales de la sociedad, no autorizaba a cuestionar sin más tal extremo, por su carácter global y la forma de elaborar dichas cuentas por la gestoría elegida por el acusado con la documentación que éste le facilitaba.

Corroboración de estos datos porsu reacción ante las irregularidades detectadas por la Agencia Tributaria, en la que pone en marcha los mecanismos necesarios para detectar la realidad, causas y consecuencias de tales irregularidades, comenzando por el abono de la multa administrativa y recargos correspondientes y continuando con el encargo de una auditoria como mecanismo de investigación, que resultaría superflua e innecesaria de ser cierta la versión del acusado.

Refuerza tal conclusión las documentales que incorporan por vía notarial, las declaraciones efectuadas por los tres empleados de la empresa - Pedro Enrique , Arturo y Eutimio -, que si bien no despliegan los efectos propios de la testifical por sustraerse a la preceptiva intermediación y contradicción, pueden ser consideradas a modo de elementos que refuerzan y confluyen en el aspecto concreto de la cuestión, al coincidir aquellos en señalar al acusado, como la única persona que mandaba y ordenaba la operativa de la empresa.

#### 3.- Irrelevancia de la documental aportada por el recurrente.

Apunta el Tribunal que resulta significativo que ninguna prueba propone el acusado que avale su planteamiento, puesto que los emails aportados no permiten tal consideración, teniendo en cuenta su contenido, que se corresponde con los aspectos y comentarios concretos que Leovigildo admite en su declaración y que pudieran ser interpretados, a modo de estrategia para justificar las quejas de los clientes, sin que de su conjunto quepa colegir que el acusado estuviera autorizado para disponer, como hizo, de los fondos y existencias de la empresa, en su propio beneficio.

#### 4.- Ineficacia de la pericial de la defensa para desvirtuar la probanza de cargo.

Señala el Tribunal que mención aparte merece la pericial practicada, a instancias de la defensa, acerca de las pretendidas mermas técnicas, a efectos de justificar la constatada desaparición que en forma estimativa, se fija en 9.000 toneladas de carbón.

Lleva razón la acusación particular, cuando destaca que en la instrucción el acusado no alude a las mermas, pues se constata que en su declaración ante la instructora -el día 27 de marzo de 2014- únicamente alude, con carácter genérico a que "la diferencia del 2% en el pesaje entre el carbón contabilizado y el pesado es una diferencia normal en este tipo de actividades.

Tanto por la humedad con la que llega el carbón y luego se reduce al estar a la intemperie, como por efectos climatológicos, que el hecho de que el carbón esté a la intemperie y llueva no incrementa la humedad del carbón porque se elimina rápidamente".

Y ello a pesar de que a tal fecha ya disponía del informe pericial de referencia, al aparecer fechado el 15 de abril de 2013, informe que se aporta en el plenario y sobre el que, los emails atinentes a la negociación previa al otorgamiento de las escrituras públicas en agosto de 2013 y el contenido de tales escrituras, ninguna mención contiene.

Las conclusiones que incorpora tal informe, que viene a justificar las pretendidas mermas técnicas, no convencen al Tribunal, partiendo de que se trata de un informe de índole teórica y confeccionado sobre la base exclusiva de los datos facilitados por el acusado, sin inspección directa de las instalaciones y sin alusión ni incorporación de los análisis de humedad, pesajes por balanza, pesajes por calado y en fin, sin referencia a los conocimientos de embarque, que carece de eficacia desvirtuadora de las conclusiones que sobre tal concreto aspecto explica el perito Sr. Marcelino, sobre la base de la documentación de la empresa que exhaustivamente analiza y adjunta a su informe.

En tal sentido, la comparación de las pericias por el Tribunal es suficientemente explicativa acerca de las razones por las que el Tribunal se decanta por admitir la pericial anterior frente a la de descargo. No hay arbitrariedad en la toma de decisión de admitir una pericial frente a otra, y ante ello lo que se exige al Tribunal es argumentación de las razones de la asunción de una prueba pericial basada en los conocimientos del técnico que corroboran la percepción del Tribunal de las irregularidades que parten de esa pericial, la documental y la testifical antes expuesta, y sin que esta pericial ni el documento de la escritura de renuncia alteren el proceso deductivo del Tribunal, ya que esa renuncia es injustificada y basada en un apartarse del negocio, cuando se dio cuenta de que se estaban detectando las operaciones realizadas, no teniendo efecto alguno en el orden penal escrituras de renunciaciones del socio respecto de la empresa que había sido perjudicado en el modus operandi antes descrito.

Por ello, el Tribunal concluye que lo hasta ahora expuesto conduce, en definitiva, a considerar plenamente acreditada, la autoría del acusado de las conductas puestas a su cargo por parte de las acusaciones, que como ya se indicó, se proyectó en una doble vertiente afectante a los fondos de la sociedad y a los intereses societarios, que incorporan cada una de ellas, todos los elementos del injusto que se describen en el art. 252 y art. 295, respectivamente, del Código penal en su redacción vigente al tiempo de los hechos.

El motivo se desestima.

TERCERO.-Con respecto del segundo motivo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al no incluirse como hechos probados circunstancias de relevancia esencial para la causa que se basan en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

En la misma línea ya expuesta anteriormente pretende el recurrente justificar las extracciones que se llevan a cabo y la virtualidad de las escrituras de renuncia, que ya antes han sido rechazadas por la argumentación expuesta por el Tribunal y la acertada valoración probatoria efectuada, ya que las escrituras, los correos electrónicos y los extractos no tienen la virtualidad probatoria que pretende el recurrente, ya que:

Desconocimiento del socio italiano de lo que estaba pasando

Como suele ocurrir en estos casos de fraudes societarios la excesiva confianza y la ausencia total de control del socio italiano determinan las operaciones imputadas que se tratan de justificar con documental y escrituras realizadas ad hoc cuando se detectan las irregularidades. Así, se destaca que según se recoge de la prueba practicada en el plenario con la suficiente inmediación ningún dato consta que permita vislumbrar que el socio italiano tuviera conocimiento de las irregularidades de la empresa, que era dirigida y gestionada por el recurrente, que era el que residía y tenía los contactos en este país dada su previa experiencia, en todos sus aspectos, tanto internos como externos, relativos a las ventas a los clientes, la gestión de su facturación, cobros, pagos y gestión de las cuentas bancarias de la sociedad, así como la contratación de asesores contables externos para la llevanza de la contabilidad, presentación de los impuestos correspondientes y confección de auditoría de las cuentas con base a la documentación que el propio acusado o su pareja, que también figuraba como empleada de la empresa, les facilitaban, mientras que Leovigildo residía en Italia, acudía mensual o bimensualmente a Avilés, sin que en aras a la confianza depositada en su socio, inherente a las relaciones de tal índole, tomara cabal conocimiento del alcance de la gestión que aquel realizaba, dado que la firma de las cuentas anuales de la sociedad, no autorizaba a cuestionar sin más tal extremo, por su carácter global y la forma de elaborar dichas cuentas por la gestoría elegida por el acusado con la documentación que éste le facilitaba, lo que viene corroborado por su reacción ante las irregularidades detectadas por la Agencia Tributaria, en la que pone en marcha los mecanismos necesarios para detectar la realidad, causas y consecuencias

de tales irregularidades, comenzando por el abono de la multa administrativa y recargos correspondientes y continuando con el encargo de una auditoría como mecanismo de investigación, que resultaría superflua e innecesaria de ser cierta la versión del acusado.

Refuerza tal conclusión, apunta el Tribunal, que las documentales que incorporan por vía notarial, las declaraciones efectuadas por los tres empleados de la empresa - Pedro Enrique , Arturo y Eutimio - que si bien no despliegan los efectos propios de la testifical por sustraerse a la preceptiva intermediación y contradicción, pueden ser consideradas a modo de elementos que refuerzan y confluyen en el aspecto concreto de la cuestión, al coincidir aquellos en señalar al acusado, como la única persona que mandaba y ordenaba la operativa de la empresa.

Resulta significativo que ninguna prueba propone el acusado que avale su planteamiento, puesto que los emails aportados, no permiten tal consideración, teniendo en cuenta su contenido, que se corresponde con los aspectos y comentarios concretos que Leovigildo admite en su declaración y que pudieran ser interpretados, a modo de estrategia para justificar las quejas de los clientes, sin que de su conjunto quepa colegir que el acusado estuviera autorizado para disponer, como hizo, de los fondos y existencias de la empresa, en su propio beneficio".

Alude la sentencia también a la pericial practicada a instancias de la defensa, acerca de las pretendidas mermas técnicas, a efectos de justificar la constatada desaparición que en forma estimativa se fija en 9.000 toneladas de carbón. Lleva razón -según la sentencia- la acusación particular, cuando destaca que en la instrucción el acusado no alude a las mermas, pues se constata que en su declaración ante la instructora el día 27 de marzo de 2014, únicamente alude, con carácter genérico a que "la diferencia del 2% en el pesaje entre el carbón contabilizado y el pesado es una diferencia normal en este tipo de actividades (...). Las conclusiones que incorpora tal informe, que viene a justificar las pretendidas mermas técnicas, no convencen al Tribunal, partiendo de que se trata de un informe de índole técnica y confeccionado sobre la base exclusiva de los datos facilitados por el acusado, sin inspección directa de las instalaciones y sin alusión ni incorporación de los análisis de humedad, pesajes por báscula, pesajes por calado y en fin, sin referencia a los conocimientos de embarque, que carece de eficacia desvirtuadora de las conclusiones que sobre tal concreto aspecto explica el perito Sr. Marcelino , sobre la base de la documentación de la empresa que exhaustivamente analiza y adjunta a su informe".

Los documentos que cita la parte recurrente en cuanto a intentar justificar las extracciones y cargos quedan contradichos con los elementos probatorios ya expuestos, lo que conlleva la desestimación del motivo.

CUARTO.- Con respecto del tercer motivo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al no incluirse como hechos probados circunstancias de relevancia esencial para la causa que se basan en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Vuelve a incidir que la renuncia en escrituras conlleva un efecto que pretender tener por acreditado que no exista responsabilidad civil, pero el Tribunal ya analizó con detalle, y se ha mencionado antes, que "resulta inoperante la renuncia que incorpora las escrituras públicas otorgadas en el mes de agosto de 2013, sobre cuya potencialidad exculpatoria giró la esencia de la tesis defensiva esgrimida por el acusado".

Pero ejercitada la acción penal y civil por la entidad Energy Fuel Asturias S.L., nueva denominación de la entidad Carbuastur, no consta ninguna renuncia, sino por el contrario el ejercicio de la pretensión penal y de la acción civil correspondiente, a través de la interposición de la querrela y del escrito de acusación subsiguiente. A tales efectos el contenido del clausulado de las ya tan mentadas escrituras públicas, incorporan acuerdos alcanzados por las entidades, partícipes al 50% de la empresa Carbuastur, esto es, por Hispanoucran y Energy Coal, que responde a la necesidad de desbloquear la situación de aquella empresa tras detectarse las primeras irregularidades a través de las actuaciones inspectoras de la Aduana, y en este contexto ha de enmarcarse la renuncia que, el socio Energy Coal, formula en los términos que ha quedado descrita, que despliega sus efectos entre sujetos contratantes, esto es, entre los socios o partícipes de Carbuastur -actual Energy Fuel Asturias SL-, persona jurídica distinta con órganos de administración independientes, patrimonios diferenciados e intereses diversos a las empresas que la participaban, que resultó perjudicada en sus intereses por la actuación del acusado, en la forma que se ha descrito, en cuyo nombre y representación ninguna renuncia incorporan las escrituras públicas de referencia, no pudiendo por lo tanto resultar afectada por los términos del acuerdo, pues ello supondría una afectación de derechos ajenos a los propios de renunciante, vedada en nuestro sistema.

No puede existir eficacia extintiva a las actuaciones que no afectan a quienes no participaron en los actos. Así, se pone de manifiesto que la mercantil Energy Fuel Asturias S.L., empresa perjudicada con la actuación del acusado, no consta ninguna renuncia a las acciones civiles derivadas del delito. Y como declaró en el acto del juicio oral el testigo principal de los hechos Leovigildo , y ya se ha expuesto antes, la firma de las escrituras se hizo el 1 de agosto de 2013, obedece a que en ese momento no tenían conocimiento de que lo sucedido procediese de una actuación dolosa del acusado sino de una equivocada o negligente actuación como gerente del acusado, que decidió perdonar, suscribiendo tales escrituras. Es en enero de 2014 cuando, tras la finalización de la auditoría encargada, cuando se toma cabal conocimiento de todo lo acaecido y de la actuación dolosa (y delictiva) del acusado.

No se puede otorgar valor ni eficacia a una escritura que tiene vicios del consentimiento en su formulación, y pese a ello no afecta a las partes no referidas, además de llevarse a cabo en fraude de ley, ya que las escrituras públicas por lo tanto están

viciadas, ya que se otorgan cuando se desconoce la comisión de hechos delictivos, por lo que nunca podrían suponer una renuncia a una posible acción civil derivada de un delito. Pero es que además, son suscritas por el representante de Energy Coal SPA, que no es la empresa que resultó perjudicada por el comportamiento delictivo del acusado, que era Carbuastur -actual Energy Fuel Asturias-, persona jurídica -como recoge la sentencia- distinta y con órganos de administración independientes.

El motivo se desestima.

QUINTO.-Con respecto del cuarto motivo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Entiende el recurrente que "lo esencial, a la hora de analizar desde la perspectiva del Derecho Penal la actuación de Don Baltasar como Administrador de "CARBUASTUR, S.L.", es determinar si Don Baltasar contaba con el consentimiento del órgano social o de los socios, pues en ese caso nos encontraríamos con una causa de exclusión de la antijuridicidad, pues en ese caso faltarían los requisitos de tipo como son el perjuicio y el abuso de funciones. No puede existir abuso de funciones si los actos del administrador han sido aprobados, ratificados, por el órgano social o por los socios".

Sin embargo, no puede ampararse esta aprobación que propone si es la ratificación la que refiere en los documentos que ya antes ha citado, alegaciones que se deben desestimar, por cuanto las documentos de renuncia son ineficaces frente a la acusación particular. Se ha explicado ya el reducido alcance de los actos de renuncia y que las extracciones no estaban autorizadas, así como que la declaración del socio es clarividente, desprendiéndose de la misma y de la prueba pericial que no se conocían las irregularidades y que son cuando se detectan cuando se empieza a actuar, siendo concluyente la prueba pericial antes expuesta para desestimar este motivo de igual modo por no resultar acreditada en modo alguno la autorización que pretende probar para llevar a efecto las irregularidades que se llevaron a cabo, algunas de las cuales, como los cargos de gastos de cuestiones personales y su pretensión o intento de justificarlos están enmarcados en el total y absoluto abuso de facultades motivado, también hay que decirlo, por una total ausencia de control de lo que el recurrente estaba realizando hasta que se lleva a cabo ese control que es lo que hace desembocar la investigación en las escrituras para intentar salvar el recurrente las irregularidades que "ya había cometido".

El motivo se desestima.

SEXTO.- Con respecto del quinto motivo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Basa y centra el recurrente el error valorativo en la prueba en los siguientes extremos:

- a) Que Baltasar mezcló carbón nacional con carbón de importación.
- b) Que dicha mezcla se hacía con el ánimo de vender carbón propiedad de "Hispanoucran S.L." con una mejor calidad a un precio más bajo.
- c) Que dicha mezcla suponía que "Energy Fuel" vendiera a sus clientes un carbón de peor calidad a un precio más alto.
- d) Que ello produjo quejas de los clientes de Carbuastur S.L., e incluso perder alguno de esos clientes.
- e) Que esa entrada de carbón nacional en el depósito aduanero supuso la imposición de una multa por la Agencia Tributaria de 606.770.99 euros más

92.534 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora.

Niega en consecuencia estos datos apuntando no ser cierto que la inspección de la Agencia Tributaria tuviera relación con estos extremos.

Recoge la sentencia que el acusado señaló que era socio del 10 % y administrador único de la empresa HISPANOUCRAN, dedicada a la compra y venta de carbón de Ucrania y Rusia y ello desde hacía 21 años, empresa que era de su hermano. Que el único suministrador de CARBOASTUR era ENERGY COAL, no teniendo libertad para contratar la adquisición con otras empresas, siendo en la práctica un simple empleado a las órdenes de Leovigildo. Describe lo acontecido en relación con la inspección de Aduanas, limitando su actuación a un simple traslado del lugar del carbón almacenado, añadiendo que desconocía que dicho traslado implicaba la liquidación de los impuestos correspondientes. Niega la apropiación de carbón así como las operaciones de mezcla, aclarando que uno de los clientes principales de CARBUASTUR, EMERGICAR, le solicitó la adquisición de carbón a dos empresas nacionales y así lo llevó a afecto con la correspondiente mezcla, con la que en cualquier caso no pretendía engañar a ENERGY COAL.

Sin embargo, el Tribunal considera con acierto que difícil encaje tiene su pretendido desconocimiento sobre las consecuencias del traslado del depósito de carbón, que es lo que motiva para el Tribunal el inicio de las actuaciones inspectoras de Aduanas, vinculado a los beneficios fiscales que suponía la autorización de depósito aduanero y lo que ello conllevaba, con su, por él afirmada, dilatada experiencia profesional, que se proyectaba, con carácter principal, en el ámbito de la importación de carbón de Ucrania, a través de titularidad accionarial o representativa de diversas empresas del sector, experiencia profesional que

mal se compadece con los, por él invocados, errores, atinentes a la ausencia de pesaje de los barcos, de inventario y pesaje de las existencias almacenadas en el depósito aduanero.

Leovigildo niega el control y conocimiento de las operaciones que llevaba a cabo el recurrente y afirma que en las instalaciones de Carboastur del depósito aduanero del Puerto de Avilés, recibía la mercancía suministrada, para su cribado, clasificación y venta a clientes nacionales, aclara que se trataba de un depósito aduanero, que solo permitía el almacenamiento de carbón de importación, en el que los impuestos se liquidaban una vez salía el carbón del puerto, tras su venta. Manifiesta que se comunicaba con frecuencia con el ahora recurrente y que cada dos meses, aproximadamente acudía a Avilés, si bien la gestión directa y diaria de la empresa la llevaba a efecto el acusado, quien no le rendía cuentas, solo le comentaba algunos aspectos concretos, sin hacerle partícipe de la gestión directa, de ahí la tardanza en detectar lo ocurrido.

Señala el Tribunal que incide el testigo, socio del recurrente, que uno de los mejores clientes de CARBOASTUR era EMERGICAL, empresa que no era consumidor final al adquirir carbón para su venta a terceros, entre los que figuraba Arcelor, incidiendo en que tenía que ser siempre carbón de importación, añade con contundencia el testigo y aclara que dicha empresa realizó algunos pagos directamente a ENERGY COAL, por suministros de CARBOASTUR, apareciendo tales pagos perfectamente contabilizados.

Explica la mecánica de funcionamiento aclarando que cuando un barco llegaba al puerto de Avilés tenía que haberse pesado -peso por calado-, pero no se hacía, detectando tal extremo tras la intervención de la Agencia Tributaria, que es cuando se percatan de la diferencia de carbón en el almacén así como de la presencia de carbón de origen nacional, que como mínimo representaba unas 1.200 toneladas, según las cartas de porte y tickets de una empresa del Alto Bierzo y de transportes Viloría localizados. Señala con rotundidad que el acusado, ni estaba autorizado, ni disponía de su consentimiento para llevar a efecto tales actuaciones que el testigo desconocía hasta ese momento, actuaciones que por demás estaban en contra del interés de su empresa -ENERGY COAL- en cuanto principal suministradora de CARBOASTUR, deparándole perjuicios al tener que afrontar el pago de la multa y recargos impuestos por la Agencia Tributaria -en torno a unos dos millones de euros aproximadamente-, así como la pérdida de un crédito que ENERGY COAL tenía frente a CARBOASTUR que resultó de imposible ejecución. El desbarajuste, sigue manifestando, se detectó a través de un cálculo matemático, calculando las toneladas de carbón según el conocimiento de embarque, el carbón que salía y el que quedaba en el almacén, del que como mínimo desaparecieron 9.000 toneladas de imposible explicación por vía de mermas técnicas, si consideramos el clima de Asturias -húmedo y lluvioso- y que el carbón mojado gana peso, no lo pierde. Manifiesta que CARBOASTUR perdió clientes dada la mala calidad del carbón al ser mezcla, aclarando que HISPANOUCRAN no tenía ninguna razón de seguir funcionando porque hacía competencia a CARBOASTUR, y aunque no tenía actividad seguía vendiendo carbón procedente de las instalaciones de CARBOASTUR, tal y como se lo había manifestado SOLVAY.

Señala que la empresa tenía tres trabajadores en las instalaciones del Puerto de Avilés y que no aparecieron todos los albaranes de salida, manifestándole uno de los trabajadores, que el acusado los escondía. El testigo insistió en el plenario en relación a las mermas, a preguntas de la defensa, y con rotundidad afirma que el acusado "robó 9.000 toneladas de carbón y los vendió a terceros en su propio beneficio".

Manifiesta que el acusado se quejaba de la mala calidad del carbón suministrado por ENERGY COAL y ello con la finalidad de justificar las quejas de los clientes y que las quejas sobre el precio lo fueron en la última época.

También es un dato tenido en cuenta en cuanto a la admisión de las irregularidades en cuanto al carbón que la pericial practicada en el plenario por D. Marcelino, economista y auditor de cuentas de la firma Forest Partners, Estada y Asociados, que elaboró el informe obrante en la causa y sus conclusiones que figura en su informe aludiendo a la constatación de las entradas y salidas de carbón nacional. Señala en su informe que el acusado fue requerido para la entrega de la documentación de la empresa y especialmente para la aportación de los albaranes de salida, sin que por su parte nada se aportase. Localizaron tickets de entrada y salida de camiones de transporte de carbón del Alto Bierzo, carbón nacional que se mezclaba, en el almacén, con el carbón de importación. Se constató la desaparición de unas aproximadas 9.000 toneladas de carbón, partiendo para ello del pesaje hecho por Aduanas en su inspección, calculando las entradas y salidas según la contabilidad. Señala que el acusado era el que llevaba a cabo las funciones de dirección, gerencia y toma de decisiones de la sociedad.

También alude en este punto de este motivo el Tribunal a que mención aparte merece la pericial practicada, a instancias de la defensa, acerca de las pretendidas mermas técnicas, a efectos de justificar la constatada desaparición que en forma estimativa, se fija en 9.000 toneladas de carbón y señala que "Lleva razón la acusación particular, cuando destaca que en la instrucción el acusado no alude a las mermas, pues se constata que en su declaración ante la instructora -el día 27 de marzo de 2014- únicamente alude, con carácter genérico, a que "la diferencia del 2% en el pesaje entre el carbón contabilizado y el pesado es una diferencia normal en este tipo de actividades. Tanto por la humedad con la que llega el carbón y luego se reduce al estar a la intemperie, como por efectos climatológicos, que el hecho de que el carbón esté a la intemperie y llueva no incrementa la humedad del carbón porque se elimina rápidamente". Y ello a pesar de que a tal fecha ya disponía del informe pericial de referencia, al aparecer fechado el 15 de abril de 2013, informe que se aporta en el plenario y sobre el que los emails atinentes a la negociación previa al otorgamiento de las escrituras públicas en agosto de 2013 y el contenido de tales escrituras, ninguna mención contiene".

Refiere el Tribunal que las conclusiones que incorpora tal informe, que viene a justificar las pretendidas mermas técnicas, no le convencen, partiendo de que se trata de un informe de índole teórica y confeccionado sobre la base exclusiva de los

datos facilitados por el acusado, sin inspección directa de las instalaciones y sin alusión ni incorporación de los análisis de humedad, pesajes por báscula, pesajes por calado y en fin, sin referencia a los conocimientos de embarque, que carece de eficacia desvirtuadora de las conclusiones que sobre tal concreto aspecto explica el perito Sr. Marcelino, sobre la base de la documentación de la empresa que exhaustivamente analiza y adjunta a su informe.

Lo ocurrido con respecto al carbón, pues, no se trata de un error, como con suficiente argumentación probatoria concluye el Tribunal, sino que se realizó a conciencia y con conocimiento y voluntad de causar un beneficio personal y un consiguiente perjuicio a ENERGY FUEL ASTURIAS, que es lo que llevó a las quejas de los clientes, además de que los documentos que refiere, algunos de ellos, como incide la Fiscalía, no son literosuficientes.

Pero es que la conclusión a la que llega el Tribunal resulta de todo punto obvia, ya que no tenía sentido la mezcla de carbón y su presencia y estancia en las instalaciones, y no estaba admitido en modo alguno por su socio, como así lo expuso, que el carbón nacional procedente del Alto Bierzo se mezclara con el procedente de Ucrania, ya que ello llevaba, como así ocurrió una doble consecuencia, como era ofertar el recurrente a los clientes de la empresa de la que era administrador único -HISPANOUCRAN S.L.- un producto de mejor calidad (al unirse carbón ucraniano) a precio más bajo y paralelamente un perjuicio a la empresa que era, no lo olvidemos, la titular del depósito aduanero -ENERGY FUEL ASTURIAS-, al vender a sus clientes un producto de peor calidad que el convenido, con las consiguientes reclamaciones. Esa ubicación en ese lugar de ambas ya daba lugar a la evidencia de lo que más tarde ocurrió con la inspección de la agencia tributaria. Y aunque el recurrente lo niegue sí que tuvo que ver la inspección con la mezcla del carbón, ya que el carbón de Ucrania (país no perteneciente a la Unión Europea) y el nacional tienen una tributación totalmente diferente, y eso es lo que da lugar a la detección de lo que estaba ocurriendo y la subsiguiente sanción. También, como menciona la Fiscalía respecto al documento nº 26 de la querella contiene el análisis de las muestras de carbón tomadas para justificar la mezcla, tiene parte de su contenido en castellano y no es el único documento relevante, sino que el documento nº 24 de la querella contiene las numerosas declaraciones de Porte de carbón, que la empresa transportista Peláez Gutiérrez S.L., realizó desde el Alto Bierzo para Carbuastur S.L., constando los kilos y las fechas en que se llevaron a cabo. Tampoco tiene virtualidad el acta de conformidad que se refiere a una sanción tributaria sin mayor relevancia en cuanto al objeto de esta mezcla que sí le quedó acreditado al tribunal y la operación fraudulenta llevada a cabo. En cualquier caso, como señala la fiscalía se impone la sanción tributaria debido a que respecto a 147.530,577 toneladas de antracita previamente vinculadas por Carboastur S.L., al régimen de depósito aduanero, no había presentado declaraciones de importación, ni había ultimado el régimen de acuerdo con la normativa aduanera comunitaria. Esa falta de presentación de declaraciones de importación, sin duda tuvo lugar (y así lo recoge la sentencia) debido a que se trataba de carbón nacional y no importado. Respecto a la exoneración de que las quejas dimanaran de aspectos alejados de la mezcla señalar con acierto la fiscalía que la carta de SOLVAY, que menciona el recurrente, debemos apreciar que la queja viene motivada no sólo por los retrasos en los plazos de entrega acordados, sino por incumplimiento en los parámetros de granulometría, que es determinante de la calidad del producto vendido en esta área.

Con ello, vemos que los documentos que se citan están contradichos con otros elementos probatorios y ello conlleva la desestimación del motivo.

SÉPTIMO.- Con respecto del sexto motivo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se vuelve a tratar la cuestión que el recurrente centra en la ausencia de prueba respecto a la sustracción de carbón en cantidad de 9.040,16 toneladas de carbón suministradas por el socio ENERGY COAL SpA a ENERGY FUEL ASTURIAS, y cuestiona la declaración del socio italiano a la que no le otorga validez y el informe pericial antes citado, pretendiendo otorgar mayor validez al aportado por la defensa.

Sin embargo, volvemos a incidir en que el recurrente altera la valoración probatoria del Tribunal que es ajustada y no se aprecia en ella arbitrariedad alguna, sino que el proceso deductivo está secuenciado y amparado en sólida argumentación centrada en el conocimiento de lo que al final se detecta por el socio antes citado que había ocurrido, y el cúmulo de irregularidades que fueron apareciendo hasta dar lugar al escrito de renuncia, que frente a la interpretación del recurrente de que conlleva una renuncia de reclamación la interpretación del tribunal es otra bien distinta en cuanto a la forma en la que se lleva a cabo tal renuncia como consta en el documento en el que se plasma y el precio fijado. Pero es que se cuenta con un informe pericial que ha sido analizado con detalle por el Tribunal, y frente al aportado por la parte recurrente amparándose ahora en la vía del art. 849.2 LECRIM.

En esta línea, esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado con reiteración que en relación a la prueba pericial, hemos dicho que es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la ley precisa que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" (art. 348 de la LEC), lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim para toda la actividad probatoria ("el Tribunal, apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia"), sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E). El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica -que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas

por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia ( STS. 1102/2007 de 21 de diciembre ).

En cuanto a su valor como documento la jurisprudencia le otorga tal condición, cuando:

a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen, o sin una explicación razonable ( SSTS 2144/2002 de 19 de diciembre y 54/2015, de 28 de enero , entre otras).

Por tanto, habiendo explicado, como antes se ha reseñado, el Tribunal las razones por las que desestima la pericial de la defensa tampoco existió, en este caso, un error en la valoración de la prueba pericial documentada por parte del Tribunal de Instancia pues ofreció una justificación razonable y lógica a los motivos que le llevaron a separarse de las conclusiones contenidas en el dictamen pericial, y, por tanto, según la Jurisprudencia expuesta, el referido dictamen pericial no es apto para ser considerado como documento a efectos casacionales, por no tener cabida en los supuestos excepcionales por los que un dictamen pericial deviene idóneo como documento a efectos del artículo 849.2 LECrim .

El motivo se desestima.

OCTAVO.- Con respecto del séptimo motivo por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal , por considerar que se han infringido, por indebida aplicación del artículo 252, en relación con el art. 249 del Código Penal , en su redacción vigente al tiempo de los hechos.

Mantiene el recurrente que existiendo una autorización del socio único de CARBUASTUR, S.L. respecto de la totalidad de las actuaciones de D. Baltasar en relación con el patrimonio de la sociedad durante todo el periodo en que fue Administrador de la misma, ello excluye la tipicidad de los hechos imputados a fin de apreciar la concurrencia aquel delito. Entiende que la firma de las escrituras ratifican la autorización existente a los actos llevados a cabo.

Sin embargo, la interpretación acertada que sigue el Tribunal es la que se convalida por esta Sala, ya que de ser así cualquier administrador que tiene autorización, obviamente, de gestión por su sociedad para la que trabaja o a quien representa podría, bajo ese manto de "autorización", realizar los actos dispositivos que quisiera en su propio beneficio y en perjuicio de la sociedad sin que ello supusiera un delito de apropiación indebida por entender que está "autorizado". Pero es que la autorización que tienen los administradores societarios son y están dirigidas para gestionar de forma diligente las sociedades para las que trabajan o a quien representan.

Por ello, ha sido pieza esencial en la reestructuración del buen gobierno corporativo de las sociedades que se implanten e implementen protocolos de buena gestión de los administradores de las sociedades mercantiles, a fin de que sus gestores actúen con arreglo a unos parámetros que ya se fijaron en el año 1997 en el conocido "Código Olivenza". Y así, el consejo de ministros, acordó, en su reunión de 28 de febrero de 1997, la creación de una Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. Nació así la Comisión Olivencia con un doble encargo: redactar un informe sobre la problemática de los consejos de administración de las sociedades que cotizan en bolsa (Informe sobre el Consejo de Administración); y, en segundo lugar, elaborar un Código de Buen Gobierno de asunción voluntaria por parte de dichas empresas. La finalidad de ambos documentos era la de dar respuesta a una creciente demanda de mayores cotas de eficacia, agilidad, responsabilidad y transparencia en la gestión, en aras a una más elevada credibilidad y una mejor defensa de los intereses de los accionistas; en suma hacer que los consejos sean auténticos dinamizadores de la vida de la empresa.

Estos Códigos a seguir por los Administradores societarios marcan unas pautas de actuación donde priman la transparencia en la gestión, lo que en este caso se ha omitido, dado que de la prueba practicada se ha evidenciado que el socio italiano desconocía la actuación del recurrente y el conocimiento tardío de lo que estaba ocurriendo es lo que determina los plazos de maniobra de los que dispuso el recurrente para llevar a cabo los actos de apropiación.

Junto con este Código Olivenza fue capital para el buen gobierno de la administración en las empresas la introducción de los programas decomplianceen las mismas que evitarían casos como el que aquí ha ocurrido, ya que el control interno en las empresas mediante la técnica anglosajona delcompliance programecomo conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de

organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de apropiación de fondos y de abuso de gestión, no se hubieran dado, y no habría que esperar a que en este caso hubiera tenido que intervenir la agencia tributaria para, detectando el fraude fiscal que existía con el carbón importado, acabaran por descubrirse las apropiaciones realizadas por el recurrente, como resulta de la prueba practicada frente a la oposición valorativa del recurrente; de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales extra, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreedores que son sujetos pasivos por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc, sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, es decir, ad intra. Estos últimos, aunque no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocido como tales en sus preceptos esta derivación y ser ad intra, sí que permiten obstaculizar la comisión de delitos como los aquí cometidos por los administradores que no dan rendición pautada de cuentas a sus socios o administradores solidarios y que cometen irregularidades, que en algunos casos, como los aquí ocurridos, son constitutivos de ilícitos penales. Y ello, sin que sea asumible y admisible que una redacción de un documento público como las escrituras públicas citadas por el recurrente puedan hacer desaparecer la existencia de los ilícitos penales cometidos

Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, o abusos de funciones que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato. Incluso, estas actuaciones de ilícitos penales como los aquí cometidos pueden dar lugar a la existencia de responsabilidad civil, que en el caso de que se tratara de hechos extrao cometidos frente a terceros, y no frente al patrimonio de la sociedad, haría nacer una responsabilidad civil con cargo a la empresa por la vía del art. 120.4º CP, que podría estar cubierta por las pólizas de seguro de responsabilidad civil que suelen contratarse para cubrir estas eventualidades; pólizas que, al mismo tiempo, podrían exigir la constitución de los programas de cumplimiento normativo para aminorar o reducir el riesgo de la aparición de ese deber de indemnizar la aseguradora como consecuencia del aseguramiento de la responsabilidad civil.

Al menos, es evidente que el programa de cumplimiento lo que traslada al administrador societario que tiene en mente realizar este tipo de conductas es saber la existencia de un control que en el caso aquí analizado, y que es lo que propició los actos de apropiación y de administración desleal declarados probados, pese a que el recurrente pretenda justificar tales extracciones en alegaciones de todo punto rechazables por inconsistentes.

Además, la actuación del recurrente basada en los hechos probados se ha alejado no solo de los parámetros exigidos por los códigos de buen gobierno ad intra, sino, también, de la normativa que ya fijó el art. 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital que lleva por rúbrica Deber general de diligencia y que señala que:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.
2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.
3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

También se introdujo con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo la nueva redacción del Artículo 227 que lleva por rúbrica el Deber de lealtad y que añade, en cuanto a las obligaciones de los administradores societarios, que:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.
2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Y en cuanto a la comisión de delitos de apropiación indebida y administración desleal también la Ley 31/2014 redactó el art. 228 fijando las conocidas como Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad mediante una exposición secuenciada de cómo se traducían ese conocido como "deber de lealtad" que deben tener los administradores con respecto a su empresa, deber de lealtad, que a tenor de los hechos probados, en este caso no ha existido por las acciones de apropiación y por el abuso de funciones aquí probado, pese al distinto parecer del recurrente con los hechos probados.

Así las cosas, entre estos deberes está, en lo que en este caso nos atañe.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Clave es también en este caso el Art. 229 de la citada norma, también redactado por la Ley 31/2014 que lleva por rúbrica y que es directamente aplicable en estos casos, ya que se recoge que:

1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:

a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

2. Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

3. En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad. Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259.

Por ello, la declaración de hechos probados y la valoración probatoria evidencian el grave incumplimiento del recurrente de lo dispuesto en el art.

229 antes citado, ya que se apropió de patrimonio social, realizó actos entrando en conflicto con la propia sociedad administrada para su beneficio con otra sociedad y con perjuicio a la sociedad y ocultó dar cuenta al otro socio en tanto se produjo la intervención de la agencia tributaria que aunque el recurrente niegue relación directa con los hechos existe la misma como antes se ha especificado.

Se ha vulnerado así:

1.- El deber de diligencia en el ejercicio del cargo (art. 225). 2.- El deber de lealtad ante la sociedad (art. 227).

Los actos desleales del recurrente se evidencian en la declaración del socio italiano Leovigildo, ya que el recurrente tenía asignado un sueldo, al igual que su pareja y a diferencia del socio, que nada percibía por su condición de administrador solidario, siendo así que el acusado carecía de consentimiento y autorización para llevar a efecto las disposiciones y extracciones dinerarias que se detectaron en las cuentas de la sociedad sobre las que ninguna justificación había, como tampoco en relación con los gastos adicionales ni la domiciliación de los gastos personales. Además, frente al alegato de la "autorización" resulta evidente que no existe esta con respecto a actos de apropiación, sino que el cargo gerencial del recurrente excluye taxativamente, porque viola y vulnera los preceptos societarios antes expuestos introducidos expresamente por la Ley 31/2014 en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, para establecer un marco obligacional a los administradores que deben cumplir, lo que en este caso, claramente, no se ha dado.

De la pericial ya citada se expone que las extracciones y disposiciones efectuadas por el recurrente no estaban justificadas en modo alguno, como tampoco las domiciliaciones de sus gastos personales y en relación con la constitución de la garantía, señala que no aparecía en los libros.

Por otro lado, las alegaciones respecto de las extracciones y cargos son absolutamente rechazables. El recurrente señala que en lo que respecta a los 3.000 euros que no se ingresan en la cuenta de la empresa, tal cantidad fue aplicada para pagar las horas extraordinarias de los trabajadores de la empresa e invitaciones de la empresa a modo de "gastos de representación", sin que se apropiara de cantidad alguna. En relación con sus gastos personales con cargo a la empresa, manifiesta que se llevaron a efecto con pleno conocimiento y autorización de Leovigildo, matizando, en relación con el abono de las cuotas al partido

político Foro, que respondió a la conveniencia de "llevarse bien" con los responsables del Puerto de Avilés y en relación al abono del Sporting de Gijón, señala que fue un regalo para los clientes de la empresa. Asimismo manifiesta que dado que residía en León, lo que obligaba a desplazarse a Avilés, convino con Leovigildo que se le reembolsase mensualmente la suma de 1.000 euros. Insiste en que de todo tenía conocimiento Leovigildo, tratándose de gastos a la vista que eran comprobados por éste, dada su condición de economista.

Todas estas alegaciones no tienen aval probatorio que lo corrobore y son negadas por el socio italiano que niega que tuviera una autorización para realizar actos como los que aquí constan que no tienen cobertura jurídica alguna, ni son habituales en la práctica de una empresa que se rija por los Códigos de Buen Gobierno y en donde el administrador o administradores cumplan con la normativa antes citada del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, medidas que en este caso el recurrente no cumplió debidamente alejándose palmariamente de ellas.

Consta en los hechos probados que el recurrente "en su condición de administrador de la entidad denominada Carbuastur SL, actualmente ENERGY FUEL ASTURIAS S.L., y "sin el consentimiento del otro administrador solidario, procedió a realizar disposiciones en efectivo de "caja" y transferencias a su cuenta bancaria personal sin justificación alguna de su destino; asimismo periódicamente y sin conocimiento del otro administrador se fueron realizando transferencias bancarias a su cuenta personal por importe de 1000 euros mensuales, ascendiendo el importe total a la suma de 126.976,96 euros. De idéntica manera y sin conocimiento ni autorización del otro administrador, procedió a domiciliar en las cuentas de la sociedad las facturas de sus gastos personales, correspondientes a sus teléfonos móviles, los de su familia -pareja e hijo- sus empresas, a la televisión -gol televisión- de pago, cuotas de afiliación al partido político Foro Ciudadanos y de un club de fútbol, Sporting de Gijón, ascendiendo su importe a un total de 19.154,07 euros. En fecha 8 de marzo de 2010 el acusado como administrador de la sociedad recibió por parte del cliente EMERGICAR S.L., la suma de 85.000 euros en metálico, ingresando en la cuenta de la sociedad la cantidad de

82.000 euros, restando por ingresar los restantes 3000 euros, sin causa justificada (...); finalmente el acusado procedió a quedarse con unos 9.040,16 toneladas de carbón suministradas por el socio ENERGY COAL SpA, a ENERGY FUEL ASTURIAS".

Por ello, señala el Tribunal que concurren en la conducta del acusado todos y cada uno de los elementos integrantes de la apropiación indebida del art. 252 (y de la administración desleal del art 295 del Código Penal ), en redacción anterior a la vigente que resulta aplicable por más beneficiosa, al resultar acreditado a través de correspondiente prueba de cargo, la actuación desarrollada por el acusado que se proyectan en cuanto:

1.- Dispone en beneficio propio a través de transferencias o disposiciones directas de caja, domiciliación en cuentas de la empresa de sus gastos personales y apropiación de 3.000 euros de un pago en metálico correspondiente a la sociedad, así como la apropiación de 9.040,16 toneladas de carbón de importación, sin conocimiento ni autorización de la empresa y sin que existiese razón comercial alguna para ello, apropiándose del producto obtenido tras su venta a terceros, para incorporarlo a su patrimonio, que conduce a su inclusión en el delito de apropiación indebida tiempo de comisión de los hechos en su redacción vigente ( art 252 CP 95).

a.- Las transferencias a su cuenta ascendieron al importe total a la suma de 126.976,96 euros.

b.- Las facturas por temas personales ascendieron en su importe a un total de 19.154,07 euros.

c.- Del dinero recibido en la sociedad que administraba por parte del cliente, EMERGICAR S.L se quedó 3.000 euros que no ingresó en la sociedad.

Por ello, el motivo se desestima.

NOVENO.- Con respecto del octavo motivo por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal, por considerar que se han infringido, por indebida aplicación del artículo 295 del Código Penal, en la redacción vigente en la fecha de los hechos, así como del actual artículo 252 redactado por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Entiende el recurrente que "la expresa autorización a través de su ratificación, por el socio único de la sociedad CARBUASTUR S.L. de la totalidad de las actuaciones de administración realizadas por D. Baltasar durante el tiempo en que ejerció el cargo de Administrador de la misma, excluye a nuestro juicio la tipicidad de los hechos. Así, el socio único de CARBUASTUR S.L., reunido en esa Junta Universal y espontánea con ocasión de suscribir precisamente la Escritura de Renuncia al cargo de Administrador de D. Baltasar en fecha 1 de agosto, momento en el que tenía pleno conocimiento tanto de la utilización de las instalaciones del almacén de la sociedad para la entrada en alguna ocasión de carbón nacional adquirido por la sociedad HISPANOUCRAN; así como de la constitución de la garantía (fianza) en el préstamo hipotecario a que se refiere la Sentencia e igualmente conocía absolutamente el resultado de las actuaciones Inspectoras de la Agencia Tributaria (al haberse emitido Acta de conformidad días antes de la firma de la Escritura), expresó su consentimiento a todas esas actuaciones, mediante su ratificación en aquella Escritura. Dicho consentimiento de la sociedad, expresado a través del socio único de la misma, constituye a juicio de esta parte una causa de atipicidad por irrelevancia jurídica general".

El motivo debe desestimarse igualmente, ya que, como antes se ha expuesto, no existía una autorización para realizar los actos delictivos que se han cometido, ya que resulta obvio, como ya se ha explicado de forma detallada, que la gestión de negocios en la sociedad supusiera realizar actuaciones que causaran un perjuicio directo a la sociedad y que se evidenciaran actuaciones con abuso de funciones que, aprovechándose de la sede física, realizara acciones en beneficio personal y con

perjuicio de la acusación particular con las quejas de clientes por el defectuoso servicio que se estaba prestando por la entrega del carbón, dado el contenido de los hechos probados ya explicados con detalle.

En la misma línea que lo antes expuesto por la prueba practicada el motivo se desestima.

DÉCIMO.- Con respecto del noveno motivo por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal, por considerar que se han infringido, por indebida aplicación del artículo 295 del Código Penal, en la redacción vigente en la fecha de los hechos, así como del actual artículo 252 redactado por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

El recurrente fue condenado por administración desleal por las conductas relativas a que "en fecha 22 de junio de 2009 el acusado constituyó una garantía en nombre de la sociedad en relación con la operación de un préstamo solicitado en el año 2006 por la empresa SUMARA&HOLTZ, de la que era accionista y administrador único el acusado, operación que llevó a afecto sin conocimiento ni autorización del otro administrador", y las actividades realizadas en las instalaciones en el depósito aduanero del Puerto de Avilés, donde se almacenaba el carbón procedente de Ucrania y clasificaba para su posterior venta a los clientes, con unas ventajas fiscales por razón de tratarse de carbón procedente de países no pertenecientes a la Unión Europea y donde se prohibía, por ello, el almacenamiento de mercancías nacionales.

Sin embargo, alega el recurrente que ninguno de esos actos de administración que justifican en la sentencia la condena por el indicado delito de administración desleal, han conllevado ningún perjuicio al patrimonio de la sociedad administrada, ni de los socios de la misma, elemento necesario para apreciar la concurrencia de aquel delito.

El perjuicio es evidente, ya que el perjuicio para la empresa Carbuastur

S.L. -actual Energy Fuel Asturias S.L.-, se recoge en los hechos probados, en cuanto al vender ENERGY FUEL a sus clientes un producto de peor calidad a un precio más alto, provocó un perjuicio para la empresa, "con quejas y pérdida de alguno de sus clientes y la correspondiente multa que le impuso la Agencia Tributaria de 606.770,99 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora al detectar "incumplimiento de las obligaciones a que quedan sujetas las mercancías sometidas a derechos de importación como consecuencia del régimen aduanero .... y que no había presentado declaraciones de importación ni había ultimado el régimen de acuerdo con la normativa aduanera comunitaria".

El recurrente planteó en anteriores motivos una nueva redacción de los hechos probados que fue desestimada, alegando que "el hecho de que HISPANOUCRAN adquiriera en alguna ocasión carbón nacional para su posterior venta a otros clientes, en modo alguno supone un perjuicio para la sociedad CARBUASTUR, S.L., ni para sus socios, que venden un producto de importación distinto del adquirido por HISPANOUCRAN S.L., que en modo alguno compite con CARBUASTUR, S.L. y en relación con la constitución de esa fianza en favor de la sociedad SUMARA&HOLTZ por parte de CARBUASTUR, S.L. con ocasión de la suscripción de un préstamo hipotecario en favor de aquélla, lo cierto es que dicha operación ha de circunscribirse en las complejas relaciones habidas entre las partes en que, conforme se deduce de la propia Escritura de Renuncia al cargo de administrador, el propio D. Baltasar y también HISPANOUCRAN, S.L. garantizaban personalmente diversos productos bancarios de préstamo o crédito constituidos en favor de la sociedad CARBUASTUR, S.L."

Sin embargo, debe reiterarse la irrelevancia a estos efectos de los documentos de renuncia que se han analizado anteriormente, dado que no la tiene a efectos penales. Por otro lado, el Tribunal fue concluyente cuando afirma que la actuación del recurrente, que se detectó merced a la intervención de la Agencia Tributaria, supuso un quebranto para las arcas, el prestigio y en definitiva para los intereses sociales de CARBUASTUR, de la que el acusado obtuvo evidentes beneficios en clara correspondencia a los perjuicios causados no solo a la sociedad, en los términos descritos, sino también al socio italiano". Y ello con independencia de la escritura ya analizada con detalle, por cuanto se debe a una forma de resolver la situación que se había originado a raíz de la detección de las irregularidades cometidas y como forma de separar al recurrente del control de la sociedad tras lo que había ocurrido, pero no con el fin u objetivo que pretende el recurrente planteando que ese documento tenga efectos penales como perdón o renuncia de acciones del perjudicado.

Consta el perjuicio evaluable según los diversos conceptos que se detallan en el informe pericial aportado -folios 60,61 y 62 de dicho informe-, como especifica el Tribunal en su sentencia.

El perjuicio que fija la sentencia es evaluable económicamente, ya que al no aceptarse el relato de hechos probados que plantea el recurrente por no alterarse los fijados en la sentencia por no ser admisibles los documentos que ha venido citando por la vía del art. 849.2 LECRIM y ser contradichos por los elementos probatorios ya reseñados con detalle se ha constatado el evidente y notorio perjuicio para la empresa, ya que consta en los hechos probados que a raíz de las actuaciones del recurrente en cuanto a la gestión irregular de la recepción y entrega del carbón para beneficiar sus intereses personales el perjuicio se ubica en "las quejas y pérdida de alguno de sus clientes y la correspondiente multa que le impuso la Agencia Tributaria de 606.770,99 euros más 92.534,13 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora al detectar "incumplimiento de las obligaciones a que quedan sujetas las mercancías sometidas a derechos de importación como consecuencia del régimen de depósito aduanero y que no habría presentado declaraciones de importación ni había ultimado el régimen de acuerdo con la normativa aduanera comunitaria".

Y, asimismo, el Tribunal hace constar en la sentencia que "En el mes de octubre de 2102, se inician por la Unidad Regional de Aduanas de la Delegación Especial de Asturias, de la Agencia Tributaria, actuaciones inspectoras, ante el desmantelamiento de las instalaciones de referencia constatadas por los agentes de la Guardia Civil, que determinaron la incoación de un expediente

sancionador, referente a los ejercicios 2009, 2010, 2011 y 2012, por los conceptos de derechos de importación e IVA, que desembocó en la imposición a la empresa CARBOASTUR -actual y en lo sucesivo ENERGY FUEL ASTURIAS S.L.- de una multa administrativa, por importe de 606.770,99 euros, más la cantidad de 92.534;13 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses, cantidad abonada por dicha entidad, -documentos 9, 10 y 11 de la querella-. Es en dichas comprobaciones, donde, entre otros aspectos, se detectan por los actuarios, la existencia de carbón nacional y ello en clara contravención con el régimen fiscal que resultaba aplicable". El perjuicio está constatado y es evidente, por cuanto la sociedad tuvo que hacer frente a unos pagos derivados de un ilícito penal que le causó una carga económica que no tenía que haber sufrido.

También consta probado que "en fecha 22 de junio de 2009 el acusado constituyó una garantía en nombre de la sociedad en relación con la operación de un préstamo solicitado en el año 2006 por la empresa SUMARA&BOLTZ, de la que era accionista y administrador único el acusado, operación que llevó a afecto sin conocimiento ni autorización del otro administrador". En este caso el perjuicio está intrínsecamente unido al acto, ya que gravar y cargar una garantía a la sociedad sin razón societaria alguna que permita hacer constituir la misma constituye un perjuicio que se evalúa por el propio riesgo de la ejecución que llevaría consigo la necesidad de acudir a la garantía dada por la sociedad sin necesidad de hacerlo.

Sin embargo, dado que subyace una evidente "voluntad impugnativa" del recurrente, el Tribunal debe apreciar que se ha penado por separado la continuidad delictiva en la apropiación indebida de la administración desleal, y la esencia del art. 74 CP debe llevarnos a considerar la condena conjunta de la continuidad delictiva de ambos delitos con una condena de cuatro años de prisión en lugar de la condena por separado de los ilícitos cometidos de apropiación indebida y administración desleal, considerando más acorde con la realidad este tratamiento unitario de la continuidad delictiva, ya que, como señalamos en esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia 428/2012 de 6 Jun. 2012, Rec. 1268/2011 : "No obstante la existencia de tal línea delimitativa, existirán casos en que determinados actos participen del ejercicio del cargo de administrador, completándose a continuación con otros actos apoderativos o distractivos, actos propios del delito de apropiación indebida, o bien dentro de una continuidad de actos, unos tengan la caracterización de administración desleal y otros la de apropiación indebida". En este caso se considera aplicable la pena de cuatro años de prisión por la continuidad delictiva de apropiación indebida y administración desleal, en lugar de la pena de dos años y nueve meses de prisión por la apropiación indebida y de tres años de prisión por la administración desleal, manteniendo la pena de multa y accesoria. En la función de la individualización judicial de la pena se estima necesario llevar a cabo esta determinación de la pena en la continuidad delictiva de sendos ilícitos penales por la vía del art. 74 CP en lugar de penarlos por separado.

Como ya se expuso recientemente por esta sala del Tribunal Supremo en sentencia 209/2018, de 3 de Mayo, Rec 1203/2917 "No es rechazable de forma tajante apriorística y absoluta que la apropiación indebida y la administración desleal puedan ser consideradas infracciones de naturaleza semejante a los efectos de la continuidad delictiva ( art. 74 CP )", y entendemos que más ahora desde la LO 1/2015 que las sitúan en el mismo capítulo VI "de las defraudaciones" aunque en distinta sección autónoma para otorgar individualización a la administración desleal frente a la apropiación indebida, pero su naturaleza es semejante. Esa reflexión nos permite en beneficio del reo aglutinar las infracciones objeto de condena en un único delito continuado. Como ya citamos en la sentencia referida, la STS 1560/2001, de 15 de septiembre -por citar algún precedente en apoyo de esta decisión- ya admitió ese tipo de continuidad delictiva que lo hizo entre morfologías defraudatorias (estafa y apropiación indebida): si obedecen a un designio conjunto o se aprovecha idéntica ocasión, que es lo que aquí también se da, porque los hechos declarados probados en donde se encierran actos de apropiación indebida y otros de administración desleal se llevan a cabo en esa continuidad de acción que merecen esa integración de la continuidad delictiva única que se aplica. La STS 385/2014, de 23 de abril , por su parte, dice en sentido coincidente: "El acusado ha sido condenado por un delito continuado de estafa (aunque era calificado alternativamente como apropiación indebida y, de hecho, la sentencia se ve obligada a justificar por qué se inclina por esa tipificación y no por la disyuntiva que se proponía por la acusación). La apropiación indebida consecutiva (relativa al vehículo) se aparta del modus operandi de la otra infracción patrimonial continuada, pero obedece al mismo genérico propósito de enriquecerse lo máximo posible a costa de las entidades para las que prestaba sus servicios; está abarcada por el mismo dolo globalmente considerado. Estafa y apropiación indebida no son infracciones siempre homogéneas a los efectos exigidos por el principio acusatorio y el deber de congruencia de la sentencia. Dependerá de supuestos concretos. Pero no cabe duda alguna de que cumpliéndose los demás requisitos del delito continuado, han de considerarse infracciones de naturaleza semejante para poder ser aglutinadas en una única infracción continuada contra el patrimonio. Desde esa premisa en este supuesto la punición autónoma aparece como algo artificioso. La apropiación indebida del vehículo que solo tenía a disposición pero no en propiedad, ha de considerarse una más de las infracciones a castigar unitariamente a través del expediente de la continuidad delictiva regulado en el art. 74 CP . Perspectivas de justicia y proporcionalidad penológica invitan también a esta decisión que se presenta como más ponderada desde esos puntos de vista". Es por ello, por lo que la punición única, aunque agravada en la vía de la extensión del marco de la penalidad de 1 a 6 años de prisión, nos permite que visto el perjuicio total causado, el grave daño y la cantidad de hechos sancionados como apropiación indebida y administración desleal citados en los hechos probados nos deben llevar en esa continuidad delictiva a individualizar la pena en la de 4 años que es más favorable que la impuesta por separado, e individualiza punitivamente mejor el marco de los hechos perpetrados.

La citada sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 209/2018 de 3 May. 2018, Rec. 1203/2017 señala, asimismo, que se admite ese tipo de continuidad delictiva entre morfologías defraudatorias si obedecen a un designio conjunto o se aprovecha idéntica ocasión, siendo más correcto castigar unitariamente a través del expediente de la continuidad delictiva regulado en

elart. 74 CP.Igualmente se cita la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 622/2016 de 12 Jul. 2016, Rec. 148/2016 que admite la continuidad delictiva de apropiación indebida y el antiguo delito societario de administración desleal, aunque valorando la punición respecto a si es más beneficioso hacerlo de forma conjunta o por separado.

El motivo se estima parcialmente.

UNDÉCIMO.- Con respecto del décimo motivo por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la LECR, en relación con el 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

Considera el recurrente que no existe prueba de cargo que pueda sustentar una sentencia condenatoria, para lo que ha planteado hechos probados alternativos entendiendo que de la pericial no se evidencia la ilicitud objeto de condena, y que la pericial que aportó es clara prueba de descargo de la tenida en cuenta por el Tribunal y documentos respecto a la falta de pesaje del carbón y la ausencia de una prueba clara y directa de esa pretendida apropiación de 9.040 toneladas de carbón por parte del recurrente. Con respecto al destino de las cantidades por las que se le condena por apropiación indebida sostiene que resulta absolutamente coherente y se compadecen con el desenvolvimiento habitual de sociedades del sector en que habitualmente existen diversos gastos, tales como sobresueldos, comisiones, gastos de "representación" de difícil justificación documental y que por ello no aparecerían reflejados en la contabilidad.

Pues bien, fijado este motivo en torno a la presunción de inocencia hay que recordar que este Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión, siendo fiel reflejo del criterio de la Sala la STS 143/2013 de 28 Feb. 2013, Rec. 10977/2012 en donde se recogen los aspectos fundamentales de ese derecho anclado en el art. 24.2 CE.

Por ello, el examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba para desvirtuar dicha presunción. Y los parámetros a tener en cuenta son:

1.- Que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

2.- Se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 209/2004 de 4.3 ).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar debe analizarse el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

¿Dónde está el límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba?

Como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 :

"El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral.

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.

2.- Cómo lo dice

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

a.- El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio".

b.- El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical.

Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que solo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la intermediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En definitiva sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

¿Y qué es lo que puede comprobar y controlar el Tribunal Supremo?

1.-Aspecto negativo:No le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes.

2.-Aspecto positivo:Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009, si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoré autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables.

¿Cuándo existirá "justificación de la duda?

Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva.

¿Qué dos cuestiones son claves en la apreciación del Tribunal de Instancia?

1.- Es necesario que concurre prueba de cargo lícita y válida.

2.- Es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza.

a.- Sin lo primero (prueba de cargo y válida) es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia.

b.- Si falta lo segundo (Convencimiento y certeza), porque el Tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo".

c.- Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.

Alcance del control casacional respecto a la presunción de inocencia

Se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si norma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC. 68/9, 117/2000, SSTS. 1171/2001 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1333/2009 ).

Pues bien, se ha ido explicando a lo largo de cada motivo del recurso de casación la abundante prueba de cargo que ha sido tenida en cuenta por el Tribunal, pese a que el recurrente no otorgue valor al informe pericial, ni a la testifical del administrador solidario, ni a la documental existente, pretendiendo otorgar mayor fuerza probatoria a sus alegatos, pretensión de modificación en la redacción de hechos probados y documentos que ha referido. Sin embargo, la función a desplegar es la de analizar si ha habido prueba de cargo, y si el proceso de valoración de prueba del Tribunal es arbitrario o no ajustado a la práctica de la prueba, lo que no ocurre en el presente caso, ya que se ha explicado con detalle cuál es la prueba de cargo con la que ha contado el Tribunal y que se refiere a datos evidentes, pese a que el recurrente pretenda justificar cada uno de los pasos que ha dado, pero que constituyen ilícitos penales, aun entendiendo que para cada actuación había una justificación y que todo ello se había realizado al amparo del asentimiento del administrador solidario, cuando en la confianza de Leovigildo con el recurrente es lo que dio lugar a la situación creada con perjuicios económicamente evaluables y que consta en la pericial, y apropiaciones de dinero sin justificar correctamente, ya que la justificación que ahora otorga el recurrente a cada uno de sus movimientos dista mucho de adecuarse a un normal desenvolvimiento de lo que se espera de un administrador societario que cumpla con los deberes y funciones que exige el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Además, de haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo externalizado no se habrían dado estas circunstancias, o de haberse producido se habrían detectado de inmediato. Lejos de ello, la ausencia de un control adecuado y de una vigilancia ad intrap por profesionales compliance officer no hubiera dado lugar al estado actual de la cuestión con perjuicios evaluables y el recurrente renunciando a sus cargos en las escrituras que refirió que no tienen otro efecto más allá de una voluntaria desvinculación de la sociedad, pero sin efectos exoneratorios de responsabilidad penal.

Así, podemos citar que:

- 1.- Acepta dimitir de su cargo y proceder a la venta de las participaciones sociales por el precio simbólico de un euro.
- 2.- Intervención de la Agencia Tributaria dadas las actuaciones del recurrente que supuso una quebranto para las arcas, el prestigio y en definitiva para los intereses sociales de CARBOASTUR, de la que el recurrente obtuvo evidentes beneficios en clara correspondencia a los perjuicios causados no sólo a la sociedad, en los términos descritos, sino también al administrador solidario italiano.
- 3.- Pericial practicada en el Plenario por D. Marcelino , economista y auditor de cuentas de la firma Forest Partners, Estada y Asociados, que elaboró el informe donde se recoge que el recurrente era el que llevaba a cabo las funciones de dirección, gerencia y toma de decisiones de la sociedad. Las extracciones y disposiciones efectuadas no estaban justificadas en modo alguno, como tampoco las domiciliaciones de sus gastos personales y en relación con la constitución de la garantía, señala que no aparecía en los libros. Las declaraciones descritas vinculadas a la documental y, especialmente al informe pericial de referencia -67 folios- obrante en la causa, evidencian la inconsistencia de la argumentación defensiva que articula el recurrente, poniendo a cargo del socio italiano el conocimiento y autorización de toda la gestión por él realizada, a modo de corresponsabilidad de las irregularidades.
- 4.- La declaración de Leovigildo , administrador solidario, que aunque bien podría haber controlado más las actividades del recurrente dada la naturaleza solidaria del vínculo ello no puede conllevar una autorización tácita para realizar las actividades que se llevaron a cabo, ya que el recurrente no puede justificar, porque es imposible, que las extracciones estuvieran avaladas o admitidas para los fines que pretendió justificar, y las operaciones llevadas a cabo en cuanto a la administración del carbón, la desaparición y los perjuicios contables a la sociedad por las mezclas de carbón y la propia sanción de la agencia tributaria que fue por su mala gestión y abuso de sus funciones por darle al depósito un fin que no era el correspondiente de la empresa para la que trabajaba y no otras, aunque tuviera relación con ellas, ya que hemos citado las incompatibilidades que tienen los administradores y la exigente evitación de los conflictos de intereses a que se refiere el deber de lealtad ya citado en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Todo ello avalado, por la abundante documental obrante en la causa, y por la prueba pericial.
- 5.- Documentos que manejó la Agencia Tributaria para imponer la sanción a la empresa Carboastur (actual Energy Fuel Asturias).

Por ello, el motivo se desestima.

DUOCÉSIMO.- Con respecto del undécimo motivo por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la LECR, en relación con el 24 de la Constitución Española , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

Se ha dado respuesta a este motivo en el fundamento anterior, al llevar a cabo una exposición conjunta de la alegada vulneración de la presunción de inocencia con respecto a los dos tipos penales por los que ha sido condenado.

En este caso se alega que se le condena como autor de este delito por los siguientes hechos:

- .- Mezclar carbón nacional con carbón de importación.
- .- Ser sancionado por la Agencia Tributaria por introducir carbón nacional en el Depósito aduanero.
- .- Constituir una garantía en nombre de la sociedad en relación con la operación de un préstamo solicitado en el año 2006 por la empresa SUMARA &HOLTZ.

Se da por reproducido lo antes expuesto, ya que se ha hecho mención a ambos delitos y los tres puntos arriba expuestos han sido suficientemente tratados en fundamentos anteriores en cuanto a la existencia de prueba suficiente y de cargo para enervar la presunción de inocencia.

DÉCIMO TERCERO.- Con respecto del duodécimo motivo por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la ley procesal, por considerar que se han infringido, por indebida aplicación de los artículos 295 y 252, en relación con el art. 249 todos ellos del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de los hechos.

Entiende el recurrente, en todo caso, que, pese a que alega su absolución, sostiene que los hechos no entrarían en la administración desleal, y podrían reubicarse en la apropiación indebida de modo subsidiario.

Sin embargo, a lo largo de la presente resolución se han ido desglosando las conductas que ha ido realizando el recurrente, y mientras unas constituyen actos de apropiación, otras son actos abuso de las funciones propias de su cargo, disponiendo fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrayendo obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes.

Así, por un lado hay que distinguir:

1.- Disponer en beneficio propio a través de transferencias o disposiciones directas de caja, domiciliación de cuentas de la empresa de sus gastos personales y apropiación de 3000 euros de un pago en metálico correspondiente a la sociedad, así como apropiación de 9.040,16 toneladas de carbón de importación, sin conocimiento ni autorización de la empresa y sin que existiese razón comercial alguna para ello, apropiándose del producto obtenido tras su venta a terceros, para incorporarlo a su patrimonio.

2.- Conducta que directamente incide en los intereses de la sociedad. En este ámbito han de incardinarse la utilización irregular del depósito aduanero que la sociedad tenía alquilado en el Puerto de Avilés, respecto del que el recurrente, sin conocimiento ni autorización del otro administrador, procedió a introducir carbón nacional, procedente del Alto Bierzo y de la entidad de la que era administrador único HISPANOUCRAN S.L., lo que estaba prohibido dadas las especialidades fiscales de aquel depósito, mezclándolo con el allí existente y ello con una doble consecuencia, como era ofertar a los clientes de la empresa de la que era administrador único "Hispanoucran S.L.- un producto de mejor calidad a precio más bajo y paralelamente un perjuicio a la empresa titular del depósito aduanero Energy Fuel, al vender a sus clientes un producto de peor calidad que el convenido, con las consiguientes reclamaciones que en algún caso, como el de la empresa SOLVAY QUÍMICA S.L., supuso el fin de las relaciones contractuales. Especial trascendencia tuvo aquella conducta en relación al ámbito fiscal, al detectarse y comprobarse por la Agencia Tributaria tales irregularidades, a través del correspondiente expediente sancionador, que finalizó con la imposición a la empresa Energy Fuel S.L., de una multa administrativa por importa de 606.770,99 euros, más 92.534,13 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora, cantidades íntegramente abonadas por dicha entidad.

También se ubica aquí la conducta del acusado, quien sin consentimiento ni autorización del otro administrador, procedió a constituir, en nombre de Carboastur, actual Energy Fuel Asturias, una garantía para asegurar una operación de préstamo otorgado a la empresa Sumara & Holz sin vínculo alguno con Carboastur, de la que el acusado era administrador único.

Así, mezclar el carbón con otro de procedencia nacional, con todas sus consecuencias ya mencionadas no integra, como pretende el recurrente, un delito de apropiación indebida, sino que se trata de un acto abusivo sobre los bienes sociales que no implica apropiación, debido a que se ha ejecutado sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ha ejecutado en beneficio propio como a favor de un tercero, no son actos apropiativos, sino de administración desleal además de contraer una obligación de garantía para la sociedad sin existir justificación para ello, lo que suponía el perjuicio derivado de la posible ejecución de la garantía.

En cuanto a los delitos por los que se ha condenado interesa destacar que resulta importante ahondar en las consideraciones que ha venido realizando la jurisprudencia de esta Sala con la redacción y ubicación de ambos delitos en los arts. 252 y 295 CP anterior a la LO 1/2015 de reforma del CP aquí aplicables por la fecha de los hechos.

Situación anterior a la reforma del CP por LO 1/2015 de los delitos de apropiación indebida y administración desleal

Al objeto de poder valorar las diferencias existentes es preciso arrancar desde la situación del régimen legal anterior a la LO 1/2015 aplicable a los hechos probados, para fijar las posiciones acerca de lo que la jurisprudencia destacaba que eran los elementos diferenciales de uno y otro tipo penal. Veamos:

1.-Distinta ubicación de cada delito: La apropiación indebida dentro de los delitos contra el patrimonio ( art. 252 CP ) y el de administración desleal (art. 295) estaba dentro de los delitos societarios.

2.-Se trataba, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 462/2009 de 12 May. 2009, Rec. 1469/2008 ).

3.-Actos distintos sobre todo en cuanto a la apropiación, o no.

a.- En el art. 295 del CP (administración desleal), las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves - de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP .

b.- En el art. que en el art. 252 del CP (apropiación indebida), el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

4.-El bien jurídico también sería distinto en ambos casos.

Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP , el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

5.-La disposición definitiva de los bienes.

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

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

En el caso que aquí se ha tratado ha habido una acumulación de conductas que permite incluirlas en ambos tipos penales que han sido objeto de condena lejos de aceptarse la alegación del recurrente de acudir, de forma subsidiaria, a entender que todo se debe reconducir a la apropiación indebida en el peor de los casos, lo que no puede aplicarse.

6.-La distracción del dinero. El "punto sin retorno".

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

Por lo tanto, no se trata solamente de una administración o gestión desleal, es decir, de la conducta de un administrador que administra o gestiona el patrimonio de un tercero causándole dolosamente un perjuicio. Es algo más, diferente y, en principio, de mayor gravedad, pues aunque se incurra también en deslealtad, la conducta del administrador o del gestor consiste aquí en abusar de su cargo para hacer suyo con vocación definitiva lo que pertenece al titular del patrimonio que administra o gestiona. En estos casos hay que hablar legalmente de apropiación indebida, y de la modalidad de distracción cuando se trata de dinero u otros bienes de fungibilidad similar.

Administración desleal: STS 47/2010 :

Administración desleal: "El administrador que, infringiendo los deberes de lealtad impuestos por su cargo 'administra' mal en perjuicio de su principal o de quienes se mencionan en el artículo 295, mediante las conductas descritas en ese tipo, cometerá un delito societario.

Apropiación indebida: El administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, cometerá un delito del artículo 252 en la modalidad de distracción de dinero", cuando éste sea el objeto del delito ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 476/2015 de 13 Jul. 2015, Rec. 52/2015 ).

7.-Diferencia atendiendo al objeto: ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 517/2013 de 17 Jun. 2013, Rec. 2014/2012 ).

Apropiación indebida: El art. 252 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad al que nos referíamos como deber reconocido en la normativa mercantil y que vulneró el recurrente, pero con contenido de ilícito penal.

Administración desleal: El art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes:

a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador;

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

8.-El apoderamiento: La única forma clara de diferenciar ambos tipos delictivos radica en el apoderamiento. Si éste existe, hay una apropiación indebida, en caso contrario, administración desleal, o si se quiere llamarlo así, fraudulenta.

La sentencia del Tribunal Supremo 574/2017 de 19 Jul. 2017, Rec. 115/2017 viene a señalar que "tal como se viene a sostener en la STS 656/2013, de 22 de julio , y se acoge en la sentencia de síntesis 206/2014 , la tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción de dinero y bienes fungibles ( art. 252 del C. Penal ) y del delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 del CP comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de actos de administración desleal. En cambio, la conducta de distracción de dinero prevista en el art. 252 del C. Penal , ya sea a favor del autor del delito o de un tercero, presenta un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo que conlleva un mayor menoscabo del bien jurídico".

En cualquier caso, ya se ha explicado en el fundamento jurídico 10º la aplicación de la continuidad delictiva por ambos tipos penales de apropiación indebida y administración desleal que conlleva una minoración de pena de cuatro años de prisión.

Por todo ello, entendiendo que los hechos probados constituyen ambas modalidades delictivas se desestima el motivo.

DÉCIMO CUARTO.- Con respecto del decimotercer motivo por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal , por considerar que se han infringido, por inaplicación del artículo 106 de la LECr y del artículo 1255 del CC .

Señala el recurrente que "se ha sostenido de forma constante en el presente Recurso, a través de la Escritura Pública, de fecha 1 de Agosto de 2013, con número de Protocolo 1.028, que obra a los Folios 243-248 de las actuaciones la Mercantil CARBUASTUR renunció de forma expresa, a través de su socio único ENERGYCOAL, a ejercitar cualquier reclamación frente a Don Baltasar , por lo que la pretensión ejercitada por la Acusación Particular en relación a la cuestión civil ha de ser desestimada al carecer la querellante de acción civil a consecuencia de su renuncia".

Sin embargo, ya se ha expuesto que con relación a la escritura de 1 de agosto de 2013, que menciona el recurrente, cabe constatar, que la renuncia que se contiene en dicha escritura frente al recurrente, se lleva a cabo por D. Jose Augusto , actuando en nombre y representación y como apoderado de la mercantil italiana ENERGY COAL SPA, sociedad válidamente constituida y existente de conformidad con la ley italiana, con domicilio social en Vía San Vincenzo 2, Génova (Italia), inscrita en el Registro Mercantil de Génova, con el nº 03647280100 (...).

También en dicha escritura "ENERGY COAL SPA, asume la obligación de realizar los actos jurídicos necesarios tendentes a cancelar o novar, en el plazo máximo de dos meses desde la firma del presente, todos aquellos contratos suscritos por CARBUASTUR S.L, en los que D. Baltasar o la sociedad Hispanoucran S.L., estén garantizando los mismos, en calidad de avalistas o fiadores".

Así, dicha escriturasurdirá efectos exclusivamente entre las personas que la suscribieron, es decir, el acusado D. Baltasar de un lado y la mercantil Energy Coal SPA, de otro, pero no se puede pretender deducir de la misma que Carbuastur S.L., denominada desde los acuerdos adoptados por Junta General Extraordinaria y Universal de fecha 11 de octubre de 2013 Energy Fuel Asturias, haya renunciado a las acciones civiles que puedan corresponderle en este procedimiento, ya que se trata de una sociedad mercantil distinta, que fue constituida el día 13 de febrero de 2007, ante el notario de León D. Andrés Prieto Pelaz.

En nombre y representación de esta entidad verdadera perjudicada por los hechos realizados por el acusado (como se recoge en la sentencia), no consta ninguna renuncia, sino todo lo contrario, es la entidad que presenta la querrela y ejerce la acusación particular en el presente procedimiento frente al mismo.

El Tribunal viene a señalar que esta cuestión que constan en la causa las escrituras públicas de referencia.

1.- Y así la otorgada en primer término, en fecha 1 de agosto de 2013 - obrante a los folios 234 a 241- entre el acusado en su condición de administrador de Hispanoucran S.L. y Jose Augusto , en su condición de apoderado de la entidad Energy Coal SPA, en la que se eleva a documento público la transmisión a esta última entidad de las 3000 participaciones sociales de la entidad Carbuastur cuya titularidad ostentaba Hispanoucran, por precio de un euro.

2.- Por su parte, a los folios 243 al 248, figura la escritura pública otorgada en la misma fecha, entre el acusado, en su condición de administrador solidario de Carbuastur y el precitado Jose Augusto , como representante de Energy Coal SPA, en la que se formaliza la renuncia y dimisión del acusado al cargo de administrador solidario de Carbuastur que ENERGY COAL acepta "ratificando la totalidad de los actos de administración realizados por el acusado, reconociendo y agradeciendo su labor como administrador y declarando expresamente no tener nada que reclamar por ningún concepto, incorporándose una tercera cláusula, producto de intensas negociaciones entre las partes, como se puso de manifiesto por la testifical practicada en la persona de Jesús Manuel y la aportación de los emails, por la que Energy Coal se obliga frente al acusado a responder con carácter exclusivo y con renuncia expresa a cualquier posible repetición frente a éste, de cualquier obligación que, eventualmente y en su condición de administrador de Carbuastur hubiera incurrido y se pudiera derivar frente al acusado, en virtud de sentencia o de resolución administrativa firmes, en especial y sin ánimo de exhaustividad, en relación con las posibles derivaciones de responsabilidad impuesta por la administración tributaria, aun cuando la presente obligación no surtiera efecto frente a dicha Administración.

Por ello, no consta en ninguna escritura pública, ni en ningún otro documento, la renuncia a las acciones civiles derivadas del delito por parte de la mercantil perjudicada Carbuastur -actual Energy Fuel Asturias S.L.-, sino por una persona jurídica distinta (Energy Coal), socia de la mencionada, pero con órganos de administración independientes, patrimonios diferenciados e intereses diversos. Sin embargo, ninguna renuncia existe por parte de la perjudicada Energy Fuel Asturias, sino todo lo contrario, ya que es la entidad que ha interpuesto la querrela contra el acusado y ha ejercitado las acciones penales y civiles.

El motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO.- Estimándose parcialmente el recurso, las costas se imponen de oficio ( 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 HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley, con estimación parcial del motivo noveno y desestimación del resto, interpuesto por la representación del acusado D. Baltasar; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, de fecha 2 de mayo de 2017 EDJ 2017/105988 , en causa seguida contra el mismo por delitos de apropiación indebida y de administración desleal sin imposición de costas. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte 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 Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García

Vicente Magro Servet

Recurso N°: 2036/2017

RECURSO CASACION núm.: 2036/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

## SEGUNDA SENTENCIA

## Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 28 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 63 de 2016, dimanante de Diligencias Previas nº 133/2014, del Juzgado de Instrucción nº 4 de Avilés, seguido por delitos de apropiación indebida y de administración desleal, contra Baltasar con D.N.I. nº NUM000, estado civil divorciado, profesión industrial, nacido el día NUM001 de 1942, hijo de Juan Alberto y de Melisa, domiciliado en León, AVENIDA000 nº NUM002, NUM003 NUM004, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 2 de mayo de 2017, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.-Se aceptan y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.-Conforme se explicita en el Fundamento Jurídico 10º, dado que subyace una evidente "voluntad impugnativa" del recurrente, el Tribunal debe apreciar que se ha penado por separado la continuidad delictiva en la apropiación indebida de la administración desleal y la esencia del art. 74 CP debe llevarnos a considerar la condena conjunta de la continuidad delictiva de ambos delitos con una condena de cuatro años de prisión en lugar de la condena por separado de los ilícitos cometidos de apropiación indebida y administración desleal, considerando más acorde con la realidad este marco punitivo.

## FALLO

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

Que debemos condenar a Baltasar como autor de un delito continuado de apropiación indebida y administración desleal, a la pena de cuatro años de prisión manteniendo la pena de multa y accesoria impuesta ya en sentencia, así como la responsabilidad civil. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García

Vicente Magro Servet

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012018100326**