



Roj: **STSJ PV 2267/2023 - ECLI:ES:TSJPV:2023:2267**

Id Cendoj: **48020310012023100130**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2023**

Nº de Recurso: **141/2023**

Nº de Resolución: **106/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio penal**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ANGEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

EXCMO. SR. PRESIDENTE: D. Ignacio José Subijana Zunzunegui

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D^a. Nekane Bolado Zárraga

D. Francisco de Borja Iriarte Ángel

En Bilbao, a 7 de Noviembre de 2023.

La Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, integrada por los Magistrados arriba indicados, en el Apelación resoluciones (tramitación conforme art. 790 a 792 Lecrim), 0000141/2023 en virtud de las facultades que le han sido dadas por la Constitución y en nombre del Rey, ha pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A N.º 000106/2023

En el recurso de apelación interpuesto por el procurador D.José María Carretero Zubeldia, en nombre y representación de Benigno , bajo la dirección letrada de D. Tomás Martínez Peña, contra sentencia de fecha 19 de junio de 2023 dictada por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección Primera en el penal abreviado nº 1.039/2022, por el delito de apropiación indebida.

Ha sido parte apelada el MINISTERIO FISCAL, representado por la Ilma. Sra. D^a. Laura Ortega y la Acusación particular, ejercida por la sociedad MUGALA INNOVA S.L.U. representado por la procuradora D^a. Ainara Artaza Legarra y bajo la dirección letrada de D^a. Aintzane Azurmendi Cuesta.

Ha sido ponente el Ilmo Sr. D. Francisco de Borja Iriarte Ángel, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección Primera dictó con fecha 19 de Junio de 2023 sentencia nº 000128/2023 cuyos Hechos Probados dice textualmente:

PRIMERO.-

El acusado Benigno trabajó desde el día 10 de abril de 2012 hasta el 2 de enero de 2019 para la empresa MUGALA INNOVA, S.L. en el restaurante Mugaritz, situado en la calle Aldura, nº 20, de la localidad de Rentería (Gipuzkoa), explotado por aquella, y cuyo Jefe de cocina era Demetrio .

El acusado comenzó como sumiller y llegó a ostentar el cargo de máximo responsable de sala y sumillería en enero de 2018. En el año 2016 ya ostentaba el cargo compartido de jefe sumillería y un año después, en la temporada 2017, se queda como único responsable de sumillería.

El Sr. Benigno realizaba funciones diversas entre las que se encontraban las de elaboración de la carta de vinos ofrecidos en el Restaurante y elección de maridajes, gestión de la bodega, control del stock -adquiriendo los



vinos que constituyen la bodega del establecimiento-, y, en ocasiones, participación en catas e impartición de cursos de divulgación de la cultura de la sumillería y del nombre del restaurante Mugaritz.

El acusado era el superior jerárquico del personal de sala y del equipo de sumilleres del Restaurante. El acusado no estaba autorizado a vender las botellas de vino del restaurante en beneficio propio.

El acusado llevó a cabo diecisiete ventas distintas de lotes de botellas de vino a la empresa Plaisir du Vin (Enjoy Wine, S.L.), cuyos importes se ingresaron en la cuenta bancaria número NUM000 de su titularidad exclusiva

En concreto, la sociedad compradora de las botellas Enjoy Wine, cuyo administrador solidario era Francisco , ingresó las siguientes cantidades en la referida cuenta bancaria del acusado:

(...)

Y a su vez dichas transferencias monetarias recibidas en la cuenta del acusado tienen su origen y correspondencia con las siguientes facturas expedidas por la sociedad adquirente de las botellas:

(...)

TERCERO.-

En concreto, las botellas de vino (las unidades y su añada) que el acusado vendió a Plaisir du Vin (Enjoy Wine) fueron las siguientes, según se desglosa en cada factura:

(...)

CUARTO.-

De todas estas botellas de vino que el acusado vendió a Plaisir du Vin, pertenecían al restaurante Mugala Innova (porque el establecimiento las había adquirido con anterioridad) las siguientes botellas:

(...)

QUINTO.-

El Sr. Benigno recibió en su cuenta bancaria por la impartición de cursos de divulgación de la cultura de la sumillería y del nombre del restaurante Mugaritz por todo el territorio nacional las siguientes transferencias:

(...)

SEXTO.-

El acusado vendió botellas de vino a Bodegas Frontonio, cuyo administrador solidario era Hilario , por un importe aproximado de 2.000 euros, sin que se haya determinado ni las botellas en concreto que vendió ni a quién pertenecían.

En la temporada 2018, el acusado propuso ofertar una especie de "Packs de Maridaje" que como atractivo incluían una copa de vino DRC (de la bodega Domaine de la Romanée-Conti). Dicho pack de maridaje adquirió forma bajo la denominación "Armonías 2018" y era ofertado en la Carta del Restaurante.

El acusado tenía su propio nicho (con botellas de vino y otros productos) dentro de la bodega del restaurante Mugaritz."

Con el siguiente fallo:

1º.- Condenamos a D. Benigno como autor de un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en el art. 253.1 en relación con el art. 259 y el art. 74 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y al abono de las costas causadas en esta infracción, incluidas las de la Acusación Particular.

2º.- Condenamos a D. Benigno a que indemnice a Mugala Innova, S.L., en la cantidad de 22.486,7 euros, más los intereses correspondientes de acuerdo a lo establecido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la representación de Benigno en base a los motivos que en el correspondiente escrito se indican y que serán objeto del fondo del recurso.

TERCERO.- Elevados los autos a esta Sala, se dio traslado de los mismos al la Magistrado Ponente a los efectos de resolver sobre celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.

CUARTO.- Al no estimarse necesaria la celebración de vista, quedaron los autos vistos para sentencia.

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.



HECHOS PROBADOS

Los de la sentencia apelada, que se confirman.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Benigno

I.1 En la citada representación se impugnó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

Manifiesta que está probado que el recurrente tenía un nicho en la bodega del restaurante con sus propias botellas, en algunos casos compradas *sin factura* al propio restaurante. También considera que vulnera la presunción de inocencia que ante la falta de una pericial económica sea el Tribunal el que haya tenido que ponerse a estudiar la documentación, lo que vulneraría el derecho al juez imparcial al realizarse en el juicio oral una función instructora. Adicionalmente considera que incluso con este trabajo del Tribunal no se justifica la inferencia alcanzada.

Finaliza diciendo que el principio *in dubio pro reo* debería haber justificado una sentencia absolutoria.

I.2 Frente a ello la representación de la Acusación Particular manifiesta que existe prueba suficiente para justificar la declaración de hechos probados de la que se deriva la condena y que en ningún momento se ha dudado de su licitud.

En este sentido ha quedado acreditado que MUGALA INNOVA, S.L. había adquirido las botellas por cuya venta se produce la condena, sin que el recurrente haya aportado justificación alguna de que hubiese adquirido otras similares. Es más, consta en autos que las botellas que adquirió al propio restaurante no fueron las transmitidas a *Plaisirs du vin*.

I.3 Igualmente se opone el MINISTERIO FISCAL manifestando que la sentencia no infringe la presunción de inocencia del recurrente: existe prueba de la compra de botellas por parte del damnificado y no por su parte.

I.4 La presunción de inocencia es un derecho que asiste a toda persona que se enfrenta a un procedimiento penal. Entre otros textos legales aparece recogida en el artículo 24.2 de la Constitución y en el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como parte del derecho a un proceso equitativo:

Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

De igual manera aparece definida en el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, siendo definida en el artículo 3 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, conforme a la que:

Los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley.

Dentro de esta presunción se encuentra la obligación de la acusación *...proponer las pruebas suficientes para fundamental la declaración de culpabilidad* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 6 de diciembre de 1988, asunto Barberá, Messegué y Jabardo c. España) y está estrechamente vinculada al derecho a no declarar contra sí mismo (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de diciembre de 2000, asunto Heaney y Mcguinness c. Irlanda), de forma que la falta de aportación de prueba de descargo no debe ser por sí misma prueba de culpabilidad, sin perjuicio de las consecuencias que puedan extraerse de la falta de aportación de datos a disposición del acusado (caso Murray contra Reino Unido, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 1996).

Sentado lo anterior, esta Sala ha tenido oportunidad de decir en multitud de pronunciamientos, por todas, la sentencia de 7 de julio de 2022 (ECLI:ES:TSJPV:2022:1218) que la presunción de inocencia, columna básica de nuestro sistema de Derecho sancionador, es una presunción *iuris tantum*, que conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3990) posibilita

su legal enervación, mediante la aportación, por quien acusa, de material probatorio de cargo, válido y bastante, sometido a la valoración por parte del Juzgador y desde la intermediación, de la real concurrencia de esos dos requisitos, el de su validez, en la que por supuesto se ha de incluir la licitud en la obtención de la prueba, y el de su suficiencia para producir la necesaria convicción racional acerca de la veracidad de los hechos sobre los que se asienta la pretensión acusatoria...

Conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 98/1990, de 24 de mayo (ECLI:ES:TC:1990:98)

exige para poder ser desvirtuada una actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales y de las que pueda deducirse razonada y razonablemente la culpabilidad del acusado, debiendo, en principio, realizarse tal actividad probatoria, para dar cumplimiento a los principios de oralidad, inmediación y contradicción que presiden el proceso penal, en el acto del juicio oral aunque también puede ser enervada mediante medios de prueba preconstituidos de imposible o muy difícil reproducción, así como las diligencias sumariales y policiales practicadas con las garantías que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que sean reproducidas en el acto del juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.

Cuando la alegación de vulneración de la presunción de inocencia se produce dentro del proceso de revisión de la sentencia de instancia, la sentencia de 8 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1236) del Tribunal Supremo ha establecido que, el órgano *ad quem* debe tener en cuenta, que la

...presunción de inocencia impone diferentes planos de intervención que van desde la verificación de la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas; la consistencia de las informaciones aportadas para considerar suficientemente acreditados más allá de toda duda razonable los hechos sobre los que se funda la declaración de existencia del delito y de participación del recurrente; hasta la propia evaluación del proceso valorativo del tribunal de instancia. Determinando, por un lado, si las razones por las que atribuye valor a las informaciones probatorias responden a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico -vid. SSTS 227/2007 , 617/2013 , 310/2019 -. Y, por otro, si el método valorativo empleado se ajusta a las exigencias constitucionales de completitud y de expresa identificación en la sentencia de los criterios de atribución de valor con relación, primero, a cada uno de los medios de prueba practicados y, segundo, al cuadro probatorio observado en su conjunto (...). Un defecto grave en el método valorativo empleado puede comportar una también grave afectación del derecho a la presunción de inocencia - vid. STC 105/2016 -.

1.5 En el presente caso, en primer lugar, debemos descartar que el hecho de que el Tribunal sea quien haya tenido que ponerse a estudiar las facturas ante la falta de una pericial económica no deviene ilícita la conclusión que extrae de ello; el Tribunal ha trabajado sobre la base de una prueba documental obrante en autos -y que no ha sido impugnada-, analizándola, ordenándola y llegando a una conclusión racional, cumpliendo lo establecido en el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al que:

El Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad.

Descartada la concurrencia de prueba ilícita, debemos centrarnos en la concurrencia de prueba de cargo suficiente y si la inferencia hallada por el Tribunal de instancia es razonable en el sentido de los parámetros expresados, no procediendo en ningún caso una revisión completa del procedimiento de valoración probatoria.

Prueba de cargo existe -documental, testificales- y, desde ya, podemos confirmar la racionalidad de la inferencia: por un lado se ha probado documentalmente que botellas adquiridas por MUGARITZ INNOVA, S.L. por las que se impone la condena se corresponden, al menos parcialmente, con las transmitidas por el recurrente; también que éstas no se corresponden con las compradas al restaurante que se controlaban *extracontablemente*. Junto a ello han depuesto en el acto del juicio oral testigos sobre la operativa del restaurante en relación con la bodega, así como de las ventas efectuadas. Por el contrario, no se ha practicado prueba alguna relativa a la adquisición de botellas por parte del recurrente, sea onerosa, sea a título gratuito.

1.6 También debemos descartar la vulneración del principio *in dubio pro reo*. Si bien este principio no aparece expresamente reconocido en nuestra Constitución el artículo 6 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016 expresamente dice:

Los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto.

En relación con el principio *in dubio pro reo* ya dijimos en nuestra sentencia de 16 de julio de 2020 (ECLI:ES:TSJPV:2020:359) que

...exige un elemento de duda razonable y lógico en relación con los hechos enjuiciados, una vez determinada la existencia de prueba de cargo válida y razonable (auto del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2019 - ECLI:ES:TS:2019:2840A); además debe ser una duda objetiva, una duda que asaltaría a cualquier observador imparcial, no bastando con ofrecer hipótesis alternativas más o menos verosímiles, sino que deben tener similar nivel de credibilidad a la aserción sobre la que se basa la condena. Como dice el auto del Tribunal Supremo citado, implica la existencia de una prueba contradictoria que los Jueces valoran, de acuerdo con el artículo 741



de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y solo deben absolver si como consecuencia de esa valoración se introduce un elemento de duda razonable y lógico respecto de la realidad de los hechos.

En el presente caso no se nos ha ofrecido una alternativa valorativa que suponga para esta Sala una duda objetiva, razonable que lleve a la absolución, sino que se plantea una duda abstracta respecto al origen del vino que ha quedado acreditado que vendió el recurrente; se nos dice que compró el vino, pero no se acredita la compra de ninguna manera. Para poder establecer una duda razonable que conduzca a la absolución es necesario probar los hechos que la sustentan, en este caso, el origen del vino.

Una interpretación contraria del principio llevaría a que cualquier motivo que se alegase -compra al restaurante o a terceros, regalos...- daría lugar a una duda razonable y a la consiguiente absolución, de forma que bastaría para absolver que la defensa alegase algo que podía haber pasado, que fuese posible, sin necesidad de acreditar que pasó. El enjuiciado no tiene obligación de probar su inocencia - artículo 24.2 de la Constitución- pero eso no significa que, existiendo prueba de cargo no deba probar los hechos que descargo.

SEGUNDO.- Costas de la presente alzada

II.1 El Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3722) y 24 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1114) ha manifestado que, ante la falta de expresa mención legal, en los recursos de apelación únicamente cabrá la imposición de costas a los recurrentes que vean desestimadas sus pretensiones y hayan actuado con temeridad o mala fe.

II.2 No apreciándose mala fe o temeridad en los recursos procede la declaración de las costas de oficio.

En virtud de la potestad jurisdiccional que nos viene conferida por la Constitución y en nombre de S.M. el Rey,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el Recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Benigno contra sentencia de fecha 19 de junio de 2023 dictada por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección Primera en el penal abreviado nº 1.039/2022, por el delito de apropiación indebida, que se confirma.

DECLARAMOS de oficio las costas de la presente alzada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante **RECURSO DE CASACIÓN** que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de **CINCO DÍAS** siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Presidente, y la Ilma. Sra. Magistrada y el Ilmo. Sr. Magistrado que la firman y leída por el Excmo. Sr. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.