

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063568

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 40/2018, de 25 de enero de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 523/2017

SUMARIO:

Prescripción de delitos. Delito continuado. Apropiación indebida. Falsedad documental. En cuanto a la prescripción recordar que, cuando se trata de un delito continuado no comienza a transcurrir tal prescripción sino desde el último de los actos típicos. Y que, cuando se trata de concurso medial, análogos a estos efectos de prescripción, el plazo prescriptivo del conjunto delictivo será el que corresponda al delito más grave, computándose desde la fecha de consumación del delito-fin, cuando el delito-instrumento es anterior. La prescripción comienza cuando el delito termina, por lo que el cómputo del plazo no puede iniciarse antes de que el concurso o continuidad delictivos se hayan perfeccionado, por la producción del resultado típico. La unidad delictiva prescribe de modo conjunto porque el transcurso del tiempo no puede excluir la necesidad de pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial. El delito de apropiación tipificado en el artículo 250 con pena privativa de libertad que, alcanza los seis años por lo que, conforme al artículo 131 del Código Penal prescribe a los diez años, en ningún caso transcurridos antes del inicio del proceso desde el *dies a quo* antes indicado.

Acierta el recurrente cuando denuncia duplicidad de valoración de la misma circunstancia para considerar como continuado el subtipo en cuanto agravado por la cuantía de lo defraudado. Porque ninguna entrega superó el límite del apartado 5 del artículo 250.1 del Código Penal.

Por aplicación del artículo 74.2 CP, procede considerar la cuantía resultante de la suma de todas las cantidades apropiadas como determinantes del tipo agravado, pero no de continuidad de la agravación por tal razón, porque eso sí supondría una doble valoración del mismo dato.

El delito de falsedad documental no es un delito de propia mano, es decir para ser autor no se exige que materialmente la persona concernida haya falsificado de su propia mano los documentos correspondientes, basta que haya tenido el dominio funcional de la acción y que otra persona, aún desconocida, haya sido el autor material, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción con tal que tenga el dominio funcional sobre la falsificación.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 66, 74, 131, 250.1, 252, 390 y 392.

Constitución Española, art. 24.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 850.2, 851.1, 852 y 901 bis a) y b).

PONENTE:*Don Luciano Varela Castro.*

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don LUCIANO VARELA CASTRO

Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Doña ANA MARIA FERRER GARCIA

RECURSO CASACION núm.: 523/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro



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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 40/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral Garcia
D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 25 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 523/2017, interpuesto por D. Matias Victorio , representado por la procuradora D^a María del Mar Serrano Moreno, bajo la dirección letrada de D^a Sofia Maraña García, contra la sentencia dictada por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Salamanca, con fecha 26 de septiembre de 2016 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como partes recurridas D. Faustino Urbano , D. Roberto Prudencio , D. Paulino Urbano , D. Fructuoso Urbano , D^a Natividad Ana , D^a Ruth Diana , D^a Amalia Patricia , D^a Amanda Natalia y D^a Estrella Diana , representados por la procuradora D^a María Jesús Hernández González, bajo la dirección letrada de D. Jose Antonio Sánchez Villares, D. Guillermo Tomas , representado por la procuradora D^a Olga Alonso Mateos, bajo la dirección letrada de D^a Noelia Merino Hernández, D. Ismael Moises , D^a Sagrario Emma , D^a Angela Gemma , D. Gumersindo Ovidio , D^a Apolonia Noemi , D. Humberto Isidro y D. Augusto Leoncio , representados por la procuradora D^a María Teresa Castaño Domínguez, bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Centeno Hernández, y el Banco de Santander, representado por el procuradora D. Alberto Hidalgo Martínez, bajo la dirección letrada de D. Enrique Hidalgo Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Ciudad Rodrigo, instruyó Procedimiento Abreviado nº 627/2013, contra D. Matias Victorio y el Banco de Santander por un delito continuado de estafa agravada y un delito continuado de apropiación indebida, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Salamanca, que en la causa nº 29 de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

«1º. Matias Victorio , con documento nacional de identidad número NUM000 , nacido en Morasverdes (Salamanca) el NUM001 1949, y con domicilio en el mismo municipio, comenzó a prestar servicios como agente colaborador del, Banco de Santander en la oficina de su lugar de residencia hacia el ario 20d0, manteniendo contacto habitual con los clientes del banco, muchos de ellos conocidos de toda la vida, entre los que se encontraban personas de edad avanzada y otros con problemas de salud, habiendo influido en su contratación por el banco este grado de conocimiento de los vecinos y la confianza que en él depositaban. Para la realización de sus operaciones ordinarias Matias Victorio disponía de una llamada "cuenta de colaboración", estando integrado en la red de agentes y dependiendo del Centro de Gestión de Agentes de la entidad bancaria y del director de zona de Ciudad Rodrigo, correspondiendo con carácter principal el visitar a los clientes y especialmente captarlos a los directores comerciales de zona y procediendo la entidad bancaria a realizar controles mensuales sobre las operaciones llevadas a cabo por Matias Victorio en relación con la cuenta de colaboración, dependiente del Centro de Gestión Operativa de

Valladolid, central a la que se remitían informáticamente los datos y constando a los empleados de la entidad bancaria que frecuentaban la oficina de Morasverdes, así como a los responsables de zona, puntuales irregularidades en la forma de operar de Matias Victorio , con retrasos superiores en ocasiones a los nueve días establecidos para el envío de documentación por lo que se procedió. al bloqueo de claves y constando su peculiar forma de trabajar al margen de la normativa fijada por el banco. Para el desempeño de su trabajo el acusado disponía de los medios que facilitaba la entidad bancaria, en especial los sistemas informáticos, actualizador de libretas, documentos, impresos para la realización de operaciones y reintegros, etc.

2°. Matias Victorio , dado el conocimiento que tenía de las necesidades y estado físico de sus convecinos clientes del banco, efectuaba frecuentes visitas a los mismos, sin perjuicio de atenderles en la oficina de la entidad bancaria, ocupándose de hacer gestiones personales de los mismos relativas especialmente al cobro de las pensiones y operaciones bancarias como aperturas de cuentas y plazos, reintegros, evitando así en ocasiones el desplazamiento de los clientes hasta la oficina. En base a esa relación de confianza, las personas a las que luego nos referiremos procedieron a entregarle distintas sumas de dinero para ingresos en las cuentas de las que eran titulares, o simplemente firmando documentos para que Matias Victorio pudiera realizar por sí mismo las operaciones retirando dinero de las cuentas bancarias para entregarlo posteriormente a los clientes o efectuar ingresos en otras cuentas o realizar distintas operaciones, habiendo procedido a disponer en beneficio personal de parte del dinero de tales clientes.

3°. Así, en concreto llevó a cabo los siguientes hechos:

1. Respecto de Roberto Prudencio y su mujer Benita Ofelia , procedió a efectuar operaciones de reintegro por importe cada una de ellas de 400 € los días 9 agosto 2012, 6 septiembre 2012 y 5 octubre 2012, habiendo realizado con anterioridad, el 11 junio 2012 otra operación de reintegro por importe de 1200 € y el 10 julio 2012 una operación de reintegro de 200 €, reconociendo en documento de 21 enero 2013 haber recibido de Roberto Prudencio para ingresar en el Banco de Santander la cantidad de 2600 €. En la misma fecha, 21 enero 2013, reconoce haber recibido de Roberto Prudencio para ingresar en el Banco de Santander la cantidad adicional de 4670 €, cantidad ésta que procedía de la herencia de la madre de Roberto Prudencio . En total ha dispuesto de dinero de Roberto Prudencio y esposa en provecho propio por importe total de 7270 € que no le han sido reintegrados ni por el acusado ni por el banco.

2. Respecto de Natividad Ana , vecina del cercano pueblo de Guadrapero y de 65 años de edad, Roberto Prudencio obtuvo de ella la cantidad de 5000 € en reintegro de 29 enero 2013 y de otros 5000 € mediante reintegro de 7 febrero 2013, con instrucciones de su cliente de ingresarlos en un plazo fijo, habiéndose apropiado en total de 10.000 € en provecho propio, sin haberle devuelto el acusado o la entidad bancaria tales cantidades a Natividad Ana .

3. Respecto de Ruth Diana , de 70 años de edad, casada con Dario Oscar : procedió a extraer sin su autorización 10.785,96 € de la cuenta corriente de la que eran titulares, mediante operación de reintegro de 3500 € el 9 mayo 2012, y operaciones de reintegro de 1142,98 €, 1142,98 € (coincidentes con pagos a la funeraria) y 5000 € el 30 agosto 2013, obteniendo la firma de los reintegros, para justificar las operaciones de Dario Oscar , que firmó los mismos ante la insistencia del acusado de que era necesario regularizar los papeles para enviarlos a Salamanca, y firmando sin tiempo para reflexionar sobre una piedra a la puerta de la vivienda, negándose Roberto Prudencio a dar posteriores explicaciones a Ruth Diana . No ha percibido cantidad alguna ni del acusado ni de la entidad bancaria.

4. Respecto de Faustino Urbano : obtuvo de este la cantidad de 4000 € el 21 enero 2013 con la finalidad de ingresarlos en la cuenta corriente de la que era titular, no efectuando tal operación bancaria con la excusa de que no funcionaba el ordenador de la oficina. No ha sido indemnizado ni por el acusado ni por el Banco.

5. Respecto de Amalia Patricia , de 78 años de edad: mediante operaciones de reintegro obtuvo en beneficio propio un total de 18.000 €, en sucesivas operaciones llevadas a cabo el 25 octubre 2011, por importe de 2000 €; el 7 diciembre 2011, por importe de 8500 €; el 5 julio 2012, por importe de 1500 €, el 7 febrero 2013, por importe de 5000 € y el 2 julio 2013 por importe de 1000 €.

6. Respecto de Amanda Natalia , de 81 años: procedió a efectuar operaciones el 4 diciembre 2008, por importe de 7000 €; el 31 diciembre 2011, por importe de 2000 €; el 16 noviembre 2012, por importe de 2000 €, en fecha no bien precisada operación de 4000 €; 16 noviembre 2012, por importe de 6800 € y en junio de 2013 por un total de 600 €, ascendiendo la cantidad total que ha utilizado en beneficio propio Matias Victorio a 22.400 €, sin que puedan computarse operaciones de reintegro de 10 noviembre 2008, por importe cada una de ellas de 3500 €, al constar en las mismas la firma completa de Amanda Natalia , habiendo manifestado en el acto del juicio que ella

siempre firmaba con los dos apellidos. Estas cantidades no han sido devueltos por parte del acusado ni del Banco de Santander.

7. Respecto de Fabio Enrique y su esposa, Ines Palmira , ya fallecidos, y de los que son herederos sus hijos Estrella Diana , Joaquin Narciso , Joaquin Serafin y Encarnacion Felicidad : procedió a disponer de un total de 61.290 € en beneficio propio mediante operaciones de reintegro llevadas a cabo el 5 julio 2007, por importe de 3500 €; el 3 octubre 2007, por importe de 6000 €; el 4 junio 2008, por importe de 2500 €; en uno de julio de 2009, por importe de 1390 €; el 5 julio 2010, por importe de 1400 €; el 3 noviembre 2010, por importe de 4000 €; el 8 noviembre 2010, por importe de 5000 €; el 1 de diciembre de 2010, por importe de 8000 €, y en uno de diciembre de 2010, por importe de 6000 €, habiendo recibido en mano y con el objeto de ser ingresado en la cuenta, cosa que no se llevó a cabo, el 3 junio 2011 la cantidad de 8500 y 'el 5 mayo 2011 la cantidad de 15.000 €. Los herederos de Fabio Enrique y de Ines Palmira no han recibido cantidad alguna del acusado ni de la entidad bancaria.

8. Respecto de Paulino Urbano , de 80 años de edad: mediante operaciones de reintegro destinó a fines propios la cantidad de 13.500 € en las siguientes fechas: el 4 marzo 2013 por importe de 3000 €; el 4 junio 2013 por importe de 3000 C; el 19 junio 2013 un importe de 3000 C (a través de la cartilla de su hija Guadalupe Manuela); el 21 junio 2013 por importe de 1500 €, y el 11 julio 2013 por importe de 3000 C. No ha obtenido indemnización alguna del acusado ni de la entidad bancaria.

9. Respecto de Fructuoso Urbano , de 80 años de edad: al margen de un préstamo por importe de 1000 € que Fructuoso Urbano concedió a Matias Victorio al necesitar este dinero por tener a su mujer enferma, el acusado dispuso en interés propio, y frecuentemente con la excusa de que no funcionaban los ordenadores de la oficina para realizar de modo efectivo los ingresos y actualizar las cartillas, de un total de 19.700 € mediante reintegros de 4000 € el 31. agosto 2011; de 8500 € el 16 septiembre 2013, entrega en mano de 1200 € y entrega en mano de 6000 € el 19 junio 2013. Fructuoso Urbano no consta haber sido indemnizado por el acusado ni por el Banco.

10. Respecto de Guillermo Tomas : Matias Victorio ha dispuesto de un l ot al de 7800 € del mismo mediante entregas en mano en el mes de marzo de 2013 de 2200 €; de 1000 el 18 junio 2013, y habiendo reconocido el 28 agosto 2013 haber recibido otros 4600 € en mano para ingresar en el Banco. lia sido indemnizado por el Banco en la cantidad de 1000 C.

11. Respecto de Gumersindo Ovidio , de 76 años de edad, pariente y amigo del acusado: ha dispuesto en beneficio propio de un total de 7600 € ya que el 3 diciembre 2012 extrajo de su cuenta corriente de 1000 € sin autorización; el 27 agosto 2012 procedió a extraer en dos operaciones las cantidades de 2500 € y 2500 € con la excusa de realizar gestiones del Banco y el 12 diciembre 2013, y con la misma excusa realizó otros dos extracciones por importe cada una de ellas de, 2500 €, habiendo dispuesto sin autorización de un total de 11.000, € de los que devolvió 3400 €, y habiendo reintegrado el Banco al perjudicado la cantidad de 1000 €.

12. Respecto de Augusto Leoncio , pensionista: el acusado ha dispuesto en beneficio propio de 15.000 € de las cuentas de Augusto Leoncio mediante reintegros efectuados con distintas excusas, en particular el realizar ingresos en concepto de plazo fijo, no permitiendo la actualización de cartillas o el reflejo informático de las operaciones con la excusa de averías en el ordenador, a través de los siguientes reintegros: 24 febrero 2011 por importe de 2000 €; 1 de octubre de 2011 por importe de 1000 €; 30 noviembre 2011 por importe de 1000 €; 29 diciembre 2011 por importe de 900 €; 29 de febrero de 2012 por 1000 €; el 31 mayo 2011 por importe de 1000 €; el 21 junio 2011 por importe de 1000 C; el 21 agosto 2012 por 3000 €; el 3 octubre 2012 por 1000 €; el 11 octubre 2012 por 1500 €; el 7 diciembre 2012 por 1000 C y el 31 diciembre 2012 por 1100 C. Augusto Leoncio ha sido indemnizado por el Banco de Santander en 1000 €.

13. Respecto de Humberto Isidro : mientras se encontraba residiendo en Suiza el día 4 septiembre 2013 el acusado extrajo sin autorización de su cuenta la cantidad de 12.000 €, valiéndose para ello de la firma de la madre de Humberto Isidro , de avanzada edad. No consta haber sido indemnizado ni por el acusado ni por el Banco.

14. Respectó de Sagrario Emma : como consecuencia del vencimiento de un plazo fijo, correspondiente a la herencia de su madre, por importe de 6755 €, el imputado se apropió de esa cantidad sin ingresarla en la cuenta de , Sagrario Emma , que no ha sido indemnizada ni por el acusado ni por el Banco de Santander.

15. Respecto de Apolonia Noemi : como consecuencia de operaciones de división de herencia tras el fallecimiento del padre de esta el acusado debía ingresar en la cuenta corriente la cantidad de 5800,25 €, realizando tan sólo un ingreso en mayo de 2013 de dos cantidades de 1166,12 €, disponiendo en consecuencia de los 3468,01 € restantes, cantidad esta de la que no ha sido indemnizada ni por el acusado ni por el Banco.

16. Respecto de Ismael Moises , de 72 años de edad: los días 25 y 26 septiembre 2013 entregó al acusado en dos operaciones distintas de 10.000€ cada una por un total de 20.000 € para ingreso en cuenta, sin llevar a cabo esta operación bancaria y disponiendo en beneficio propio del dinero el acusado, que no obstante ha reintegrado a Ismael Moises la cantidad de 1000€.



17. Respecto de Angela Gemma , de 77 años: Angela Gemma entregó a Matias Victorio la cantidad de 2000 € para ingresar en la cartilla, operación que éste no llevó a cabo, del mismo modo que tampoco procedió abonar a ingresar los 700 € de la pensión una vez autorizada por esta para efectuar la operación de reintegro. Angela Gemma autorizó el reintegro de 6000 € en favor de Matias Victorio en concepto de préstamo personal. Ha sido indemnizada por el Banco de la cantidad de 2000 €, habiéndole abonado Matias Victorio la cantidad de 4200 €, por lo que adeuda 2500 C.

18. Respecto de Ambrosio Leonardo , de 64 años de edad, compañero y ex cuñado de Matias Victorio : Ambrosio Leonardo procedió a efectuar una transferencia de sus ahorros en una cuenta del BBVA en Canarias por importe de 16.000 a la oficina de Matias Victorio , pudiendo comprobar posteriormente la absoluta falta de fondos en la misma como consecuencia de operaciones de reintegro efectuadas por el acusado, quien no obstante procedió a efectuar ingresos hasta 14.000 €. Consta igualmente un reintegro efectuado por Matias Victorio de 500 €, por lo que éste ha dispuesto en beneficio propio de la cantidad de 2500 €, cantidad que no sido reintegrada ni por el acusado ni por el Banco de Santander.

19. Respecto de Felipe Pedro , de 66 años el día de su declaración judicial y fallecido a la fecha del juicio oral: tras haber contratado un plazo fijo por importe de 30.000 €, esta cantidad no fue ingresada por Matias Victorio en la cuenta corriente correspondiente, sin perjuicio de un préstamo de la misma cantidad y que fue oportunamente devuelto por Matias Victorio . Tras la devolución de algunas cantidades Matias Victorio ha dispuesto en beneficio propio de la cantidad de 21.400 €, y se han llevado a cabo reintegros no autorizados el 21 octubre 2009 por importe de 5000 €, el 15 diciembre 2011 por importe de 500 €, el 21 enero 2012 por importe de 1000 € y el 31 enero 2012 por importe de 400 €, lo que supone un total de 6900 €, cantidad esta que no ha sido devuelta ni por Matias Victorio ni por el Banco de Santander.

20. Respecto de Evangelina Otilia y Donato Fabio , de 69 y 71 años: el acusado extrajo sin autorización de su cuenta corriente la cantidad de 2000 € el 7 agosto 2012, sin haber procedido a la devolución de la misma y sin que conste la indemnización por el Banco de Santander.

21. Respecto de Ana Guillerma , de 78 años de edad, amiga del acusado, que le gestionaba sus asuntos: el día 4 septiembre 2012 Ana Guillerma prestó la cantidad de 3000€ a Matias Victorio , con el compromiso de este devolverlo en tres meses, efectuándole un nuevo préstamo de otros 3000€ el 4 junio 2013, de los que ha devuelto 100€, préstamos personales que son efectuados por Ana Guillerma al darle pena la situación personal por la que atravesaba Matias Victorio .»

Segundo.

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

« FALLO

Condenamos a Matias Victorio Como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal , en relación con los artículos 249 y la 250.5 ° y 6°, en concurso con un delito continuado de falsedad documental del artículo 392.1 en relación con el artículo 390.1. 2°del Código Penal a la pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de nueve meses con una cuota diaria de 15 €, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional de asesoramiento financiero y/o relacionada con la actividad bancaria por 10 años, absolviéndole del delito de estafa continuado del que era acusado.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad le servirá de abono el tiempo que ha permanecido privado de la misma por esta causa.

En concepto de responsabilidad civil se condena a Matias Victorio y subsidiariamente el Banco de Santander a abonar las siguientes cantidades a las personas que se indican:

1. A Roberto Prudencio y su mujer Benita Ofelia 13ikonda, 7270 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.
2. A Natividad Ana , 10.000 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.
3. A Ruth Diana , 10.785,96 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.
4. A Faustino Urbano : 4000 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.



5. A Amalia Patricia , 18.000 €, a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.

6. A Amanda Natalia , 22.400 €, a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.

7. A Estrella Diana , Joaquin Serafin y Encarnacion Felicidad : 61.290 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario..

8. A Paulino Urbano , 13.500 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.

9. A Fructuoso Urbano , 19.700 C a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.

10. A Guillermo Tomas : 7800 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander abonará con carácter subsidiario, 6800 C.

11. A Gumersindo Ovidio , 7.600 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario, abonará 6600 C.

12.A Augusto Leoncio , 15.000 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario abonará 14.000 C.

13.A Humberto Isidro : 12.000 €, a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.

14. A Sagrario Emma : 6755 €, a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.

15. A Apolonia Noemi : 3468,01 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.

16. A Millan Pablo , 19.000 euros, a abonar por Matias Victorio pero no por el Banco de Santander ni siquiera con carácter subsidiario.

17. A Angela Gemma , 2500 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.

18.A Ambrosio Leonardo , 2500 €, a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.

19. A Felipe Pedro , 21.400 €, de los que responde únicamente Matias Victorio , y 6900 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.

20. A Evangelina Otilia y Donato Fabio : 2000 € a abonar por Matias Victorio y el Banco de Santander con carácter subsidiario.

21. A Ana Guillerma : 0 €, por tratarse de préstamos personales.

Con aplicación en todos los casos de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , respecto del abono de los intereses de tales cantidades

De todas las cantidades devengarán los intereses legales.

Todo ello sin perjuicio de que Matias Victorio , indemnice al Banco Santander en la cantidad de 49.684,46 €, más intereses legales, abonados por éste a los clientes afectados por la apropiación indebida.

Matias Victorio deberá abonar la mitad de las costas causadas, incluidas las de las acusaciones particulares, excepto la correspondiente al Banco de Santander.»

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se solicitó aclaración de la sentencia cuyo auto fue dictado el 13 de octubre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

«1°. Se aclara el hecho 3°-16, el fundamento 4°-16- y el punto 16. del fallo de la sentencia de 26 de septiembre de 2016 para hacer constar que el nombre del perjudicado es D. Millan Pablo .

2°. Se aclara el fundamento de derecho 4°-16 y el fallo de la sentencia en su punto 16- para hacer constar:

"16. A D. Millan Pablo , 19.000 € a abonar por Matias Victorio y subsidiariamente por el Banco de Santander".

3°. No ha lugar a la aclaración-solicitada respecto de Da Angela Gemma



Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados.

Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpen desde que se solicitó su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, en su caso, y, en ' todo caso comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de la presente.»

Cuarto.

Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º. Amparado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 5.4 de la L.O.P.J que faculta la misma en caso de vulneración de derechos fundamentales del art. 24 CE .

2º. Amparado en el art. 849.1 de la L.E.Crim por infracción de ley en relación al art. 252 CP infringido.

3º. Amparado en el art. 849.1 de la L.E.Crim por infracción de ley al considerar infringido el art. 250.1 5 CP en relación al art. 131 y 252 CP .

4º. Amparado en el art. 849.1 de la L.E.Crim por infracción de ley al considerar infringidos el art. 66 y 74 CP .

5º. Amparado en el art. 849.1 de la L.E.Crim por infracción de ley al considerar infringidos el art. 250.1.6 CP sobre abuso de las relaciones personales entre víctima y defraudador.

6º. Amparado en el art. 849.1 de la L.E.Crim en relación a los siguientes preceptos infringidos: art. 390.1.2 y art. 392 CP .

7º. Amparado en el art. 850.2 L.E.Crim por quebrantamiento de forma en relación a la ausencia de prueba de que son herederos, así como, la renuncia de la responsabilidad civil y el no ofrecimiento de acciones previo a los herederos de D. Felipe Pedro .

8º. Amparado en el art. 851.1 L.E.Crim por quebrantamiento de forma respecto a hechos considerados probados que no lo han sido.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 11 de enero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 bis a) y b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal examinaremos en primer lugar los motivos que denuncian quebrantamiento de forma. Es decir, en primer lugar, el séptimo. En el mismo se denuncia ausencia de prueba de que los herederos del perjudicado D. Felipe Pedro , fallecido antes de la celebración del juicio oral, son efectivamente sus herederos, y también la falta de ofrecimiento de acciones previo a los referidos herederos.

El artículo 850.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal invocado en el motivo se refiere como causa de quebrantamiento de forma a la falta de citación del procesado, del responsable civil subsidiario, de la parte acusadora o del actor civil, lo que se debe vincular al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, de lo que deriva que su trascendencia ha de entenderse en sentido material y no meramente formal.



2. La parte acusada carece de legitimación, por no derivársele gravamen, para denunciar la falta de convocatoria de los perjudicados a que alude el motivo.

Por otra parte, en el presente procedimiento consta que D. Felipe Pedro fue correctamente citado como perjudicado, siéndole realizado el correspondiente ofrecimiento de acciones civiles, y no manifestando renunciar a su ejercicio en el procedimiento penal. Se dice que antes del juicio este perjudicado falleció, y en la sentencia se estableció una indemnización a su favor de 21.400 euros.

Nada dice el fallo sobre el derecho de quienes sean herederos de aquel perjudicado. Por ello no cabe resolver en el marco de este recurso una cuestión a suscitar solamente en fase de ejecución de esa parte del fallo por los interesados cuando se personen, en su caso, como sucesores procesales del fallecido actor civil para el cobro de la indemnización.

No se ha producido, por tanto, el quebrantamiento de forma invocado por el recurrente, por lo que procede la inadmisión del motivo conforme al artículo 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Segundo.

El segundo motivo formal busca amparo en el artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , alegando al respecto como vicio tener por probados hechos que realmente, según alega, no han sido acreditados.

No se fundamenta la impugnación en la existencia de falta de claridad, contradicción o predeterminación del fallo, defectos éstos que sí afectarían a la factura interna y gramatical del relato fáctico.

El argumento invocado por el recurrente, esto es, que no existe prueba documental que sustente los hechos probados, es relativo al derecho a la presunción de inocencia, y será analizado oportunamente en el fundamento jurídico siguiente.

No se ha producido, por tanto, el quebrantamiento de forma invocado, por lo que procede la inadmisión del motivo conforme al artículo 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Tercero.

1. En el primero de los motivos, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se alega por el penado que se ha producido infracción de precepto constitucional por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española en lo relativo al derecho a la presunción de inocencia.

Se alega que no existe prueba de cargo suficiente para sustentar la condena al recurrente y, en particular, que no existe prueba relativa a la supuesta apropiación realizada por el recurrente respecto de cantidades dinerarias de los siguientes perjudicados: los herederos de D. Fabio Enrique (hecho probado 7); D. Millan Pablo (hecho probado 16); D. Augusto Leoncio (hecho probado 12); D^a Amalia Patricia (hecho probado 5); y D^a Amanda Natalia (hecho probado 6).

2. La argumentación del motivo adolece de una importante inconcreción que hace ardua la refutación de las tesis del recurso. Así tacha de incorrectos números de cuenta aportados por los denunciadores, pero no especifica cuales; tilda de huérfanas de prueba algunas cuantías económicas apropiadas, pero no especifica cuales; reconoce haber firmado un reconocimiento de deuda pero niega su veracidad sin ofrecer explicación alguna ni de la razón de la firma ni de la protesta de tal falsedad, o, en fin, alega que varios perjudicados han reconocido haber sido resarcidos pero no los identifica.

No obstante el motivo se examinará desde la perspectiva de la garantía invocada.

3. En cuanto a la presunción de inocencia, el recurso de casación no es el escenario para la actividad de reconstrucción del pasado en relación a los hechos imputados. En la casación no se practica prueba. La función de este recurso es determinar si la que se lleva a cabo en las resoluciones recurridas se acomoda a las exigencias de aquella garantía constitucional. En definitiva si existen razones que legitimen lo imputado y la decisión.

Suele decirse que ello se lleva a cabo mediante lo que se considera un triple juicio: a) El «juicio sobre la prueba», para constatar si existió prueba de cargo; b) «El juicio sobre la suficiencia», referido a la consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y c) «El juicio sobre la motivación y su razonabilidad», sobre si se explicitaron los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.



Todo ello para determinar si la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

Pero una tal construcción quizás puede considerarse insuficiente.

La garantía de presunción de inocencia implica, en efecto, una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, como presupuesto, que aquella actividad probatoria se constituya válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La justificación de la conclusión probatoria establecerá los datos de procedencia externa aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión empuja a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión coherente que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de objetiva .

En definitiva la argumentación de la conclusión probatoria debe partir de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente como premisas correctas (justificación externa) y desde aquéllas las inferencias (justificación interna) se deben acomodar al canon de coherencia lógica y a la enseñanza de la experiencia, entendida como «una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes».

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La certeza alcanzada puede, sin embargo, no excluir dudas, por lo demás consustanciales al conocimiento humano. Ciertamente las dudas pueden surgir por un lado respecto de aquella justificación interna, si la conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a partir de otros datos externos con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son razonables las dudas sobre la afirmación acusadora. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero, y de ahí la relativización antes mencionada, fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si debió dudar.

No es acorde a nuestra Constitución mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria.

4. Los razonamientos jurídicos de la sentencia recurrida describen el resultado de la valoración de los medios de prueba practicados en el plenario, y el juicio deductivo mediante el cual el Tribunal forma su convicción. Para fundamentar, en general, la condena del recurrente, el Tribunal de instancia dispuso y valoró los siguientes medios de prueba:

(i) El interrogatorio del propio acusado, que reconoció parcialmente los hechos cuando le fue concedida la última palabra en el juicio oral, manifestando discrepancia sobre los importes concretos de los que se apropió y sobre las cantidades efectivamente devueltas.

(ii) La declaración de todos y cada uno de los afectados en su condición de testigos en el acto del juicio.

Destaca el Tribunal que todos los testigos reconocieron haber mantenido una relación de confianza con D. Matias Victorio , que era agente del Banco de Santander. Coincidieron en afirmar que fue tal confianza la que les llevó a poner en manos de D. Matias Victorio determinadas operaciones, o simplemente a fiarse de cuanto les decía en relación con las cantidades que le entregaban, con objeto de llevar a cabo aperturas de cuentas, normalmente plazos fijos, y realizar operaciones. Además, bajo dicha confianza, pidieron a D. Matias Victorio que cobrara las pensiones que percibían con la finalidad de que éste se las entregase en mano al visitarles. Manifestaron los testigos que comprobaron posteriormente la inexistencia de fondos en las cuentas o el desfase existente entre las cantidades entregadas a D. Matias Victorio y las que realmente constaban en el banco, y precisaron muchos de los testigos que D. Matias Victorio daba excusas con la finalidad de que de inmediato no pudiesen comprobar los saldos existentes, como que se había producido la caída del sistema informático, fallos en el ordenador o deficiencias en el cajero automático y en la máquina de actualización de las cartillas. Destaca el Tribunal de instancia que muchos testigos afirmaran además que sus cartillas permanecían en poder de D. Matias Victorio .

(iii) La declaración de los distintos empleados del Banco de Santander que llegaron a tener contacto por motivos laborales con D. Matias Victorio . Sus testimonios permitieron constatar que el acusado prestaba servicios como agente para el Banco de Santander, entre otras razones, por sus condiciones personales y por el alto grado de conocimiento y confianza que mantenía con los vecinos de la localidad, lo que permitía aumentar el número de clientes y operaciones. En esa relación, se justificó la disponibilidad de una «cuenta de colaboración», integrada en las de la red de agentes y dependiente del Centro de Gestión de Agentes del Banco de Santander y del Director de zona de Ciudad Rodrigo. El Banco de Santander realizaba controles mensuales de las operaciones del recurrente en relación con aquella cuenta de colaboración por lo que en un determinado momento se observaron irregularidades en la forma de operar, retrasos injustificados en el envío de documentación y otras deficiencias que determinaron el bloqueo de claves y la finalización de esa peculiar forma de trabajo.

En particular destaca la declaración de D. Isidro Urbano , director de zona de la red de agentes de Ciudad Rodrigo, al que los perjudicados manifestaron los problemas que tenían con D. Matias Victorio . Indicó en el juicio oral que llegó a tener conocimiento de las irregularidades, que él calificó de errores. Y reconoció que D. Matias Victorio se retrasaba mucho en enviar al banco la documentación de las operaciones que realizaban sus clientes.

Destaca también el Tribunal de instancia la declaración de D. Víctor Higinio , subdirector del Centro de Gestión de Agentes de León, del que dependía D. Matias Victorio . Este testigo reconoce que se realizaban auditorías sobre operaciones de más de 1.000 € y que el Centro, a través de sus cinco empleados realizaba todo tipo de controles, llegando a bloquear las claves de D. Matias Victorio en cuatro o cinco ocasiones como consecuencia de la tardanza en enviar la documentación a tiempo, comunicando el bloqueo al director de la zona y observando desfases de hasta 19 días.

(iv) La abundante documentación bancaria obrante en autos, relativa a las operaciones realizadas con los distintos perjudicados.

Se considera que la documentación bancaria, valorada con la declaración del acusado y de los testigos pone de manifiesto que D. Matias Victorio simulaba documentos contables y bancarios (libretas y reintegros), como medio necesario para aparentar ante el Banco y ante los clientes que la operación ordenada por los impositores se había realizado. Aparentaba la veracidad de la operación, cuando en realidad tal operación era ficticia e irreal, pues el numerario no había entrado en la contabilidad del Banco, sino que se lo había apropiado el acusado.

(v) El informe de auditoría del propio Banco de Santander que justifica los importes relativos a las distintas apropiaciones.

Esta Sala considera, en definitiva, que el Tribunal de instancia ha percibido y valorado la prueba practicada desde la inmediación, con racionalidad, ponderando adecuadamente los indicios probatorios existentes para apreciar que el acusado D. Matias Victorio realizó los hechos que constituyen el tipo penal de delito continuado de apropiación indebida, en concurso con un delito continuado de falsedad documental.

5. Por lo que se refiere a los concretos apartados de los hechos probados antes enunciados, también resulta argumentada la tesis de la sentencia. Respecto de las cantidades distraídas en perjuicio de los herederos de D. Fabio Enrique , la desviación patrimonial consta acreditada mediante el testimonio de los perjudicados y su contraste con la documental aportada por la entidad bancaria. La apropiación de diversas cantidades de D. Millan Pablo , D. Augusto Leoncio , D^a Amalia Patricia y D^a Amanda Natalia se acreditó igualmente mediante los testimonios de cada uno de los perjudicados.

Conforme a lo expuesto, no puede entenderse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de D. Matias Victorio .



Cuarto.

1. El segundo de los motivos denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , infracción del artículo 252 del Código Penal . Alega que los préstamos que solicitó D. Matias Victorio a los clientes del banco, respecto de los que tiene que abonar indemnizaciones a los perjudicados en concepto de responsabilidad civil, han de ser excluidos del ámbito del delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal , por tratarse de ilícitos civiles que deben ser reclamados ante la jurisdicción civil.

Se considera también que es improcedente la reclamación por parte del Banco de Santander del importe de las cantidades abonadas en concepto de indemnización a los clientes perjudicados, puesto que igualmente debería reclamarla en la vía civil.

2. Esta última pretensión es ajena al contenido del precepto invocado por lo que no puede ampararse en este cauce casacional.

La referencia a los préstamos, como supuesto atípico penalmente, olvida que no es ese el título jurídico que se toma en consideración como origen de la posesión inicialmente lícita que el acusado transformó en ilícita a partir del apoderamiento imputado. El cauce casacional obliga a partir de la declaración de hechos probados tal como se enuncia en la recurrida. En tal enunciado solamente se hace referencia a préstamo en el caso del hecho probado 17. No obstante e incluso en tal supuesto la cantidad entregada en efectivo, al margen de la idea de préstamo (2000 euros), más lo que se le permitió percibir (700) como pensión de la perjudicada, cantidades que hizo suyas el acusado, supera el importe que se hace objeto de la responsabilidad civil. Por otra parte tal particular deja en todo caso incólume la calificación de los hechos por lo que el motivo se rechaza.

Quinto.

1. El tercero de los motivos, formulado también por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , alega que se ha infringido lo dispuesto en el artículo 250.1 , 5º en relación con los 131 y 252 del Código Penal .

Amalgama diversos argumentos, incluyendo los no susceptibles de suscitarse como tal infracción de ley. Incluso parece admitir que existió una apropiación superior a los 50.000 euros en el caso de los herederos de D. Fabio Enrique . Y centra su impugnación no solamente en la supuesta prescripción de tal apoderamiento ilícito, sino en cuestionar la correspondencia de números de cuenta denunciado con el que figura en los extractos bancarios, negando que se apoderase de la cantidad que se indica en este apartado.

2. Reiteramos que en este motivo no cabe hacer cuestión del relato de hechos probados, que, por otra parte, hemos ratificado al rechazar anteriores impugnaciones. Y sobre la corrección de la calificación volveremos al examinar los siguientes motivos.

En cuanto a la alegación de prescripción basta recordar que, cuando se trata de un delito continuado no comienza a transcurrir tal prescripción sino desde el último de los actos típicos. Y que, cuando se trata de concurso medial, análogos a estos efectos de prescripción, el plazo prescriptivo del conjunto delictivo será el que corresponda al delito más grave, computándose desde la fecha de consumación del delito-fin, cuando el delito-instrumento es anterior. La prescripción comienza cuando el delito termina, por lo que el cómputo del plazo no puede iniciarse antes de que el concurso o continuidad delictivos se hayan perfeccionado, por la producción del resultado típico. La unidad delictiva prescribe de modo conjunto porque el transcurso del tiempo no puede excluir la necesidad de pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial.

No cabe olvidar que el delito de apropiación imputado está tipificado en el artículo 250 con pena privativa de libertad que, como veremos al examinar el siguiente motivo, alcanza los seis años por lo que, conforme al artículo 131 del Código Penal prescribe a los diez años, en ningún caso transcurridos antes del inicio del proceso desde el diez a quo antes indicado.

Sexto.

1. El cuarto motivo, también al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la infracción de los artículos 66 y 74 (luego sustituida la cita por el artículo 77, incorrectamente) del Código Penal respecto de los subtipos ya agravados del artículo 250.1.5º del Código Penal estimando que se ha vulnerado el



principio «non bis in idem», al haberse impuesto la pena en su mitad superior por aplicación de aquellos preceptos. No podría, según el recurrente, considerarse a la vez que se ha perjudicado a varias personas y considerar que el delito es continuado ya que esto va implícito en aquella pluralidad de víctimas.

2. Por un lado la agravación por razón del número de víctimas no es la determinante de la sentencia recurrida para aplicar el artículo 250.1.5. del Código Penal . Aunque la sentencia haga una indebida referencia a ello. En la redacción del Código Penal vigente (la dada por Ley Orgánica 5/2010) al tiempo de los hechos no se hace referencia a esa pluralidad de víctimas en el artículo 250.1 del Código Penal . Esa circunstancia se introduce en la redacción dada por Ley Orgánica 1/2015.

Pero acierta el recurrente cuando denuncia duplicidad de valoración de la misma circunstancia para considerar como continuado el subtipo en cuanto agravado por la cuantía de lo defraudado. Porque ninguna entrega superó el límite del apartado 5 del artículo 250.1 del Código Penal . Ni siquiera en el caso del hecho probado 7 a que se refería el motivo anterior. En ese caso aquella cuantía resultaría de la suma de varias cantidades que, cuando se hicieron suyas pro el autor, en ningún caso rebasaban tal tope típico de agravación. Y ello resulta así del propio discurso de la sentencia al describir el citado apartado 7 del hecho probado.

En consecuencia, por aplicación del artículo 74 del Código Penal apartado 2 del Código Penal procede considerar la cuantía resultante de la suma de todas las cantidades apropiadas como determinantes del tipo agravado, pero no de continuidad de la agravación por tal razón, porque eso sí supondría una doble valoración del mismo dato.

Lo que nos lleva a una estimación parcial del recurso. No obstante lo que diremos sobre la individualización de la pena en la segunda sentencia a la vista del rechazo del siguiente motivo.

Séptimo.

1. El recurrente alega como quinto motivo, que se ha producido infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 250.1.6º del Código Penal , sobre abuso de las relaciones personales entre víctima y defraudador. Se alega que no existió una especial relación de confianza del recurrente con los distintos perjudicados en el momento de los hechos

2. Como indica de manera extensa la STS 349/2016, de 25 de abril , que recopila la doctrina de esta Sala en este tema, la aplicación del subtipo exacerbado por el abuso de relaciones personales del artículo 250.1.6º del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza a determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo.

También hemos dicho (STS 1090/2010, de 27 de noviembre) que el abuso de la credibilidad empresarial o profesional pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21 de abril y 813/2009 de 7 de julio).

Tal y como consta en los hechos probados, el acusado cometió los hechos valiéndose de la confianza depositada en él como agente colaborador de la entidad bancaria. Conforme a los hechos probados, el recurrente mantenía contacto habitual con los clientes del banco, muchos de ellos eran conocidos de toda la vida, entre los que se encontraban personas de edad avanzada, o con problemas de salud. Consta igualmente acreditado que Matias Victorio efectuaba frecuentes visitas a los perjudicados, y se ocupaba personalmente de hacer gestiones personales de los mismos relativas especialmente al cobro de las pensiones y operaciones bancarias

En el caso analizado, se cumplen los requisitos necesarios para la aplicación de la agravación, puesto que el acusado aprovechaba su credibilidad profesional y sus relaciones de vecindad, familiaridad y cercanía con los perjudicados, para generar confianza en su gestión, y apropiarse de los fondos que estos le confiaban.

Por tanto, debe estimarse correcta la aplicación de dicha agravación y rechazarse el motivo.

Octavo.

1. El recurrente alega como sexto motivo, que se ha producido infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 390.1.2º y del artículo 392 del Código Penal



Se alega que no se han practicado periciales de las firmas que aparecen en los resguardos bancarios, por lo que se considera que no concurren los elementos del tipo del delito de falsedad documental.

2. El cauce casacional elegido no autoriza, debemos reiterar, a cuestionar el relato del hecho probado y éste permanece incólume una vez rechazada la impugnación de la misma bajo pretexto de vulneración de la presunción de inocencia.

Por otra parte esta Sala tiene establecido en reiteradas resoluciones (STS 279/2010, de 22 de marzo ; 888/2010 de 27 de octubre ; 312/2011 de 29 de abril ; 309/2012 de 12 de abril ; y 476/2016, de 2 de junio , entre otras) que son elementos del tipo de falsedad documental los siguientes:

a) Un elemento objetivo propio de toda falsedad, consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal, esto es, por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el art. 390 del Código Penal .

b) Que dicha «mutatio veritatis» o alteración de la verdad afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas. De ahí que para parte de la doctrina no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida por el agente sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva.

c) Un elemento subjetivo consistente en la concurrencia de un dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad.

Además es jurisprudencia reiterada de esta Sala que el delito de falsedad documental no es un delito de propia mano (SSTS 858/2008 y 305/2011), es decir para ser autor no se exige que materialmente la persona concernida haya falsificado de su propia mano los documentos correspondientes, basta que haya tenido el dominio funcional de la acción y que otra persona, aún desconocida, haya sido el autor material, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción con tal que tenga el dominio funcional sobre la falsificación.

3. Consta en los hechos probados que el acusado simuló total o parcialmente los documentos e impresos bancarios que era preciso cumplimentar para realizar las operaciones de préstamo, reintegro, o ingreso de dinerario en las cuentas corrientes o en las cartillas o libretas de ahorros de los perjudicados. Muchas veces aparecían dichos documentos firmados directamente por los interesados, pero incluso entonces, el acusado realizaba alteraciones en los asientos para que, de una u otra forma, amparasen sus apropiaciones, o inducía a error sobre su contenido. En otras ocasiones, simulaba anotaciones en libretas y reintegros para aparentar ante el Banco y los clientes una concreta operación que, al no ingresar el numerario en la contabilidad bancaria, resultaba ficticia o irreal. Se dan por tanto todos los elementos del tipo de falsedad en documento privado.

Además, los referidos hechos resultaron acreditados, como ya se ha manifestado, mediante el propio reconocimiento parcial por parte del acusado, y mediante los testimonios de los perjudicados a la vista de la abundante prueba documental bancaria obrante en autos.

Ha de concluirse que la actividad probatoria no practicada, de ausencia de pericial caligráfica, no resultó trascendente para determinar los hechos que se atribuyeron al recurrente.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo del recurso.

Noveno.

La parcial estimación del recurso lleva a declarar de oficio las costas del mismo conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

FALLO

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

Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Matias Victorio , contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, con fecha 26 de septiembre de 2016 , sentencia que se



casa y se anula parcialmente para ser sustituida por la que se dicta a continuación. Declarando de oficio las costas derivadas del presente recurso.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 523/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral Garcia
D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 25 de enero de 2018.

Esta sala ha visto la causa rollo nº 29/2015, seguida por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca dimanante del Procedimiento Abreviado nº 627/2013, instruido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Ciudad Rodrigo, por un delito continuado de estafa agravada y un delito continuado de apropiación indebida contra D. Matias Victorio , con DNI nº NUM000 , nacido el NUM002 de 1949 en Morasverdes, hijo de Arcadio Oscar y de Lorena Veronica , en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 26 de septiembre de 2016 , que ha sido recurrida en casación por el procesado, y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se acepta la declaración de hechos probados de la recurrida con la advertencia de no modificación de que en los mismos no se recoge que en ningún ocasión el acusado hiciera suya una cantidad que aisladamente superase los 50.000 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la recurrida a excepción del rebatido en el sexto de la sentencia de casación. Por ello, estimando que no existe continuidad en la comisión del subtipo agravado en cuanto tal agravación deriva de la cuantía de lo apropiado, debemos fijar la pena sobre las siguientes bases:

a) El delito de apropiación agravado se estima en continuidad en cuanto aquella agravación deriva de la previsión del artículo 250.1.6ª del Código Penal . Por lo que la pena por tal delito debe incluirse en una extensión, en cuanto a la prisión, desde 3 años, seis meses y un día a seis años; y, en cuanto a la multa, de nueve a doce meses.

b) El delito de falsedad debe ser penado, en principio con pena mitad superior de la prisión que va desde los seis meses a los tres años y multa que va de los seis a los doce meses, es decir, respectivamente, un año y nueve meses de prisión a tres años y nueve a doce meses de multa.

c) Por aplicación del artículo 77 del Código Penal en su redacción vigente al tiempo de los hechos, procedería imponer la pena de la apropiación en una nueva mitad superior que abarcaría desde cinco años y un día a seis años de prisión y diez meses y quince días de multa a doce meses. Tales medidas son inferiores a la suma de las dos penas mínimas previstas en los párrafos a) y b)

d) No obstante por aplicación del artículo 77 en la redacción dada por Ley Orgánica 1/2015 , el concurso de delitos permite que se imponga la pena que simplemente sea superior a la que correspondería al más gravemente penado de los concurrentes, que tampoco supere el límite de la suma de las previstas para ambos delitos. Por ello la pena podría discurrir desde la que se superase a la que se impondría por la apropiación agravada en continuidad y con el límite máximo de la suma de las penas de apropiación agravada y falsedad en continuidad.

La impuesta en la sentencia de instancia, cuatro años y seis meses de prisión y multa de nueve meses, supera el límite mínimo y no alcanza el máximo. Era pues correcta. No obstante la consideración de que no concurre la continuidad en el subtipo como determinado de su agravación por cuantía de lo apropiado, nos lleva a reducir la pena cuatro años de prisión con la misma multa, mínima de posible imposición.

Por ello

FALLO

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

Condenamos a D. Matias Victorio como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal , en relación con los artículos 249 y la 250.5 ° y 6°, en concurso con un delito continuado de falsedad documental del artículo 392.1 en relación con el artículo 390.1. 2° del Código Penal a la pena de cuatro años de prisión y multa de nueve meses con una cuota diaria de 15 €, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional de asesoramiento financiero y/o relacionada con la actividad bancaria por 10 años, absolviéndole del delito de estafa continuado del que era acusado.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad le servirá de abono el tiempo que ha permanecido privado de la misma por esta causa.

Mantener los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no modificados por el presente fallo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma o cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

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.