

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ062895

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 817/2017, de 13 de diciembre de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 292/2017

**SUMARIO:**

**Falsedad documental. Estafa y apropiación indebida. Dilaciones indebidas.** Apropiación indebida por parte de abogado externo de Compañía de seguros de cobros e indemnizaciones recibidos a favor de éste. Si bien es cierto que cuando hay un entrecruce de intereses entre las partes con deudas y créditos recíprocos, es absolutamente necesaria la previa y definitiva liquidación para realizar el tipo objetivo de la apropiación indebida, que sólo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación el imputado intenta hacer suyos y no entregar el crédito que se le ha reconocido a la parte contraria. De manera que, en esos casos, ha de concluirse que, aunque exista formalmente un acto de apropiación, no es posible afirmar el elemento subjetivo consistente en el ánimo apropiatorio de lo ajeno, pues aún se ignora en qué medida lo es siendo precisa una previa liquidación que determine finalmente a quien corresponde el derecho a recibir una cantidad y a quien la obligación de satisfacerla. Ahora bien, solo es exigible una liquidación cuando sea procedente para determinar el saldo derivado de las operaciones de cargo y la data como resultado de las compensaciones posibles, pero no cuando se trata de operaciones perfectamente concretadas y por ello, es improcedente que aquel que presta sus servicios profesionales, con pretexto de que es preciso liquidar los correspondientes honorarios, intente retener unas sumas a las que no tiene derecho y ello por voluntad unilateral del mismo, es decir, no hay existencia de retención. Siendo el dinero objeto susceptible del delito de apropiación indebida, lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito es que se haya superado lo que se denomina el «punto sin retorno», es decir que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución. Pero parece claro que si la apropiación es descubierta o denunciada, dicho momento se ha cumplido y el agente no quedaría libre de responsabilidad criminal si restituyera la cosa a partir de tal instante. Los acuerdos a que llegue el perjudicado con el acusado no eliminan la realidad del perjuicio causado por la apropiación indebida, sino que sitúan la reparación fuera del proceso penal, con incidencia solo en la responsabilidad civil y no en la existencia del delito. El delito de estafa y apropiación indebida, son delitos no homogéneos pero susceptibles de integrarse en el delito continuado. La apropiación abarca este acto de estafa en la mecánica del delito, en aplicación el criterio de absorción. Respecto al delito continuado y agravante, se señala que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración lo que tendría lugar cuando la valoración del perjuicio total causado ya supusiera un aumento de la pena correspondiente a las infracciones cometidas separadamente consideradas. Inhabilitación especial para el ejercicio de la Abogacía ya que el acusado se aprovechó de su profesión para la comisión de los hechos. Estafa y apropiación indebida y su posible concurso de normas y concurso delictos. Doctrina de la Sala y determinación de la pena en el nuevo concurso medial.

**PRECEPTOS:**

LO 10/1995 (CP), arts. 8.3, 21.6, 22.6, 42, 56, 74, 248.1, 250.1, 252 y 253.

Ley Enjuiciamiento Criminal, art. 733.

Constitución española, arts. 9, 24 y 117.3.

**PONENTE:***Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.*



Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ  
Don FRANCISCO MONTERDE FERRER  
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE  
Don LUCIANO VARELA CASTRO  
Don ANA MARIA FERRER GARCIA

**RECURSO CASACION núm.: 292/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 817/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 13 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto los recursos de casación nº 292/2017 interpuestos por EL MINISTERIO FISCAL y D. Dionisio , representado por el Procurador Sr. D. Felipe Juanas Blanco, y bajo la dirección letrada de D. Raul Tornavacas Pérez, contra la sentencia dictada por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en rollo de Sala P. Abreviado núm. 49/2015, de fecha 30 de noviembre de 2016. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**

El Juzgado de Instrucción nº 10 de Barcelona instruyó DIP nº 3652/2008, contra D. Dionisio por un delito continuado de apropiación indebida y de otro de falsedad en documento mercantil y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª que en la causa dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

« hechos.- El acusado Dionisio , abogado en ejercicio, prestaba sus servicios profesionales externos para la entidad LIBERTY SEGUROS S.A. (antes con otras denominaciones como Regal Insurance Club) desde el año 1989. Entre otras funcione(., acusado tenía poderes para percibir cantidades, indemnizatorias o no, a favor de di( compañía aseguradora. Junto a sus amplias facultades, el acusado tenía la obligación de liquidar periódicamente con los tramitadores de siniestros y con la dirección de la entidad aseguradora los cobros e indemnizaciones



percibidas. Al margen de las mismas, el acusado presentaba sus minutas de honorarios según lo previsto en el protocolo de honorarios vigente desde al menos el año 2002 entre el acusado y Liberty Seguros. En modo alguno se había previsto que el Sr. Dionisio pudiera compensar las sumas percibidas en nombre de la aseguradora con sus propias minutas de honorarios.

El acusado, aprovechando las amplias facultades que tenía asignadas y con la intención de enriquecerse, entre los años 2003 y 2008 hizo suyas diversas cantidades que tenía que haber remitido a la entidad Liberty Seguros S.A. o ingresado en las cuentas de dicha aseguradora.

En concreto realizó los siguientes hechos por orden cronológico:

Primero.

En noviembre de 2003 recibió el encargo de Regal Insurance Club de reclamar a la entidad Mapfre la suma de 15.025,30€. El acusado presentó la demanda siguiéndose juicio ordinario 493/2003 ante el Juzgado de Primera Instancia 4 de Martorell. El Sr. Dionisio alcanzó un acuerdo extrajudicial con Mapfre por dicha suma y desistió del procedimiento. En fecha 2 de diciembre de 2003, Mapfre entregó al acusado cheque por dicho importe que el acusado ingresó en su propia cuenta sin remitirlo a Regal IC.

Segundo.

En fecha 10 de junio de 2005, el acusado recibió del Juzgado mandamiento de devolución por importe de 4.999,62 €, de los cuales 3.173,82 € debía abonar a la entidad Liberty Seguros S.A. El acusado hizo suyo dicho importe pese a haber sido requerido en diversas ocasiones para su devolución a la entidad aseguradora.

Tercero.

En fecha 14 de junio de 2005, el acusado cobró costas por importe de 1.596€ que debía remitir a Liberty Seguros. No lo hizo e incorporó dicha suma a su patrimonio.

Cuarto.

En fecha 26 de abril de 2006, el Sr. Dionisio recibió del Procurador Carlos Ferreres mandamiento de devolución por importe de 5.238,07 € a favor de Liberty Seguros SA., en concepto de sobrante, expedido el 3 de abril de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia 3 de Sant Feliu de Llobregat en autos de juicio ordinario 267/2001. El acusado no entregó dicha suma a Liberty y la hizo suya.

Quinto.

En fecha 9 de mayo de 2006, Liberty Seguros S.A. entregó al Sr. Dionisio cheque nominativo num. NUM000 del BBVA por importe de 70.000 € a favor de D. Hilario en concepto de indemnización por lesiones. Con dicho importe se pretendía una transacción extrajudicial del juicio ordinario 177/2006 del Juzgado de Primera Instancia 3 de Martorell. El acusado efectuó ofrecimiento de dicha suma al letrado del Sr. Hilario que rechazó la misma e interesó la suma de 75.000 €. El Sr. Dionisio no informó de dicho rechazo a la entidad Liberty Seguros y actuando con la intención de hacer suyo dicho importe, en fecha 24 de julio de 2006, rellenó de forma mendaz el dorso del cheque con las palabras: Endoso a Dionisio ... y firmó el mismo simulando ser Hilario, tapando con pólizas la parte del reverso donde se había hecho constar que no era endosable. De esta forma lo ingresó en su cuenta.

El Sr. Dionisio hizo entrega de un cheque de 71.000 € a Liberty Seguros en fecha 21 de enero de 2009.

Sexto.

En fecha 14 de junio de 2007 el Sr. Dionisio recibió del Juzgado de Primera Instancia 22 de Barcelona mandamientos de devolución por importe de 29.337,50 € que el acusado ingresó en su cuenta corriente dicha suma en lugar de entregar dicha suma a Liberty Seguros.



Séptimo.

En fecha 27 de febrero de 2008, el Sr. Dionisio cobró la suma de 2.626,21 € en nombre de Liberty Seguros e hizo suyo dicho importe pese a comprometerse con la entidad que enviaría en breve dicha suma.

Octavo.

En fecha 16 de julio de 2008, el Sr. Dionisio percibió la indemnización de 1.463,43€ del Juzgado de Primera Instancia 3 de Martorell, suma que debía entregar a María Rosario . El acusado se apoderó de dicha suma.

En fecha 21 de enero de 2009, el Sr. Dionisio efectuó una transferencia por importe de 2.345,06 € a la Sra. María Rosario .

El acusado Dionisio en fecha 26 de octubre de 2016 alcanzó un acuerdo extrajudicial con la entidad Liberty Seguros S.A. donde se liquidaron sus recíprocas reclamaciones. La compañía aseguradora renunció a las acciones civiles y penales que venía ejerciendo.

La presente causa se inició por querrela admitida en fecha 29 de julio de 2008, ha tardado en ser enjuiciada más de 8 años.»

**Segundo.**

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

« Fallo. QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Dionisio como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida en su modalidad agravada por el valor de la defraudación ya definido con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN Y SEIS MESES DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE 15 € (2.700 €) y con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de tres meses.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Dionisio como autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil ya definido sin la concurrencia de circunstancias a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN Y SEIS MESES DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE 15 € (2.700 €) y con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de tres meses.

Como penas accesorias se impone al acusado la inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía durante el tiempo de la condena y la inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el mismo periodo.

ABSOLVEMOS a Dionisio del delito de estafa por el que venía acusado.

Se imponen las 2/3 partes de las costas del presente procedimiento y se declara el tercio restante de oficio.

Dada la renuncia de la acusación particular a las acciones civiles y penales al haber sido indemnizada, procede el alzamiento de cuantas medidas cautelares civiles se hubieran adoptado en la presente causa.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.»

**Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por El Ministerio Fiscal y D. Dionisio que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.**

Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del MINISTERIO FISCAL

Motivo primero .- al amparo del art. 849.1º LECrim . por infracción de ley, por inaplicación indebida del art. 248.1 y 250.1.5º CP (delito de estafa).

Motivos aducidos en nombre del recurrente Dionisio

Motivo primero .- Por infracción de ley del art. 849.1º de la LECrim , por indebida aplicación del art. 253 CP  
Motivo segundo .- Por infracción de ley del art. 849.1º de la LECrim , por indebida aplicación del art. 253 CP  
Motivo tercero .- El recurrente renuncia a los motivos 1º, 3º, 7º, 8º, 11º, 12º,13º y 14º de su escrito de preparación del recurso.  
Motivo cuarto.- Por infracción de ley del art. 849.2 LECrim . por la existencia de error en la valoración de la prueba documental obrante en autos, en relación con el art. 852 LECrim . y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia  
Motivo quinto.- Por infracción de ley del art. 849.2 LECrim . por la existencia de error en la valoración de la prueba documental obrante en autos, en relación con el art. 852 LECrim . y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia  
Motivo sexto.- Por infracción de precepto constitucional del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ , por conculcación del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE .  
Motivo noveno.- Por infracción de ley del art. 849.1º por indebida aplicación del art. 74 CP .  
Motivo décimo.- Por infracción del art. 852 CP en relación con el art. 5.4 LOPJ , art. 24.1 y 2 y art. 9 CE por vulneración del principio acusatorio, vulneración del principio non bis in ídem y presunción de inocencia.  
Motivo décimo quinto .- Infracción del ley del art. 849.1º LECrim . por indebida inaplicación del art. 21.6º CP

#### **Quinto.**

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, interesa su desestimación salvo en lo que se expondrá en el motivo noveno relativo a la pena a imponer, que guarda relación con el recurso interpuesto por el Fiscal ; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Sexto.**

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Habiendo renunciado el recurrente a los motivos 1º, 3º, 6º, 7º,8º, 11º, 12º, 13º y 14º, articula el motivo segundo por infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim , por indebida aplicación del artículo 253 CP .

Considera que el tribunal de instancia aplica indebidamente el tipo penal establecido en dicho precepto penal, toda vez que no concurre el elemento objetivo del tipo, concretamente que el autor ejecute un acto de disposición incumpliendo las obligaciones de devolver las cantidades percibidas en el ejercicio de sus amplias facultades con obligación de liquidar periódicamente, no habiéndose determinado el denominado por la doctrina "punto de retorno", momento en que deberían haber liquidado las cantidades pendientes e ingresarlas. Añadiendo que la existencia de flujos dinerarios y deudas recíprocas pendientes de liquidación, conlleva la imposibilidad de determinación de una cantidad requerida y exigible, desdibujando el dolo y la existencia misma del ánimo de lucro, toda vez que concurren entre el acusado y la compañía aseguradora relaciones jurídicas complejas que se proyectan durante largo tiempo, de conformidad con la doctrina legal del Tribunal Supremo, que se vieron interrumpidas con la interposición de la querrela por Liberty que supuso una resolución contractual de esa relación mantenida entre las partes, sin que se haya producido una rendición de cuentas final de la relación para determinar su saldo favorable y/o desfavorable entre las partes, esto es, una liquidación que determine finalmente a quien corresponde el derecho de recibir una cantidad y a quien la obligación de satisfacerla derivando a la jurisdicción civil para la realización de tales operaciones.

Por último, considera que se aplica indebidamente el tipo penal de apropiación indebida en relación al hecho quinto, tanto por vulnerar el principio acusatorio como por no concurrir en el mismo los elementos que conforman el tipo provisional artículo 253 CP .

El motivo debería ser desestimado.

1º.- Respecto a la necesidad de previa liquidación a realizar en el orden civil, es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, SSTS 1245/2011 de 22 noviembre , 434/2014 de 3 de junio , 86/2017 de 16 de febrero , ha venido considerando que en el caso de relaciones jurídicas complejas que se proyectan durante largo tiempo y en la que existe un confusionismo de diferentes compensaciones de deudas y créditos, resulta imposible derivar a la jurisdicción penal, bajo el cobijo del delito de apropiación indebida, la resolución del conflicto.

Por ello hemos considerado que la regla general, cuando hay un entrecruce de intereses entre las partes con deudas y créditos recíprocos, es absolutamente necesaria la previa y definitiva liquidación para realizar el tipo objetivo de la apropiación, que sólo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación el imputado intenta hacer suyos y no entregar el crédito que se le ha reconocido a la parte contraria (en tal sentido, se pueden citar las SSTS 173/2000 de 12 de Febrero , 1566/2001 de 4 de Septiembre , 2163/2002 de 27 de Diciembre , 930/2003 de 27 de Julio , 1456/2004 de 9 de Diciembre y 142/2007 de 12 de Febrero ).

En el mismo sentido las SSTS. nº 241/2012 de 23 de marzo y 352/2015 de 27 mayo , consideran un obstáculo a la tipificación de la apropiación indebida precisamente esa indeterminación de la existencia y cuantía de una deuda del supuesto perjudicado respecto del imputado que lo es como autor de una apropiación indebida en perjuicio de aquél.

Así da cuenta de tal doctrina la sentencia de esta Sala Segunda del TS nº 658/2009 , ratificando la ya establecida en la Sentencia de este Tribunal 228/2006, de 3-3 , que excluye la comisión de un delito de apropiación indebida cuando se acredite que entre quienes aparecen como denunciante y denunciado se han producido relaciones mercantiles o de contenido económico de tal complejidad que sea imposible con los datos disponibles en la causa penal establecer la existencia de una cantidad perteneciente a uno de ellos de la que se haya apropiado el otro. La dificultad en esos casos reside en distinguir si lo que existe es una deuda no satisfecha, o dicho de otro modo, pendiente de pago, o un acto de apropiación ilícita. De manera que, en esos casos, ha de concluirse que, aunque exista formalmente un acto de apropiación, no es posible afirmar el elemento subjetivo consistente en el ánimo apropiatorio de lo ajeno, pues aún se ignora en qué medida lo es. Es precisa entonces una liquidación que determine finalmente a quien corresponde el derecho a recibir una cantidad y a quien la obligación de satisfacerla como consecuencia de aquellas relaciones, y la derivación a la jurisdicción civil para la realización de tales operaciones.

Ahora bien la Jurisprudencia de esta Sala -SSTS. 316/2013 y 17 abril , 753/2013 de 15 octubre ), ha matizado el viejo criterio que afirmaba la necesidad de liquidación previa, precisando ahora, que solo es exigible una liquidación cuando sea procedente para determinar el saldo derivado de las operaciones de cargo y la data como resultado de las compensaciones posibles, pero no cuando se trata de operaciones perfectamente concretadas ( SSTS. 1240/2004 de 5.11 , 918/2008 de 31.12 , 768/2009 de 16.7 ). Por ello la liquidación de cuentas pendientes como causa excluyente del dolo penal, no es aplicable al tratarse de relaciones perfectamente determinadas y separadas ( STS. 431/2008 de 8.7 ), exigiéndose la justificación del crédito por parte del acusado, si este pretende una previa liquidación de cuentas, ha de indicar la existencia de algún posible crédito en su favor o de una posible deuda a cargo del perjudicado, no bastando con meras referencias genéricas o inconcretas ( STS. 903/99 ).

Así esta Sala ya ha negado en alguna ocasión la inexistencia de derecho de retención favor de los abogados en relación a sus honorarios, de tal manera que las cantidades de estos profesionales perciban de terceros para entregar a sus clientes en relación con sus servicios profesionales no pueden ser aplicadas por un acto unilateral de propia autoridad a satisfacer las minutas que consideren que les deben ser abonadas, sino que deben ser entregadas en su integridad a aquellas personas a favor de quienes han sido recibidas, sin perjuicio de la reclamación que corresponda para hacer efectivo el pago de sus honorarios como Letrado., SSTS 1749/2002 de 21 octubre , 147/2006 de 6 de febrero , 117/2007 de 13 febrero , la 22/2008 de 31 enero , 768/2009 de 16 julio , 905/2010 de 21 octubre , 84/2013 de 8 febrero , 2014 de 16 octubre, que se insisten en que el abogado no puede de forma unilateral carente de cobertura jurídica -sólo la existencia de un derecho de retención con arreglo a las normas civiles puede integrar la causa de justificación pero tal derecho de retención (necesariamente típico civilmente, al suponer existente una excepción al principio general de la interdicción de la autotutela) no corresponde a los Letrados o Abogados, ( STS 918/2008 31 diciembre ), descontar el importe de sus honorarios de las cantidades recibidas del Juzgado para su entrega al litigante y ello por no tener tal derecho pactado previamente en el contrato convenido, sin resultar claramente esa posibilidad con posterioridad a tal concierto jurídico.

Doctrina reiterada en la STS. 123/2013 , recogida en la sentencia de instancia, según la cual el Letrado comete este delito, cuando, tras recibir de órganos judiciales, o de particulares, cantidades de dinero en concepto de indemnización para su entrega al destinatario, sea un tercero, o sea su propio cliente, hace suyo el dinero recibido, abusando de su posesión o tenencia para hacerse pago de sus propios honorarios. Pues es improcedente que aquel que presta sus servicios profesionales, con pretexto de que es preciso liquidar los correspondientes honorarios, intente retener unas sumas a las que no tiene derecho y ello por voluntad unilateral del mismo.



## Segundo.

En cuanto a la doctrina del llamado "punto sin retorno" hemos de partir de que, tal como se ha señalado en SSTS 18/2016 de 26 enero , 962/2016 del 23 de febrero , y 105/2017 de 21 de febrero , " la admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales, por su naturaleza fungible, pero sin entrar ahora en debates más complejos es necesario constatar que el Legislador ha zanjado la cuestión en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art 253 CP .

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

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

Ahora bien, aun cuando el nudo crucial sea el llamado por la jurisprudencia "punto sin retorno" hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales; naturalmente habría de examinarse ponderadamente cada caso para conocer el instante en que se ha producido la consumación del hecho. Parece claro que si la apropiación es descubierta o denunciada (reclamación previa de la cosa, destitución de su cargo de la persona que se ha quedado con el dinero, o ejercicio de acciones judiciales por dicho motivo), dicho momento se ha cumplido y el agente no quedaría libre de responsabilidad criminal si restituyera la cosa a partir de tal instante.

Esto tiene incidencia en la alegación del motivo sobre la conducta observada por ello acusado que, según él mismo, determinaría la inexistencia del elemento subjetivo de injusto por ausencia de lucro: presentación de rendición de cuentas en fecha 25 de julio 2016 -ocho años después de la interposición de la querrela-; posterior demanda de procedimiento ordinario civil número 676/2016 en reclamación de cantidades por minutas pendientes e indemnización por incumplimiento contractual, y acuerdo extrajudicial entre el acusado y Liberty por el que liquidaron sus recíprocas reclamaciones, renunciándose por ésta al ejercicio de las acciones penales, lo que ratificó en la segunda sesión del juicio oral de 27 octubre 2016, al tener declarado esta Sala que los acuerdos a que llegue el perjudicado con el acusado no eliminan la realidad del perjuicio causado por la apropiación indebida, sino que la sitúan la reparación fuera del proceso penal, con incidencia solo en la responsabilidad civil y no en la existencia del delito.

## Tercero.

En cuanto a la indebida aplicación del art. 253, en el hecho tercero de los hechos probados, dado que tal cuestión es objeto de otro motivo casacional, el décimo - apartado 1º por vulneración del principio acusatorio procede su análisis conjunto toda vez que el Ministerio Fiscal no acusó por el delito de apropiación indebida y no haciendo uso el tribunal de la facultad que le confiere el artículo 733 LECrim , se ha creado indefensión a la defensa toda vez que la apropiación indebida y la estafa, pese a ostentar el mismo bien jurídico protegido, tienen estructura heterogénea, en especial en el ámbito del injusto con afectación, por ello, del principio acusatorio.

Es cierto que estafa y apropiación indebida son delitos heterogéneos, pues en el primero el ataque patrimonial se lleva a cabo mediante un engaño con el consiguiente desplazamiento en el patrimonio, mientras que en el segundo el desplazamiento no tiene origen en aquel engaño motor, sino en el abuso de confianza ya depositado en el sujeto activo.

Ambas infracciones tienen como elemento común la quiebra de la lealtad en las relaciones económicas. En la estafa la quiebra es anterior al acto de disposición efectuado por la víctima y causante del mismo: Es el engaño antecedente, bastante y causante. En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el receptor del dinero, no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición ( STS. 918/2005 de 11.7 ).

Por ello estafa y apropiación indebida son heterogéneos en cuanto los hechos son distintos y el principio acusatorio exige que la defensa del imputado tenga cabal conocimiento de los hechos de la imputación, de manera que no es posible que el acusado por estafa, es decir por actuar una disposición económica mediante engaño sea condenado por hechos distintos, la concurrencia de abuso de confianza para la apropiación o distracción de fondos o efectos, pues con independencia de los distintos elementos de ambas figuras delictivas, lo principal es que los hechos son distintos ( STS 763/2008 del 20 noviembre ).

-No obstante lo anterior la sentencia de instancia no considera que el hecho descrito en el número cinco de los hechos probados sea constitutivo de un delito de apropiación indebida. Por el contrario razona, que el falso endoso indujo a error a la entidad bancaria lo que permitió el cobro de su importe y por tanto su detracción a Liberty Seguros, pudiendo ser calificado como un delito estafa, vista la mecánica comisiva del acusado, pero considera que dado que tenía el cheque en su poder como mandatario de Liberty y con una orden directa de hacer pago de una indemnización a un tercero, considera que dicha conducta no constituye un delito de estafa independientemente sino que debe integrarlo dentro del delito continuado de apropiación indebida, por lo que existió esa apropiación indebida y también estafa; pero la apropiación abarca este acto de estafa en la mecánica del delito, en aplicación el criterio de absorción recogido en el artículo 8.3 CP .

Posibilidad de integrar la estafa en la apropiación indebida continuada que no es negada por la jurisprudencia. Así la STS 367/2006 de 22 de marzo , preciso que "todos los actos punibles relatados en el " factum " han de ser incluidos en la misma continuidad delictiva al formar parte de un mismo plan, habiéndose ejecutado aprovechando idéntica oportunidad y mecánica y afectando a preceptos si no iguales sí de semejante naturaleza, sin incurrir por ello en contradicción con el criterio establecido de esta Sala que niega el carácter de homogeneidad entre los delitos de estafa y de apropiación indebida en términos de respeto al principio acusatorio ya que, con base asimismo en nuestra jurisprudencia, una cosa es la exigencia desde la perspectiva de la debida protección del derecho de defensa y otra bien distinta la similitud de preceptos, que incorporan conductas defraudatorias ambas dirigidas contra el mismo bien jurídico, el patrimonio ajeno, castigadas con idéntica pena y que se incluyen sin violencia alguna en un mismo plan criminal, tan sólo como diferentes alternativas comisivas, tendentes a configurar un supuesto de continuidad delictiva favorable al reo en términos punitivos ( STS 1594/2001 y 1254/2004 ).

#### Cuarto.

En el caso presente el motivo se ha articulado por la vía del artículo 849.1 LECrim . e ste motivo, como se dice en la STS 589/2010, de 24-6 , obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECrim .

En efecto, como se dice en la STS. 121/2008 de 26.2 , el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim . ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim . se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían



su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consumo tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Pues bien en el relato de hechos probados se dice expresamente: El acusado, aprovechando las amplias facultades que tenía asignadas y con la intención de enriquecerse, entre los años 2003 y 2008 hizo suyas diversas cantidades que tenía que haber remitido a la entidad Liberty Seguros S.A. o ingresado en las cuentas de dicha aseguradora .

Ya en los dos primeros párrafos de los hechos probados se describen todos los elementos del delito de apropiación indebida: Percepción de cantidades, indemnizatorias o no, en uso de sus facultades conferidas por la compañía de seguros, la obligación de entregarlas a la entidad y su apoderamiento. También el elemento subjetivo, o ánimo de lucro (apartado b de la exposición del motivo) viene señalado en el propio relato.

A continuación en los hechos probados se describen los distintos supuestos que la Sala consideró acreditados, y en todos ellos se reitera el cumplimiento de todos los requisitos de la apropiación:

- Hecho primero: "...Mapfre entregó al acusado cheque por dicho importe que el acusado ingresó en su propia cuenta sin remitirlo a Regal IC"
- Hecho segundo: "...el acusado hizo suyo dicho importe pese a haber sido requerido en diversas ocasiones para su devolución..."
- Hecho tercero: "...El acusado cobró costas... que debía remitir a Liberty Seguros. No lo hizo e incorporó dicha suma a su patrimonio"
- Hecho cuarto: "...recibió del procurador... mandamiento de devolución a favor de Liberty Seguros... El acusado no entregó dicha suma a Liberty y la hizo suya"
- Hecho quinto: Recibe un cheque nominativo para una transacción que no llega a producirse. Mediante una falsedad "...lo ingresó en su cuenta"
- Hecho sexto: Recibe un mandamiento de devolución, "que el acusado ingresó en su cuenta corriente en lugar de entregar dicha suma a Liberty Seguros"
- Hecho séptimo: "...Cubro la suma de 2.626,21 € en nombre de Liberty Seguros e hizo suyo dicho importe..."
- Hecho octavo: "...Percibió la indemnización... suma que debía entregar a María Rosario . El acusado se apoderó de dicha suma"

En todo caso se describe la percepción de una cantidad y la obligación de entregarlo a la Compañía de Seguros y su apoderamiento, el perjuicio patrimonial de la entidad (o de un tercero en el hecho octavo) y su correlativo enriquecimiento, así como el ánimo de hacerlo propio. El recurrente no se atiene al relato de hechos probados, por lo que el motivo debe desestimado.

#### Quinto.

El motivo cuarto por infracción de Ley artículo 849.2 LECrim , por la existencia de error en la valoración de la prueba documental obrante en autos en relación al artículo 852 LECrim y artículo 5.4 LOPJ , por vulneración del artículo 24 y del derecho a la presunción de inocencia: folios 15 y 16 de la causa.

Considera que la sentencia incurre en error en la valoración de la prueba documental cuando afirma que en modo alguno se había previsto que el señor Dionisio pudiera compensar minutas existiendo aquellos folios que demuestran la equivocación, y como forma habitual, el acusado ingresaba en su cuenta importes destinados a Liberty y se liquidaba con terceros y compensaban minutas propias. Igualmente se vulnera el derecho a la presunción de inocencia por la inobservancia del principio in dubio pro reo en la valoración judicial de la prueba, y pretende que se modifique el último inciso del primer párrafo de los hechos probados por el siguiente: "el señor Dionisio compensaba las cantidades percibidas con sus honorarios e importes abonados por otros conceptos como suplidos, mientras de Procurador etc. con el conocimiento y consentimiento de Liberty".

El motivo se desestima.



Como con reiteración tiene declarado la jurisprudencia (por todas SSTs. 607/2010 de 30 junio , 228/2013 de 22 marzo , 426/2016 de 19 mayo y 86/2017 de 16 de febrero ), el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECrim . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta Sala, que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad según reiterada jurisprudencia de esta Sala -por ejemplo STS 936/2006, de 10-10 , 778/2007 de 9-10 ; 1148/2009, de 25-11 - la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al tribunal, art. 741 LECr .

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal

virtualidad el motivo no puede prosperar, ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlos.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Pues bien en el caso presente como documentos acreditativos del error designa los obrantes a los folios 15 16, pero tales documentos son valorados por la sentencia de instancia y de su contenido no se deduce la existencia de ese acuerdo de compensación.

El folio 15 acredita que el recurrente ha recibido mandamiento de devolución por costas del juzgado por importe de 4999, 62 € del que se deduce los honorarios del Procurador y se remite a Liberty "con carácter urgente" los 3173,82 € restantes (comunicación de 16 junio 2005). El folio 16 se refiere a la reclamación por Liberty de esa cantidad.

Es evidente que si existiera una compensación o un acuerdo de compensación periódica entre los honorarios del acusado y las cantidades que éste debía entregar a la aseguradora, no indicaría a este que remitía con urgencia una de las partidas, sino que las tendría en cuenta para valorar aquella compensación en el momento oportuno para realizar la correspondiente liquidación, que el recurrente no concreta en su periodicidad-mensual, trimestral, semestral, anual-. Seguir siendo además digno de destacar que tal remisión urgente no se produjo pese a las reclamaciones de la compañía en junio 2005, julio 2006, octubre 2006, febrero 2008 (folios 16-18).

Por tanto tales documentos no acreditan error alguno en la sentencia.

#### **Sexto.**

En cuanto a la inobservancia del principio in dubio pro reo, debemos recordar que el proceso de análisis de las diligencias permite deslindar dos fases perfectamente diferenciadas : 1º Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas.

b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.

2º Una segunda fase de carácter predominante subjetiva, para la que habría que reservar "strictu sensu", la denominación usual de "valoración del resultado o contenido integral de la prueba ", ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio in dubio pro reo . Así la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone ( STC. 31.5.85 ) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien le mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo.

El principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos ( art. 741 LECr ).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del "in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria ; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida con signo incriminatorio , pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado ( STS. 45/97 de 16.1 ).

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo, lo que no ocurre con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional solo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de la duda" ( SSTS. 70/98 de 26.1 , 699/2000 de 12.4 ).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado ( SSTS. 999/2007 de 12.7 , 677/2006 de 22.6 , 1125/2001 de 12.7 , 2295/2001 de 4.12 , 479/2003 , 836/2004 de 5.7 , 1051/2004 de 28.9 ). Es verdad que en ocasiones el Tribunal de instancia no plantea la cuestión así, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio . Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un solo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el Tribunal , a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiera condenado , pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado .

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, STC. 147/99 de 15.6 . Alcance principio in dubio pro reo. "Con relación a la primera vulneración alegada debe precisarse, antes de nada, que, con la perspectiva constitucional, el principio in dubio pro reo, «en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial», ni está dotado de la protección del recurso de amparo, «ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter inculpatório de las pruebas practicadas» ( SSTC 63/1993, de 1 de marzo, F. 4 ; 103/1995, de 3 de julio, F. 4 ; 16/2000, de 16 de enero, F. 4 ; 209/2003, de 1 de diciembre, F. 5 ; 61/2005, de 14 de marzo, F. 4 ; y 137/2005, de 23 de mayo , F. 3).

La STS 666/2010, de 14-7 , insiste en que "el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación ( STS 709/97, de 21-5 ; 1667/2002, de 16-10 ; 1060/2003, de 25-6 ). En este sentido la STS 999/2007, de 26-11 , con cita en la STS 939/98 de 13-7 , que recordaba que "el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr ., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que dude, ni pueda pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda ( STS 1186/95, de 1-12 ; 1037/95, de 27-12 )".

Duda que en el caso presente ni siquiera se ha planteado el tribunal de instancia.

### Séptimo.

El motivo quinto infracción de Ley del artículo 849.2 LECrim , por la existencia de error en la valoración de la prueba documental obrante en autos, en relación al artículo 852 LECrim , y artículo 5.4 LOPJ , por vulneración del artículo 24 CE y el derecho a la presunción de inocencia, folios 128, 348 y 355 (hecho primero), folios 287 y 296 (hecho cuarto).

Considera el recurrente que la sentencia en relación al hecho primero del relato de hechos probados se equivoca al declarar probado que el señor Dionisio ingresó en su cuenta un cheque remitido por Mapfre en fecha 2 diciembre 2003, cuando por la entidad Bankia se certificó desconocerse el lugar de destino del importe del referido cheque-folio 355-no concurriendo ningún elemento probatorio que permita la realización de la afirmación realizada

en la sentencia de instancia, habiendo manifestado el señor Dionisio , que se remitió a la compañía Liberty en el acto del juicio oral.

Queja del recurrente inadmisibile.

El folio de 348 es un oficio del letrado de la administración de justicia pidiendo informes sobre la persona que cobró el cheque de Mapfre. El folio 355 es la respuesta de caja Madrid (Bankia) en el sentido que debido al tiempo transcurrido no guardan datos relativos ni a la compensación del cheque ni poseen copia del mismo.

El folio 128 acredita la entrega en persona al acusado del cheque nominativo por 15.025,30 € como consecuencia del acuerdo de desistimiento, sin que conste su entrega a Liberty, habiendo declarado el acusado en instrucción (folio 144) que "cree que esto ya está liquidado, que lo comprobará...", acordándose por él Juez instructor la entrega de la documentación, para que pudiera hacer las comprobaciones pertinentes, sin que el recurrente haya dado explicación satisfactoria alguna.

Consecuentemente no se ha producido el error alguno en la valoración por la Sala de tales documentos ni vulneración del principio de presunción de inocencia. No siendo ocioso precisar que no importa el destino final del bien apropiado. No es preciso demostrar para la existencia de esta figura delictiva el destino irregular que el obligado a reintegrar haya podido dar al dinero, bastará con que no lo entregue oportunamente sin concurrir causa que pueda justificar su conducta.

A similar conclusión se ha de llegar en cuanto al hecho cuarto y la cita de los folios 287 y 296.

En la diligencia de constancia obrante al folio 296, la Secretaría judicial-actual Letrada de la administración de justicia-del juzgado de primera instancia e instrucción de San Feliu de Llobregat, hace constar que el mandamiento de devolución relativo al procedimiento ordinarios 267/2001 fue librado al procurador de la demandante en fecha 26 abril 2006, desconociéndose el número de cuenta, entidad bancaria y sucursal en que fue abonado.

Tal diligencia no acredita nada distinto a lo que la sentencia considera probado en el hecho 4º, en el sentido de que él procurador señor Febreres se le entregó al hoy recurrente, tal como dicho procurador declaró como testigo en el juicio oral, lo que ha sido admitido por el acusado, que se ha limitado a manifestar que desconoce el destino y la cantidad objeto del mandamiento de devolución, 5238,07 €.

Siendo así no se ha producido error en la valoración de la prueba, ni vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

#### **Octavo.**

El motivo sexto por infracción de precepto constitucional del artículo 852 LECrim , y del artículo 5.4 LOPJ , por conculcación del principio de presunción de inocencia del artículo 24.2 CE .

Considera que la sentencia de instancia efectúa una valoración de la prueba con la inobservancia del principio in dubio pro reo, con vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación a la condena por delitos de apropiación indebida; la prueba personal practicada en el juicio oral poco aporta para el objeto del procedimiento, siendo la prueba fundamental la documental obrante en autos; la Sala no ha valorado suficientemente la prueba aportada por la defensa con anterioridad a la celebración del juicio oral, consistente en acta de consignación y depósito, rendición de cuentas con la compañía Liberty y compensación y liquidación entre las partes.

En cuanto al alcance en casación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia es doctrina jurisprudencial reiterada, SSTs 480/2012 del 29 mayo , 434/2014 de 3 junio , 105/2017 de 21 febrero , la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia ), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5 ).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión integra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de

culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba ( SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4 ).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales , que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS. 1125/2001 de 12.7 ).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar 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. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que 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 a 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 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. 299/2004 de 4.3 ). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias ( art. 9.1 CE ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" ( STS. 1030/2006 de 25.10 ).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí ( STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de 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:

- en primer lugar, debe analizar 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 dicho acto. Contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

- 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.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir 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 68/98 , 85/99 , 117/2000 , 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio-y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

En cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia respecto a la tesis definitiva del acusado por existir alternativas plausibles razonables, en SSTS 784/2009 de 14 julio , 681/2010 de 15 julio , 211/2017 del 29 febrero , tenemos dicho que para determinar si esta garantía ha sido desconocida, lo que ha de constatarse en primer lugar son las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena. Esto exige que se examine si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de contradicción y publicidad.

En segundo lugar, como también indicábamos en aquellas resoluciones, y como contenido específico de este derecho fundamental a la presunción de inocencia, deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia lógica, se justifique esa conclusión, partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas.

Para constatar el cumplimiento de este específico presupuesto de enervación de la presunción constitucionalmente garantizada han de verificarse dos exclusiones:

La primera que la sentencia condenatoria no parte del vacío probatorio, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminatorio y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.

El vacío habrá sido colmado cuando, más allá del convencimiento subjetivo que el Juez, al valorar los medios de prueba, adquiera sobre la veracidad de la acusación, pueda estimarse, en trance de revisión, que no sustitución,



de la valoración del Juez, que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación o, si se quiere, a excluir la mendacidad de la acusación.

La segunda la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.

Ahora bien ello no implica que el Tribunal esté obligado a considerar probadas todas las alegaciones formuladas por el acusado, ni que tenga que realizar un análisis exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas, lo que sí está obligado que es a ponderar y valorar la prueba de descargo junto con la de cargo, lo que representa un presupuesto sine qua non indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional. No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso ( STS 258/2010 de 12 marzo , 540/2010 y 8 junio ).

En palabras del Tribunal Constitucional exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo ( SSTC. 187/2006 de 19 junio , 148/2009 y 15 junio ).

#### **Noveno.**

No otra cosa acontece en el caso enjuiciado, la sentencia impugnada en el fundamento de derecho primero expone las pruebas tenidas en cuenta para llegar a su convicción, así como la valoración de cada una de ellas.

Así tal como refiere el Ministerio Fiscal en su documentado escrito de impugnación del motivo la sentencia con carácter general como hecho reconocido que el acusado trabajaba como abogado externo para Liberty Seguros, teniendo atribuida la gestión de asuntos de dicha compañía aseguradora, teniendo conferido poder general para pleitos. A partir de mayo de 2001 tenía poderes generales de la entidad que incluían la percepción de cantidades a nombre de la compañía en concepto de indemnizaciones o cualquier otra resolución judicial, y a partir de marzo de 2003, entre las facultades especiales, quedaba autorizado para percibir cantidades indemnizatorias o no, resultantes de las decisiones judiciales favorables. Toco ello viene, además, documentalmente acreditado (folios 169-198).

La discrepancia surge en cuanto a la forma de realizar la liquidación. Frente a lo que el acusado manifiesta en el motivo segundo, que se debía liquidar periódicamente con la compañía los flujos dinerarios y cantidades adeudadas entre las partes por diferentes conceptos como gastos, suplidos, devoluciones e intereses, sin que conste concretado el tiempo en que se debían realizar las distintas liquidaciones. La testigo María Angeles , representante legal de Liberty declaró que todos los abogados, el acusado incluido, tenían la obligación de remitir las sumas percibidas a Liberty, sin perjuicio de minutar por el trabajo realizado, pero siendo ambas operaciones independientes, por lo que no cabe realizar una compensación entre los cobros realizados y las minutas de honorarios.

Así se desprende no solo de esta testifical, sino del protocolo de honorarios obrante a los folios 200-207 del rollo de Sala y del mismo hecho de que no se haya presentado ninguna "liquidación" o "compensación" al menos desde el periodo que media entre el primer hecho, diciembre de 2003 y el inicio del proceso penal, en julio de 2008, ni aun después, puesto que no puede considerarse "liquidación compensatoria" el acuerdo extrajudicial al que las partes llegaron el 26 de octubre de 2016.

Ya nos hemos referido a la prueba existente respecto de los hechos 1 y 2 (motivos 5º y 4º del recurso).

Respecto del hecho 3 , está documentalmente acreditado que en fecha 14 de junio de 2005 el acusado cobró costas por importe de 1.596 euros que debía remitir a Liberty. A los folios 19 y 20 el propio acusado remite a la aseguradora informe en tal sentido. Si la remisión no se efectúa pese a las reclamaciones en febrero de 2006 y mayo de 2008 (folios 21 y 22), la conclusión única es que el acusado incorporó dicha suma a su patrimonio. No hay compensación puesto que en el mismo documento, en el último párrafo se dice que se remite "el importe las costas de letrado percibidas en su día... en cuantía de 1.596'85 € y remitimos Minuta de Honorarios..."

Al hecho 4 también nos hemos referido en relación al motivo 5º del recurso.

Del hecho 5 , el recurrente expresa literalmente: " El Sr. Dionisio ofreció el cheque NUM000 al letrado del Sr. Hilario que lo rechazó interesando la suma de 75.000; el Sr. Dionisio rellenó de forma mendaz el dorso del cheque con las palabras: "Endoso a Dionisio ..." y firmó el mismo simulando ser Hilario , tapando con pólizas la parte del reverso donde se había hecho constar que no era endosable, De esta forma lo ingresó en su cuenta " No llegamos a saber muy bien si este párrafo es un resumen del hecho probado correlativo o fundamentación del motivo



basado en la presunción de inocencia, porque a continuación manifiesta: " El Sr. Dionisio , ofreció la entrega del cheque a su destinatario, siendo rechazado por éste, quien interesaba un importe mayor ". Pero a nadie le cabe la menor duda de que el rechazo del destinatario del cheque, D. Hilario no haya aceptado la transacción extrajudicial que se le ofrecía, no autoriza a hacer propio el cheque ni la cantidad de numerario que representa.

Más adelante el recurrente se refiere a la entrega del cheque por 71.000 euros a Liberty, el 21 de enero de 2009, es decir, casi tres años después de la apropiación y una vez iniciado el procedimiento penal y manifiesta que "ello únicamente obedece a un concepto contable, sin trascendencia para el objeto del informe de rendición, que es precisamente la liquidación final de toda la relación..." Nuevamente se parte de la errónea tesis de que con posteridad, en algún momento que nunca llegó, se harían las cuentas y compensaciones. Pero desde luego, falsificar la firma del cheque simulando ser Hilario , tapando con pólizas la parte del reverso donde se había hecho constar que no era endosable, no puede entenderse como un "concepto contable" para posponer la liquidación, sino como una maniobra falaz para hacerse con los 70.000 euros.

Dell hecho 6 , consta igualmente de forma documental que el 14 de junio de 2007 el acusado recibió del Juzgado de 1ª Instancia 22 de Barcelona mandamiento de devolución por 29.337,50 euros a nombre de Liberty Seguros (folios 46-53). El acusado no remitió el importe a la Cía. de Seguros sino que lo ingresó en su cuenta corriente en julio de 2007, como consta en la certificación emitida por Banesto obrante en los folios 320 y 321, haciéndolo suyo de esta forma.

Igualmente respecto del hecho 7 consta según comunicación del propio acusado a Liberty (folio 30) que el 27 de febrero de 2008 cobró 2.626,21 euros en nombre de Liberty Seguros, anunciando la remisión de dicho importe, remisión que nunca realizó pese a serle reclamada en marzo de 2008 (folio 31).

Y del hecho 8 , consta igualmente reconocido que el 16 de julio de 2008, percibió la indemnización por 1.463 euros del Juzgado de 1ª Instancia de Martorell, suma que debía entregar a María Rosario (folios 94 a 110). María Rosario , como testigo, declaró que no recibió tal cantidad (consta carta certificada en tal sentido al folio 112). Por ello se puso en contacto con la sociedad, que le remitía al acusado. Finalmente el acusado realizó una transferencia de 2.345.05 euros a nombre de María Rosario el 21 de enero de 2009 (folio 126). Sin embargo, la transferencia se realiza una vez iniciado el procedimiento penal, lo que acredita que le acusado hizo propia la cantidad recibida, restituyéndola a la perjudicada sólo a los efectos de minorar las consecuencias penales.

En todos los casos el acusado manifestó que tales cantidades quedaban pendientes de liquidación con la compañía, pero lo que no es posible concluir es que existiera un acuerdo entre la Cía. de Seguros y el acusado para que la liquidación se produjera en un futuro indeterminado que de hecho nunca llegó. Además, en las comunicaciones a la Cía. de Seguros, el acusado dice que las cantidades cobradas se remiten, o se remiten a la mayor brevedad, y no que se tendrán en cuenta en la próxima liquidación, liquidaciones o compensaciones que en ningún caso constan en las relaciones entre el acusado y la entidad de seguros.

Valora la sentencia igualmente la prueba pericial practicada en descargo. El perito que se ratificó en su informe, reconoce que tomó en consideración la documentación que aportó el acusado. La sentencia lo valora en conjunto con el resto de la prueba practicada. Así, por ejemplo, respecto de los 70.000 euros relativos al hecho quinto, se pone de manifiesto que el pago de los 71.000 euros se computa al 9 de mayo de 2006, pero en dicha fecha no es cuando se pagó tal cantidad, sino cuando se debió pagar o restituir, habiéndose hecho en realidad en enero de 2009, una vez iniciado el procedimiento como se ha dicho más arriba.

Señala el recurrente que no se ha valorado debidamente los Folios de la Sala.- 343 a 407.- Acta de depósito y rendición de cuentas de 25 de julio de 2016. Acerca de los mismos dice el recurrente: " Se aporta como cuestión previa en la 1a sesión del juicio oral por la defensa documental consistente en rendición de cuentas consistente en la realización de una cuenta corriente por el asesor fiscal Sr. Severiano , que se introdujo como prueba pericial en el acto del juicio oral, que realiza el balance de toda la relación entre las partes; en dicha documental, puede verse como dato notorio la cantidad y el volumen de expedientes que gestionaba el Sr. Dionisio ; a título ejemplificativo, el año 2005 se realizan 185 facturas y el año 2006 , facturas, lo que refleja el importante volumen de asunto y correspondiente complejidad de la relación y de la gestión; la rendición de cuentas practicada es provisional y resulta un saldo favorable a la compañía de 21.524,49 que, ante la entidad de la facturación, resulta según informó el perito de importancia relativa ".

Si a lo largo de toda la motivación del recurso, el recurrente nos ha estado diciendo que las cantidades expresadas en los hechos probados quedaban pendientes de una futura liquidación, ahora nos dice que la liquidación se produjo el 26 de octubre de 2016, o sea, ocho, diez o doce años después de las apropiaciones y el día anterior a celebrarse la vista del juicio oral.

Esta transacción extrajudicial puede sustentar la atenuante apreciada por la Sala de reparación del daño, pero en absoluto puede entenderse como la liquidación o compensación de los pretendidos flujos dinerarios y

cantidades adeudadas entre las partes por diferentes conceptos , por utilizar la expresión del recurrente. El delito ya se ha cometido, las diversas cantidades expresadas han pasado ya de manera definitiva al patrimonio del acusado y lo único que este pretende con la transacción producida en el último momento es aminorar la responsabilidad criminal, como de hecho así consiguió. Al respecto en la fundamentación jurídica de la sentencia se recoge la amplia jurisprudencia que prohíbe a los Abogados hacer suyas las cantidades que les han sido abonadas para su entrega a sus respectivos clientes, no pudiendo mediante un acto unilateral descontar el importe de sus honorarios de las cantidades recibidas del Juzgado para su entrega al litigante.

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado y no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia, que se basó en pruebas documentales y personales válidamente obtenidas y practicadas, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y ponderación exigibles, quedando extramuros de la competencia de la Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante una valoración alternativa y subjetiva del recurrente del significado de los elementos de pruebas personales disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho de presunción de inocencia del hoy recurrente, quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas con apoyo en sus propias manifestaciones exculpatorias y en su subjetiva interpretación de las distintas testificales, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11 - "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

#### **Décimo.**

El motivo noveno por infracción de Ley minorías del artículo 849.1 LECrim , por aplicación indebida del artículo 74 CP .

Se denuncia que la Sala de instancia aplica indebidamente el artículo 74 CP , atendiendo a la prohibición de la doble imposición establecida por la jurisprudencia y Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 18 julio de 2007.

El motivo deberá ser estimado.

Respecto a la compatibilidad en general entre el delito continuado y la figura agravada del actual artículo 250.1.5, la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado SSTS 8/2008 del 24 enero , 239/2010 de 10 marzo , 483/2012 del 7 junio , 433/2014 de 8 mayo , 737/2016 de 5 octubre , 211/2017 del 29 marzo , que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250.1.5 CP , ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio non bis in idem.

Incluso respecto a la hipótesis más controvertida doctrinalmente, cuando las distintas cuantías defraudadas fueran individualmente insuficientes para la cualificación del art. 250.1.5º, pero sí globalmente consideradas, el Pleno de esta Sala Segunda de 30 octubre 2007, acordó:

"El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena, cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado.

La regla prevenida, art. 74.1 del CP ., queda sin efecto cuando su aplicación fuese contraria a la prohibición de la doble valoración".

Acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250. 1.5, cuando los delitos, aún inferiores a 50.000 euros, en conjunto sí superan esa cifra, si bien no se aplica el párrafo 1º del art. 74, sino el 2º; pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1 y no la del art. 249 CP .

En este sentido es significativa la STS. 950/2007 de 13.11 , que acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el artículo 74.2 CP . De manera que si la suma de ese perjuicio es superior a 50.000 euros, la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.5º y si es inferior a esa cifra la del artículo 249.

Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del apartado 1 del artículo 74 vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al artículo 250.1.5ª, con la consiguiente elevación de la pena y de otro se valoraría para acudir al artículo 74.1, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión.

Por lo tanto, la regla del artículo 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tenida en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado, ambas en su mitad superior (pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado.

Como excepción a la regla anterior se presentan aquellos casos en los que la aplicación del artículo 74.1 infringiera la prohibición de doble valoración, lo que tendría lugar cuando la valoración del perjuicio total causado ya supusiera un aumento de la pena correspondiente a las infracciones cometidas separadamente consideradas.

En consecuencia, el delito continuado se debe sancionar con la mitad superior de la pena que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado con independencia de la clase de delito de que se trate. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica que debe ser incrementada con arreglo al artículo 74.1 no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Y, finalmente, la regla contenida en el artículo 74.1, solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, es decir en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado.

Con tal criterio interpretativo se pretende que la regla especial establecida en el art. 74.2 para los delitos de naturaleza patrimonial no siempre excluya la simultánea aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1. Tal regla genérica quedaría automáticamente excluida cuando el importe total del perjuicio ha determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación por la continuidad, es decir en aquellos casos en que por razón del importe total del daño patrimonial, se desplazan del tipo básico al tipo cualificado. En estos casos la aplicación incondicional del art. 74.1 determinaría la vulneración del "non bis in ídem".

En el caso presente una vez eliminado el hecho quinto de los hechos probados por no haber sido objeto de acusación como delito de apropiación indebida y ser heterogéneo respecto al delito de estafa, por lo que acusaba el Ministerio Fiscal-y cuya calificación viene a admitir la sentencia, aun entendiendo que la apropiación abarcaría este hecho constitutivo de estafa en aplicación del criterio de absorción recogido en el artículo 8.3 CP , ninguno de los restantes importes del resto de los hechos del relato fáctico individualmente considerados -15.025,30 € hecho primero; 3173 82 € hecho segundo; 1596 € hecho tercero; 5238 07 euros es su cuarto; 29.337 50 E hechos sexto; 2626,21 € hecho séptimo; 1463,43 E hecho octavo; individualmente considerados supera el límite cuantitativo a los 50.000 € establecidos en el actual artículo 250.1.5º del CP , para la agravación del tipo básico, pero su suma 58.460 33 €, sí que lo superan, por lo que debe apreciarse el subtipo agravado sin aplicación de la regla primera del artículo 74-y no como sostiene el Ministerio Fiscal en su impugnación del motivo, la figura básica del artículo 249 como delito continuado, con aplicación del artículo 74.1- pudiendo recorrerse la penalidad en toda su extensión.

#### **Decimo primero.**

El motivo décimo por infracción del artículo 852 LECrim , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , y artículos 24.1 y 24.2 y 9.3 CE , vulneración del principio non bis in ídem y presunción de inocencia, analizada que ha sido ya la vulneración del principio acusatorio

1º En relación a la vulneración del principio acusatorio, respecto a la vulneración del precepto non bis idem en la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de abogado que la sentencia establece en relación a la íntima relación entre los delitos cometidos y la condición de abogado y aprovechamiento de sus funciones como tal, y de la confianza en él depositada por la entidad aseguradora, entiende recurrente que tal pronunciamiento es improcedente por vulnerar el citado principio, habida cuenta que el delito de apropiación indebida lleva necesariamente aparejada al depósito de confianza de quien efectivamente realiza el acto dispositivo.

Y en cuanto a la condición de abogado señala que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas excluyó el tipo agravado del artículo 250.6º (se cometa con abuso de relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o aproveche este su credibilidad empresarial o profesional) por lo que cabe concluir que el acusado no abuso de su posición de abogado ni cometió acto alguno con esa ocasión.

El motivo-, independencia de su documentación se contrae al delito de apropiación indebida y no al resto de delitos-estafa y falsedad-por lo que ha sido condenado, debe ser desestimado.

Es cierto en relación a la aplicación del actual artículo 250.6º (antiguo nº 7º) que en 383/2004 de 24.3, 368/2007 de 9.5, 371/2008 de 19.6 y 295/2013 de 1.3: " Hemos dicho ( STS 383/2004, de 24 de marzo ), que en cuanto a la apreciación del subtipo agravado previsto en el artículo 250.7ª CP , abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala (ver STS núm. 890/03 ) que tal como señalan las Sentencias de 28 abril de 2000 y la 626/2002 , de 11 de abril, la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa ( Sentencias 2549/2001, de 4 de enero de 2002 , y 1753/2000, de 8 de noviembre ).

Hay que ser cuidadosos y restrictivos en la aplicación del art. 250.1.6º en los delitos de estafa para exigir "algo más" y soslayar el grave riesgo de incurrir en un bis in idem. No faltan posiciones en la dogmática que consideran un equilibrio imposible intentar descubrir como "dos" confianzas defraudadas: la genérica de toda apropiación indebida o estafa y otra superpuesta, determinante de la agravación. El principio de vigencia obliga a buscar un ámbito para ese subtipo querido por el legislador al menos con toda seguridad para el delito de estafa. Se encuentra ese espacio tal y como revela la jurisprudencia, exigiendo unas relaciones personales concretas entre víctima y defraudador, de las que se abuse específicamente en la dinámica comitiva y que representen un mayor desvalor. Razona así la STS 371/2008, de 19 de junio , aunque refiriéndose a la agravante genérica: " Hemos mencionado la posibilidad de apreciar la agravante del art. 22.6 C.P . cuando el autor del delito de estafa se aprovecha de la especial relación de confianza que le vincula a la víctima y perjudicada por la acción delictiva. Y lo hacemos a sabiendas de que un sector de la doctrina sostiene que dicha agravante no cabe en el delito de estafa porque se encuentra ínsita en el mismo. Sin embargo, a nuestro entender, ello no es así, al menos siempre. No puede hablarse de relación de confianza entre autor y víctima (y mucho menos de "especial relación de confianza") cuando entre ambos no existe, o es muy limitado ese vínculo anímico. Tal sucede en numerosas modalidades de la estafa: tocomocho, "la estampita", hurto de cheque a persona a quien no se conoce y se utiliza como instrumento de la defraudación patrimonial, etc. Es obvio que en estos casos no existe una relación de confianza inherente al delito de estafa. Pero cuando efectivamente concurra y el sujeto activo se aproveche de esa situación, violando los deberes de lealtad y fidelidad hacia quien, por ese vínculo de especial confianza y fiabilidad recíproca, no activa las medidas de protección y permite al autor una mayor facilidad para ejecutar el delito; en estos casos, repítese, no encontramos óbice alguno para apreciar una mayor reprochabilidad en quien así actúa, que debe tener su traducción en el nivel de antijuridicidad y, consecuentemente, en la respuesta penológica por vía del art. 22.6 C.P . Dicho en pocas palabras: no es lo mismo estafar a un amigo que a un desconocido, y esa diferencia debe ser considerada por el derecho punitivo, como así lo hace el legislador al agravar estas conductas en el art. 250.7ª C.P ., bajo el concepto de "abuso de relaciones personales".

Si del campo de la estafa, nos trasladamos al de la apropiación indebida las cautelas con las que ha de manejarse ese subtipo han de acentuarse más. El quebrantamiento de vínculos de confianza o relaciones personales es elemento ínsito en toda apropiación indebida y la graduación entre una mayor o menor confianza defraudada es escala poco nítida para sentar fronteras claras entre el tipo básico y el agravado con el nada desdeñable incremento de pena que comporta la diferenciación. Será necesario señalar dos focos de confianza defraudados (en este caso el propio de la relación profesional de abogado externo de la entidad), y un superior deber de lealtad violado al habitual; y que una de esas fuentes generadoras de confianza tenga su base en

relaciones de tipo personal (las profesionales dan lugar a otro subtipo incluido en el mismo número) que además sean previas a la relación jurídica presupuesto de la apropiación indebida (depósito, comisión, administración...).

La reciente STS 37/2013, de 30 de enero recalca en la excepcionalidad de la aplicación del art. 250.1.7ª a los delitos de apropiación indebida, haciendo un recorrido muy completo sobre los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes: " La agravación prevista en el art. 250.1.7, en cuanto se refiere a que el autor del delito cometa abuso de las relaciones personales que existan entre él y la víctima o se aproveche de su credibilidad empresarial o profesional, puede apreciarse -se dice en STS. 368/2007 de 9.5 - con más claridad en los supuestos de estafa, en los que existe una maquinación engañosa previa al desplazamiento patrimonial en la que puede ser utilizada la facilidad que supone el abuso o aprovechamiento de aquellas circunstancias, que en los de apropiación indebida, en los que la recepción de la cosa o dinero se produce siempre en atención a una relación de confianza previa que el autor del delito quebranta posteriormente con su acción de apoderamiento ( STS núm. 2232/2001, de 22 de noviembre ).

Así, se ha insistido en "...la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el engaño que define el delito de estafa como el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado ( STS 634/2007, de 2-7 ). De modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario tal quebrantamiento se encontraría ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa o apropiación indebida. (STSS 1753/2000, de 8-11; 2549/2001, de 4-1; 626/2002, de 11-4; 890/2003, de ; 383/2004, de 24-III; 813/2009, de 13-7; y 1084/2009, de 29-10).

Igualmente tiene establecido esta Sala que la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba ( STS 371/2008, de 19-6 ). Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito ( SSTS 1169/2006, de 30-11 ; 785/2005, de 14-6 ; y 9/2008, de 18-1 )".

Pues bien partiendo de esa postura restrictiva a la admisibilidad-la apreciación es posible pero la presunción es la de la incompatibilidad-el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas excluyó la aplicación del referido tipo agravado, pero ello no imposibilita la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de abogado.

En efecto en esta inhabilitación especial esta Sala -vid 645/2017 de 2.10- ha expresado la necesidad de diferenciar cuando ésta pena revista carácter de pena principal ( artículo 42 CP ) de aquellos casos en los que se impone como pena accesoria ( artículo 56 CP ). Frente a una serie de infracciones penales para las que por la mera satisfacción de sus exigencias típicas, el legislador ha contemplado la inhabilitación especial como pena principal-bien única o conjunta- se contemplan otros-pena accesoria-en los que la operatividad de la inhabilitación queda encomendada a una discrecionalidad judicial sujeta a dos limitaciones consistentes en: que la gravedad del hecho justifique ese mayor rigor punitivo, así como que la vinculación de la actuación ilícita justifique, en términos prevención general o especial, la imposición de la sanción elegida. El artículo 56 del Código Penal exige, para que la inhabilitación opere como pena accesoria respecto de un determinado empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, o del ejercicio de la patria potestad, de la tutela, curatela, guarda o acogimiento o de cualquier otro derecho, que el ejercicio de esta función o derecho haya tenido una relación directa con el delito cometido; imponiéndose en garantía del correcto ejercicio de la discrecionalidad judicial que la sentencia determine expresamente esa vinculación, como una manifestación más del deber de motivación establecido en el artículo 120.3 de la CE ( SSTS 895/2013 de 27 de noviembre o 259/2015, de 30 de marzo ).

En el caso presente no debe cuestionarse la vinculación del ilícito penal con la función elegida, dado que tal como razona la sentencia recurrida existió "íntima relación entre los delitos cometidos y la condición de abogado del acusado y el aprovechamiento de sus funciones como tal y de la confianza en él depositada por la entidad asignada para quien prestaba sus servicios".

Razonamiento correcto, esa relación fue aprovechada para la comisión de los distintos tipos delictivos, pues sin su condición de abogado no hubiera sido factible su realización, y al no haber sido tenida en cuenta para la concurrencia del tipo agravado del artículo 250.6, con la exasperación punitiva que ello hubiera comportado, no impide la aplicación del artículo 56 CP .

### **Decimo segundo.**

El motivo decimoquinto por infracción del artículo 849.1 LECrim , por indebida inaplicación del artículo 21.6 CP .

La sentencia de instancia no aplica indebidamente el atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, cuando en los hechos probados la propia sentencia establece que "la presente causa se inició por querrela admitida en fecha 29 julio 2008, ha tardado en ser enjuiciada más de ocho años".

El motivo deberá ser estimado parcialmente.

Con carácter previo debemos señalar que aun cuando la defensa no solicitó en la instancia la concurrencia de dicha atenuante-de ahí que la sentencia recurrida no se pronuncie expresamente sobre su concurrencia, aunque sí valoró el tiempo transcurrido desde los hechos como factor de individualización de las penas que impone-y es en esta serie de casacional cuando por primera vez solicita su aplicación. No obstante tal consideración de cuestión nueva, al tratarse de una circunstancia atenuante, cuya eventual estimación favorece al acusado y al constar en el relato de hechos probados el tiempo de duración del proceso, su estudio puede ser realizado por esta Sala.

El motivo deberá ser estimado.

Como hemos dicho en SSTS 526/2013 del 25 junio , 969/2013 de 18 diciembre , 196/2014 de 19 marzo , 415/2017 de 17 mayo, la reforma introducida por L .O. 5/2010, de 22.6 ha añadido una nueva circunstancia en el art. 21 CP , que es la de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuibles al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa".

El preámbulo de dicha Ley Orgánica dice que "se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo "los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

La jurisprudencia de esta Sala -que deberá ser tenida en cuenta para la interpretación del nuevo texto legal de la circunstancia 6 del art. 21- es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos -en el caso el derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables- sufrida como consecuencia del proceso es equivalente a los males sufridos como consecuencia del delito que, es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es decir: la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad ( STS. 10.12.2008 ), en el mismo sentido, entre otras ( SSTS. 27.12.2004 , 12.5.2005 , 25.1 , 30.3 y 25.5.2010 ).

Ahora bien que ello sea así no significa, sin embargo, que precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga.

En los casos en que esta Sala hace referencia a ello, por ejemplo STS. 30.3.2010 ,, lo que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad, y que si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena. Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, por todas SSTS. 875/2007 de 7.11 , 892/2008 de 26.12 , 443/2010 de 19.5 , 457/2010 de 25.5 , siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata,

por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes ( STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas C. España , y las que en ellas se citan).

Asimismo se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en momento oportuno, pues la vulneración del derecho -como se recordaba- en STS 1151/2002, de 19-6 , "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24-2 CE mediante la cual poniendo la parte al órgano jurisdiccional de manifiesto en inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa.

En este sentido la Sentencia Tribunal Constitucional 5/2010, de 7-4 , recuerda que para apreciarse la queja basada en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es requisito indispensable que el recurrente les haya invocado en el procedimiento judicial previo, mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en la misma. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible su reparación al poner remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso con lo que se presiona el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en aquellos supuestos de los que, tras la denuncia del interesado -carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso-, el órgano judicial no haya adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable, podrá entenderse que la vulneración constitucional no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este tribunal.

Pero esta doctrina, referida propiamente al recurso de amparo y con las limitaciones inherentes a tal vía, ha sido matizada por esta Sala, por ejemplo STS 1497/2010, de 23-9 ; 505/2009, 739/2011 de 14-7; en el sentido de que "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar, porque en el proceso penal, y sobre todo, durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad".

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza".

Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe ( art. 11.1 LOPJ ) y que se concreta a la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

Ahora bien sí existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa , sino que se debe concretar los períodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y su daño no cabe reparación ( STS 654/2007, de 3-7 ; 890/2007, de 31-10 , entre otras) debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS 1-7-2009 debe constatarse una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la conducta que haga que la pena a imponer resulta desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la pena, subsistente en su integridad.

En definitiva conforme a la nueva regulación de la atenuante de dilaciones indebidas, los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues si bien también se requiere que la dilación no guarde proporción con la

complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante ( STS. 21.7.2011 ).

Y en cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora le siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Y la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de la pena en concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado ( SSTC. 153/2005 , 177/2004 , 237/2001 , SSTS. 470/2010 de 20.5 , 271/2010 de 30.3 , 202/2009 de 3.3 , 40/2009 de 28.1 , 892/2008 de 26.12 , 705/2006 de 28.6 , 535/2006 de 3.5 , 1293/2005 de 9.11 , 858/2004 de 1.7 , 1733/2003 de 27.12 ).

En el caso presente el recurrente no se limita a mencionar el tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento y la duración de éste, sino que destaca como no ejerció maniobras dilatorias, sin tan siquiera formular recurso alguno contra las resoluciones del juzgado instructor, ni los autos de la fase intermedia, no debiéndose por ello a ninguna actuación suya, el retraso en la tramitación, y detalla hasta 10 períodos en que la causa estuvo paralizada, (seis meses, un año, dos meses, cuatro meses, cinco meses, tres meses, cinco meses, tres meses, ocho meses y un año).

Siendo si estas dilaciones deben valorarse como atenuante de dilaciones indebidas-y no como un mero factor de individualización de la pena, cuyos efectos atenuatorios son menores-, pero no con el carácter cualificado que se pretende el recurso.

En efecto la atenuante ordinaria exige que la dilación, además de indebida, sea "extraordinaria", lo que supone que los elementos que configuran la razón atenuatoria se den de forma relevante e intensa, superando con mucho lo que sería el normal exigencia para que en la atenuación se considere estimable con carácter genérico.

En concreto en relación a la dilación se exige que supere el concepto de "extraordinaria", que sea manifiestamente "desmesurada", esto es que esté fuera de toda normalidad. También cuando la dilación materialmente extraordinaria, pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad por la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales ( SSTS 95/2016 de 17 febrero , 318/2016 de 15 abril ).

Circunstancias cuya concurrencia no aparecen en el caso presente.

## RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

### Decimo tercero.

El motivo único al amparo del artículo 849.1 LECrim , por infracción de Ley, por inaplicación del artículo 248.1 y 250.1.5 CP (delito de estafa).

Cuestiona el Ministerio Fiscal que la sentencia de instancia en relación al hecho quinto del relato fáctico condene por el delito de falsificación en documento mercantil pero se le absuelva del delito de estafa razonando que si bien el haber endosado el cheque nominativo de Hilario de forma falaz y conseguir así el ingreso de dicha suma en su propia contracorriente, tal falso endoso indujo a error a la entidad bancaria que permitió el cobro de la suma del cheque y su detracción a Liberty y que por ello podría ser calificado como delito de estafa, considera que vista la mecánica comisiva del acusado y atendiendo que el mismo tenía el cheque en su poder como mandatario de Liberty, y con una orden directa de hacer pago de una indemnización a Hilario , dicha conducta no constituye un delito de estafa independiente sino que cabe integrarlo dentro del delito continuado de apropiación indebida, entendiéndose que si bien existió apropiación indebida y también estafa, la primera abarca ese acto de estafa en la mecánica del delito en aplicación del criterio de la absorción recogida en la regla tercera del artículo 8 CP .

El Ministerio Fiscal no comparte tal razonamiento ya que el precepto Penal del artículo 252, aun aplicado de forma continuada no es más amplio o complejo que el precepto del artículo 248, ni esta infracción puede quedar consumida en la infracción tipificada del artículo 252. Se trata de dos preceptos que tipifican conductas delictivas distintas y heterogéneas de forma que una no pudo absorber a la otra, de manera que si concurren varios hechos



susceptibles de ser tipificados uno de apropiación indebida y otros como estafa, dichos delitos estarían en relación de concurso real.

Por ello entiende que debe revocarse la sentencia y manteniendo el resto de los pronunciamientos condenatorios, se condene además, por un delito de estafa de los artículos 248.1 y 250.1.5º tal y como se solicitó en las conclusiones definitivas por el Fiscal, y dado que la sentencia entiende que concurre la atenuante muy cualificada de reparación del daño, artículo 21.5 debe imponerse, rebajando en un grado, la pena del artículo 250.1 CP, (uno a seis años prisión, y seis a 12 meses multa) la de prisión de nueve meses y multa de cinco meses con cuota diaria de 15 €.

El motivo deberá ser estimado parcialmente.

En efecto la concurrencia de los elementos típicos del delito de estafa en relación al apartado quinto del relato fáctico no debe ser cuestionada.

Como recuerdan las SSTS 483/2012 de 7 junio, 987/2011 de 5 octubre, y 909/2009 y 23 septiembre entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La doctrina de esta Sala (Sentencia 17 de noviembre de 1999 y Sentencia de 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, entre otras) considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actué como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

Siendo así el rellenar en un cheque nominativo expedido a favor de un tercero por importe de 70.000 € en cuyo reverso figuraba no ser endosable, tapando con pólizas la parte donde se recogía tal prohibición, sin endoso a su favor, imitando la letra y firma de aquel tercero y presentándolo al cobro, supone la realización del engaño causal al error del Banco que propició el libramiento de la cantidad económica reflejada en aquel título de pago, enriqueciéndose a costa del titular de la cuenta afectada.

No obstante la solución de la sentencia de instancia debe ser analizada en cuanto a la aplicación que realiza del artículo 8.3 CP.

Como hemos dicho en SSTS 97/2015 de 24 febrero, 413/2015 de 30 junio, 454/2015 de 10 julio, 535/2015 de 1 de octubre, 544/2016 de 21 junio, la doctrina científica y jurisprudencia son contestes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem". Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (SSTS. 1424/2005, de 5.12, 1182/2006, de 29.11, 1323/2009 de 30.12).

Entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural (de la realidad) y en la jurídica, (de la valoración), pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuricidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in idem". En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuricidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

Como recuerda la STS. 342/2013 de 17.4, el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo).

En definitiva, sólo cabe un criterio de valoración jurídica necesariamente impreciso: si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas, si

para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho. ( SSTS 892/2008 del 26 diciembre , 1323/2009 del 30 diciembre ).

En el caso presente, como ya hemos expuesto en el análisis de los motivos segundo y décimo del recurso interpuesto por el acusado señor Dionisio , los delitos de estafa y apropiación indebida tienen un carácter absolutamente heterogéneo en cuanto diferentes son los requisitos subjetivos que uno y otro requieren para su comisión. Así en la estafa del ataque patrimonial se lleva a cabo mediante un engaño con el consiguiente desplazamiento en el patrimonio, mientras que en el segundo desplazamiento no tiene su origen en aquel engaño motor, sino en el abuso de la confianza ya depositada en el sujeto activo, lo que conlleva que este recibe el dinero o cosa apropiada de forma legítima, transmitiendo dicha posesión legítima en disposición ilegítima abusando de aquella confianza. Si bien el presente caso el dinero importe del cheque el acusado no recibe del Banco de forma legítima sino por el engaño consistente en aparentar ser el legítimo tenedor del cheque como supuesto endosatario del mismo, tras haber falsificado una cláusula de endoso.

#### **Decimo cuarto.**

Consecuentemente nos encontramos ante un hecho (apoderamiento mediante engaño de 70.000 €) autónomo, susceptible de ser tipificado como delito de estafa, que concurre con otros hechos de aprovechamiento de otras cantidades dinerarias, sin mediar engaño alguno, pero abusando de la confianza depositada, susceptibles de ser calificados como delitos de apropiación indebida.

Es cierto que no nos encontramos ante un concurso de normas a resolver por el criterio de absorción del artículo 8.3 CP , pero ello no imposibilitaría, en términos absolutos-como también explicitamos en el motivo 10º del recurso del acusado- integrar tal hecho constitutivo de estafa en la continuidad delictiva de los hechos constitutivos de apropiación indebida, pues aunque no sean delitos homogéneos, si concurre la similitud entre ambos al ser preceptos de semejante naturaleza.

No obstante en el caso presente concurrirían dos circunstancias obstativas a tal integración:

1º Que por el Ministerio Fiscal -única parte acusadora-, no se planteó ni en la instancia, ni en esta casación dicha posibilidad al optar por la punición separada de ambas infracciones.

2º Que referida posibilidad, en este caso, perjudicaría al acusado. En efecto la solución de la sentencia al integrar la estafa-de importe 70.000 €-en el delito continuado de apropiación indebida, implica la aplicación del artículo 250.1.5 y de la regla penológica del artículo 74.1, ya que uno de los hechos que integran la continuidad delictiva ya superaría, por sí solo el límite cuantitativo de 50.000 €, lo que supondría un marco penológico de un año y nueve meses de prisión a tres años y seis meses de prisión y multa de cuatro meses y 15 días a nueve meses nunca, resultante de calcular la pena inferior en grado por la concurrencia de una atenuante cualificada a la mitad superior de la pena prevista en el artículo 250, por la continuidad delictiva.

Pena a la que habría de sumar la pena correspondiente a la falsedad documental que la sentencia establece en el mínimo legal, seis meses prisión y seis meses multa.

Y penando separadamente la estafa y la apropiación indebida continuada, esta última, al no ser aplicable la regla del artículo 74.1, al no superar ninguna de las infracciones individualmente consideradas el límite de 50.000 €, la pena inferior en grado-partiendo de la mínima prevista en el artículo 250-sería de seis meses a 11 meses y 29 días prisión y multa de tres a seis meses.

Y la estafa, la inferior en grado a la prevista en el artículo 250.1.5, tendría la misma extensión. Ello supondría, sumando ambas, un mínimo un año prisión y seis meses multa, y un máximo, 22 meses y 58 días prisión y 12 meses multa, inferiores a los mínimos y máximas de la primera opción.

#### **Decimo quinto.**

Sin olvidar que la sanción de estafa y la falsedad documental lo es en concurso medial con la penalidad establecida en el nuevo artículo 77.3º, y como ha señalado esa Sala en SSTS 863/2015 de 30 diciembre , 28/2016 de 28 enero y 444/2016 de 25 mayo , entre otras, el nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que iría desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto a la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo.



El límite mínimo no se refiere a la pena "superior en grado" de la establecida legalmente para el delito más grave, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la totalidad de lo expresado por el legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Es decir, si una vez determinada la infracción más grave y concretada la pena tomando en consideración las circunstancias y los factores de individualización, se estima que correspondería, como sucede en el caso actual, la pena de seis meses de prisión en la falsedad, la pena mínima en el concurso sería la de seis meses y un día.

El límite máximo de la pena procedente para el concurso medial no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito. Es preciso determinar la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior las circunstancias concurrentes, si dicha pena por la concurrencia de una atenuante cualificada se rebaja en 1º la pena correspondiente al artículo 250, y dentro de ese marco-seis meses a 11 meses y 29 días-la concurrencia de una atenuante ordinaria, fuese impuesta en su límite mínimo seis meses, el marco punitivo del concurso irá de seis meses a un día como pena mínima, a 12 meses como pena máxima.

Dentro de dicho marco se aplicarán los criterios expresados en el artículo 66, pero, como señala acertadamente la circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado, que sigue este mismo sistema, en ese momento ya no debemos tener en cuenta "las reglas dosimétricas" del artículo 66 CP porque ya se han utilizado en la determinación del marco punitivo y caso de hacerlo, se incurriría en un "bis in ídem" prohibido en el artículo 67 CP. Deben tomarse en cuenta los criterios generales el artículo 66, pero no las reglas específicas que ya han rebajado el límite mínimo del concurso por la aplicación de una atenuante que no puede ser aplicada de nuevo.

Por lo tanto debe estimarse el motivo.

## Decimo sexto.

Estimándose los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y el acusado Dionisio se declaran de oficio las costas de los recursos ( 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

Haber lugar a los recursos de casación respectivamente interpuestos por el acusado Dionisio y EL MINISTERIO FISCAL contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª de fecha 30 noviembre 2016, y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida resolución dictando nueva sentencia con declaración de oficio de las costas de los respectivos recursos.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 292/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 13 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 10 de los de Barcelona, con el número 49/2015, y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésima Primera, contra Dionisio, con DNI. nº NUM001, nacido en Barcelona, el día NUM002 de 1.959, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres.



expresados al margen, y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida (de instancia)

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Tal como se ha razonado en el Fundamento de Derecho 12º de la sentencia precedente concurre en los hechos la atenuante de dilaciones indebidas.

Segundo.

Conforme lo explicitado en los Fundamentos de Derecho 3, 13, y 14 de la sentencia precedente, los hechos declarados probados en el apartado 5º del relato fáctico, con constitutivos de un delito de estafa de los arts. 248 y 249.1.6 CP , que debe penarse con independencia del delito continuado de apropiación indebida y en concurso medial con el delito de falsedad documental.

Tercero.

En orden a la individualización penológica teniendo en cuenta la concurrencia de la atenuante cualificada de reparación del daño y ordinaria de dilaciones indebidas, considera la Sala adecuada las de 6 meses por el delito de apropiación indebida y tres meses multa con cuota diaria de 15 E, y 8 meses prision y 4 meses multa con cuota diaria 15 E por el delito de estafa, arts. 248 y 249.1.6 en concurso medial con el delito de falsedad documental, arts. 391 y 390.1.1º y 3º.

#### F A L L O

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

1.- Debemos condenar a D. Dionisio , como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida, agravado por el valor de la defraudación con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de reparación del daño y la atenuante ordinaria de dilaciones indebidas a las penas de 6 meses prision y tres meses multa con cuota diaria 15 E.

2.- Y Debemos condenar y condenamos al referido como autor responsable de un delito de estafa, concurriendo las atenuantes muy cualificadas de reparación del daño y ordinaria de dilaciones indebidas en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil, concurriendo la atenuante ordinaria de dilaciones indebidas a las penas de 8 meses prision y 4 meses multa con cuota diaria de 15 E.

Como penas accesorias se mantienen las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía durante el tiempo de la condena y la inhabilitación especial del derecho de sufragio durante el mismo periodo.

Se imponen al acusado el pago de las costas del procedimiento.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gomez D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia



El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.