

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066198

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 725/2022, de 14 de julio de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 4126/2020

SUMARIO:

Delito de apropiación indebida. Subtipo agravado por abuso de relaciones personales o credibilidad profesional.

No existe falta de claridad en la redacción de la sentencia cuando se omiten datos o circunstancias que o no han sido probados, o que resultan vacuos e inanes a efectos de lo que se pretende con una sentencia; el enjuiciamiento penal de unos hechos. Lo que no está acreditado no puede figurar en el *factum*. Luego habrá que efectuar la subsunción jurídica construida a partir de lo acreditado.

La subsistencia de la agravación del art. 250.1.5º (la defraudación supere los 50.000 euros), no podrá llevar a la aplicación de la mitad superior ex art. 74 al no identificarse una conducta aislada en que se haya superado el monto de 50.000 euros.

Respecto a la agravación por el abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional (art. 250.1.6º), en el delito de estafa siempre se está defraudando una confianza. Si esa confianza se ha gestado a través del engaño, y concurre además otra fuente de confianza, cabe la agravación.

Esa misma agravación en el delito de apropiación indebida (cometer el delito con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional), es posible pero excepcional. Será necesario identificar un doble foco de confianza (el que nace de la relación presupuesto de la apropiación indebida y otro distinto y previo), o que se describa una especial y singular intensidad del quebrantamiento de confianza inherente a toda apropiación indebida. En definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo.

En la fundamentación se habla del *perfil* de los clientes afectados y el puesto que el acusado desempeñaba en la entidad bancaria (subdirector). Pero ni se explica en qué consiste ese perfil, ni se deduce del hecho que los clientes afectados no pudieran haber sido cualesquiera otros, siempre seleccionando aquéllos cuyas cuentas, por sus movimientos, hiciesen más fácil esconder las continuas distracciones (lo que no tiene nada que ver con una especial confianza); ni su posición en el banco le otorga un plus que pueda añadirse a la confianza que implica toda apropiación indebida.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 21.6, 58, 59, 77.3 y 250.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CARMEN LAMELA DIAZ

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 725/2022

Fecha de sentencia: 14/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4126/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4126/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 725/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación con el nº 4126/2020 interpuesto por Jesús Luis representado por la procuradora Sra. Nuria González Santoyo, bajo la dirección letrada de D. César Fraile Casado contra sentencia de fecha 7 de julio de 2020 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Segovia en causa seguida contra el recurrente por delito continuado de apropiación indebida. Ha sido parte recurrida el BANCO SANTANDER SA representado por el procurador D. Francisco de Asís Sanz Frutos y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel López Alfonso. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Segovia incoó Diligencias Previas nº 715/2013, contra Jesús Luis. Una vez concluidas las remitió a la Audiencia Provincial de Segovia (Sección Primera) que con fecha 7 de julio de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Durante el periodo comprendido entre junio de 2009 a julio de 2012 el acusado, Jesús Luis, mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000, sin antecedentes penales, en su condición de Subdirector de la oficina nº 3657 del Banco de Santander, sita en El Espinar, con ánimo de obtener un ilícito beneficio patrimonial, efectuó diversas operaciones, de reintegro de efectivo, transferencias entre cuentas del mismo titular, operaciones de venta de valores y otras semejantes, sin consentimiento ni conocimiento de los respectivos clientes titulares de las cuentas con relación a las cuales se hacían tales operaciones, haciendo suyo el dinero extraído de aquéllas. En concreto, se constataron operaciones de este tipo respecto de los siguientes clientes:

a) En las cuentas de las que era titular D. Alejo, fallecido el 07/01/2012, el acusado realizó 71 reintegros de cuenta en efectivo, sin hacer documento soporte de las mismas, por un importe total de 134.588,70 euros. Asimismo, efectuó otra serie de reintegros en efectivo simulando la firma del titular en el documento soporte de los mismos, en las siguientes fechas y horas, y por las cantidades que se señalan seguidamente, algunos de ellos tras el fallecimiento de dicho titular:

- 17/02/2012, 18,35 horas, por importe de 2.000 €
- 23/02/2012, 14,43 horas, por importe de 2.800 €
- 05/03/2012, 15,23 horas, por importe de 1.000 €
- 06/03/2012, 15,30 horas, por importe de 5.000 €
- 07/03/2012, 15,05 horas, por importe de 3.000 €
- 12/03/2012, 15,22 horas, por importe de 14.300 €
- 20/11/2009, 14,27 horas, por importe de 1.000 €
- 06/07/2010, 15,02 horas, por importe de 2.800 €
- 09/07/2010, 14,57 horas, por importe de 1.300 €
- 13/07/2010, 14,26 horas, por importe de 4.200 €
- 01/07/2010, 14,34 horas, por importe de 1.000 €
- 09/07/2010, 14,58 horas, por importe de 300 €
- 29/07/2010, 14,35 horas, por importe de 3.000 €

Con la finalidad de que las cuentas de las que se realizaban dichos reintegros tuvieran siempre saldo suficiente, el acusado efectuó también diversas operaciones de traspaso y venta de valores del mismo titular, en las fechas y a través de los documentos que se señalan seguidamente, en los que también el acusado firmó simulando la firma de su titular, D. Alejo:

- El 04/06/2009, una "Orden de Valores: venta", por importe nominal de 319 €. -El 02/06/2009, una "Orden de Valores" "Orden de traspaso interno de valores, parcial, por importe nominal de 319 €.

- El 28/01/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 1.275 €. - El 27/01/2010, una "Orden de Valores" "Orden de traspaso interno de valores, parcial, por 1.275 acciones de Telefónica.

El 28/01/2010, una "Orden de valores: venta" por importe nominal de 2.250 C. - El 27/01/2010, una "Orden de Valores" "Orden de traspaso interno de valores:

parcial" por 3.000 acciones de Iberdrola.

- El 02/06/2009, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 150 €.
- El 23/06/2009, una "Orden de Valores: venta, por importe nominal de 1.200 €.
- El 23/06/2009, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 640 €.
- El 23/06/2009, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 85 €.
- El 30/07/2009, una "Orden de Valores" de venta de 260 acciones de ACS, sin que conste su valor.
- El 25/08/2009, una "Orden de Valores" de venta de 180 acciones de Telefónica, de la que tampoco consta su valor.

- El 07/09/2009 y el 17/09/2009, "Orden de Valores" de venta de 60 acciones y de 160 acciones de ACS, respectivamente, de las que no consta su valor.

- El 09/10/2009, una "Orden de Valores: Venta" por importe nominal de 300 €.
- El 10/11/2009, una "Orden de Valores: venta, por importe nominal de 17,5 €.
- El 10/11/2009, una "Orden de Valores: venta", por importe nominal de 75 E,
- El 30/11/2009, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 291 €.
- El 11/12/2009, una "Orden de Valores:venta" por importe nominal de 300 €.
- El 22/12/2009, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 255 €.

- El 07/07/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 200 €.
- El 09/03/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 45 €.
- El 22/03/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 30 €.
- El 30/03/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 22,5 €.
- El 06/04/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 35 €.
- El 16/04/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 65,75 €.
- El 04/05/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 35 €.
- El 11/05/2010, el 19/05/2010, 25/05/2010 y el 31/05/2010, una "Orden de Valores: venta", por importe nominal de 40 € cada día.
- El 10/06/2010 y el 15/06/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 30 € cada día.
- El 18/06/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 80 €.
- El 06/07/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 40 €.
- El 17/08/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 30,5 €.
- El 20/08/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 33 €.
- El 20/08/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 130 €.

También en una cuenta de D. Alejo, el acusado cargó en fecha 22/02/2012 la cantidad de 747,38 € correspondiente a un recibo de Mutua Madrileña que previamente había sido pagado en efectivo por otra cliente y posteriormente anuló, sin reflejar sobrante alguno de efectivo en caja.

El importe total extraído fraudulentamente de las cuentas de este cliente como consecuencia de las operaciones anteriormente expuestas asciende a la cantidad de 176.288,70 €, si bien el Banco de Santander ha reconocido un saldo a favor de este cliente de 226,875,32 €, que ya ha abonado al heredero de aquél, D. Aurelio.

b) En las cuentas de las que era titular D. Bernardino el acusado realizó 15 reintegros en efectivo suplantando la firma del citado cliente en los correspondientes documentos de "recibí en efectivo", por un importe total de 33.636 €, en las siguientes fechas y cantidades:

- 02/11/2010, por 2.000 €
- 21/01/2011, por 6.000 €
- 24/02/2011, por 1.000 €
- 01/04/2011, por 1.000 €
- 01/06/2011, por 500 €
- 05/07/2011, por 7.500 €
- 01/08/2011, por 3.000 €
- 21/09/2011, por 500 €
- 11/11/2011, por 300 €
- 19/12/2011, por 500 €
- 23/01/2012, por 3.000 €
- 27/01/2012, por 2.000 €
- 31/01/2012, por 4.000 €
- 18/05/2012, por 336 €
- 13/06/2012, por 2.000 €

El Banco de Santander ha reintegrado a este cliente la cantidad de 17.336 €, y D. Bernardino ha renunciado a una indemnización por superior importe.

c) En la cuenta de la que era titular D^a Eva María el acusado efectuó 11 reintegros sin soporte documental, por un importe total de 12.513,21 euros, realizados en fechas 16/09/2010, 24/09/2010, 29/09/2010, 04/10/2010, 07/10/2010, 14/10/2010, 18/10/2010, 23/12/2010, 05/01/2011, 11/01/2012 Y 16/01/2012. Además, efectuó otros 4 reintegros en efectivo, en cuyos documentos de "recibí en efectivo" el acusado simuló la firma de la titular de la cuenta, por un importe total de 9.581 €, en concreto, el 17/12/2010 por importe de 2.000 €, el 19/01/2011 por importe de 1.081 €, el 21/01/2011 por importe de 4.000 €, y el 14/10/2011 por importe de 2.500 €.

Asimismo, el acusado realizó varias operaciones de orden de reembolso y venta de valores, en los que el acusado también firmó simulando la firma de Da Eva María, y que tenían como finalidad la aportación de fondos a las cuentas de las que se realizaban los reintegros referidos anteriormente. En concreto realizó de este modo las siguientes operaciones:

- El 16/09/2010, una "Orden de Valores", "Fondo de Inversión. Orden de Reembolso", por importe de 1.000 €.
- El 23/09/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 85 €.
- El 04/10/2010, una "Orden de Valores: venta" por importe nominal de 60€.
- El 07/10/2010, una "Orden de Valores: venta" de 33 acciones del Banco de Santander.

- El 14/10/2010, una "Orden de Valores: venta" de 110 acciones del Banco de Santander con un valor nominal de 55 €. El 18/10/2010, una "Orden de Valores:

venta" de 55 acciones del Banco de Santander, por un valor nominal de 27,50 €.

El Banco de Santander ha reintegrado a Da Eva María la cantidad de 22.092,21 €, habiendo renunciado esta cliente a las acciones civiles que pudieran corresponderle frente al citado Banco.

d) En las cuentas titularidad de D^a Amelia el acusado realizó 4 reintegros de cuenta sin documento soporte, con fechas 12/11/2010, 19/11/2010, 15/06/2012 y 16/12/2011, por un importe total de 11.885,23 €, y además realizó el 04/05/2012, a las 15:00 horas, otro reintegro de 2.000 € cuyo documento soporte firmó el acusado imitando la firma de la citada titular.

Con la finalidad de que en las cuentas de las que se hacían los reintegros tuvieran fondos suficientes, el acusado formalizó operaciones de venta de valores de esta cliente, concretamente el 12/11/2010 una "Orden de Valores: venta", referida a acciones del Banco de Santander, por importe nominal de 175 €, y el 19/11/2010, una "Orden de Valores: venta", también referida al Banco de Santander, por importe nominal de 165 €.

El Banco de Santander ha reintegrado a esta cliente la cantidad de 13.885,23 €, habiendo renunciado a las acciones que pudieran corresponderle frente a dicha entidad.

e) Respecto de las cuentas de las que era titular D. Efrain, el acusado manipuló los datos del contrato multicanal, que era desconocido para dicho cliente, haciendo figurar su propio teléfono como contacto para los mensajes de confirmación de operaciones por Internet, sin que conste que posteriormente hubiera realizado operaciones por esta vía.

El día 13/07/2012 el acusado realizó de la cuenta de este cliente un reintegro a través del cajero automático por importe de 10.000 €, así como una disposición de tarjeta de crédito de 400 € con abono en la cuenta del propio cliente.

El Banco de Santander llegó a un acuerdo con este cliente en el que se consideró que la cantidad total defraudada ascendía a 103.993,90 €, y le han abonado, con los intereses legales, la cantidad total de 112.479,80 €, sin que se hayan acreditado las operaciones de las que resulta este saldo.

f) En las cuentas de las que era titular Da Brigida, el acusado realizó 3 operaciones de reintegro en los que no existe documento soporte, con fechas 12/12/2011, y 16/07/2012, por un importe total de 15.132,81 €.

El Banco de Santander llegó a un acuerdo con esta cliente, fallecida el 7 de octubre de 2018 con posterioridad a los hechos, por el que se obligada a ingresarle la citada cantidad de 15.132,81 € y, una vez realizado dicho ingreso, renunciaba al ejercicio de cualquier acción contra el Banco.

g) En las cuentas de las que era titular Da Catalina, fallecida el 01/02/2010, el acusado realizó dos operaciones sin documentación soporte, concretamente un reintegro de cuenta el 21/10/2011 y la cancelación de cuenta por caja el 12/12/2011, por un importe total de 7.221 ,65 €.

Todos los afectados por estos hechos han sido resarcidos por el Banco de Santander".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos a Jesús Luis como autor criminalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida, ya definido, en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento público, con la concurrencia de circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión y diez meses de multa, con una cuota diaria de diez euros, con la accesoria de inhabilitación especial durante el tiempo de condena, y asimismo a que indemnice a Banco de Santander, S.A. en la cantidad de 439.091 ,95 euros más el interés establecido en el art. 576 de la L.E.C., así como al pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente Sentencia, al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de Sala, a las partes y a los ofendidos y perjudicados, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento, instruyéndoles que contra la misma cabe RECURSO CASACION ante esta Audiencia para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo dentro de los CINCO DIAS siguientes al de la última notificación de la sentencia".

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el condenado, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Jesús Luis.

Motivo primero.- Al amparo del art 851.1º LECrim por falta de claridad en los hechos probados. Motivo segundo.- Al amparo del art 852 LECrim y art 5. 4 LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art 24. 1 CE y del derecho a la presunción de inocencia del art 24.2 CE. Motivo tercero.- Al amparo del art 849.1º LECrim por aplicación indebida del art 250.1.6º CP. Motivo cuarto.- Al amparo del art 849.1º LECrim por infracción del art 21.6ª en relación con el art 66.1.2º CP. Motivo quinto.- Al amparo del art 849. 1º LECrim por aplicación indebida de los arts.74, 77 y 66 CP. Motivo sexto.- Al amparo del art 849.1º LECrim por infracción de los arts 109, 110, 111 y 113 CP.

Cuarto.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, apoyando parcialmente su motivo quinto e impugnando el resto de motivos; la representación legal de la parte recurrida, Banco Santander S.A, impugnó todos los motivos. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 12 de julio de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Seis motivos componen el recurso. El primero, por quebrantamiento de forma del art. 851.1, denuncia falta de claridad, dejando a un lado la contradicción que también anunciaba el escrito de preparación.

Bajo esa única leyenda amontona el recurrente hasta diez quejas distintas. Algunas de ellas contienen, incluso, lo que podrían considerarse "subquejas", pues agrupan, a su vez, cuestiones diferenciables.

Todas las denuncias comparten, con unos u otros matices, un mismo sustrato. Antes de examinarlas, fijemos unas pautas que desvelen la auténtica significación de esta causal de casación. Servirán para desactivar un motivo que carece de todo fundamento:

a) No se puede considerar falta de claridad que el hecho probado no consigne lo que no está probado. Si hay datos o elementos que no han podido esclarecerse, un Tribunal nunca podrá ni deberá inventar esos datos como tributo a abonar a la diosa claridad. Lo que la prueba no ha dejado claro, no puede estar claro en el hecho probado. Distinto será determinar cómo afecta eso a la subsunción jurídica. Pero si, por ejemplo, no consta la hora del fallecimiento, no podrá hacerse figurar una en el factum para alcanzar mayor claridad. Y, si no se conoce el importe exacto de lo sustraído sino tan solo unas referencias, esas indicaciones más o menos vagas o precisas será lo que debe constar en el hecho probado.

b) Tampoco hay falta de claridad cuando el Tribunal hace uso de una economía narrativa que carece de repercusión en la subsunción jurídica. Si se han robado trece efectos distintos de una vivienda, la sentencia puede detallar el importe de cada uno de ellos, así como especificar los daños causados en la cerradura, los producidos al violentar un armario, o la valoración de los ocasionados en otros lugares de la vivienda. Pero si los cuantifica conjuntamente (el valor total de los efectos sustraídos -o de los daños causados- asciende a...) tampoco podremos hablar de falta de claridad.

c) El defecto casacional invocado (art. 851.1 LECrim) ha de analizarse atendiendo en exclusiva a la narración fáctica. Solo hay falta de claridad si el hecho probado resulta ininteligible en algún aspecto determinante. Si ha de acudir a la prueba o a otros apartados de la sentencia para justificar la procedencia del motivo, estaremos ante una señal inequívoca de que hemos abandonando el marco del art. 851.1º que contempla un defecto inmanente al apartado de la sentencia destinado a los hechos probados. Su mera lectura debe bastar para dilucidar si concurre o no el vicio.

Desde estas premisas constatamos:

a) Que el hecho probado se entiende perfectamente. No suscita confusión. Y cuando se combina la afirmación de que el importe defraudado asciende a una cantidad y a continuación se expresa que el Banco ha llegado a un pacto con el perjudicado por un monto distinto, se está diciendo lo que ha quedado probado. Se entiende a la perfección. Si eso pudiera no cuadrar con lo que deriva del informe interno de auditoría ya nos escapamos del espacio argumental acotado por el art, 851.1. Y si hay cantidades distraídas cuyo importe no consta, es lo que debe reflejar en el hecho probado. Así se hace correctamente.

b) Que no se detenga el hecho probado a recoger detalles de los hechos (si el dinero se guardó en un bolsillo o en una cartera; cómo hacía el acusado para no ser observado por otros compañeros; ... o -puestos a ilustrar más el relato- en qué se gastó el dinero; o cómo se lo llevó,-si cada día una cantidad o periódicamente la suma de lo obtenido-, o si lo guardaba en el bolsillo de la chaqueta o del pantalón; o el color de la tinta del bolígrafo con que imitaba las firmas; etc, etc, etc... puede obedecer bien a que sean circunstancias no esclarecidas (seguramente la mayor parte); bien a que, por una lógica economía narrativa, el Tribunal prescindiera de los detalles accesorios o marginales que no aportan nada a la tarea de subsunción. Discúlpese lo hiperbólico de algunos de los ejemplos, pero de esa forma se resalta más. No hay falta de claridad cuando se omiten datos o circunstancias que o no han sido probados, o que resultan vacuos e inanes a efectos de lo que se pretende con una sentencia; el enjuiciamiento penal de unos hechos. Lo que no está acreditado no puede figurar en el factum. Luego habrá que efectuar la subsunción jurídica construida a partir de lo acreditado.

c) Idéntico razonamiento sirve para descartar que la no mención de la hora exacta de muchas de las operaciones signifique falta de claridad. La defensa podrá argüir como argumento defensivo que eso le ha impedido defenderse (para ello tendría que convencer al Tribunal de que hubiese podido aportar una prueba sólida de lo que estaba haciendo en cada uno de los momentos indicados -lo que no ha hecho en relación a los casos en que sí se fija la hora-). Pero eso no supone falta de claridad por las razones ya expuestas.

d) En algunos casos, según el recurso, no se especifican las cuantías individualizadas. Se expresa solo el total, sin asignar un monto a cada operación. La queja queda contestada con las consideraciones efectuadas.

e) Respecto de dos perjudicados se cuantifica el perjuicio en una cifra. Sin embargo, luego se apostilla que el acuerdo entre ellos y el Banco en cuanto a la indemnización por el perjuicio causado se basó en otra cifra superior. No son datos incompatibles. Otra cosa es el alcance que se dé a esa discordancia a efectos de la calificación o de las indemnizaciones. Y en algún caso esa divergencia también queda explicada, al menos en parte, por el hecho de que no se hayan podido concretar algunas cantidades distraídas, según afirma el mismo hecho probado.

f) Se aduce que la renuncia de uno de los perjudicados a una indemnización superior (33.636 euros) sería signo de que, en efecto, la cantidad defraudada era inferior a la consignada en el factum. Es cuestión que desborda lo que es el vicio de falta de claridad como se deduce de lo explicado. El hecho probado es claro: la sustracción ascendió a una cantidad, y el acusado ha recibido como indemnización una inferior, renunciando a la diferencia. Si a la defensa le parece que eso es contradictorio con la prueba, podrá quejarse a través de otras vías. Pero, en cualquier caso, ¿qué repercusión en la sentencia podría tener esa pretendida rectificación? Ninguna.

El motivo no puede prosperar.

Segundo. *El motivo segundo contiene un alegato sobre presunción de inocencia.*

Acierta el recurrente al condensar como preámbulo el contenido de ese derecho, invitado habitual, casi obligado, en un recurso de casación (el porcentaje de recursos en que no aparece el art. 24.2 CE es bastante bajo). También cuando, de la mano de la sentencia de instancia, concluye que estamos ante prueba indiciaria. Enuncia sintéticamente de nuevo los indicios en los que se basa la Sala de instancia (fundamentos de derecho segundo a tercero de la sentencia). En el último tramo de su argumentación trata infructuosamente de demostrar que las conclusiones de la Sala de instancia carecen de razonabilidad. Lo hace, no criticando sus deducciones; ni suscitando hipótesis alternativas igualmente probables (que resultan inconcebibles a la vista del cuadro indiciario), sino proponiendo lo que constituirían debilidades del razonamiento:

a) No sería imaginable que el acusado repitiese esa operativa tan complicada (¿complicada?) en horario de oficina (confeccionar el resguardo, firmarlo, emitir la orden informática para obtener los billetes y luego ocultarlos, ¿dónde? -se pregunta el recurrente-). No parece que sea necesario rebatir ese argumento acudiendo a máximas de experiencia elementales. Es fácilmente imaginable que un empleado bancario realice esas operaciones, adoptando un mínimo de cautelas, más desde el cargo que ocupaba el recurrente.

b) ¿Cómo no se obtuvieron imágenes mediante las cámaras de seguridad? No consta que no existan esas grabaciones (que además han de guardarse solo durante un tiempo). Desde luego, la defensa no las reclamó. Y la prueba indiciaria es tan concluyente (pericial, horarios, clave utilizada, declaraciones testimoniales, relación del acusado con los clientes, informe de auditoría...), que la ausencia de otros hipotéticos medios de prueba no aporta nada desde el punto de vista valorativo.

c) No se explica por qué utilizó para hacer las operaciones su número de usuario cuando una elemental precaución para evitar ser descubierto habría consistido en valerse de otra identidad para descargar las sospechas en otros, siendo así que no era extraño conocer las claves de los compañeros. Ese tipo de razonamiento nos llevaría al absurdo de considerar que el empleo de la identidad del acusado convertiría en principales sospechosos a los restantes empleados. Es un despropósito. La confianza en no ser descubierto, lo que además se vio confirmado por el tiempo durante el que pudo mantener esa operativa sin despertar alertas, da explicación suficiente a ese frágil contraindicio.

d) Argumentar que el conocimiento de procesos periódicos de auditoría interna es dato que implicaría que ningún empleado -no solo el recurrente- se atrevería a realizar esos hechos es afirmación que se estrella contra la tozuda realidad puesta de manifiesto por la prueba. Se hizo.

e) Que no se detectasen durante años las anomalías mediante las auditorías internas, solo pone de manifiesto que carecían de idoneidad para descubrir ese tipo de irregularidades, que el acusado documentaba. Además, se convierte en argumento que neutraliza el anterior.

f) Tampoco resulta nada sorprendente -y menos con capacidad para menoscabar la fuerza del cuadro indiciario- que algunos clientes no se percataran de esas defraudaciones -la operativa seguida por el acusado lo dificultaba-; o que no haya coincidencia exacta en la cuantificación de algunos importes.

El recurrente no construye una hipótesis alternativa que dé explicación a los hechos (¿otro empleado fue el autor? ¿no hubo defraudaciones? ¿la auditoría carece de todo sustento en la realidad? ¿la entidad bancaria ha indemnizado a los clientes sin motivo alguno? ¿otro empleado usó su número de usuario?...). Se limita a enunciar argumentos que introducirían, a su juicio, más que discutible, alguna debilidad en la interpretación del cuadro indiciario. En realidad carecen de capacidad para neutralizar o abrir la más mínima rotura en esa red tupida de indicios que solo admiten como explicación la plasmada en el relato de hechos de la sentencia y motivada fácticamente en sus fundamentos segundo a cuarto a los que hemos de remitirnos.

Estamos ante una deducción concluyente de la Audiencia basada en prueba indiciaria.

Baste evocar, para cerrar el razonamiento, alguno de los pronunciamientos del TC sobre la denominada prueba indiciaria o indirecta, la STC 133/2014, de 22 de julio, -citada posteriormente en la STC 146/2014, de 22 de septiembre-. Recordando las SSTC 126/2011, 109/2009 y 174/1985 resume una consolidada doctrina. A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exponga los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, d) que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre "una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes"(- SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3-).

Leemos en la reseñada sentencia:

"El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediatez, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento 'cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 4)" (FJ 23)".

Todos y cada uno de esos requisitos están holgadamente satisfechos en el presente asunto.

Tercero.

Se denuncia a continuación la aplicación de la agravación basada en el abuso de relaciones personales o profesionales: no habría datos suficientes para hacerla compatible con el delito de apropiación indebida.

Hay que dar la razón al recurrente en este punto, lo que, además, repercutirá en la individualización penológica en tanto que la subsistencia de la agravación del art. 250.1.5º no podrá llevar a la aplicación de la mitad superior ex art. 74 al no identificarse una conducta aislada en que se haya superado el monto de 50.000 euros.

La proyección de las agravaciones del art. 250, pensadas para la estafa, al delito de apropiación indebida, exige modulaciones. Algunas pueden resultar sencillamente inoperantes (estafa procesal); otras, no comportan dificultad ni matización alguna (cuantía de lo defraudado); otras, por fin, han de experimentar algún reformateo interpretativo como consecuencia de la distinta morfología de ambas tipicidades. Eso sucede con la ahora analizada.

En la estafa siempre se está defraudando una confianza. Si esa confianza se ha gestado a través del engaño, y concurre además otra fuente de confianza, cabe la agravación.

En una apropiación indebida -omitimos ahora cuestionar si la inclusión de los hechos en esa figura en lugar de la estafa u otras es correcta- siempre está presente una relación previa (la que ha llevado a traspasar la posesión

al no propietario) que es su presupuesto. Y ha de ser una relación que, por definición, reclama una cierta confianza: la que lleva a esa transmisión de la posesión. Si no hay un plus relevante respecto de esas relaciones precedentes habrá que considerar que la agravación es inherente y no determinará un incremento de la antijuricidad.

Aquí la Audiencia sitúa la base del subtipo agravado en la condición de subdirector de la sucursal y en la confianza que los clientes habían depositado en él (eso llevaría más bien a pensar si la credibilidad más que personal era la que le otorgaba actuar en nombre de la entidad bancaria). Pero nótese que nada en el hecho probado permite hablar de una relación especial con los clientes: la misma conducta podría hacerse operando con otras cuentas. (STS 314/2020, de 15 de junio).

Dice, a este respecto, la STS 295/2013 de 1 de marzo:

"Mejor suerte ha de correr el segundo de los motivos cobijado en el art. 849.1º mediante el que se denuncia la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1.6º (7º antes de la reforma de 2010), que se basa en el abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador. Ideada y diseñada para los delitos de estafa, la eficacia de esa agravación se proyecta también en los de apropiación indebida a través de la expresa remisión penológica que efectúa el art. 252. No obstante no puede perderse de vista esa inicial apreciación: el contexto y marco en el que el legislador pensó las agravaciones del art. 250 es el delito de estafa. Por eso algunas o no son en absoluto aplicables a la apropiación indebida (el fraude procesal; "estafa procesal" propiamente a raíz de la reforma de 2010); o, siéndolo, han de ser analizadas con mucho rigor pues su compatibilidad con el delito de apropiación indebida es menos "natural", por decirlo así (abuso de firma v.gr.) (STS 819/2006, de 14 de julio).

Esto último sucede con el subtipo ahora examinado. Su apreciación en opinión del recurrente representaría un atentado al non bis in idem pues es inherente a toda apropiación indebida ese abuso de confianza o de relaciones personales.

... es de esencia de todo delito de apropiación indebida el quebrantamiento de unos deberes de lealtad y de la confianza previamente depositada en el autor. Convertirlo en administrador, arrendatario, mandatario... o en definitiva en poseedor de bienes cuya titularidad corresponde al futuro perjudicado supone por definición depositar en él, además de los bienes, una confianza. Es consustancial al delito del art. 252 quebrar la lealtad que se debe por esa previa confianza. Para encajar los hechos en el art. 250.1.7ª será necesario un plus, una confianza anterior y distinta a la que se crea con la relación que sirve de presupuesto a la apropiación indebida.

Un primer acercamiento a la temática suscitada puede hacerse de la mano de la STS 785/2006, citada por el Fiscal en su dictamen (junto a las SSTS 2232/2001, de 22 de noviembre, 890/2003, de 19 de junio, 626/2002, de 11 de abril, 368/2007, de 9 de mayo, ó 371/2008, de 19 de junio): "Hemos dicho (STS 383/2004, de 24 de marzo), que en cuanto a la apreciación del subtipo agravado previsto en el artículo 250.7ª CP, abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala (ver STS núm. 890/03) que tal como señalan las Sentencias de 28 abril de 2000 y la 626/2002, de 11 de abril, la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (Sentencias 2549/2001, de 4 de enero de 2002, y 1753/2000, de 8 de noviembre).

En el marco de la apropiación indebida las cautelas con las que ha de manejarse ese subtipo (250.1.6º) han de acentuarse. El quebrantamiento de vínculos de confianza o relaciones personales o de credibilidad es elemento ínsito en toda apropiación indebida y la graduación entre una mayor o menor confianza o crédito defraudados es escala poco nítida para sentar fronteras claras entre el tipo básico y el agravado con el nada desdeñable incremento de pena que comporta la diferenciación (STS 314/2020 citada).

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

El artículo 250.7º recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la "credibilidad empresarial o profesional", del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las

"relaciones personales existentes" entre ambos. Agravación específica del delito de estafa una figura que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza, consistente en el "abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o el aprovechamiento por éste de su credibilidad empresarial o profesional", caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se quebranta en la estafa".

Partiendo de esa postura restrictiva a la compatibilidad con la apropiación indebida (la apreciación es posible, pero existe una presunción de quedar subsumida), en este caso no se detecta ese plus. No concurre un " aliud" que dote de contenido al subtipo agravado; máxime a la vista de la pobreza descriptiva del hecho probado que no sobre ese elemento proporciona la base fáctica necesaria para atraer la eficacia agravatoria del art. 250.1.6º.

En la fundamentación se habla del perfil de los clientes afectados y el puesto que el acusado desempeñaba en la entidad (subdirector). Pero ni se explica en qué consiste ese perfil, ni se deduce del hecho que los clientes afectados no pudieran haber sido cualesquiera otros, siempre seleccionando aquéllos cuyas cuentas, por sus movimientos, hiciesen más fácil esconder las continuas distracciones (lo que no tiene nada que ver con una especial confianza); ni su posición en el banco le otorga un plus que pueda añadirse a la confianza que implica toda apropiación indebida: Se confía en una persona a cuya disposición se ponen fondos para que los administre.

El motivo es estimable.

Cuarto.

El motivo cuarto pretende elevar al rango de cualificada la atenuante de dilaciones indebidas apreciada en la sentencia. Incide en el plazo de casi tres años que hubo de pasar entre la petición de ampliación del informe caligráfico y el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado. Entiende que la espera de casi tres años para ampliar un informe pericial y luego transformar el procedimiento dotan de base a su petición, que la Sala rechazó.

En el fundamento sexto de la sentencia aparece la explicación:

"...concurre la circunstancia atenuante 60 del artículo 21 del Código Penal, de dilaciones indebidas, si bien no como muy cualificada, como pretendía la defensa del acusado de forma subsidiaria ante una eventual condena. Ciertamente, el 13/05/2016 se pidió la ampliación de la pericial caligráfica, lo que determinó la necesidad de recabar cuerpos de escritura y más demora, y posteriormente, desde el 6/1/2018 que ratificó el perito su informe, hasta que el 15/02/2019 que se dictó el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado la causa estuvo parada, no pudiéndose obviar que el contenido de la ampliación pudo muy bien haberse interesado desde el principio si sus términos se hubieran incluido en la inicial propuesta al perito calígrafo, lo que hubiera evitado la mencionada dilación.

La atenuante de dilaciones indebidas está recogida en la actualidad en el número 6 del artículo 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes: la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

A tenor de la literalidad del art. 21.6 CP, la atenuante exige de la concurrencia de una serie de elementos constitutivos: a) que tenga lugar una dilación indebida en el sentido de no justificada; b) que sea extraordinaria, en el sentido de relevante, de fuste; c) que ocurra durante la tramitación del procedimiento; d) que esa demora o retraso no sea atribuible al imputado; y e) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio, lo que constituye en último término una especificación concreta de un requisito anterior: que sean indebidas.

Junto a ello, siendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación con una disminución de la consecuencia penológica, se ha dicho a veces que es requisito inmanente de la atenuante que aquel que postula su aplicación no se sienta beneficiario de las dilaciones, más allá de que no le sean imputables. El perjuicio, en principio, ha de presumirse: el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares (obligación apud acta...) acarrear molestias y padecimientos que se acrecientan a medida que el proceso se prolonga indebidamente. Pero no siempre es así: en ocasiones el acusado está interesado por razones variadas en postergar lo más posible el resultado procesal. Dicho de otra manera, puede presumirse como regla general que admite prueba en contrario que las dilaciones en el enjuiciamiento perjudican al posteriormente condenado (mucho más, desde luego, al que finalmente es absuelto que, sin embargo, ordinariamente no obtendrá contrapartida alguna). Ese perjuicio merece una compensación que viene de la mano de la atenuante (al margen de otras a través de instituciones como la abonabilidad de las medidas cautelares: arts. 58 y 59 CP).

No admite discusión que el tiempo de duración de este proceso ha sido excesivo. La complejidad no justifica una espera de cerca de siete años hasta obtener una sentencia. El hecho que las incidencias entorpecedoras no sean reprochables a los responsables de la tramitación y gestión del procedimiento, no disipan el perjuicio derivado de la demora sufrido por el justiciable. Objetivamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha padecido. Decidir sobre la atenuante no es un tema de identificar culpabilidades o responsabilidades, sino de constatar tanto

la afectación en el derecho al enjuiciamiento en un plazo razonable; como que quien lo invoca no ha contribuido a los retrasos con su comportamiento procesal.

En este caso son carencias estructurales de órganos públicos de auxilio a la Administración de Justicia las causantes del severo retraso sufrido. No puede reprocharse al acusado que reclamase la práctica de esa prueba que era pertinente; aunque sí es verdad que el retraso en solicitarla ha sido en buena medida causante de algún significativo retraso.

Ahora bien, si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sea extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad"; para la cualificada será necesario que las dilaciones sean desmesuradas, tomando en consideración todas las circunstancias, y también esa que desliza la sentencia al explicar las razones de ese tramo final de la investigación que fue lo que prolongó en demasía el procedimiento.

Para valorar la intensidad de la atenuante se debe conjugar tanto el examen del total de duración del proceso, como la dimensión de los periodos de ralentización y sus causas. La duración de la tramitación ha sido objetivamente excesiva como consecuencia singularmente del dilatado tiempo de espera para la ampliación del informe pericial. Que los retrasos no sean imputables más que indirectamente a la Administración de justicia (lo es a sus organismos auxiliares) no muta la valoración de las dilaciones a estos efectos.

Aún dentro de los márgenes ciertamente relativos y fronteras difusas entre la atenuante simple y la cualificada, en este caso se observa que no hay méritos suficientes para la cualificación reclamada, aun reconociéndose que se está en un supuesto fronterizo. Suele ser a partir de ocho años (como criterio orientativo y nunca definitivo o decisor), no alcanzados aquí, donde la jurisprudencia viene estableciendo una pauta (SSTS 557/2001, de 4 de abril; 742/2003, de 22 de mayo; 1656/2003, de 9 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; 993/2010, de 12 de noviembre, 1108/2011, de 18 de octubre, ó 327/2013, de 4 de marzo).

Resulta ponderada la estimación de la Audiencia negándose a cualificar la atenuante, atendido ese conjunto de circunstancias.

Quinto.

El siguiente motivo protesta por la individualización penológica efectuada operando con la regla del art. 77.3 CP -de tortuosa redacción- aplicado de forma confusa y discutible por la sentencia de instancia.

La estimación de un motivo anterior nos obliga a una tarea reindividualizadora que ha de partir de cero; haciendo tabla rasa de los cálculos de la Sala de instancia. En la segunda sentencia se plasmará el razonamiento correspondiente que llevará a una nueva penalidad.

El motivo decae en razón de la estimación del anterior.

Sexto.

Por fin, un último motivo ataca el quantum imdenizatorio fijado resaltando que la suma de los montos sustraídos que se dan como probados -nótese, sin embargo que también se habla de montos que no han podido cualificarse- no se corresponde con el total fijado; y señalando, a su vez, que el quantum ha de responder al importe de lo sustraído y no a las cantidades que el Banco haya podido entregar como indemnización para dar plena satisfacción a los clientes.

Respecto del banco, aparte de los perjuicios materiales (dinero sustraído que ha de ser repuesto en las cuentas de los clientes), concurren también unos perjuicios que exceden de la pura restitución en cuanto la política de imagen o el legítimo afán de dejar en plena satisfacción a los clientes, puede haberle llevado a no adentrarse en discusiones sobre cantidades, aceptando aquéllas cifras en que los clientes fijasen sus perjuicios siempre y cuando fuesen razonables y acomodadas a los hechos constatados.

No podemos olvidar, de otro lado, que en materia de responsabilidad civil no rige el principio de presunción de inocencia, sino otros estándares probatorios de menor rigor: hay que estar a la probabilidad preponderante. Por eso no hay inconveniente alguno en que la cantidad que se ha declarado distraída de manera concluyente a efectos penales, pueda no coincidir plenamente con la que se fija como indemnización. Para determinar el tipo y la penalidad hay que estar a la certeza más allá de toda duda razonable; y para determinar la cuantía a indemnizar hay que estar a la probabilidad prevalente.

En este caso, además, se estima razonable y suficientemente fundado que la Audiencia haya atendido a estos efectos a la cantidad que acreditadamente el banco se ha visto obligado a desembolsar para cubrir los perjuicios de sus clientes en la medida en que no parece que esté artificialmente engordada. Son perjuicios derivados del delito: bien porque en efecto haya fundamento para pensar que es muy probable que las cantidades sobrepasasen lo que la pericial ha podido acreditar con certeza absoluta; bien por entender que si el Banco se ha visto obligado a desembolsar esa cantidad, que no se aparta de forma escandalosa de la que resultaría de la suma de las distracciones indubitadamente acreditadas, lo ha sido por razón de la conducta desleal del acusado que deberá cargar con esos perjuicios ocasionados que inciden en el daño reputacional generado a la entidad, que

merece una reparación que puede muy bien estar representada por esas eventuales (que no demostradas) sobreindemnizaciones.

Séptimo.

Procede declarar de oficio las costas procesales al haberse estimado el recurso (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Jesús Luis contra sentencia de fecha 7 de julio de 2020 dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Segovia en causa seguida contra el recurrente por delito continuado de apropiación indebida.

2.- Declarar de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

RECURSO CASACION NÚM.: 4126/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de primera Instancia e Instrucción nº 2 de Segovia, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección Primera), y que fue seguida por delito continuado de apropiación indebida contra Jesús Luis en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Como ha quedado justificado en la anterior sentencia los hechos son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 74, 252 y 250.1.5ª CP. Al no existir ninguna cuantía que, aisladamente, supere la fijada para rellenar, por sí sola, el contenido del art. 250.1.5ª, que solo se alcanza mediante la suma de esos montos (art. 74.2), no será de aplicación, en evitación de un prohibido bis in idem, la fórmula agravatoria del art. 74.1 CP.

Los hechos son también constitutivos del delito continuado de falsedad que ha sido descrito en la sentencia de instancia en relación de concurso medial (lo que podría ser discutible: son hechos realizados para ocultar la defraudación y no para perpetrarla; pero no es cuestión ahora planteable).

Concurre la atenuante de dilaciones indebidas en ambas infracciones.

El art. 77.3 CP actual (aunque sería factible, según los términos que se elijan, operar con la redacción anterior a la reforma de 2015 -ésta no necesariamente es mas beneficiosa, aunque lo habitual es que lo sea-), abre una horquilla en abstracto que iría desde el mínimo del delito más grave incrementado en al menos un día (si es que se reputa que esa pena era en concreto ajustada: si no, se puede elevar hasta llegar a la ajustada in casu); hasta la suma de las penas concretas que se hubiesen impuesto por cada infracción.

En consecuencia, en abstracto, la pena será ilegal si no supera la duración de un año y nueve meses de prisión y multa de nueve meses (arts. 392 y 74.1 CP). Y también sería contraria a la legalidad si rebasa la cuantía de cinco años, cuatro meses y 15 días y multa de 10 meses y quince días (resultantes de sumar los máximos concretos que podrían imponerse, de reputarse adecuados).

Esos dos extremos fijan lo que determinaría la ilegalidad de una pena concreta. Dentro de esos dos extremos, el art. 77.3, de forma poco inteligible, obliga a establecer otro mínimo y otro máximo derivados de una abstracta operación de concreción que obligaría a imaginar -quizás de forma absurda- qué pena concreta se hubiese elegido de aparecer separadamente ambos delitos (es difícil fijar algo en concreto pese a que se obliga a imaginar una secuencia que ha de abstraerse de lo realmente sucedido).

Nos parece innecesario detenernos ahora en ese ejercicio especulativo que será doble: primero elegir un máximo y un mínimo hipotéticos; y luego dentro de esa horquilla elegir una cuantía concreta. Entendemos que la asociación de dos delitos, la posición que el acusado ocupaba en la entidad, con un puesto directivo, y la persistencia en la actividad distractora -en un sentido- y, en el sentido inverso, la entidad de las dilaciones observadas que, no llegando a cualificar la atenuante sí que permiten valorarlas a través del art. 66, hace ponderado llegar a una duración -dos años de prisión y multa de diez meses- que puede propiciar mecanismos alternativos al cumplimiento en prisión, valorando, para esa decisión que corresponde a la Audiencia, obviamente, todas las circunstancias a que remite la ley y, muy en particular, la efectiva y real voluntad reparadora del acusado que quede exteriorizada de forma inequívoca por actos concluyentes.

FALLO

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

Condenar a Jesús Luis como autor criminalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 248, 250.1.5º y 74 CP en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil de los arts. 390, 392 y 74 CP con la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6. CP a la pena de DOS AÑOS de PRISIÓN y MULTA de DIEZ MESES con la misma cuota fijada en la sentencia de instancia.

En el resto se ratifican los pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto sean compatibles con éste y en particular lo relativo a indemnizaciones, accesorias, costas y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

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.