



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064285

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 444/2019, de 3 de octubre de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1405/2018

SUMARIO:

Delito de apropiación indebida. Atenuante de reparación del daño.

Existe apropiación indebida cuando el Letrado, tras realizar o no gestiones correspondientes al asunto aceptado y sin rendir cuentas de las mismas, no devuelve las cantidades percibidas en provisión de fondo. La provisión de fondos hecha anticipadamente no supone, contra lo alegado por el recurrente, un pago de honorarios, en cuanto que, incluye un depósito para posibilitar los gastos suplidos con su entrega, y como tal representa una provisión para ser usada solo en aquellos gastos, no para ser apropiadas en beneficio del receptor.

Inviabilidad de hacerse autopago de la minuta de sus honorarios, con cargo a una provisión de fondos, entregado para el pago de impuestos correspondientes a un legado de una vivienda; tanto más cuando el cometido principal quedó sin realizar. La existencia de minuta pendiente no enerva la tipificación del delito de apropiación indebida, por la falta de devolución del dinero entregado en provisión de fondos, cuando le es reclamado al Letrado; pues carece de toda complejidad la concreción de ese crédito. No existe un ius retentionis para cobro de la minuta de letrado.

La entrega de joyas, aceptada y elegidas por la perjudicada, quien había sido antes empleada en la joyería, por un valor en un 30% superior a la deuda, en un momento en que el acusado, ya no ejercía su profesión por incapacidad, integra la atenuante de reparación del daño que debe ser estimada como muy cualificada.

Para la especial cualificación de la atenuante de reparación del daño, se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 1, 5, 10, 21.5 y 252.

Constitución española, art. 24.

PONENTE:

Don Andrés Palomo del Arco.

Magistrados:

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

Don PABLO LLARENA CONDE

Don SUSANA POLO GARCIA

Don CARMEN LAMELA DIAZ

RECURSO CASACION núm.: 1405/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO



Sala de lo Penal

Sentencia núm. 444/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Andres Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo Garcia

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 3 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción ley y quebrantamiento de forma número 1405/2018, interpuesto por D. Raúl representado por la procuradora D.^a María Angustias Garnica Montoro bajo dirección letrada de D. Javier Alfonso Orellana Izquierdo contra la sentencia de fecha 15 de marzo de 2018 dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Jerez .

Interviene el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Jerez de la Frontera incoó Diligencias Previas 2342/2014, por delito de apropiación indebida contra D. Raúl; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Jerez, cuya Sección Octava (Rollo de P.A. núm. 23/2017) dictó Sentencia en fecha 15 de marzo de 2018 que contiene los siguientes hechos probados:

"PRIMERO.- Doña Reyes , sabiendo que don Raúl era abogado, le encargó que realizase los trámites relativos a la herencia y testamentaria de su hermana doña Montserrat , que había fallecido el 24 de mayo de 2013. A petición del señor Raúl , doña Reyes entregó a dicho señor la cantidad de 11.500 euros y el señor Raúl firmó el 4 de julio de 2013 un documento en el que indicó que esa cantidad la había recibido "en concepto de Provisión de Fondos para el pago de Gastos e Impuestos correspondientes al legado de una vivienda sita en Chipiona...", siendo la dirección de la vivienda la CALLE000 , NUM000 - NUM001 . El mismo 4 de julio de 2013 el señor Raúl acompañó a doña Reyes a una Notaría en Jerez de la Frontera donde la señora Montserrat aceptó en escritura pública el derecho de sustitución fideicomisaria de residuo sobre la vivienda antes indicada. Doña Reyes abonó los 357'58 euros correspondientes a la minuta por esa escritura. El 23 de septiembre de 2013 se presentó a la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía un escrito, firmado por doña Reyes , con la solicitud de que "se proceda a liquidar el impuesto de sucesiones por adquisición mortis causa" respecto a la adquisición de la referida vivienda.

Segundo.

El 5 de noviembre de 2013 don Raúl sufrió un infarto agudo de miocardio que provocó su ingreso en el Hospital del SAS en Jerez hasta el 11 de noviembre de 2013. El 10 de enero de 2014 doña Reyes formuló una queja al Colegio de Abogados de Jerez en la que indicó que no podía contactar con el abogado señor Raúl después de haberle entregado a dicho señor 11.500 euros y los documentos relativos a la herencia de su



hermana. El Colegio de Abogados de Jerez tramitó unas "diligencias de información previa" por esos hechos y el 7 de marzo de 2014 el señor Raúl envió un correo electrónico al ponente de ese expediente en el que indicó que se comprometía a abonar los impuestos, gastos y posibles recargos en relación a la queja de doña Reyes . Entre el 24 de junio y el 1 de Julio de 2014 don Raúl volvió a estar ingresado en el Hospital del SAS en Jerez de la Frontera por su enfermedad cardíaca. Esas dolencias dieron lugar a que la Mutualidad de la Abogacía le reconociese al acusado una prestación de incapacidad permanente con efectos desde el 1 de junio de 2014. El 25 de junio de 2014 doña Reyes realizó dos pagos a la Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía relativos al impuesto de sucesiones del que la referida señora era sujeto pasivo en relación a la adquisición de la vivienda antes indicada:

-Uno de los pagos fue de 2.446'76 euros, figurando como causante doña Montserrat y como fecha del devengo el 24 de mayo de 2013. De esa cantidad ingresada, 88'44 euros correspondían a "recargo".

-Otro pago fue de 12.679'32 euros, figurando como causante don Jose Francisco y como fecha de devengo el 24 de mayo de 2013. De esa cantidad ingresada, 458'29 euros correspondían a "recargo".

En una fecha indeterminada, posterior al 25 de junio de 2014 y anterior al 17 de noviembre de 2014, doña Reyes le dijo al acusado que ella no tenía ya interés en que él siguiese con la gestión que le había encomendado y le pidió que le devolviese los 11.500 euros. Pero el acusado señor Raúl no le devolvió a la señora Montserrat ninguna cantidad sino que retuvo en su poder los 11.500 euros, que destinó a lo que tuvo por conveniente, y le dijo a doña Reyes que tenían que hacer cuentas para determinar lo que ella le debía a él. El 3 de septiembre de 2014 la señora Reyes denunció en los juzgados que el 4 de julio de 2013 le había entregado a don Raúl la cantidad de 11.500 euros como provisión de fondos para gastos e impuestos del legado de vivienda que le había dejado su hermana, sin que dicho señor hubiese realizado ningún trámite ni hubiese pagado nada en relación con la herencia, habiendo tenido ella que pagar todos los gastos. El señor Raúl tuvo conocimiento de esa denuncia, como muy tarde, el 17 de noviembre de 2014, fecha en la que compareció en el juzgado de instrucción para pedir el cambio de la fecha de su declaración como imputado. Finalmente el señor Raúl declaró sobre esos hechos en el juzgado de instrucción el 30 de marzo de 2015, previamente, en fecha indeterminada comprendida entre el 17 de noviembre de 2014 y el 30 de marzo de 2015, don Raúl había entregado a doña Reyes cinco pares de pendientes y dos sortijas con un precio total de venta al público de 15.085 euros. Doña Reyes , que había sido empleada de la joyería de la familia del señor Raúl , intervino personalmente en la selección de dichos artículos que le fueron entregados por el señor Raúl . Y el señor Raúl hizo la entrega para compensar a doña Reyes por el perjuicio causado al no haber realizado las gestiones encomendadas y no haberle devuelto los 11.500 euros.

Tercero.

Don Raúl no ha estado privado de libertad por estos hechos".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Condenamos a don Raúl como autor de un delito de apropiación indebida del artículo 252 del código penal , con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de reparación del daño, del artículo 21.5º del código penal , a la pena de 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Absolvemos a don Raúl de la pretensión de condena al abono a la perjudicada de la cantidad de 11.500 euros, más otra cantidad a determinar en ejecución de sentencia, y declaramos que la responsabilidad civil derivada de la comisión de ese delito ya ha sido abonada mediante la entrega que hizo el señor Raúl a doña Reyes de los cinco pares de pendientes y dos sortijas identificadas en los folios 88 y 89 de las actuaciones y que doña Reyes tiene ya en su poder".

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Raúl que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.



Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849 LECr ., por indebida aplicación de los preceptos penales de carácter sustantivo a los hechos declarados como probados en la propia sentencia recurrida, vulnerándose los artículos 1 , 5 , 10 y 252 del Código Penal y el principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 24 CE .

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECr ., por vulneración del artículo 24.2 CE en relación al principio de presunción de inocencia.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECr ., por vulneración e inadecuada aplicación del artículo 21.5 referido a la aplicación de la pena recogida en el artículo 66.1, regla 2ª al no aplicarse la atenuante de reparación del daño como muy cualificada.

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y artículo 852 LECr ., por infracción de derecho constitucional, en relación a la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva y al principio de legalidad (artículos 24, apartados 1 y 2 , artículos 25, 1 y 9.1 CE)

Motivo Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2º LECr ., por error en la valoración de la prueba documental obrante en autos.

Motivo Sexto.- Por quebrantamiento de forma, conforme lo dispuesto en el artículo 855.3, las faltas cometidas (sic) y que infringen el artículo 24 y 17.3 CE .

Quinto.

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 20 de julio de 2018 interesó la inadmisión del recurso, solicitando subsidiariamente su desestimación, impugnando los motivos del mismo; la Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 10 de septiembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

- Recurre en casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, la representación procesal del condenado en la misma por delito de apropiación indebida, donde formula un primer motivo por infracción de ley, al amparo del artículo 849 LECr ., por indebida aplicación de los preceptos penales de carácter sustantivo a los hechos declarados como probados en la propia sentencia recurrida, vulnerándose los artículos 1 , 5 , 10 y 252 del Código Penal y el principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 24 CE .

1. Recuerda el párrafo de los hechos probados que indica: El mismo 4 de Julio de 2.013 el señor Raúl acompañó a doña Reyes a una Notaria en Jerez de la Frontera donde la señora Reyes aceptó en escritura pública el derecho de sustitución fideicomisaria de residuo sobre la vivienda antes indicada.... El 23 de Septiembre de 2.013 se presentó a la Conserjería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía, un escrito firmado por Doña Reyes con la solicitud de que "se proceda a liquidar el Impuesto de sucesiones por adquisición mortis causa" respecto a la adquisición de la referida vivienda; para a continuación alegar que ello supone que aunque no hubiere finalizado los trabajos profesionales referidos a la herencia, sí realizó determinados trabajos profesionales referentes a la misma; pues el acompañamiento a la firma en la Notaria, implica la existencia de de una serie de reuniones previas y de recopilación de documentos para la realización de las escrituras, "y la más que posible realización de una minuta para la redacción de las escrituras..."; aunque no pudiera concluir sus trabajos profesionales por razones de fuerza mayor en razón de los motivos de salud que quedan explicados en la causa.



2. Sucede sin embargo, como bien refleja el informe del Ministerio del Fiscal, por una parte, que si bien en la propia sentencia se reconoce que el acusado acompañó a la denunciante a la Notaría para el otorgamiento de la escritura, la denunciante indica que ella pagó la minuta, no el recurrente y de hecho, la factura aportada está a nombre de la denunciante; por eso en el relato probado se recoge que en la Notaría la señora Montserrat abonó 357,58 euros de la minuta por la aceptación, en escritura pública, del derecho de sustitución fideicomisaria.

Y por otra, respecto de las gestiones atinentes al aplazamiento del pago del impuesto de sucesiones, en el documento que aportó al juicio oral, con sello de presentación el 13 de septiembre de 2013, está firmado por la denunciante y se limitaba a solicitar que la Delegación Tributaria de Jerez realizase la liquidación del impuesto de sucesiones respecto al acto recogido en la escritura pública referida; e igualmente en el expediente obrante en la unidad tributaria de Jerez de la Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía, constan dos ingresos, por 2.446'76 euros y por 12.679'32 euros, realizados por Reyes (que debió además abonar recargos), figurando en ambos expedientes como fecha del devengo la de 24 de mayo de 2013, la fecha del fallecimiento de la causante.

3. En cuanto al ejercicio de subsunción realizado por la sentencia recurrida al calificar los hechos declarados probados como delito de apropiación indebida, cuya fiscalización posibilita el motivo elegido, dado que la entrega de la perjudicada de los 11.500 euros, fueron "en concepto de Provisión de Fondos para el pago de Gastos e impuestos correspondientes al legado de una vivienda sita en Chipiona..." , el destino de los mismos a un fin ajeno, determina la efectiva concurrencia de un delito de apropiación indebida.

Es consolidada la doctrina de esta Sala, la que considera que existe apropiación indebida cuando el Letrado, tras realizar o no gestiones correspondientes al asunto aceptado y sin rendir cuentas de las mismas, no devuelve las cantidades percibidas en provisión de fondos; ya la sentencia de 22 de enero de 2004, rec. 832/2003, afirma la existencia de reiterados precedentes en este sentido.

Segundo.

- El segundo motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECr ., por vulneración del artículo 24.2 CE en relación al principio de presunción de inocencia .

1. De nuevo, en conexión con el motivo anterior, el recurrente ataca la calificación de apropiación indebida, al afirmar que esta figura típica exige, que la retención o desvío sea precisamente indebido; donde no se incluyen los supuestos donde existen deudas recíprocas pendientes de liquidación; por tanto, en cuanto, existe un trabajo realizado por el Letrado a virtud de la relación profesional que existió con la denunciante que no fue abonado y un posterior acuerdo global de liquidación, cuando además la denunciante en ningún momento hizo referencia a pagar lo que le debía al Letrado, ni puso inconveniente o reparo a la forma que se le liquidó el resto de la deuda, haciendo las joyas como suyas sin mostrar desacuerdo alguno; de donde concluye en amalgamada argumentación, inexistencia de prueba e inexistencia de delito.

Si bien en cuanto a los elementos fácticos, se cuenta con prueba plena, así la entrega de los 11.500 euros y la finalidad de la entrega para el pago de gastos e impuestos relacionados con el legado de una vivienda, viene documentada, así como reconocida por el acusado. También reconoció éste que no devolvió la cantidad. La no utilización del dinero entregado a los fines que estaba asignado, viene acreditada por la escritura de la Notaría a la que se ha hecho referencia, el expediente en la Hacienda andaluza, y las diligencias informativas en el Colegio de Abogados de Jerez, en el que consta, por una parte la queja de la denunciante indicando que no podía contactar con el abogado señor Raúl después de haberle entregado a dicho señor 11.500 euros y los documentos relativos a la herencia de su hermana y por otra una comunicación por correo electrónico del Sr. Raúl al ponente del expediente, en la que se comprometía a abonar los impuestos, gastos y posibles recargos en relación a la queja de doña Reyes .

2. En cuanto a la interpretación de ese presupuesto fáctico, igualmente resulta adecuadamente indicado en la sentencia recurrida con la cita de la STS de 23 de diciembre de 2008, rec. 579/2008 : la provisión de fondos hecha anticipadamente no supone, contra lo alegado por el recurrente, un pago de honorarios, en cuanto que, incluye un depósito para posibilitar los gastos suplidos con su entrega, y como tal representa una provisión para ser usada solo en aquellos gastos, no para ser apropiadas en beneficio del receptor.

En la 498/2008, de 14 de julio, se considera al igual que la citada en la sentencia recurrida de 23 de diciembre de 2008 , que integra apropiación indebida la acción del Abogado que recibiendo una provisión de fondos la hizo suya, es decir la incorporó a su patrimonio sin ejecutar nada de la actividad concreta contratada.

La sentencia de esta Sala núm. 1123/2007, 26 de diciembre de 2007 , ya advertía:



Este "autopago" por la prestación de servicios profesionales de abogado carece de todo apoyo normativo, ni mucho menos puede hacer desaparecer la apropiación del capital que indebidamente ingresó en su cuenta sin reintegrarlo a su principal. No es la primera vez que esta estratagema se presenta en la Sala para desviar o hacer desaparecer la ilicitud -- claramente penal-- de la apropiación efectuada. En tal sentido, y entre otras, se pueden citar las SSTS 1749/2002 de 21 de Octubre , 150/2003 de 5 de Febrero ó 117/2007 de 13 de Febrero . En todas ellas se rechaza la técnica del "autopago" efectuada por el letrado con cargo a la indemnización cobrada para su principal, y en todas ellas se declara la existencia del delito de apropiación indebida cuando el letrado, tras realizar las gestiones correspondientes al asunto que le encargó su principal, no reintegra todo lo que percibió del asunto en cuestión, con independencia del posterior cobro de sus honorarios. No existe un ius retentionis para cobro de la minuta de letrado.

3. En cuanto al acuerdo de liquidación ulterior, en nada desdice la comisión típica. Desde el instante en que doña Reyes le hace saber al acusado que ya no tiene interés en que siguiese con la gestión que le había encomendado, consecuencia lógica de que ella había tenido que pagar el impuesto de sucesiones más un recargo porque el recurrente había incumplido su compromiso y pese a lo cual, el acusado se mantuvo en su decisión de no devolver a la denunciante ninguna cantidad de los 11.500 euros, es el momento en que se trasmuta la posesión en ilegítima y se consuma el delito de apropiación indebida. Momento consumativo que con frecuencia en gráfica expresión denominamos punto de no retorno.

La entrega posterior de las joyas como compensación, se produce cuando el delito está ya cometido, por lo que no puede eliminar la existencia del delito, sino, como se ponderó en la sentencia recurrida, como una atenuante de reparación del daño causado, posterior al hecho delictivo.

La STS núm. 825/2014, de 19 de noviembre , de igual manera, ante supuesto similar, además de precisar que los abogados no tienen derecho a retener unilateralmente el todo o parte de las cantidades recibidas so pretexto de cobro de honorarios, igualmente indicaba que los actos posteriores liquidatorios, no implican que la retención anterior fuera lícita, sino que constituía el pago de la responsabilidad civil del anterior delito.

En modo alguno cabe hablar de problemas complejos de liquidación por existencia de créditos y deudas recíprocas, cuando la determinación de la minuta era tarea que de ser procedente correspondía al Letrado recurrente, de obvia sencillez, posible de determinar en pocos minutos y a partir de su concreción, una sencilla operación aritmética de sustracción, otorgaría la cifra cuya deliberada inexistencia, en modo alguno, puede presentarse como coartada para denegar la comisión típica. El viejo criterio que afirmaba la necesidad de liquidación previa, solo es exigible cuando sea procedente para determinar el saldo derivado de las operaciones de cargo y la data como resultado de las compensaciones posibles, pero no cuando se trata de operaciones perfectamente concretadas (SSTS 316/2013 de 17 abril , 753/2013 de 15 octubre , 1240/2004 de 5 de noviembre , 918/2008 de 31 de diciembre ó 768/2009 de 16 de julio).

El motivo se desestima.

Tercero.

- El tercer motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECr ., por vulneración e inadecuada aplicación del artículo 21.5 referido a la aplicación de la pena recogida en el artículo 66.1, regla 2ª al no aplicarse la atenuante de reparación del daño como muy cualificada .

1. Argumenta que nos encontramos ante un delito estrictamente patrimonial, que la indemnización fue plena, muy superior al importe del perjuicio; que fue consensuada, fue la denunciante quien precisamente experta en la materia por sus años de experiencia (en alusión a los años en que fue dependiente en una joyería), la que seleccionara y escogiese las joyas y por un valor a 15.085 euros. También invoca su situación, al recordar que no continuó con el procedimiento al sufrir un infarto agudo de miocardio con parada cardíaca en fecha 5 de Noviembre de 2013, de la que tuvo diversas intervenciones y secuelas, hasta el punto de concedérsele y reconocérsele por la Mutualidad General de la Abogacía, la Invalidez Permanente Absoluta, como efectivamente se recoge en la propia Sentencia al folio 11 in fine.

2. En lo que se refiere a la aplicación de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada, tiene dicho esta Sala que si de modo sistemático la reparación total se considerara como atenuante muy cualificada se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que se pretende (STS 1156/2010, de 28 de diciembre).



También hemos precisado que para la especial cualificación de esta circunstancia se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.), y del contexto global en que la acción se lleve a cabo (STS 868/2009, de 20 de julio). Si bien se ha matizado que no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque las personas insolventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de la víctima.

Pero en todo caso, siempre que se opere con la atenuante muy cualificada ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSTS 50/2008, de 29 de enero ; y 868/2009, de 20 de julio).

También hemos dicho que para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima (en este sentido, STS 125/2018, de 15 de marzo).

3. De lo expuesto, todos los requisitos concurren en autos; la situación personal de incapacidad del recurrente es efectivamente descrita en la sentencia de instancia. El importe de la reparación, no sólo es pleno, íntegro, sino que excede en más de un 30% del perjuicio causado.

El Ministerio Fiscal indica que la Audiencia motivó adecuadamente su estimación como simple. En realidad, se limitó a señalar las molestias generadas para su obtención así como y de forma esencial que la denunciante no consiguió que se le reintegrara el dinero que entregó sino diversas joyas, lo cual supone objetivamente un menoscabo, pues las joyas no tienen la misma liquidez que el dinero y también es discutible la valoración que se realizase de las mismas.

Sucede sin embargo, que es la propia declaración de hechos probados la que indica que las joyas tenían un precio de venta al público de 15.085 euros; y que la denunciante, que había sido empleada de la joyería de la familia del señor Raúl , intervino personalmente en la selección. Y de otra parte, las joyas frente al dinero, si bien difieren en su liquidez, por contra, se estima como inversión apropiada frente a la inflación y pérdida adquisitiva del dinero, de donde el menoscabo, no es criterio general.

En cuya consecuencia, tal motivación denegatoria, en modo alguno puede predicarse racional; de modo que afloran sin óbice alguno las circunstancias invocadas por el recurrente como legítimos presupuestos para la estimación de la atenuante de reparación como muy cualificada. El motivo se estima.

Cuarto.

- El cuarto motivo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y artículo 852 LECr ., por infracción de derecho constitucional, en relación a la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva y al principio de legalidad (artículos 24, apartados 1 y 2 , artículos 25, 1 y 9.1 CE) .

Si bien los concreta y relaciona con los dos motivos siguientes, con el quinto motivo que lo formula por quebrantamiento de forma, conforme a lo dispuesto en el artículo 855.3, las faltas cometidas y que infringen el artículo 24 y 17.3 CE , que basa en la omisión de la práctica de una prueba testifical; y en el sexto, infracción de ley, al amparo del artículo 849.2º LECr ., por error en la valoración de la prueba documental obrante en autos , que sustenta en haberse efectuado su declaración como imputado en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Jerez, sin asistencia de letrado y sin haber sido informado de los derechos adecuadamente.

1. Sucede sin embargo, como recalca el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso que en las citaciones realizadas al acusado, el 14 de octubre y el 16 de diciembre de 2014 (folios 18 y 30), se comunica la citación para comparecer ante el Juzgado como imputado, debiendo hacerlo asistido de Letrado; y en la comparecencia (folios 85-88), manifiesta que se representa a sí mismo, siendo informado de los derechos que le asisten de conformidad con los artículos 24 CE y 118 LECr .

Dado que su afección cardíaca, explica la sentencia, no afectaba a sus condiciones intelectivas y volitivas, ninguna indefensión material cabe afirmar.

2. En cuanto a la incomparecencia del testigo, D. Sixto , se observa en la grabación de la vista que se hace constar su incomparecencia, ante la cual la defensa que lo había solicitado ni reitera la petición, ni formula protesta por la continuación del juicio, como reconoce expresamente en su recurso, lo que determina la inviabilidad de su estimación.



Además, reseña el recurrente que la finalidad de ese testimonio era que indicase si la minuta para la escritura pública de aceptación de sustitución fideicomisaria otorgada a favor de Doña Reyes el día 4 de Julio de 2013, fue realizada conforme a la minuta del ahora recurrente, letrado Sr. Raúl , o por el contrario, éste, se limitó a acompañar a la Notaria a la denunciante; y sucede que aunque la minuta se debiese al recurrente, en nada afectaría al juicio de tipicidad, pues ya hemos descrito el concepto en que le fue entregado el dinero y la inviabilidad de hacerse autopago de su eventual minuta con cargo a esa provisión de fondos.

3. Por último, en cuanto al error facti del art. 842 LECr , parece aludir como 'documentos', a los folios donde se encuentran sus declaraciones en Instrucción y a la aceptación de la prueba testifical referida.

Pero en ningún caso, uno y otro documento sirven para acreditar que el recurrente no distrajesen los fondos que le entregaron, lo que hace inviable el motivo.

El ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECr ., se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

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

Además, la doctrina de esta Sala viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento.

De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente.

Por tanto, los tres motivos se desestiman.

FALLO

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

Con parcial estimación del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Raúl contra la sentencia de fecha 15 de marzo de 2018 dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Jerez , en su rollo de Procedimiento Abreviado 232017, seguido por delito de apropiación indebida; y en su virtud, casamos y anulamos parcialmente la Sentencia dictada por dicha Audiencia; ello, con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso

Notifíquese esta resolución a las partes y la que seguidamente ese dicta e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION NÚM.: 1405/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO



Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Andres Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo Garcia

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 3 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Jerez con el número P.A. 23/2017 y origen en las Diligencias Previas 2342/2014 procedentes del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Jerez de la Frontera, que condenó por sentencia de fecha 15 de marzo de 2018 a D. Raúl por delito de apropiación indebida y que 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. Andres Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan los declarados probados por la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con lo expresado en el tercer fundamento de nuestra sentencia casacional, debemos estimar la atenuante de reparación del daño como muy cualificada, en cuya consecuencia, la pena de prisión debe ser rebajada en grado, lo que configura un tramo de tres a seis meses que en atención a los criterios de personalidad del autor procedería una imposición punitiva próxima al umbral mínimo del marco resultante, si bien matizado por la relativa gravedad del hecho al proceder de profesional en el ejercicio de su funciones, determina ahora concretar la pena de privación de libertad en cuatro meses de prisión.

FALLO

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

Condenamos a don Raúl como autor de un delito de apropiación indebida del artículo 252 del código penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño, del artículo 21.5º del código penal, a la pena de CUATRO MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Absolvemos a don Raúl de la pretensión de condena al abono a la perjudicada de la cantidad de 11.500 euros, más otra cantidad a determinar en ejecución de sentencia, y declaramos que la responsabilidad civil derivada de la comisión de ese delito ya ha sido abonada mediante la entrega que hizo el señor Raúl a doña



Reyes de los cinco pares de pendientes y dos sortijas identificadas en los folios 88 y 89 de las actuaciones y que doña Reyes tiene ya en su poder.

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Andres Palomo Del Arco

Pablo Llarena Conde Susana Polo Garcia Carmen Lamela Diaz

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.