

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063446

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 365/2018, de 18 de julio de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2184/2017

SUMARIO:

Delito de apropiación indebida. Dilaciones indebidas. Reparación de daño. En el delito de apropiación indebida y en contraposición al de estafa, 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, 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. Delito de apropiación indebida en el seno de una empresa e imposibilidad de agravar la pena aplicando la continuidad delictiva, por no constar episodios fraudulentos individuales superiores a los 50.000 euros (no pueden sumarse hechos aislados para intentar llegar a «periodos de más de 50.000 euros»), por lo que no cabe la acumulación de las penas del delito agravado de apropiación indebida con las de la continuidad delictiva. 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 de euros la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.6.º CP. El espíritu de la atenuante del art. 21.5 CP (haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.) no puede predicarse cuando tras la devolución se vuelve a incidir en la conducta delictiva, ya que siguió con el modus operandi, y, sin embargo, ya iniciado el proceso penal no devuelve suma alguna, por lo que si la reparación no tiene el efecto devolutivo real, sino que puede articularse como un instrumento para la continuación de la mecánica de apropiación no puede aceptarse la atenuación pretendida.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.5 y 6, 59, 62, 74.2, 109, 248.2 a), 250.1.6.º, 252 y 390.1.
Constitución Española, art. 24.

PONENTE:

Don Vicente Magro Servet.

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA
Don FRANCISCO MONTERDE FERRER
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO
Doña ANA MARIA FERRER GARCIA
Don VICENTE MAGRO SERVET

RECURSO CASACION núm.: 2184/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



Sentencia núm. 365/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Andres Palomo Del Arco
D^a. Ana Maria Ferrer Garcia
D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 18 de julio de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones del acusado D. Carlos Miguel y de la Acusación Particular "CRISANTA RAMIRO, S.L.", contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Mérida, Sección Tercera, que condenó al anterior acusado por delitos de apropiación indebida y de falsedad en documento mercantil, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusado y acusación particular representados respectivamente, por las Procuradoras Sras. Cabezas Maya y Sánchez Tena.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 1 de Castuera incoó Procedimiento Abreviado con el nº 20 de 2017 contra Carlos Miguel , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Mérida, Sección Tercera, que con fecha 13 de julio de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se dirige la acusación contra Carlos Miguel , con DNI NUM000 , nacido el NUM001 /1969, mayor de edad y sin antecedentes penales. El acusado estuvo prestando sus servicios laborales desde 1979 para D^a María Virtudes y D. Bartolomé -padres del actual administrador D. Braulio -, propietarios de la Agencia de Castuera de la entidad Preventiva S. A. de Seguros, y, específicamente, desde 1992 como cobrador (auxiliar externo), gestor y tramitador, ocupando desde dicho momento el cargo de gestor responsable, desempeñando funciones de productor de pólizas de seguro, viajes personales a los distintos distritos para realizar el cobro de los distintos cobradores además de ser la persona que llevaba toda la contabilidad de la empresa, teniendo acceso, como autorizado, a todas las cuentas bancarias. En el año 2.004, María Virtudes y sus hijos Braulio y Felix , constituyen la sociedad CRISANTA RAMIRO S.L., y mantienen al Sr. Carlos Miguel con las mismas funciones que desempeñaba. Además, el Sr. Carlos Miguel conocía la actividad de la aseguradora a la perfección y existía entre ellos una estrecha relación de confianza, de tal forma que la relación personal entre el empleado y sus jefes era como la de un miembro más de la familia -una relación definida por los dueños de la empresa como "de hermandad y absoluta confianza"-, por lo que delegan en él toda la responsabilidad de la llevanza ordinaria de la empresa. También mantenía una relación laboral con otra empresa de los mismos dueños, en concreto, la FUNERARIA NUESTRA SEÑORA DE LOS DOLORES, S.L. La actividad empresarial de Crisanta Ramiro, S.L. era y es la de aseguradora, especialmente la de seguro de decesos. Crisanta Ramiro, S.L., es la Agencia nº 48 de la entidad PREVENTIVA DE SEGUROS, S.A. (central), y su funcionamiento era el siguiente: Preventiva de Seguros, S.A., se nutre de sus agentes y sucursales extendidos en todo el territorio nacional como Unidades Productoras de pólizas y recaudadoras de pagos procedentes de recibos por pólizas. Cada Unidad Productora, como es el caso de la agencia de Castuera, dispone a su vez de varias unidades productoras denominadas distritos, establecidos en diferentes municipios que pertenecen a la citada agencia. Mensualmente cada distrito obtiene una carga de ingresos remitida desde la central en el soporte telemático de la intranet, y en dichas cargas se diferencian: las bancarias (aquellos recibos que se encuentran domiciliados en las cuentas de la sociedad Crisanta Ramiro) y no bancarias (aquellos recibos que se cobran en mano). De forma

periódica (mensual), se envían cargas del mes correspondiente con recibos a los colaboradores de la agencia (auxiliares externos), los cuales se encargan del cobro manual del distrito que corresponda. Con posterioridad, el colaborador asume a lo largo del mes la responsabilidad del cobro de los recibos en el o los distritos asignados para finalmente a últimos de cada mes liquidar con la agencia los ingresos obtenidos, detrayendo de los ingresos su comisión y las incidencias de clientes impagados, bajas y nulos. De esta forma, al término de cada mes ha de haber ingresos de todos los distritos, sin excepción, en cualquiera de las cuentas de titularidad de la empresa Crisanta Ramiro. Acto seguido, la agencia procede a liquidar con la central a través del soporte informático vía intranet, dando de cada distrito: cobros, incidencias y pagos de siniestros. Al cierre de la liquidación resulta un monto total del que la agencia deberá pagar a central en concepto de "comisión de central" un porcentaje establecido y el tanto por ciento restante se conformará como "comisión de la agencia". Hacia el año 2009 se detecta por los propietarios de la agencia que ésta no cubre gastos, e incluso incurre en pérdidas, con los recursos que obtiene, para pagar a la central, lo que hace saltar las alarmas. Esta situación hace que la agencia sea intervenida por la central. Desde marzo de 2009 a enero de 2010 el control de gestión lo tiene la central. En este contexto la empresa realiza una auditoría interna de todos los ejercicios desde 2004 y 2013, resultando de ello que el acusado actuando en su condición de gestor y además recaudador en distintos distritos en los que tenía su actividad la agencia, fue haciendo suyas cantidades de dinero correspondientes a la empresa para integrarlas en su patrimonio. El acusado, como encargado de la llevanza de la contabilidad de la empresa trabajando en ocasiones en las propias oficinas de la empresa y en ocasiones en su propio domicilio, realizó alteraciones en la contabilidad de la empresa mediante asientos que hacía en los libros de contabilidad, que no eran reales, procurando que la contabilidad cuadrara para evitar ser detectados los apuntes falsos, haciendo que coincidiera el diario con los balances; y así, el acusado, utilizaba esta falsa contabilidad introduciendo en las hojas informáticas contables el importe de las cantidades disponiendo de dinero de la empresa, llegando a transferirlo a sus propias cuentas, en su exclusivo beneficio y correlativo perjuicio de la empresa. Incluso una vez que se le piden explicaciones al Sr. Carlos Miguel, éste reconoce abiertamente que se ha quedado indebidamente con dinero de la empresa, suscribiendo la carta de despido disciplinario de la empresa en que se manifiesta expresamente que "se ha constatado, sin perjuicio de que aparezcan cuantías defraudadas no detectadas en este momento que Ud. se ha apropiado de cantidades por determinar por la auditoría interna que se está efectuando correspondientes a las primas de seguros que debería haber ingresado en las cuentas correspondientes", junto con un documento adjunto en que reconoce como ciertos los hechos contenidos en dicha carta de despido disciplinario "razón por la cual la extinción del contrato tiene la consideración de despido procedente". Dichos documentos fueron suscritos libremente por el acusado y una vez que fue asesorado, a la vista del contenido de los documentos, por persona de su confianza. Alguno de los mecanismos utilizados, que hacían mermar considerablemente la liquidez de la propia agencia, eran los siguientes:

- el administrador entregaba dinero para imponer en diferentes bancos y el Sr. Carlos Miguel ingresaba solo una parte y el resto se lo embolsaba;
- los cobradores le entregaban en mano todo o parte de la recaudación del mes al Sr. Carlos Miguel y este se quedaba con parte del cobro;
- el Sr. Carlos Miguel sin conocimiento ni consentimiento del administrador de la sociedad remesaba a través de una cuenta bancaria propia de su titularidad;
- como quiera que el Sr. Carlos Miguel disponía de las claves de internet de todos los bancos para acceder y realizar pagos y cobros vía telemática, efectuaba traspasos entre las cuentas de la sociedad y su cuenta;
- registraba en las hojas de cálculo de control interno de la empresa y a bolígrafo en las liquidaciones de los colaboradores impagados, bajas y diferencias de recibos inexistentes, para justificar la ausencia de ingreso o la aminoración del mismo, hecho reiterado todos los meses de todos los ejercicios económicos auditados. El Sr. Carlos Miguel independientemente de ser el responsable gestor de Preventiva Agencia de Castuera, era el recaudador de los Distritos: 4 (Zalamea), 9 (La Haba), 10 (Medellín), 26 (Peñalsordo), 27 (Monterrubio) y 32 (Benquerencia) y se encargaba del cobro de recibos de los distintos distritos o municipios, que a priori debería ser cobros en mano en casa de los propios asegurados, sin embargo el Sr. Carlos Miguel, sustraía los nº de cuentas de los clientes y los quitaba del cobro de las remesas de la agencia para posteriormente remesarlos él mismo, sin que la agencia tuviera conocimiento, remesa ésta que efectuaba a través de una cuenta bancaria propia y de su titularidad, e ingresaba dinero para sí que no llegaba nunca a Crisanta Ramiro, S.L. En concreto, el acusado fue dejando de ingresar cantidades que recibía para la empresa ingresándolos en su patrimonio entre los siguientes periodos y distritos en los que se organizaba la empresa, sustrayendo de la misma los ingresos siguientes: En el año 2004: - Septiembre: 211,39 euros. - Octubre: 1533,09 euros. - Noviembre: 956,75 euros. - Diciembre 1661,75 euros. En el año 2005, el acusado dejó de ingresar, integrándolas en su patrimonio la cantidad de 5169,59 euros en materia de seguros generales. En seguros de decesos dejó de ingresar de los distintos distritos: En el distrito 5 y 33 de Campanario, la cantidad de 698 euros correspondiente al mes de septiembre. En el distrito 7 y 20 de Belalcázar, siendo el cobrador, no ingresa las cantidades de diciembre, no ingresando 4,030 euros. En el distrito 17 de Quintana de la Serena no ingresa 330

euros del mes de diciembre. En el distrito 26 de Peñalsordo, perteneciente a su cobro, deja de ingresar la cantidad de 715 euros del mes de septiembre. En el distrito 29 y 31 de Hinojosa, pertenecientes al mismo cobrador, deja de ingresar 265 euros, en el mes de octubre deja de ingresar 2000 euros y en el mes de diciembre 1630 euros. En el distrito 32 de Benquerencia, perteneciendo al cobro del acusado, no ingresa 370 euros del mes de septiembre. En materia de seguros generales hace ingresos minorados, dejando de ingresar la cantidad total de 5169,59 euros. En el año 2006, en materia de seguros de decesos deja de ingresar: En el distrito de Belalcázar la cantidad de 3650 euros del mes de enero y 275 euros del mes de noviembre. En el distrito 26 Peñalsordo, siendo de su cobro, deja de efectuar los ingresos de octubre 898,01 euros, noviembre 300 euros, diciembre 993,92 euros. En el distrito 33 de Campanario, deja de ingresar en los meses de julio y septiembre la cantidad de 1608,61 euros. En este año 2006 en las partidas de seguros generales, efectúa ingresos minorados, apropiándose de la cantidad de 12.140,83 euros. En el año 2007 en materia de seguros decesos deja de ingresar apropiándose las siguientes cantidades: En distrito 17 de Quintana el mes de diciembre no ingresa 498,74 euros. En el distrito 26 Peñalsordo que pertenece al cobro del acusado en el mes de noviembre no ingresa 700 euros. En el distrito 30 de Hinojosa en el mes de agosto deja de ingresar 159,24 euros. En el distrito 31 Hinojosa en el mes de diciembre deja de ingresar la cantidad de 248 euros. En el distrito 33 Campanario en el mes de febrero deja de ingresar 885 euros. En materia de seguros generales en el año 2007 realiza ingresos minorados dejando de ingresar la cantidad de 1175,45 euros. En el año 2008 deja de ingresar las siguientes cantidades: En el distrito 9 la Haba deja de ingresar en el mes de diciembre la cantidad de 393,23 euros. En el Distrito 11 de Alcaracejo no ingresa los meses de noviembre y diciembre, en total, 940 euros. En el distrito 16 de Hinojosa en el mes de febrero no ingresa en la cuenta de la empresa la cantidad de 1800 euros. En el distrito 17 de Quintana correspondiente al mes de febrero no realiza ingreso, dejando de ingresar la cantidad total de 500 euros. En el distrito 22 Cabeza del Buey ingresa menos de lo correspondiente dejando de ingresar una cantidad total de 1184,77 euros en el mes de abril. En el distrito 33 Campanario en el mes de febrero deja de ingresar en 1011,03 euros. En el distrito 34 Campillo deja de ingresar en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre la cantidad de total de 869,75 euros. En materia de seguros generales en 2008 deja de ingresar realizando ingresos minorados una cantidad total de 1417,10 euros. Además, realizó reintegros de las siguientes cantidades sustraídas a la empresa: El 17 de enero de 2006, hizo propio de una cuenta de titularidad de la empresa en la Caixa de una cantidad de 1000 euros. El día 1 de febrero de 2008, de una cuenta de titularidad de la empresa de Caja de Extremadura, la cantidad de 3000 euros. En total, en el período de 2004 a 2008, la cantidad de 55.319 euros. A pesar de que los socios comprobaron estas actividades, sin embargo, y dada la especial relación de "hermandad" y a ruegos del propio Sr. Carlos Miguel, que entre otras razones invocó que tenía una hija enferma, deciden darle una segunda oportunidad en la empresa. Pero para ello, se le quita el acceso a las cuentas bancarias y con el compromiso de devolver el dinero de la empresa que había hecho propio. En el año 2009, se apoderó de las siguientes cantidades correspondientes a los ingresos de Seguros de Decesos: En el distrito 9 de la Haba febrero 654,81 euros, perteneciendo a su cobro y sin que conste ingreso alguno. En el distrito 15 de Hinojosa febrero 1789,56 euros. En el distrito 32 de Benquerencia enero 3142,65 euros, registrando impagados y bajos inexistentes. En el distrito 34 de Campillo enero 1013,28 euros, correspondientes a meses cobrados y registrados pero no ingresados. En la partida de Seguros Generales, de 3591,61 euros. En el año 2010: En el Distrito 11 Alcaracejos la cantidad total a ingresar es de 6169,96 euros que cobró, sólo realizó dos ingresos de 1735 euros en octubre y otro de 1645 €, adeudando un total, una vez retraídas sus comisiones de 1889,96 euros. En el Distrito 15 Hinojosa, de 2500 euros del mes de enero que el cobrador le había liquidado en mano y lo registró en la liquidación de dicho mes. En el Distrito 19 Castuera registró gastos como "otros" no justificados y como impagados no reales, en total de 1820,50 euros. Distrito 21 Villanueva se quedó con lo obtenido por el ingreso del mes de junio por importe de 256,71 euros, que registra con fecha de 9 de junio de 2010 pero que corresponde al mes de mayo de 2010, registrando por duplicado esta cantidad. Distrito 28 Siruela. Deja de ingresar 5819 euros de 10000 euros que le entrega al acusado el administrador de la empresa para que sean ingresados en Caja de Extremadura. Distrito 32 Benquerencia, que pertenece a su cobro. Las bajas impagadas y diferencias de recibo que registra injustificados o inexistentes importó un total de 4537,59 euros que no se hallan en ninguna cuenta de la empresa. Finalmente hizo suyos, de los ingresos de seguros generales en el año 2010, quedándose con 20151,21 euros. En el año 2011, de los ingresos correspondientes a Seguros de Decesos por las siguientes cantidades: - 1043,69 euros del distrito 2 Don Benito. - 12000 euros, en el distrito 6 Hinojosa; - 4072,60 euros en distrito 15 Hinojosa; - 5920,54 euros en el distrito 19 Castuera; - 1154 euros en distrito 28 Siruela; - 12416,61 euros en distrito 32 Benquerencia. Así mismo, dejó de ingresar en la partida de Seguros Generales la cantidad de 12148,54 euros. En el año 2012 y primera quincena de 2013, dejó de ingresar las siguientes cantidades: En el distrito 2 Don Benito debiendo ingresar un total de 13869,20 euros, realiza ingresos esporádicos en el año a nombre de este distrito que suman 6273,70 euros adeudando 7595,50 euros. En Distrito 5 Campanario durante el año siendo colaborador de este distrito, le entregan

mensualmente la liquidación en mano al acusado liquidaciones que suman un total de 22425,03 euros. El acusado ingresa las cuantías irregularmente, tardíamente y en cantidades minoradas dejando de ingresar 2983,15 euros. En distrito 11 Alcaracejos la cantidad total a cobrar es de 4879,91 euros. De esta cantidad cobrada deja de ingresar 1314,92 euros. En el distrito 15 Hinojosa durante todo el año registra en concepto de "otros" gastos una media de 200 euros mensuales injustificados destacando el mes de junio que registra 432 euros. En noviembre registra en documentos internos a presentar a gerencia un ingreso en la Caixa de 2050 euros cuando el ingreso real que hace es de 1500 euros. En diciembre registra un ingreso en los libros internos que no existe. El total que deja de ingresar son 3260,17 euros. En el distrito 19 Castuera los colaboradores le entregan en mano mensualmente al acusado, entregándole resulta un montante de 18988,87 euros de los cuales solo existen dos ingresos uno de 1850 euros el 9 de mayo de 2012 en Caja de Extremadura no registrado internamente y otro de 669,10 euros en enero de 2013 a cuenta de la liquidación de diciembre. En este distrito el total que se apropia es de 16469,87 euros. En el distrito 21 Villanueva deja de ingresar 2443,23 euros. En el distrito 22 de Cabeza del Buey deja de ingresar 1366,91 euros. De esta manera registra impagados que no existen y gratificaciones por altas nuevas no reales. En el distrito 32 Benquerencia que pertenece a su cobro, no tiene práctica de ninguna liquidación con lo que realiza la de cada mes, siendo la cantidad no pagada 29725,15 euros. Sin embargo el importe total que es ingresar en las cuentas es de 5050 euros, dejando de ingresar 24675,15 euros. Por este concepto, la empresa pudo recuperar finalmente otros 6000 euros. En materia de seguros generales en este período de 2012 deja de ingresar, haciendo sólo varias imposiciones, la cantidad de 16.273,68 euros. En total, el acusado dejó de ingresar, apoderándose de las cantidades correspondientes a la empresa en el período 2009, 2010, 2011, 2012 y primera quincena de 2013, en un total de 212.329,07 euros. En total, y sumadas las cantidades bancarias y las de los cobradores, el acusado hizo propias (una vez descontado el importe que abonó de 52.496,36 €), en los ejercicios de 2004 a 2013, la cantidad total de 267.648,37 €".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos condenar y condenamos a Carlos Miguel : a) como autor responsable de un delito de apropiación indebida agravado, con la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a las penas de DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE CINCO MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria, para el caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas; y b) como autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil, con la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a las penas de UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE CINCO MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria, para el caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas. Que debemos absolver y absolvemos a Carlos Miguel del delito de estafa del que venía siendo acusado. El acusado deberá indemnizar a la entidad Crisanta Ramiro, S.L. con la cantidad de doscientos sesenta y siete mil seiscientos cuarenta y ocho euros con treinta y siete céntimos (267.648,37€), que se incrementará con los intereses legales de aplicación conforme a lo dispuesto en el art. 576 L.E.C . También el condenado deberá abonar dos tercios de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular. Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, por medio de escrito firmado por abogado y procurador, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por las representaciones del acusado D. Carlos Miguel y de la A. Particular "Crisanta Ramiro, S.L." , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.



Cuarto.

I. El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Carlos Miguel , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . y 852 L.E.Cr ., al haberse vulnerado el art. 24.2 C.E ., derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO. Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . y 852 L.E.Cr ., al haberse vulnerado el art. 24.1 y 2 de la C .E., derecho a la tutela judicial efectiva, por infracción del principio acusatorio.

TERCERO. Por infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 L.E.Cr ., por aplicación indebida del art. 252 del C.P . según la redacción anterior a la reforma penal por L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

CUARTO. Por infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 L.E.Cr ., por aplicación indebida del art. 392 en relación con el art. 390.1.1º del C.P .

QUINTO. Por infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 L.E.Cr ., por inaplicación indebida del art. 21.5 del C.P .

SEXTO. Por infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 L.E.Cr . por aplicación indebida del art. 109 del C.P .

II. El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular "CRISANTA RAMIRO, S.L." , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 L.O.P.J ., al haberse vulnerado el art. 24.1 C.E ., en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva.

SEGUNDO. Por infracción de ley, fundado en el art. 849.1 L.E.Cr ., por indebida aplicación del art. 21.6 C.P .

TERCERO y QUINTO. Por infracción de ley. Error en la apreciación de la prueba, fundado en el art. 849.2 L.E.Cr ., por error de hecho en la apreciación de la prueba que conlleva la inaplicación del art. 248.2 a) en relación con el art. 250.1 apartados 4 º, 5 º y 6º C.P ., respectivamente.

Cuarto.

Por infracción de ley, fundado en el art. 849.1 L.E.Cr ., por inaplicación conjunta de la agravante del art. 74.2 con la del art. 250.1.4 º, 5 º y 6º C.P .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó ambos recursos, dándose asimismo por instruidas las representaciones de las partes recurrentes, impugnando el acusado el recurso de la Acusación Particular y solicitando la inadmisión la Acusación Particular del recurso del acusado, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 10 de julio de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Merida nº 167/2017 de fecha 13 de Julio de 2017 por la que se condena a Carlos Miguel :

a) como autor responsable de un delito de apropiación indebida agravado, con la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a las penas de dos años y tres meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de cinco meses con una cuota diaria de diez euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, para el caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas; y

b) como autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil, con la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a las penas de un año y tres meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de cinco meses con una cuota diaria de diez euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, para el caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

Y absuelve a Carlos Miguel del delito de estafa.

Además, señala el Tribunal que el condenado deberá indemnizar a la entidad Crisanta Ramiro, S.L. con la cantidad de doscientos sesenta y siete mil seiscientos cuarenta y ocho euros con treinta y siete céntimos (267.649,37 €), que se incrementará con los intereses legales de aplicación conforme a lo dispuesto en el art. 576 LEC .

Contra la citada sentencia se interpone recurso por la acusación particular Braulio , como administrador de la mercantil Crisanta Ramiro SL, y por parte del condenado Carlos Miguel .

RECURSO DE CASACIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR Braulio , COMO ADMINISTRADOR DE LA MERCANTIL CRISANTA RAMIRO, S.L.

1. Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ , al haberse vulnerado el art. 24.1 CE , en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva.

Se postula que se reconozca el delito de estafa informática que solicita la acusación, cuando el delito por el que se ha condenado es el de apropiación indebida. Plantear una agravación de la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas está vedado por suponer atacar al principio de inmediación y la intangibilidad de los hechos probados, así como el proceso valorativo del tribunal en orden a los hechos fijados que son actos de apropiación indebida, con absorción de la estafa, al haber estado correctamente calificados, y no poder incardinarlos, además, en el de estafa informática por vulnerar la prohibición del principio non bis in ídem al referirse a unos mismos hechos que deben ser calificados de forma correcta por la apropiación indebida, más que por la alegada existencia de un engaño para conseguir el fin apropiativo del desplazamiento.

Además, el Tribunal señala que los hechos no son constitutivos de estafa, sino de la más correcta de apropiación indebida, al puntualizar que "No así del delito de estafa, por no concurrir los elementos precisos para ello, y que más bien parece, al no diferenciarse los hechos en que se basan, haberse introducido como calificación alternativa. En efecto, los hechos integran un solo delito de apropiación indebida y no de estafa. A lo que el Tribunal ha añadido la falsedad. Pero la conducta apropiativa queda incluida en el delito de apropiación indebida que absorbe a la estafa.

El Tribunal, además, reseña en su sentencia que "se considera que los hechos declarados probados se integran dentro del delito de apropiación como se ha descrito anteriormente, pues el acusado dispuso en su propio interés de dinero que tenía a su disposición de forma autorizada y temporal como mero depositario o administrador con la obligación de liquidar a la empresa dicho importe, violentando la relación de confianza depositada en él con claro ánimo de lucro entendiendo por tal el sentido amplio de cualquier tipo de provecho".

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.

Como esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en Sentencia 817/2017 de 13 Dic. 2017, Rec. 292/2017 la estafa y la apropiación indebida "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), 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 ".



Se entiende por el recurrente que "de un análisis pormenorizado, en cuanto a los mecanismos empleados por el condenado para defraudar importantes cantidades de metálico perteneciente a la Agencia de Castuera, es de reseñar las remesas que el mismo hacía a través de su ordenador, sustituyendo el número de cuenta de la agencia por el suyo particular, para lo cual era necesario modificar los datos facilitados a la agencia, por la Central, mediante formato digital, motivo éste que va unido a los motivos tercero y quinto del presente recurso de casación.", pero debe descartarse una condena adicional por delito de estafa, por cuanto el modus operandi se integra en la condena por el delito entonces contemplado en el art. 252 CP , y ahora en el art. 253 CP tras la LO 1/2015.

El motivo se desestima.

2. Infracción de ley, fundado en el art. 849.1 LECr , por indebida aplicación del art. 21.6 CP .

Se alega que el Tribunal "cae en una indebida aplicación del art. 21.6 CP , al aplicar la atenuante de dilaciones indebidas toda vez que consta en los autos una paralización de prácticamente dos años, en un procedimiento cuya duración total es de cuatro años y que a pesar de la aparente voluminosidad documental no puede calificarse de especialmente complejo".

Sin embargo, debe entenderse que el razonamiento del Tribunal es adecuado, ya que se recoge que "En nuestro caso, presentada la querrela el 29-VII-2013, y admitida el 16-IX-2013, por providencia de 14-1-2014 se acordaba el libramiento de determinados oficios, paralizándose el procedimiento hasta que por DO 13-X-2014 se acuerda su recordatorio, de tal forma que el propio querellante insta, en escrito de 10-1V-2013, el impulso del procedimiento por haber transcurrido "año y medio" desde que solicitó las diligencias siendo proveída tal solicitud mediante la providencia de 16-XII-2015, en que se afirma literalmente que "(...) se ha podido tener acceso a la presente causa en la que varios escritos y documentos se encuentran pendientes de proveer. El escrito de fecha 26 de noviembre de 2013 presentado por la representación procesal de Braulio ; únase. El escrito de fecha 21 de marzo de 2014, aportando como documento nº 10 ampliación del documento nº 6.2, únase y dese traslado a las partes. El escrito de fecha 21 de marzo de 2014, aportando como documento nº 11 informe de Auditoría interna elaborado por la Economista doña Eva , únase y dese traslado a las partes. El escrito de fecha 10 de abril de 2015 interesando el impulso del procedimiento, únase".

Esta paralización de prácticamente dos años, en un procedimiento cuya duración total es de cuatro años y que a pesar de la aparente voluminosidad documental no puede calificarse de especialmente complejo permite estimar la atenuante de dilaciones indebidas".

La justificación del Tribunal es razonable, ya que alude a una paralización en un procedimiento que aunque reúne abundante documentación no es complejo y que merece el reconocimiento de la atenuante del art. 21.6 CP por la propia fijación de fechas que se exige cuando se admite esta atenuante, a lo que ha dado cumplida cuenta el Tribunal.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en Sentencia 416/2013 de 26 Abr. 2013, Rec. 10989/2012 que La "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-.

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 las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de estos y el del órgano judicial actuante.

Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España ; 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España ; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España ; SSTC 237/2001 , 177/2004 , 153/2005 y 38/2008 ; y SSTs 1733/2003, de 27-12 ; 858/2004, de 1-7 ; 1293/2005, de 9-11 ; 535/2006, de 3-5 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12 ; 40/2009, de 28-1 ; 202/2009, de 3-3 ; 271/2010, de 30-3 ; 470/2010, de 20-5 ; y 484/2012, de 12-6 , entre otras).

También tiene establecido esta Sala que dos son los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6



del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2 .

En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento rápido, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscrición de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales.

Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15-2 ; 269/2010, de 30-3 ; 338/2010, de 16-4 ; 877/2011, de 21-7 ; y 207/2012, de 12-3).

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (SSTC 177/2004 y 153/2005). Por lo tanto, esa pérdida de derechos debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues esta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no comporta, por lo tanto, que disminuya o se extinga (SSTS 987/2011, de 15-10 ; 330/2012, de 14-5 ; y 484/2012, de 12-6).

Sentada esta doctrina es preciso ponderar el razonamiento del Tribunal que se considera conforme con la doctrina expuesta en orden a mantener la atenuante por el retraso indebido producido, con fijación de periodo de paralización y sin clara justificación para ello.

El motivo se desestima.

3 y 5. Infracción de ley. Error en la apreciación de la prueba, fundado en el art. 849.2 LECr , por error de hecho en la apreciación de la prueba que conlleva la inaplicación del art. 248.2 a) en relación con el art. 250.1 apartados 4 , 5 y 6 CP , respectivamente.

Se vuelve a incidir en este motivo en la tipificación del delito de estafa, cuando el Tribunal lo calificó de apropiación indebida en base a la prueba practicada y con una motivación suficiente.

Hay que incidir en que la sentencia del Tribunal respecto al delito de estafas absolutoria y en este sentido esta Sala en STS de fecha 6 de Marzo de 2003 ya apuntó que:

"No puede esta Sala sustituir la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia y revisar el juicio valorativo de éste a virtud de unas pruebas testificales de las que solo se nos ofrece una síntesis pero que ni hemos presenciado ni, por ello, estamos en disposición de evaluar en todo su contenido, y, en este sentido conviene recordar que las recientes SS.TC. 167/2002, de 18 Sep ., 170/2002, de 30 Sep ., 199/2002, de 28 Oct . y 212/2002, de 11 Nov. 2002, han modificado la doctrina anterior del TC para reconocer que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e inmediación, dado que el recurso de apelación penal español, como sucede con la casación, no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la instancia".

También, y en aras a ir delimitando los límites de esta cuestión en STS 602/2012, de 10 de Julio , señalamos que: "Para centrar la cuestión reproducimos, por cuanto supone de exposición de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre la materia, la STS 142/2011, de 26 de septiembre que concluye expresando la limitación de estos tribunales de revisión a modificar sentencias absolutorias, no pudiendo hacerlo cuando la revisión que se pretende aparece comprometida con la inmediación en la percepción de la prueba y con el derecho de defensa, de manera que el tribunal de la revisión no podrá, en ningún caso, realizar una nueva valoración fáctica si no ha presenciado directamente la prueba y si no ha permitido al acusado oír y estar presente en la realización de la prueba cuya revaloración pretende el recurso del que conoce. En la más reciente



jurisprudencia del Tribunal Constitucional se otorga el amparo por no haber sido oídos los acusados ante el órgano que conoció de la apelación y que estimó el recurso de la acusación y les condenó.

Recuerda la STS 1423/2011, de 20 de diciembre que "Las dificultades atañen a aquellos casos, mayoritarios por lo demás, en los que ha tenido poca relevancia en la convicción probatoria de la Audiencia la práctica de algunas pruebas personales.

Las pautas hermenéuticas que viene marcando el Tribunal Constitucional -que recoge a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- al aplicar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (en concreto: inmediación, contradicción y oralidad) y también del derecho de defensa en el proceso penal, hacen muy difícil la revisión de la convicción probatoria del Tribunal de instancia en los casos en que concurren pruebas personales en el juicio celebrado en la instancia. Hasta tal punto ello es así, que cuando el reexamen de la sentencia recurrida no se circunscribe a cuestiones estrictamente jurídicas es poco plausible que operen los recursos de apelación y casación para revisar las sentencias absolutorias o agravar la condena dictada en la instancia.

Así lo entendimos en las sentencias 1215/2011, de 15 de noviembre, y 1223/2011, de 18 de noviembre, cuyo texto seguimos en los razonamientos que se exponen a continuación, sentencias en las que se citan otras de esta Sala que han seguido la misma línea interpretativa.

En efecto, conviene subrayar, en primer lugar, los criterios restrictivos implantados por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la extensión del control del recurso de apelación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales, criterios instaurados por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, que se han visto reafirmados y reforzados en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal. En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el juzgado o tribunal de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales efectuada por el juez de instancia y revoca en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado la sentencia absolutoria apelada. El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, según el Tribunal Constitucional, que los jueces de apelación modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia.

Y en lo que respecta al derecho de defensa, en los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias en las que impone, ajustándose a la jurisprudencia del TEDH, en los casos en que se cambia en la segunda instancia la convicción probatoria sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo penal, que sean escuchados los acusados sobre quienes pueda recaer una condena ex novo en la sentencia a dictar por el tribunal ad quem.

1. La primera es la sentencia TC 184/2009, de 7 de octubre, en la que se resuelve el recurso de amparo de un acusado que fue condenado en apelación como autor de un delito de impago de pensiones después de haber sido absuelto en la instancia. La cuestión determinante para el fallo se centraba en dirimir si el imputado conocía o no la sentencia en la que se le había impuesto el pago de la pensión. El Juez de lo Penal entendió que no y la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación consideró que sí la conocía y acabó condenándolo. Pues bien, el Tribunal Constitucional acogió el amparo y anuló la condena, por cuanto, a pesar de que no se habían modificado los hechos probados, sí se alteró la inferencia extraída de los mismos y el fallo de la sentencia. Por lo cual, estimó que tenía que haber sido escuchado el acusado en la segunda instancia antes de dictarse sentencia condenatoria con el fin de tutelar su derecho de defensa. Y ello a pesar de que no había solicitado ser oído.

2. La segunda sentencia relevante para el caso es más reciente: la nº 142/2011, de 26 de septiembre. En ella se anula la condena dictada en apelación contra tres sujetos acusados de un delito contra la Hacienda Pública que habían sido absueltos por en el Juzgado de lo Penal. En esta ocasión, al igual que sucedió con la sentencia 184/2009, el Tribunal Constitucional considera que no se ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del principio de inmediación, ya que la condena en apelación se fundamentó en la prueba documental y en la pericial documentada, prueba que el órgano constitucional consideró "estrictamente documental". Sin embargo, sí entiende que se ha conculcado el derecho de defensa por no haber sido oídos los acusados por el órgano de apelación que acabó condenándolos.

Es importante destacar que en la resolución que resuelve el amparo se especifican las razones por las que la Sala de apelación acabó infiriendo que los acusados participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. Por lo cual, estima el Tribunal Constitucional que no se está ante una cuestión de estricta calificación jurídica "en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto, al menos



en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se consideraron simulados". Debió por tanto, según afirma el Tribunal Constitucional, citarse para ser oídos a quienes refutaron en la instancia la finalidad simuladora de su conducta para que ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.

El Tribunal matiza en esa sentencia 142/2011 la diferencia del supuesto que trata con el que se contempla en la sentencia 45/2001, de 11 de abril, toda vez que en esta, después de recordar que cuando se dirimen cuestiones de hecho que afecten a la inocencia o culpabilidad del acusado ha de dársele la oportunidad de que exponga su versión personal de los hechos en la segunda instancia, señala que no se requiere tal audiencia del acusado cuando se debate en apelación una cuestión estrictamente jurídica, cuál era la sustitución de un concurso de normas por un concurso de delitos.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así, en las SSTs 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, y 1106/2011, de 20 de octubre, además de las ya reseñadas 1215/2011, de 15 de noviembre, y 1223/2011, de 18 de noviembre, en las que nos basamos, se ha considerado que no procede la condena ex novo en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación".

La cuestión nuclear se centra en valorar si la revisión es estrictamente jurídica, o si no lo es, ya que solo en el primer caso cabría entrar a analizar el contenido del recurso.

En parecidos términos la STS 1379/2011, de 16 de diciembre apunta que la regla que define el alcance del contenido del derecho de defensa se expresa por el TEDH en la Sentencia citada caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59 de 27 de junio de 2000, de manera inequívoca: "tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él".

Ciertamente se deroga tal exigencia cuando, a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica.

Lo que nos obliga a examinar el sentido de esta calificación de la discrepancia como estrictamente jurídica, cuando es determinante de la revocación de la absolución y la sustitución por una condena. A tal efecto recuerda el Tribunal Constitucional que el TEDH no considera que concurre una mera discrepancia jurídica si para revocar la absolución e imponer la condena "no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas" (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 36).

Es verdad que en la Sentencia (del Tribunal Constitucional) que examinamos, la nº 45/2011 se matiza que la configuración legal de un recurso puede circunscribirlo a cuestiones estrictamente jurídicas. Y cita en esa línea precisamente el recurso de casación penal. Pero, obviamente, en la medida que la cuestión se plantee dentro de sus características y estrictos motivos legales. Sin embargo, cuando aquéllos se extravasan, abriendo el debate sobre el hecho objeto de imputación, resurgen las mismas objeciones que podrían formularse si se tratase de un recurso de otra naturaleza".

La posibilidad de que el acusado comparezca en la casación en virtud de un recurso de casación frente a la sentencia absolutoria fue rechazado por Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 19 de Diciembre de 2012. Así, la Sala 2.ª del TS adoptó con fecha 19 de diciembre de 2012 el siguiente acuerdo sobre la celebración de la vista con citación del acusado absuelto (recurso de casación 1/1003/12). «La citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley».

Otra cosa es que el Tribunal Supremo pudiera llegar a la conclusión de que la argumentación del tribunal de instancia es arbitraria e ilógica y por la vía de la tutela judicial efectiva acuerde anular la sentencia ordenando su repetición y soslayando el defecto en la motivación, o que se trate de una cuestión jurídica, en cuyo caso sí que puede intervenir, ya que no requiere la modificación del hecho probado, ya que está vetado por ello.



Sobre esta posibilidad de revocar una absolución y condenar atendiendo a la inmodificabilidad de los hechos probados, pero atendiendo a cuestiones estrictamente jurídicas podemos citar la STS 278/2014, de 2 de abril que recoge que "La cuestión que se discutía en el recurso de apelación, y que se sigue discutiendo en la casación, es si los hechos probados son suficientes para establecer el dolo en el inductor y en los cooperadores necesarios respecto de la forma alevosa de la ejecución de la muerte pactada por todos ellos. Y esa no es una cuestión fáctica, sino estrictamente jurídica, de manera que la rectificación que el Tribunal de apelación o el Tribunal de casación pudieran realizar respecto de lo acordado por el Tribunal inferior en cuanto a la determinación de las consecuencias jurídicas (existencia o no de dolo) que debieran extraerse de los hechos probados, aun cuando fuera perjudicial para el acusado, no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, en tanto que no precisa de la práctica de pruebas personales, ni tampoco exige la audiencia del acusado al no afectar a los hechos, siendo suficiente con la intervención del letrado de su defensa.

En la STS nº 434/2008, de 26 de junio, ante una cuestión similar, aunque en relación a la responsabilidad de los partícipes en un delito de robo con violencia y uso de armas de fuego respecto de la muerte de los vigilantes jurados a causa de los disparos efectuados por algunos de los autores que portaban las armas, se recuerda, con cita de otras resoluciones, como la STS nº 838/2004, de 1 de julio, que la jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado reiteradamente del problema de la comunicabilidad de los medios comisivos a los partícipes que no emplearon directamente las armas o los medios peligrosos, y que, en la solución de dicha cuestión se acude a "... la llamada teoría de las desviaciones previsibles, reiteradamente aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque solo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (véanse, entre otras, SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes".

En aquel caso, quien entonces actuaba como recurrente, que había sido absuelto de los delitos de asesinato por el Tribunal del jurado, había sido luego condenado en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, aunque sin modificar los hechos que el primer Tribunal había declarado probados. El Tribunal Supremo, con los argumentos mencionados, entre otros, desestimó el recurso de casación en la sentencia arriba mencionada, y el TEDH, a su vez, ha desestimado, en la STEDH, caso Naranjo Acevedo contra España, de 22 de Octubre de 2013, la demanda contra el Estado español presentada por el entonces recurrente considerando que no ha habido violación del artículo 6.1 del CEDH. Se dice en esa sentencia que "... los aspectos que el Tribunal Superior de Justicia ha debido analizar para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante tenían un carácter jurídico predominante. Por ello, la sentencia se ha limitado a interpretar de manera diferente la noción de "dolo eventual" en el marco de un delito de robo con violencia y uso de armas de fuego. En efecto, mientras que la Audiencia había considerado que un delito tal no conllevaba obligatoriamente el riesgo de resultado de muerte y que, en consecuencia, debía existir un acuerdo previo de los autores del delito al respecto, el Tribunal Superior hizo notar que tal eventualidad debía ser obligatoriamente contemplada a partir del momento en que unas armas de fuego eran utilizadas", destacando más adelante que "... los aspectos analizados por el Tribunal Superior de Justicia, tenían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia, hayan sido modificados (ver mutatis mutandis, Bazo González anteriormente citado, § 36". Del mismo modo el TEDH consideró que no era necesario oír al acusado en la vista pública, siendo suficiente que sus argumentos hubieran podido ser expuestos por su abogado".

En cualquier caso, los principios serían:

1. El principio general es que cuando el Tribunal de instancia haya establecido los hechos probados tanto objetivos como subjetivos sobre la base, en todo o en parte, de pruebas personales la rectificación de cualquiera de aquellos para construir un nuevo relato fáctico que dé lugar al dictado de una sentencia condenatoria o un



agravamiento de la anterior requiere de una audiencia pública en la que sea oído el acusado, circunstancia no contemplada en la norma.

2. La vía para revocar sentencias absolutorias solo se circunscribe a una doble opción:

a. A través del motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECRIM con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia al acusado.

b. Cuando la pretensión punitiva de la parte recurrente no haya tenido respuesta alguna del tribunal de instancia, o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma haya vulnerado lo recogido en los arts., 24.1, 9.3 y 120.3 CE en cuanto el derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

c. Revocación a través del motivo de infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECRIM, limitándose a la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados sin verificar ninguna valoración de prueba nueva practicada en la instancia (STS 865/2015, de 14 de Enero). No obstante, esta opción de acudir a la vía del art. 849.1 LECRIM para revocar una sentencia absolutoria y condenar solo cabe en la vía del error de derecho (art. 849.1), no del error de hecho (art. 849.2). Y ello porque no cabría proceder a valorar en el caso del alegato de error de hecho pruebas personales, aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento que se invoca. Y como apunta la STS 70/2014, de 3 de Febrero que señala que puede afirmarse que no es posible en casación a través del art.849.2 LECRIM transmutar una absolución (aun parcial) en condena.

d. Revocación por no haber obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o ser la misma arbitraria o irrazonable (STS 865/2015, de 14 de Enero).

La STS 309/2014 recoge la siguiente doctrina: «Recuerdan las recientes STS 400/2013, de 16 de mayo, y STS 333/2012, de 26 de abril, que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico».

En definitiva, como recuerda la Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.003 "cabe subrayar que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania -, que un Tribunal superior que no ha apreciado los testimonios prestados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir su culpabilidad prescindiendo del pronunciamiento absolutorio en primera instancia, salvo, ha de entenderse, que resuelva exclusivamente cuestiones jurídicas o ajenas a la valoración de dicha declaración".

El motivo se desestima.

4. Infracción de ley, fundado en el art. 849.1 LECr, por inaplicación conjunta de la agravante del art. 74.2 con la del art. 250.1.4°, 59 y 62 CP.

Se denuncia inaplicación de los arts. 74.2 del CP al aplicarse a los delitos de apropiación indebida y falsedad en documento mercantil a los que ha sido condenado el Sr. Carlos Miguel el subtipo agravado del art. 250.1. 6 y 7 (delito de apropiación indebida) pero sin continuidad delictiva por considerar que en el presente caso la cuantía elevada de apropiación no encaja en dicho precepto, existiendo además un único perjudicado, por lo que la gravedad no rebasa lo "especial" para llegar a lo "notorio".

Este motivo debe rechazarse como ya ha expuesto este Tribunal en numerosas sentencias estudiando la conjunción de delitos de estafa o apropiación indebida con hechos sucesivos, pero por importes, cada uno de ellos, de cantidad inferior a 50.000 euros, donde no se ha aplicado la continuidad delictiva.

Señala el Tribunal que "se puede aplicar el subtipo agravado sin continuidad delictiva pues ninguno de los importes individualmente considerado supera los 50.000 euros, y sí en su conjunto. En fin, «notoria gravedad» que es la expresión contemplada por el art. 74.2 CP no coincide con «especial gravedad por el valor de la defraudación». Esta última queda colmada por una defraudación superior a cincuenta mil euros (seis millones de pesetas en la fecha de los hechos). Es correcto operar con los dos preceptos, pero para ello ha de concurrir un plus que no queda cubierto exclusivamente con uno de ellos. No entendemos que en este caso la cuantía elevada de la apropiación



encaje en esta situación, en la que además hay un único perjudicado, por lo que la gravedad no rebasa lo «especial» para llegar a lo «notorio». Y es que si especialmente grave es lo que excede de lo «ordinario», lo que alcanza cotas superiores a la gravedad habitual, media; notoria gravedad es la que resulta evidente, la que salta a la vista sin necesidad de análisis alguno precisamente porque es «notoria», «palmaria» (STS 668/2013, de 4 de julio).

Tampoco es posible aceptar que pudieran adicionarse dos o tres apropiaciones para alcanzar 50.000 euros, y a ello añadir la condena por todas las demás apropiaciones consideradas por la continuidad delictiva (STS 464/2014, de 28 de mayo)".

Esta Sala se ha pronunciado sobre este tema en varias sentencias, recordando, entre otras, en la sentencia 162/2018 de 5 Abr. 2018, Rec. 1233/2017 que: "Hay que destacar que en lo que le beneficia al reo ninguno de los perjudicados excede en su cuantía los 50.000 euros, aunque en su conjunto se sitúa en cifra de 100.593,82 €, y por ello, la determinación de la pena es correcta en tanto en cuanto como se lee en la sentencia del Tribunal Supremo 1236/2002, de 27 de junio no se violenta el principio «ne bis in idem» cuando «la continuidad delictiva se establece respecto a una serie de infracciones que individualmente consideradas constituyen el subtipo agravado del artículo 250.1.6º, de manera que la sanción de ese conjunto de acciones a través de la regla penológica del artículo 74.2 del Código Penal resulta legalmente inatacable para castigar una reiteración de acciones delictivas».

Pero aclara la situación cuando se da la circunstancia de que las partidas aisladamente consideradas no exceden la suma, ya que la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 238/2003, de 12 de febrero , distingue dos supuestos:

«1) Que las distintas cuantías objeto de apoderamiento, referidas a cada uno de los delitos individualmente considerados, no alcancen la cualificación, pero sí sumando todas ellas (v. g., 20 apoderamientos de 6.000 euros cada uno).

2) O bien que los valores de todas o alguna de las distintas sustracciones (que se suman en la continuidad delictiva), ya de por sí integren la cualificación por superar el umbral señalado jurisprudencialmente (v. g., cinco apoderamientos de 100.000 euros cada uno)».

Y concluye, sobre la aplicación del artículo 74.2 del Código Penal , que "solo se produciría una incompatibilidad, por apreciarse dos veces el fenómeno de la reiteración y cualificación, en el caso de que la continuidad delictiva fuera la razón del surgimiento de la cualificación, esto es, cuando las distintas cuantías apropiadas, defraudadas o sustraídas, insuficientes para cualificar, globalmente consideradas determinan la exasperación de la pena prevista en el artículo 250.1.6 del Código Penal ".

En efecto, la sentencia de esta Sala 238/2003 de 12 Feb. 2003, Rec. 975/2001 recoge que: "La compatibilidad o no de ciertas manifestaciones delictivas, tienen su razón de ser en la simultánea contemplación del mismo fenómeno jurídico, desde distintas perspectivas, de forma que el desvalor o significación de ambos se solape o no plenamente. Su consideración conjunta infringiría el principio «non bis in idem». No se dará si la doble valoración es fruto de una doble realidad.

En la continuidad delictiva se intensifica la pena por la reiteración de acciones ilícitas, consecuencia de la debilidad de la voluntad del sujeto agente que no puede resistir a la recaída en el delito, llevando a cabo en el tiempo diversos actos, aglutinados por la abrazadera de la unidad de propósito o aprovechamiento de idéntica ocasión, de modo que cualquiera de ellos, individualmente considerado, merecería el castigo previsto en el Código Penal.

La cualificación de especial gravedad, de naturaleza eminentemente objetiva, tiene su razón de ser en la cantidad de daño producido, esto es, en la intensificación de la lesión al bien jurídico protegido, en nuestro caso, el patrimonio ajeno.

Así pueden darse los siguientes supuestos, claramente diferenciables:

- a) Continuidad delictiva, sin cualificación (verbigracia: tres o cuatro sustracciones de 6.000 euros cada una).
- b) Cualificación, sin continuidad delictiva (un apoderamiento de 60.000 euros por ejemplo).
- c) Continuidad delictiva y cualificaciones. Sería el caso de varios apoderamientos, que excedan de 60.000 euros cada uno.

Dentro de esta modalidad puede ocurrir:



1) que las distintas cuantías, objeto de apoderamiento, referidas a cada uno de los delitos individualmente considerados no alcancen la cualificación, pero sí sumando todas ellas (vg.: 20 apoderamientos de 6.000 euros cada uno).

2) o bien que los valores de todas o alguna de las distintas sustracciones (que se suman en la continuidad delictiva) ya de por sí, integren la cualificación por superar el umbral señalado jurisprudencialmente (verbigracia: cinco apoderamientos de 100.000 euros cada uno).

De todas las hipótesis contempladas, solo se produciría una incompatibilidad, por apreciarse dos veces el fenómeno de la reiteración y cualificación, en el caso de que la continuidad delictiva fuera la razón del surgimiento de la cualificación, esto es, cuando las distintas cuantías apropiadas, defraudadas o sustraídas, insuficientes para cualificar, globalmente consideradas determinan la exasperación de la pena prevista en el art. 250.1.6 CP ".

Con ello, no cabe estimar el recurso para agravar la pena aplicando la continuidad delictiva, por no constar episodios fraudulentos individuales superiores a los 50.000 euros (no pueden sumarse hechos aislados para intentar llegar a "periodos de más de 50.000 euros"), por lo que no cabe la acumulación de las penas del delito agravado de apropiación indebida con las de la continuidad delictiva. 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 de euros la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.6º CP .

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN DEL CONDENADO Carlos Miguel .

Tercero.

1. Infracción de precepto constitucional al amparo del art.5.4 LOPJ y 852 de la LECRIM al haberse vulnerado el art. 24.2 CE derecho a la presunción de inocencia.

Frente al alegato del recurrente que plantea la presunción de inocencia e inexistencia corolaria de auténtica prueba de cargo hay que poner de manifiesto, en primer lugar, cuáles fueron los hechos probados, cuya intangibilidad es exigible, a saber:

"Se dirige la acusación contra Carlos Miguel , con DNI NUM000 , nacido el NUM001 /1969, mayor de edad y sin antecedentes penales.

El acusado estuvo prestando sus servicios laborales desde 1979 para Dª María Virtudes y D. Bartolomé , -padres del actual administrador D. Braulio -, propietarios de la Agencia de Castuera de la entidad Preventiva S. A. de Seguros, y, específicamente, desde 1992 como cobrador (auxiliar externo), gestor y tramitador, ocupando desde dicho momento el cargo de gestor responsable, desempeñando funciones de productor de pólizas de seguro, viajes personales a los distintos distritos para realizar el cobro de los distintos cobradores además de ser la persona que llevaba toda la contabilidad de la empresa, teniendo acceso, como autorizado, a todas las cuentas bancarias.

En el año 2.004, María Virtudes y sus hijos Braulio y Felix , constituyen la sociedad CRISANTA RAMIRO S.L., y mantienen al Sr. Carlos Miguel con las mismas funciones que desempeñaba. Además, el Sr. Carlos Miguel conocía la actividad de la aseguradora a la perfección y existía entre ellos una estrecha relación de confianza, de tal forma que la relación personal entre el empleado y sus jefes era como la de un miembro más de la familia -una relación definida por los dueños de la empresa como "de hermandad y absoluta confianza"-, por lo que delegan en él toda la responsabilidad de la llevanza ordinaria de la empresa. También mantenía una relación laboral con otra empresa de los mismos dueños, en concreto, la FUNERARIA NUESTRA SEÑORA DE LOS DOLORES, S.L.

La actividad empresarial de Crisanta Ramiro, S.L. era y es la de aseguradora, especialmente la de seguro de decesos. Crisanta Ramiro, S.L., es la Agencia nº 48 de la entidad PREVENTIVA DE SEGUROS, S.A. (central), y su funcionamiento era el siguiente:

Preventiva de Seguros, S.A., se nutre de sus agentes y sucursales extendidos en todo el territorio nacional como Unidades Productoras de pólizas y recaudadoras de pagos procedentes de recibos por pólizas.

Cada Unidad Productora, como es el caso de la agencia de Castuera, dispone a su vez de varias unidades productoras denominadas distritos, establecidos en diferentes municipios que pertenecen a la citada agencia.



Mensualmente cada distrito obtiene una carga de ingresos remitida desde la central en el soporte telemático de la intranet, y en dichas cargas se diferencian: las bancarias (aquellos recibos que se encuentran domiciliados en las cuentas de la sociedad Crisanta Ramiro) y no bancarias (aquellos recibos que se cobran en mano).

De forma periódica (mensual), se envían cargas del mes correspondiente con recibos a los colaboradores de la agencia (auxiliares externos), los cuales se encargan del cobro manual del distrito que corresponda.

Con posterioridad, el colaborador asume a lo largo del mes la responsabilidad del cobro de los recibos en el o los distritos asignados para finalmente a últimos de cada mes liquidar con la agencia los ingresos obtenidos, detrayendo de los ingresos su comisión y las incidencias de clientes impagados, bajas y nullos. De esta forma, al término de cada mes ha de haber ingresos de todos los distritos, sin excepción, en cualquiera de las cuentas de titularidad de la empresa Crisanta Ramiro.

Acto seguido, la agencia procede a liquidar con la central a través del soporte informático vía intranet, dando de cada distrito: cobros, incidencias y pagos de siniestros.

Al cierre de la liquidación resulta un monto total del que la agencia deberá pagar a central en concepto de "comisión de central" un porcentaje establecido y el tanto por ciento restante se conformará como "comisión de la agencia".

Hacia el año 2009 se detecta por los propietarios de la agencia que ésta no cubre gastos, e incluso incurre en pérdidas, con los recursos que obtiene, para pagar a la central, lo que hace saltar las alarmas. Esta situación hace que la agencia sea intervenida por la central.

Desde marzo de 2009 a enero de 2010 el control de gestión lo tiene la central.

En este contexto la empresa realiza una auditoría interna de todos los ejercicios desde 2004 y 2013, resultando de ello que el acusado actuando en su condición de gestor y además recaudador en distintos distritos en los que tenía su actividad la agencia, fue haciendo suyas cantidades de dinero correspondientes a la empresa para integrarlas en su patrimonio.

El acusado, como encargado de la llevanza de la contabilidad de la empresa trabajando en ocasiones en las propias oficinas de la empresa y en ocasiones en su propio domicilio, realizó alteraciones en la contabilidad de la empresa mediante asientos que hacía en los libros de contabilidad, que no eran reales, procurando que la contabilidad cuadrara para evitar ser detectados los apuntes falsos, haciendo que coincidiera el diario con los balances; y así, el acusado, utilizaba esta falsa contabilidad introduciendo en las hojas informáticas contables el importe de las cantidades disponiendo de dinero de la empresa, llegando a transferirlo a sus propias cuentas, en su exclusivo beneficio y correlativo perjuicio de la empresa.

Incluso una vez que se le piden explicaciones al Sr. Carlos Miguel, éste reconoce abiertamente que se ha quedado indebidamente con dinero de la empresa, suscribiendo la carta de despido disciplinario de la empresa en que se manifiesta expresamente que "se ha constatado, sin perjuicio de que aparezcan cuantías defraudadas no detectadas en este momento que Ud. se ha apropiado de cantidades por determinar por la auditoría interna que se está efectuando correspondientes a las primas de seguros que debería haber ingresado en las cuentas correspondientes", junto con un documento adjunto en que reconoce como ciertos los hechos contenidos en dicha carta de despido disciplinario "razón por la cual la extinción del contrato tiene la consideración de despido procedente". Dichos documentos fueron suscritos libremente por el acusado y una vez que fue asesorado, a la vista del contenido de los documentos, por persona de su confianza.

Alguno de los mecanismos utilizados, que hacían mermar considerablemente la liquidez de la propia agencia, eran los siguientes:

- el administrador entregaba dinero para imponer en diferentes bancos y el Sr. Carlos Miguel ingresaba solo una parte y el resto se lo embolsaba;
- los cobradores le entregaban en mano todo o parte de la recaudación del mes al Sr. Carlos Miguel y este se quedaba con parte del cobro;
- el Sr. Carlos Miguel sin conocimiento ni consentimiento del administrador de la sociedad remesaba a través de una cuenta bancaria propia de su titularidad;
- como quiera que el Sr. Carlos Miguel disponía de las claves de internet de todos los bancos para acceder y realizar pagos y cobros vía telemática, efectuaba traspasos entre las cuentas de la sociedad y su cuenta.
- registraba en las hojas de cálculo de control interno de la empresa y a bolígrafo en las liquidaciones de los colaboradores impagados, bajas y diferencias de recibos inexistentes, para justificar la ausencia de ingreso o la aminoración del mismo, hecho reiterado todos los meses de todos los ejercicios económicos auditados.



El Sr. Carlos Miguel independientemente de ser el responsable gestor de Preventiva Agencia de Castuera, era el recaudador de los Distritos: 4 (Zalamea), 9 (La Haba), 10 (Medellín), 26 (Pelalsordo), 27 (Monterrubio) y 32 (Benquerencia) y se encargaba del cobro de recibos de los distintos distritos o municipios, que a priori deberían ser cobros en mano en casa de los propios asegurados, sin embargo el Sr. Carlos Miguel, sustraía los n° de cuentas de los clientes y los quitaba del cobro de las remesas de la agencia para posteriormente remesarlos él mismo, sin que la agencia tuviera conocimiento, remesa ésta que efectuaba a través de una cuenta bancaria propia y de su titularidad, e ingresaba dinero para sí que no llegaba nunca a Crisanta Ramiro, S.L.

En concreto, el acusado fue dejando de ingresar cantidades que recibía para la empresa ingresándolos en su patrimonio entre los siguientes periodos y distritos en los que se organizaba la empresa, sustrayendo de la misma los ingresos siguientes:

En el año 2004:

- Septiembre: 211,39 euros.
- Octubre: 1533,09 euros.
- Noviembre: 956,75 euros.
- Diciembre 1661,75 euros.

En el año 2005, el acusado dejó de ingresar, integrándolas en su patrimonio la cantidad de 5169,59 euros en materia de seguros generales.

En seguros de decesos dejó de ingresar de los distintos distritos:

En el distrito 5 y 33 de Campanario, la cantidad de 698 euros correspondiente al mes de septiembre.

En el distrito 7 y 20 de Belalcázar, siendo el cobrador, no ingresa las cantidades de diciembre, no ingresando 4,030 euros.

En el distrito 17 de Quintana de la Serena no ingresa 330 euros del mes de diciembre.

En el distrito 26 de Peñalsordo, perteneciente a su cobro, deja de ingresar la cantidad de 715 euros del mes de septiembre.

En el distrito 29 y 31 de Hinojosa, pertenecientes al mismo cobrador, deja de ingresar 265 euros, en el mes de octubre deja de ingresar 2000 euros y en el mes de diciembre 1630 euros.

En el distrito 32 de Benquerencia, perteneciendo al cobro del acusado, no ingresa 370 euros del mes de septiembre.

En materia de seguros generales hace ingresos minorados, dejando de ingresar la cantidad total de 5169,59 euros.

En el año 2006, en materia de seguros de decesos deja de ingresar:

En el distrito de Belalcázar la cantidad de 3650 euros del mes de enero y 275 euros del mes de noviembre.

En el distrito 26 Pesalsordo, siendo de su cobro, deja de efectuar los ingresos de octubre 898,01 euros, noviembre 300 euros, diciembre 993,92 euros.

En el distrito 33 de Campanario, deja de ingresar en los meses de julio y septiembre la cantidad de 1608,61 euros.

En este año 2006 en las partidas de seguros generales, efectúa ingresos minorados, apropiándose de la cantidad de 12.140,83 euros.

En el año 2007 en materia de seguros decesos deja de ingresar apropiándose las siguientes cantidades;

En distrito 17 de Quintana el mes de diciembre no ingresa 498,74 euros.

En el distrito 26 Peñalsordo que pertenece al cobro del acusado en el mes de noviembre no ingresa 700 euros.

En el distrito 30 de Hinojosa en el mes de agosto deja de ingresar 159,24 euros.

En el distrito 31 Hinojosa en el mes de diciembre deja de ingresar la cantidad de 248 euros.

En el distrito 33 Campanario en el mes de febrero deja de ingresar 885 euros. En materia de seguros generales en el año 2007 realiza ingresos minorados dejado de ingresar la cantidad de 1175,45 euros.

En el año 2008 deja de ingresar las siguientes cantidades:

En el distrito 9 la Haba deja de ingresar en el mes de diciembre la cantidad de 393,23 euros.

En el Distrito 11 de Alcaracejo no ingresa los meses de noviembre y diciembre, en total, 940 euros.



En el distrito 16 de Hinojosa en el mes de febrero no ingresa en la cuenta de la empresa la cantidad de 1800 euros.

En el distrito 17 de Quintana correspondiente al mes de febrero no realiza ingreso, dejando de ingresar la cantidad total de 500 euros.

En el distrito 22 Cabeza del Buey ingresa menos de lo correspondiente dejando de ingresar una cantidad total de 1184,77 euros en el mes de abril.

En el distrito 33 Campanario en el mes de febrero deja de ingresar en 1011,03 euros.

En el distrito 34 Campillo deja de ingresar en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre la cantidad de total de 869, 75 euros.

En materia de seguros generales en 2008 deja de ingresar realizando ingresos minorados una cantidad total de 1417,10 euros.

Además, realizó reintegros de las siguientes cantidades sustraídos a la empresa:

El 17 de enero de 2006, hizo propio de una cuenta de titularidad de la empresa en la Caixa de una cantidad de 1000 euros. El día 1 de febrero de 2008, de una cuenta de titularidad de la empresa de Caja de Extremadura, la cantidad de 3000 euros.

En total, en el período de 2004 a 2008, la cantidad de 55.319 euros.

A pesar de que los socios comprobaron estas actividades, sin embargo, y dada la especial relación de "hermandad" y a ruegos del propio Sr. Carlos Miguel , que entre otras razones invocó que tenía una hija enferma, deciden darle una segunda oportunidad en la empresa. Pero para ello, se le quita el acceso a las cuentas bancarias y con el compromiso de devolver el dinero de la empresa que había hecho propio.

En el año 2009, se apoderó de las siguientes cantidades correspondientes a los ingresos de Seguros de Decesos:

En el distrito 9 de la Haba febrero 654,81 euros, perteneciendo a su cobro y sin que conste ingreso alguno.

En el distrito 15 de Hinojosa febrero 1789,56 euros.

En el distrito 32 de Benquerencia enero 3142,65 euros, registrando impagados y bajos inexistentes.

En el distrito 34 de Campillo enero 1013,28 euros, correspondientes a meses cobrados y registrados pero no ingresados.

En la partida de Seguros Generales, de 3591,61 euros. En el año 2010:

En el Distrito 11 Alcaracejos la cantidad total a ingresar es de 6169,96 euros que cobró, solo realizó dos ingresos de 1735 euros en octubre y otro de 1645 €, adeudando un total, una vez retraídas sus comisiones de 1889,96 euros.

En el Distrito 15 Hinojosa, de 2500 euros del mes de enero que el cobrador le había liquidado en mano y lo registró en la liquidación de dicho mes.

En el Distrito 19 Castuera registró gastos como "otros" no justificados y como impagados no reales, en total de 1820,50 euros.

Distrito 21 Villanueva se quedó con lo obtenido por el ingreso del mes de junio por importe de 256,71 euros, que registra con fecha de 9 de junio de 2010 pero que corresponde al mes de mayo de 2010, registrando por duplicado esta cantidad.

Distrito 28 Siruela. Deja de ingresar 5819 euros de 10000 euros que le entrega al acusado el administrador de la empresa para que sean ingresados en Caja de Extremadura.

Distrito 32 Benquerencia, que pertenece a su cobro. Las bajas impagadas y diferencias de recibo que registra injustificados o inexistentes importó un total de 4537,59 euros que no se hallan en ninguna cuenta de la empresa.

Finalmente hizo suyos, de los ingresos de seguros generales en el año 2010, quedándose con 20151,21 euros.

En el año 2011, de los ingresos correspondientes a Seguros de Decesos por las siguientes cantidades:

- 1043, 69 euros del distrito 2 Don Benito.



- 12000 euros, en el distrito 6 Hinojosa;
- 4072, 60 euros en distrito 15 Hinojosa;
- 5920, 54 euros en el distrito 19 Castuera;
- 1154 euros en distrito 28 Siruela;
- 12416,61 euros en distrito 32 Benquerencia;

Así mismo, dejó de ingresar en la partida de Seguros Generales la cantidad de 12148,54 euros. En el año 2012 y primera quincena de 2013, dejó de ingresar las siguientes cantidades:

En el distrito 2 Don Benito debiendo ingresar un total de 13869,20 euros, realiza ingresos esporádicos en el año a nombre de este distrito que suman 6273,70 euros adeudando 7595,50 euros.

En Distrito 5 Campanario durante el año siendo colaborador de este distrito, le entregan mensualmente la liquidación en mano al acusado liquidaciones que suman un total de 22425,03 euros. El acusado ingresa las cuantías irregularmente, tardíamente y en cantidades minoradas dejando de ingresar 2983,15 euros.

En distrito 11 Alcaracejos la cantidad total a cobrar es de 4879,91 euros. De esta cantidad cobrada deja de ingresar 1314,92 euros.

En el distrito 15 Hinojosa durante todo el año registra en concepto de "otros" gastos una media de 200 euros mensuales injustificados destacando el mes de junio que registra 432 euros. En noviembre registra en documentos internos a presentar a gerencia un ingreso en la Caixa de 2050 euros cuando el ingreso real que hace es de 1500 euros. En diciembre registra un ingreso en los libros internos que no existe. El total que deja de ingresar son 3260,17 euros.

En el distrito 19 Castuera los colaboradores le entregan en mano mensualmente al acusado, entregándole resulta un montante de 18988,87 euros de los cuales solo existen dos ingresos uno de 1850 euros el 9 de mayo de 2012 en Caja de Extremadura no registrado internamente y otro de 669,10 euros en enero de 2013 a cuenta de la liquidación de diciembre. En este distrito el total que se apropia es de 16469, 87 euros,

En el distrito 21 Villanueva deja de ingresar 2443,23 euros.

En el distrito 22 de Cabeza del Buey deja de ingresar 1366,91 euros. De esta manera registra impagados que no existen y gratificaciones por altas nuevas no reales.

En el distrito 32 Benquerencia que pertenece a su cobro, no tiene practicada ninguna liquidación con lo que realiza la de cada mes, siendo la cantidad no pagada 29725, 15 euros. Sin embargo el importe total que es ingresar en las cuentas es de 5050 euros, dejando de ingresar 24675,15 euros. Por este concepto, la empresa pudo recuperar finalmente otros 6000 euros.

En materia de seguros generales en este período de 2012 deja de ingresar, haciendo solo varias imposiciones, la cantidad de 16.273,68 euros.

En total, el acusado dejó de ingresar, apoderándose de las cantidades correspondientes a la empresa en el período 2009, 2010, 2011, 2012 y primera quincena de 2013, en un total de 212.329,07 euros.

En total, y sumadas las cantidades bancarias y las de los cobradores, el acusado hizo propias (una vez descontado el importe que abonó de 52.496,36 €), en los ejercicios de 2004 a 2013, la cantidad total de 267.648,37 euros".

Pues bien, ante el motivo del recurrente en base a la alegada vulneración de la presunción de inocencia hace mención a la reiterada doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo acerca de la necesidad de sustentar cualquier condena en auténtica prueba de cargo. Pero no debe confundirse estas alegaciones del recurrente con lo que en esencia consiste en una distinta valoración de la prueba del recurrente respecto de la que el Tribunal ha tenido en cuenta para llegar al relato ya citado de los hechos probados.

Señala así el recurrente que la pericial que ha sido tenida en cuenta por el Tribunal para condenar lo ha sido al estimar como cantidades apropiadas todas las señaladas por la perito de la acusación particular, la cual ha sido impugnada por esta defensa por haber incluido cantidades que no han sido apropiadas por Carlos Miguel .

En segundo lugar, añade que admite que han existido cantidades que retuvo Carlos Miguel para atender pagos particulares , pero ello fue con conocimiento y autorización por lo menos de uno de los socios de CRISANTA RAMIRO S.L. Felix , el cual era procurador de los tribunales y del Banco Simeón, motivo por el cual tuvo conocimiento de las reclamaciones judiciales que había instado dicho Banco contra Carlos Miguel , por cuyo motivo autorizó el retraso de liquidaciones por parte de éste para que regularizara su situación con el Banco Simeón.

Hace mención a que fue la crisis económica lo que motiva una auditoría interna de la empresa. Añade que lo que antes reconocía como "retenciones para atender gastos particulares" lo califica como "retrasos del acusado" en ingresar liquidaciones, que se cifraron en enero de 2011 tras realizarse una auditoría interna en la agencia

CRISANTA RAMIRO S.L. en 106.010,56 €, momento en que el acusado procuró regularizar los retrasos a requerimiento de CRISANTA RAMIRO S.L. regularizando la cantidad de 52.000 euros, dejando pendiente la cantidad restante por serle imposible disponer de manera inmediata del montante total dados sus acuciados problemas personales que atravesaba.

Discrepa a continuación del informe pericial y señala que son menos las cantidades que denomina "retenidas", no aceptando el resultado de la pericia sobre la que se basa el reconocimiento en sentencia de las sumas apropiadas por el ahora recurrente.

Deriva a sumas que dicen que no se ingresan la responsabilidad es de los cobradores, y alega que es falso que sin conocimiento de la empresa Carlos Miguel remesara a través de una cuenta bancaria, pues tenían pleno conocimiento de esta operativa, además ellos mismos llegaron a negociar las comisiones de cobro de esa cuenta y de la de otros cobradores.

Insiste en que es falso que Carlos Miguel realizara pagos entre las cuentas de la sociedad y sus cuentas pues solo le tenían autorizado el pago de "nómina ficticia" en preventiva como traspaso por comisiones que era una cantidad fija todos los meses. Y que en cuanto a los registros a bolígrafos eran los datos que iban dando los cobradores durante el mes de cobro y había que rectificarlos varias veces para al final de mes cuadrar con la Central bajo supervisión de Felix .

Sigue cuestionando el informe pericial señalando que se fueron inflando las cantidades apropiadas e involucrando a más cobradores. Y que, en conclusión, lo que existió fue una autorización de uno de los dos socios de la empresa Juan Manuel López, para que se retasara en los pagos de los recibos que cobraba en sus distritos, para poder hacer frente a los problemas económicos que tenía.

Valoración de la prueba por el Tribunal frente al alegato del recurrente de vulneración del derecho a la presunción de inocencia .

Pese al alegato del recurrente el Tribunal efectúa una sólida argumentación sobre la prueba practicada y señala que se ha tenido en cuenta:

1. La declaración del acusado.
2. La de los socios de la empresa.
3. La declaración de los cobradores externos.
4. Declaración del asesor laboral.
5. Informe pericial de la perito que elaboró los diversos informes periciales contables que obran en la causa.

Y ello, pese a la crítica del recurrente en relación a un informe que, obviamente, le perjudica y que desmonta técnicamente su alegato antes expuesto, alterando las cifras del informe y pretendiendo justificar la reducción de las cifras con meros alegatos, no sin reconocer lo que el recurrente llama "retrasos" en devolución de cantidades que admite que realizó para atender cuestiones particulares, por lo que de algún modo viene a reconocer, aunque sea parcialmente, la irregularidad de su procede en su modus operandi ante su obligación de liquidación económica.

1. Declaración del acusado.

Comenzando por la declaración del acusado, éste reconoce su situación laboral, como trabajador de las empresas de los querellantes, tanto de la agencia aseguradora "Crisanta Ramiro", S.L. como de la funeraria "Nuestra Señora de los Dolores", S.L., así como la especial consideración por parte de los dueños de la empresa ("era como de la familia"), haciéndose cargo en la práctica y en exclusiva de toda la gestión económica y disponiendo de poderes cuasi plenipotenciarios para utilizar las cuentas bancarias y demás recursos de la empresa. También (aunque con evidente ánimo exculpatorio diga que lo hizo con conocimiento y consentimiento de los dueños) que hizo propias cantidades de dinero de la empresa en su exclusivo beneficio, debiendo devolver 52.000 euros dos años antes de la presentación de la querrela "no pudiendo devolver el resto ... por la situación económica" (declaración en instrucción, fs. 251, 252). Este reconocimiento se plasmó expresamente por escrito (fs. 13 y 14) cuando se produjo la extinción del contrato de trabajo precisamente por esta causa. Dicha firma se ha constatado por las declaraciones de todos los presentes en el acto (entre ellos, los testigos plenamente objetivos Sr. Candido y Sr. Ceferino) que fue completamente voluntaria, con entero conocimiento de lo que se firmaba y sus consecuencias y previo asesoramiento de persona de confianza del acusado.

2. Declaraciones de los cobradores.

Las declaraciones de los cobradores externos confirman el relato de hechos, así el Sr. Eleuterio , consideraba al acusado como un jefe más, con una especial relación con los dueños y confirma que en los últimos años en que él trabajó antes de jubilarse, le pedía adelantos sobre el cobro mensual, precisamente en las ocasiones en que acudía solo a su domicilio (no acompañado de las dueños de la empresa) y sin que le diera recibo de los importes, arguyendo necesidades de la empresa. El Sr. Francisco , señala que el acusado le decía que ingresara parte en las cuentas y parte que se lo diera a él en mano ("lo gordo de la recaudación se lo daba en mano"), sin recibo. El Sr. Isaac afirmó que el acusado le pedía adelantos de la liquidación e incluso, al menos en dos ocasiones le pidió que mintiera a la empresa diciendo que determinada cantidad de dinero no se la había entregado o que la había entregado en fecha distinta "para cuadrar las cuentas". El Sr. Marcial , ratifica estos extremos, afirmando que el acusado le pedía continuamente adelantos de las liquidaciones y le solicitó que falseara los datos de impagos.

3. Los socios de las empresas.

En relación con los socios de las empresas, confirman la especial relación casi filial con el acusado, en quien delegaron toda la gestión de las empresas por la extraordinaria confianza que tenían depositada en él pero que jamás le autorizaron, lo cual es lógico, a utilizar las cuentas particulares del acusado para realizar ingresos pertenecientes a dichas empresas. Además detectaron manipulaciones en las hojas contables informáticas, a las que tenían acceso únicamente los dueños y el acusado, realizadas a horas intempestivas.

4. Los empleados de la entidad aseguradora "La preventiva".

También declararon empleados de la entidad aseguradora "La Preventiva" (la central) (Sres. Raúl y Teodoro), que ratificaron la intervención de la agencia de seguros de Castuera y que cuando se pidieron explicaciones al acusado sobre el declive económico de la agencia (que teóricamente debía dar buenos resultados por sus antecedentes, número de asegurados, primas y siniestralidad), éste les contestó, con diversas excusas infundadas y nada convincentes (aumento de siniestralidad, fallecimientos ...), sin que, en definitiva, existiera explicación alguna para que no se liquidaran correctamente las primas realmente cobradas.

5. Prueba pericial.

Declaró la perito Sra. Eva , que en su condición de economista auditó los estados financieros y de las cuentas, tanto de las empresas como incluso de los productos financieros del acusado, emitiendo los diversos informes que constan en la causa (fs. 15 y se., 274 y ss., 1408 y ss. y 1722 y se.), que fueron íntegramente ratificados (y convenientemente explicados) en el acto del juicio del juicio oral, y sin que resultaran contradichos en forma alguna por ningún otro informe, exponiendo detalladamente las diversas irregularidades detectadas y concretando económicamente, como queda dicho en los hechos probados, las actividades expoliadoras del acusado y sus consecuencias para las empresas, que llevaron a estas a una situación de iliquidez, debiendo ser intervenida la agencia de seguros por la central.

6. Prueba documental.

Asimismo, se ha dispuesto de profusa prueba documental aportada durante la instrucción penal, que respalda punto por punto, los citados informes periciales. Pero si algunos documentos han de mencionarse expresamente quizá sean los que constan en los folios 51 a 53, relativos a las remesas de recibos, donde consta cómo el acusado remesaba nuevamente los recibos a través de una cuenta bancaria propia ajena a la empresa.

Vista esta valoración de la prueba resulta concluyente que el Tribunal ha tenido suficiente prueba de cargo para dictar una sentencia condenatoria, habiendo declarado personas relacionadas directamente con el acusado y que han relatado hechos que se conectan con la forma irregular en que actuaba el acusado y que dio lugar a la apropiación de las cantidades que constan desglosadas y detalladas en el informe pericial.

Específica valoración de la pericial de parte en el proceso penal

Este informe, cotejado con la documental aportada, es convincente para el Tribunal y el recurrente se limita a cuestionar la pericial, pero sin sujetarla a prueba pericial contradictoria, alegando que se trata de una "mera pericial de parte". No obstante ello hay que destacar que por la circunstancia de que la pericial sea de parte no se debe entender desnaturalizada, o que solo una pericial judicial puede llevar a la convicción del juzgador de la realidad o veracidad de unos hechos.

La pericial de parte está reconocida en el proceso civil y en el penal, pudiendo en el proceso civil aportarla con sus escritos de demanda y/o contestación, y en su defecto proponer la pericial judicial. Lo mismo en el proceso penal las partes pueden aportar pericial en sus escritos de calificación de acusación y defensa, pudiendo haberlos aportado en la fase de instrucción para su evaluación por el instructor, y constituyendo diligencia de esta primera fase que puede ser determinante para la apertura de juicio oral, proponiendo las partes esa pericial para que los autores de los dictámenes comparezcan en el plenario para ser interrogados ante el Tribunal de enjuiciamiento, quien en base al principio de inmediación analizará las explicaciones del perito respecto a su dictamen, y valorará las respuestas dadas. Pero si esa pericial es de parte y la presenta la acusación, la defensa también puede proponer y practicar pericial contradictoria, y, además, llevar a cabo un careo de peritos ante el Tribunal para tratar de desmontar las conclusiones de la pericial de parte.

En cualquier caso, debe destacarse que no es admisible cuestionar sin más a la pericial de parte por la circunstancia de ser propuesta por una de las partes, como si solo la prueba pericial judicial fuera la única que tiene el patrimonio exclusivo de la "veracidad o credibilidad" acerca de los datos de carácter técnico que ofrece la pericial de parte.

Es por ello, por lo que la pericial de parte, incluso, podría ser aceptada por el Tribunal frente a una pericial judicial, si el juez o Tribunal así consideraran que les llega a la plena convicción de que la pericial de parte es más creíble en su exposición y conclusiones que la judicial. Y en este caso, además, ni hay pericial judicial, porque no se propuso, ni hay pericial de la defensa.

Lo que el juez o Tribunal hace en este caso es examinar el contenido de la pericial de parte, su forma de exponerla, y sus conclusiones, siendo éstas de una relevancia importante a la hora de que el Tribunal lleve a cabo su proceso de convicción. Y en este caso, pese a la crítica del recurrente a esta pericial de la acusación particular no aportó pericial contradictoria, y se excede en su crítica ante el proceso valorativo del Tribunal, ya que en casos esencialmente técnicos y económicos, como en este supuesto, el órgano de enjuiciamiento, escucha el dictamen del perito de parte y sus conclusiones, tras el interrogatorio de las partes.

La cuestión no se reconduce, ni mucho menos, a un tema de privilegios de pericias frente a minusvaloraciones de periciales de parte, sino a una estricta aplicación de las reglas de la valoración de la prueba pericial. Suele discutirse en muchos recursos las reglas aplicadas para realizar la valoración de la pericial o las razones por las que el juez llegó a una determinada conclusión en procedimientos que requieren la práctica de una pericia, bien médica, economicista, como es el caso actual, en el campo de la edificación, etc. Pero se olvida en primer lugar que el juez no es un técnico que conoce del objeto de la materia que se somete a discusión, sino que la autoridad judicial es un «experto en valoración», aunque ello no obsta a que el juez se forme en distintas materias.

Los expertos -utilizada la expresión en sentido general incluyendo los titulados y los no titulados- aprecian, mediante máximas de experiencia especializadas y propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que el perito adquirió por el estudio o la práctica o a través de ambos sistemas de obtención de conocimientos y que el juez puede no tener, en razón a su específica preparación jurídica. Los jueces no tienen por qué abarcar en su preparación y conocimientos todas las ramas del saber humano ni, por ello, todas materias que pueden ser sometidas a nuestra valoración; para aclarar el significado o valoración de ciertos hechos, han de acudir a los peritos que, con sus conocimientos, le informan en el marco de sus especialidades; el juez lo que ha de hacer es recoger los informes periciales y valorarlos, sacando las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan; por ello el perito debe describir la persona o cosa objeto de la pericia, explicar las operaciones o exámenes verificados y fijar sus conclusiones (art. 478 LECrim) que tienen como destinatario el Juzgador.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que no puede sustituirse la valoración que el juzgador de instancia hace de toda la prueba practicada por la valoración que realiza cada parte recurrente, función que corresponde al juez a quo y no a las partes (STS 7 de octubre de 1997), habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los órganos judiciales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1 de marzo de 1994). Se insiste, así, por la doctrina jurisprudencial que las pruebas están sujetas a su ponderación en concordancia con los demás medios de prueba (STS 25 de enero de 1993) en valoración conjunta (STS 30 de marzo de 1988), y con el predominio de la libre apreciación que es potestad de los tribunales de instancia a efectos de cualquier recurso. El juzgador que recibe la prueba pueda valorarla de forma libre, aunque nunca arbitraria, transfiriendo la apelación al tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez a quo de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencias o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

Así, ni la LEC ni la LECrim. contienen reglas valorativas, sino referencias o recomendaciones a los jueces y una apelación a la sana crítica y al buen sentido, para destruir una conclusión presuntiva del Juzgador. Por ello, si el letrado quiere combatir una valoración pericial efectuada por un juez de instancia debe demostrar que ha seguido el juez, al establecer el nexo o relación, un camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio. Lo que debe demostrar el letrado -y es su carga de prueba- que cuestiona ese criterio final y adopción y/o asunción de una determinada pericia es que ese proceso deductivo es ilógico e irrazonable.

A veces, se confunde la aportación de pericias y su desestimación por los tribunales, que llegan a una determinada convicción asumiendo unas y desestimando otras, con error valorativo de la prueba, pero hay que recordar al respecto que la valoración probatoria es facultad de los Tribunales sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza -principio dispositivo y de rogación- pero en forma alguna tratar de imponerlas a los juzgadores (STS 23 de septiembre de 1996), pues no puede sustituirse la valoración que hace el Juzgador de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte que cuestiona una determinada valoración de una pericia, función que corresponde única y exclusivamente al Juzgador a quo y no a las partes (STS 7 de octubre de 1997), habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los órganos judiciales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1 de marzo de 1994).

Aun así, y pese a este esfuerzo en la mejora de la formación del juez en áreas multidisciplinarias, de lo que sabe y conoce el juez es de la valoración de la pericia, no del objeto de la pericia. Por ello, el juez lo que debe explicitar en la sentencia es que ha llegado a una determinada convicción en razón al contenido de determinado informe pericial; ahora bien, la exigencia de su motivación no debería llegar al extremo de efectuar un examen minucioso de por qué se quedó con una pericia y excluyó las restantes si de varias aportadas se trata, sino que llegó a su convicción concreta en razón de lo que le aportó el informe pericial que le lleva a decantarse por una posición concreta que exige esa pericia. Más tarde ofreceremos vías para hacer más sencillo y práctico esta función del juez de «selección de la pericia» cuando se trata de varias aportadas y practicadas.

En este caso se aportó una prueba y ésta fue de parte, pero pese a la crítica del recurrente, ello no le resta valor, sino que es prueba pericial, no minusvalorándose su contenido por el hecho o circunstancia de que sea la parte que actúa como acusación particular la que la aporte, siempre que el juez haga suyo el contenido por su valoración probatoria, como es el caso. El hecho de que sea "de parte" no le resta valor, y, como insistimos, podría tenerlo más que una judicial si el juez así lo considera, o, también, asumirla frente a la de la parte contraria, aunque en este caso ni tan siquiera eso ocurrió.

Con ello, vemos que el juez, a la hora de enfocar el proceso deductivo en el análisis de la pericia en el proceso, en primer lugar debe incluir un proceso global y conjunto del análisis de la prueba. Así, examinará el resultado de la pericia con documentos u otras pruebas practicadas confrontando, por ejemplo, el resultado de la actuación de los peritos en la vista o juicio con documentales, declaración de partes, etc., para luego ir cerrando el círculo del resultado que hayan arrojado los medios de prueba y tener la habilidad de concluir un proceso deductivo en el resultado que es el que forma su convicción final. De todas maneras, gran parte de la doctrina entiende que no es preciso que se haga un examen exhaustivo y/o de fondo de las razones técnicas por las que asume una pericia y desestima otra, sino razones mínimas que con el conjunto de la prueba practicada le hayan llevado al juez a formar su convicción de que le convence más una razón técnica que otra. Nótese que el juez no es técnico, sino que su misión se reconduce al examen y valoración del informe que el perito o peritos emiten sin que se le pueda exigir una motivación plena que acabaría convirtiendo al juez en lo que no es, a saber: un perito.

Conclusión del Tribunal tras la prueba

Tras esta exposición que llevó a cabo el Tribunal se llega a la conclusión por éste de que "de tales pruebas se deduce, el prolongado y sistemático expolio del acusado sobre el patrimonio económico de la empresa y resulta, sin lugar a dudas, que el acusado, que se ha limitado a negar los hechos en su legítimo derecho de defensa, se fue apropiando durante años de cantidades ajenas en su exclusivo beneficio y sin que haya dado cuenta efectiva de su destino una vez que fueron detectadas tales omisiones, todas las que han sido acreditadas con los documentos aportados a la causa, corroboradas por las declaraciones de testigos y peritos, ya en el acto del juicio oral ya en las declaraciones testificales a presencia judicial efectuadas durante la instrucción de la causa. De esta forma, el descuadre contable apreciado solo puede ser imputable al acusado que, como decimos, en lugar de ingresarlos en la empresa, se los apropió en su propio beneficio y correlativo perjuicio de la entidad querellante".

Este proceso de convicción se contempla en el resultado de hechos probados, cuya intangibilidad debe ser respetada, no apreciándose vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia, sino una distinta valoración de la prueba del recurrente limitándose a cuestionar el proceso valorativo del Tribunal y apelando a meras "retenciones de liquidaciones" con voluntad de devolver, e, incluso, pretendiendo plantear aparentes causas de

justificación apelando al destino de las cantidades a "cuestiones particulares", cuando de la técnica utilizada que se desprende de las declaraciones testificales se evidencia que se trataba o intentaba de ocultar a la empresa su irregular proceder.

El motivo se desestima.

2. Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 de la LECRIM al haberse vulnerado el art. 24.1 y 2 CE . Derecho a la tutela judicial efectiva por infracción del principio acusatorio.

Se efectúa la queja por cuanto en la acusación y condena por delito de apropiación indebida realizada desde el año 2004, cuando la querrela presentada lo fue por un presunto delito de apropiación indebida y estafa, circunscritos a los años 2009, 2010, 2011, 2012 y enero de 2013, sin que se recogieran en ella hechos anteriores a 2009.

Se alega que pese a ceñirse la querrela a actuaciones del querrellado posteriores a 2009, en el auto de transformación del procedimiento se le imputa también apropiación de dinero en cuantía superior a un total de 55.000 euros entre los años 2004 y 2009, hechos por los que el recurrente no había sido escuchado.

Sin embargo, este motivo debe rechazarse, porque la querrela inicia el proceso penal y la fase de investigación, y si en esta se van avanzando datos nuevos en base a las diligencias practicadas se podrá delimitar con mayor detalle el objeto de la acusación, que es donde, finalmente, la parte acusada tiene conocimiento del objeto de acusación al objeto de preparar el juicio oral. Y, como sostiene la fiscalía, la correlación entre acusación y condena no se refiere a las imputaciones provisionales que se formulan con la querrela, sino a las que se articulan formalmente finalizada ya la instrucción en los escritos de calificación de la acusación, o aún antes, a las que desde el punto de vista fáctico se definen en el auto de procesamiento (sumario ordinario) o en el de transformación del procedimiento (procedimiento abreviado). Esto es, lo que vincula las posibilidades de condena es el ejercicio formal de la pretensión acusatoria que se plasma en las conclusiones de las acusaciones que pueden alterarse luego siempre que se mantenga el relato de los hechos imputados del que se informó al acusado (STS 4085/2014 de 15 de octubre) y que de algún modo, si no se anticipa, si se limita con el relato fáctico que conllevan el auto de procesamiento en el sumario ordinario y el de transformación, en el procedimiento abreviado.

De todos modos, se trata de cuestión que no se alegó en su momento ni en fase de instrucción, ni tras el dictado del Auto de P.A. de fecha 9 de febrero de 2.015 (2016), ni tampoco fue planteada como cuestión previa en el plenario, ya que llegado el momento de la celebración de la preceptiva vista de juicio oral, se concedió la palabra a las partes, incluida la defensa, a efectos de formular cuestiones previas al amparo del art. de la LECr. manifestando su defensa en dicho momento no existir cuestión previa que alegar. Se incide por la acusación particular en este punto que en la querrela se anunciaba en la misma (folio 7) que se estaba realizando por la economista Eva , un segundo informe ampliatorio del anterior en relación a los ejercicios económicos que van desde el año 2.004 hasta el año 2.009. Y una vez realizada esa auditoría se constató la sustracción por el condenado de ciertas cantidades de dinero durante dicho período, lo que hace que finalmente, una vez practicadas todas las pruebas interesadas se pudo realizar la ampliación del objeto de acusación y que dio lugar a que con fecha 4 de Marzo de 2017 (folio 1777) se dicta Auto por la Ilma. Audiencia Provincial, Sección 3, Mérida, abriendo juicio oral por los delitos por los que va a ser enjuiciado: apropiación indebida, falsedad en documento mercantil y estafa, y ya en fecha 28.4.2017 constaba en el auto de Sala la mención al delito de falsedad. Así, no ha existido imputación sorpresiva pues el acusado conocía con detalle los hechos por los que ha resultado acusado y de los que en la práctica se ha defendido y ha propuesto la prueba que ha considerado oportuna.

Esta cuestión fue analizada en la sentencia en el fundamento jurídico primero, al señalar que: "En los escritos de conclusiones provisionales de las acusaciones se recogía expresamente los hechos punibles (que por cierto ya se encontraban en la querrela inicial, y sin que el hecho de ampliarse las cantidades a otros ejercicios anteriores detectados durante la auditoría interna varíen la inicial imputación, que se concretaba en la supuesta apropiación indebida y falsedad documental continuadas) y de ellos ha sido informado de la acusación dirigida contra él, habiendo podido defenderse plenamente de la misma, como efectivamente ha hecho, sin que, por lo tanto, pueda estimarse sorpresiva la acusación.

Por si fuera poco, decir que el auto de incoación de procedimiento abreviado es un acto de imputación formal efectuado por el instructor de oficio a la vista del resultado de la instrucción y que constituye un mero juicio de probabilidad sobre unos hechos presuntamente delictivos y sobre la implicación que en ellos, de forma indiciaria, pudieran tener las personas investigadas. Es decir, de ningún modo condiciona los delitos concretos objeto de enjuiciamiento, que serán los que aparezcan en los escritos de acusación. Como dice el Tribunal Supremo, lo que sí condiciona el contenido de la sentencia es la acusación de la que se debe responder y de la que debe conocer



temporáneamente el inculpado para articular su defensa (sentencias del Tribunal Supremo 625/2015, de 22 de diciembre y 944/2016 de 15 de diciembre).

En fin, en este caso no han existido imputaciones sorprendidas, pues el acusado conocía con detalle los hechos por los que ha resultado acusado y de los que, en la práctica, se ha defendido y ha propuesto prueba".

En efecto, constando en el escrito de acusación particular al folio nº 1728 los periodos que cuestiona el recurrente (folio nº 1731) y la acusación por delito de falsedad, todo lo cual va surgiendo de la propia instrucción no se vulnera el principio acusatorio, ya que el recurrente cuando formula su escrito de defensa tiene oportunidad de combatir estos hechos de la acusación y proponer pruebas para el acto del juicio oral. Por ello, no existe la pretendida vulneración del principio acusatorio que se alega, ya que en fecha 4 de Marzo de 2017 consta la apertura de juicio oral por los hechos relativos a periodos, e incluyendo la falsedad.

Esta Sala del Tribunal Supremo recuerda en la Sentencia 1057/2011 de 20 Oct. 2011, Rec. 578/2011 que "Lo que la doctrina del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo proscriben es que la sentencia incluya en la declaración probatoria HECHOS de relevancia a efectos del pronunciamiento condenatorio que no hubieran sido imputados por las acusaciones y de los que, por desconocerlos, el acusado no se pudo defender. Decimos "hechos" esto es, comportamientos o conductas, sucesos o acontecimientos que se manifiestan en el exterior. De suerte que lo que se exige es la congruencia fáctica entre lo que se acusa y lo que el Tribunal declara probado".

En esencia, lo que sí condiciona el contenido de la sentencia es la acusación de la que se debe responder y de la que debe conocer el inculpado para articular su defensa (sentencia del Tribunal Supremo 625/2015, de 22 de diciembre).

La acusación particular formuló acusación por el delito de falsedad y por los periodos referidos también al año 2004 y ss.

Por ello, la condena tiene un límite infranqueable, pues ha de verificarse siempre con respeto al hecho nuclear de la acusación, que no puede ser variado de oficio por el Tribunal en perjuicio del reo, y en este caso la acusación comprendía los periodos cuestionados y el delito de falsedad, por lo que el motivo se desestima.

3. Por infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 de la LECRIM por aplicación indebida del art. 252 CP según la redacción anterior a la reforma penal por LO.1/2015 de 30 de marzo.

Se plantea por el recurrente una pretensión de desplazamiento de la responsabilidad del delito sobre su víctima por falta de auto tutela, en el sentido de que debió adoptar medidas de auto protección para evitar lo ocurrido, lo cual es claramente rechazable en delitos de abuso de confianza como son los de apropiación indebida, objeto de condena y otros patrimoniales como la estafa, en donde es la actuación dolosa del sujeto la constitutiva de delito por el hecho de la apropiación.

Cuestión distinta es que en el caso de delitos de apropiación, como aquí ocurre, o de administración desleal se tenga que adoptar con antelación suficiente por las empresas medidas de compliance interno, ya que junto con el conocido Código Olivenza fue capital para el buen gobierno de la administración en las empresas la introducción de los programas de compliance en las mismas que evitarían casos como el que aquí ha ocurrido, ya que el control interno en las empresas mediante la técnica anglosajona del compliance programe como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo les permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de apropiación no se hubieran dado, y no habría que esperar a detectarlo tardíamente por razón de la confianza; de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales ad extra, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreedores que son perjudicados por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc, sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida, es decir, ad intra. Estos últimos, aunque no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocido como tales en sus preceptos esta derivación y ser ad intra, sí que permiten obstaculizar la comisión de delitos como los aquí cometidos por el recurrente y que cometen irregularidades, que en algunos casos, como los aquí ocurridos, son constitutivos de ilícitos penales. Y ello, sin que sea asumible y admisible que por el hecho de no incorporar medidas de autocontrol se exonere la responsabilidad criminal. Por ello, una

buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato .

Así, como apunta la Fiscalía, el que los propietarios y socios de la entidad perjudicada confiaran en la probidad y honradez del acusado recurrente en función de los muchos años de relación estrecha de amistad y confianza propios de la amistad íntima y de la relación cuasi-familiar que les unía, no empece ni compensa el dolo característico de la apropiación indebida de las cosas que se administran. Antes al contrario, evidencia el presupuesto de lo que puede ser una circunstancia de agravación, cual es el abuso de confianza y relaciones personales entre el sujeto activo y el pasivo.

Por ello, el motivo se desestima.

4. Infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 LECRIM por aplicación indebida del art. 392 en relación con el art. 390.1.1º CP

Se alega por el recurrente que los hechos recogidos en la sentencia con relación al delito de falsedad no se corresponden con exactitud con los hechos fijados en el escrito de acusación. Pero hay que señalar que los hechos probados es el resultado de plasmar en la sentencia los que se obtienen de la prueba practicada, tomando por base que, en esencia, deben referirse a lo que es objeto de acusación, y, como ya se ha expuesto anteriormente, tras la auditoría realizada se obtuvo información acerca de las operaciones del recurrente que incluían las alteraciones por las que ha sido condenado, por lo que sabía que se le acusaba de falsedad y, como señala el Tribunal en su fundamento jurídico nº 4, se entiende que "la falsedad operada por el acusado en la contabilidad de la empresa, con fines de apropiación indebida, incide no solamente sobre tales apuntes contables, sino que afecta a los terceros que contratan con la mercantil, tiene efectos respecto a la Hacienda Pública, interesa a los socios de la persona jurídica e incluso trasciende a otras entidades como las entidades bancarias que mantienen relaciones con la mercantil.

En este caso, no solamente podemos hablar de falsedad en la contabilidad como simulación de un documento (los apuntes de un balance contable), incuestionablemente simulado, por hacerse entrar en él datos ficticios, que cuadran para evitar el descubrimiento del fraude, sino que trascienden a terceros. Asimismo, el acusado mutaba las remesas de recibos que se recibían de la central sustituyendo un elemento tan esencial como el número de cuenta bancaria legítima en el que debían ingresarse las primas, haciendo constar, una cuenta de su titularidad, desviando así los importes hacia su propio patrimonio en perjuicio de la empresa e incluso con posible perjuicio para los asegurados que no podrían acreditar así, haber pagado dichas primas, quedando al descubierto frente a la entidad aseguradora en caso de que se produjera un siniestro, mutando un elemento esencial claramente mendaz por incluirse órdenes de transferencias bancarias que no respondían a la realidad, instrumentalizando así de forma falsaria una mecánica delictiva dirigida al definitivo desvío de fondos a cuentas particulares, en donde ya era posible la disposición patrimonial en provecho propio, actividades éstas a las que se debe aplicar la alteración a que hace referencia el art. 390.1.1º del Código Penal , colmando las exigencias típicas del art. 392".

Así, que en el escrito de acusación se haga constar la acusación por la falsedad "falseando documentos mercantiles (hojas de cálculo, de control/liquidaciones) en relación a impagos, bajas y diferencias de recibos, falseando la contabilidad interna de la empresa, registrando en las partidas destinadas a "otros gastos" datos falsos en relación a los gastos variables. Manipulando datos del ordenador" no dista del contenido de los hechos probados. Se estaría vulnerando el acusatorio si se hiciera caso omiso a esta acusación por falsedad, pero los hechos probados no deben consistir en una "transcripción literal" de los que constan en el escrito de acusación, sino que son el resultado de la prueba practicada. Lo que se exige en este caso es que de esa acusación tuviera conocimiento, lo que concurre por la acusación particular en cuanto a la falsedad que se le imputa en sus irregulares operaciones. No se cuestiona, pues, que no se cometieran las falsedades, sino que no había exactitud en los hechos de la acusación, pero sí en esencia y sobre el delito por el que se acusaba, y que era conocido por el recurrente y del que pudo defenderse.

Los documentos alterados no son privados, son los derivados de la relación comercial, ya que se produce la manipulación falsaria de ordenadores que la sentencia imputa al recurrente u otros instrumentos semejantes, que se halla actualmente tipificada dado el tenor del art. 26 (STS. 619/2007 de 30 de octubre).

En los hechos probados se describe que: "El acusado, como encargado de la llevanza de la contabilidad de la empresa trabajando en ocasiones en las propias oficinas de la empresa y en ocasiones en su propio domicilio, realizó alteraciones en la contabilidad de la empresa mediante asientos que hacía en los libros de contabilidad, que no eran reales, procurando que la contabilidad cuadrara para evitar ser detectados los apuntes falsos, haciendo que coincidiera el diario con los balances; y así, el acusado, utilizaba esta falsa contabilidad introduciendo en las hojas



informáticas contables el importe de las cantidades disponiendo de dinero de la empresa, llegando a transferirlo a sus propias cuentas, en su exclusivo beneficio y correlativo perjuicio de la empresa".

Y en el escrito de acusación se hace mención a la actuación del ahora recurrente "Falseando documentos mercantiles (hojas de cálculo de control/liquidaciones) en relación a impagados, bajas y diferencias de recibos, falseando la contabilidad interna de la empresa, registrando en las partidas destinadas a "otros gastos" datos falsos en relación a los gastos variables. o Manipulando datos del ordenador".

Por ello, los datos confeccionados por quien manejaba y tenía el control y la responsabilidad de realizar o poner en marcha los mecanismos magnéticos o informáticos que pueden pasar a un soporte magnético o informático constituyen un documento susceptible de ser falsificado (STS. 885/2007 de 6 de noviembre).

Además, se trata de documento mercantil, que no privado, relacionado con las operaciones de la empresa alterando documentos mercantiles, y así consta en la sentencia que "Documentos mercantiles son cualquier escrito o documento elaborado de acuerdo al Código de Comercio o leyes mercantiles que sea expresión de un acto de comercio y sirva para acreditar derechos y obligaciones de naturaleza mercantil. Se pretende proteger así la fe y seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas".

Y así, el modus operandi era evidente en relación a remesas de recibos que se recibían en la empresa y que también el recurrente mutaba, como se declara con carácter fáctico en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, sustituyendo un elemento tan esencial como el número de la cuenta bancaria legítima en el que debían ingresarse las primas, haciendo constar una cuenta de su titularidad y desviando así los importes hacia su propio patrimonio en perjuicio de la empresa e incluso con posible perjuicio para los asegurados que no podrían acreditar así haber pagado dichas primeras, quedando al descubierto frente a la aseguradora en caso de que se produjera un siniestro.

Por ello, los asientos contables de los comerciantes son generalmente considerados documento mercantil y nada obsta a la existencia del delito el que se trate de contabilidad por sistema informático o registro de los documentos mediante listados de ordenador a efectos contables, tal como declararon las SSTS de 19 de abril de 1991 y 33/1999 , de 22 de enero.

Toda esta actuación es ratificada por la perito redactora del dictamen pericial en relación a la actuación falsaria que es objeto de condena, por lo que lo que lleva a cabo el Tribunal en la relación de hechos probados es relacionar los que surgen de la prueba practicada, pero respetando el principio acusatorio en base a la propia acusación de falsedad de los documentos, sin ser preciso la fijación exacta de las fechas en las que se lleva a cabo la operación falsaria, ya que lo relevante es la mutación de la verdad y es esto lo que queda probado.

5. Infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 LECRIM por inaplicación indebida del art. 21.5 CP .

Se postula la apreciación de una atenuante de reparación del daño por cuanto el recurrente abonó 52.000 euros cuando fueron descubiertas las irregularidades contables (2009), pero esta actuación de la que ahora plantea su beneficio en el marco de la pena no tiene efecto alguno, ya que, como señala el Tribunal, "el hoy acusado pagó dos años antes de la presentación de la querrela un importe de 52.000 euros cuando fueron descubiertas sus irregularidades, probablemente para conseguir, como así hizo, una segunda oportunidad (que nuevamente aprovechó para continuar apropiándose de dinero de la empresa), y también es cierto que ello se produjo con anterioridad al inicio y, por tanto, a la existencia del procedimiento penal ya que cuando éste se inicia y se concretan y acreditan ya los hechos y la cantidad apropiada, sin embargo, el acusado, una vez perdida toda esperanza de recobrar su puesto de trabajo y la confianza anterior de los dueños de la empresa no repara absolutamente nada, a pesar de haber reconocido anteriormente que en efecto, hizo suyos al menos 106.000 euros. No concurre, por tanto, uno de los elementos de la atenuación como es el cronológico, esto es, que se repare una vez iniciado el procedimiento y antes del juicio oral, una vez judicializado el asunto, pero aun obviando tal elemento tampoco el montante aportado supone una cantidad suficiente en relación con el total apropiado (apenas un 16 %)".

Con ello, el espíritu de esta atenuante del art. 21.5 CP no puede predicarse cuando tras la devolución se vuelve a incidir en la conducta delictiva, ya que siguió con el modus operandi, y, sin embargo, ya iniciado el proceso penal no devuelve suma alguna, por lo que si la reparación no tiene el efecto devolutivo real, sino que puede articularse como un instrumento para la continuación de la mecánica de apropiación no puede aceptarse la atenuación pretendida. Es decir, que incluso reconociendo actividades de apropiación no efectúa devolución alguna iniciado el proceso penal, por lo que la actuación previa a la querrela no tiene el efecto pretendido por las propias razones expuestas por el Tribunal al formar parte la acción de la mecánica de apropiación.

El motivo se desestima.



6. Infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 LECRIM por aplicación indebida del art. 109 CP .

Se desestima el motivo, por cuanto está directamente relacionado con el informe pericial, el cual ya ha sido debatido y admitido por el Tribunal, por lo que se da por válido en el análisis valorativo de su contenido por el Tribunal.

Cuarto.

Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones del acusado D. Carlos Miguel y de la Acusación Particular "Crisanta Ramiro, S.L." , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Mérida, Sección Tercera, de fecha 13 de julio de 2017 , en causa seguida contra el anterior acusado por delitos de apropiación indebida y de falsedad en documento mercantil. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos y a la pérdida del depósito constituido por la Acusación Particular. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer
Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia
Vicente Magro Servet

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.