



Roj: **STS 3098/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3098**

Id Cendoj: **28079120012022100721**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2022**

Nº de Recurso: **5098/2020**

Nº de Resolución: **719/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 719/2022

Fecha de sentencia: 14/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5098/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/07/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5098/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 719/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de julio de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 5098/2020, interpuesto por **María Cristina**, representada por el procurador D. Pedro Ángel León Fernández, bajo la dirección letrada de D. Juan Gabriel Ruiz Segura, contra la sentencia nº 196/2020, de fecha 3 de julio de 2020, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 31/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: Hilario, representado por el procurador D. José Antonio Aranda Alarcón, bajo la dirección letrada de D. Jesús Marín Valdeiglesias.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrox, instruyó Procedimiento Abreviado nº 28/2017, contra Hilario, por un delito de apropiación indebida y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 31/2019, dictó sentencia nº 196/2020, de fecha 3 de julio de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<Del conjunto de la prueba practicada resulta aprobado y así se declara que el acusado Hilario nacido el NUM000 -1962 y con antecedentes penales susceptibles de cancelación al haber sido condenado por sentencia firme de 20-1-2004, dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga, por un delito de apropiación indebida a pena de 1 año de prisión, suspendida por 2 años desde el 15-7-2004 así como por sentencia firme de 10-6- 2005, dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga, por un delito de estafa a la pena de 6 meses de prisión y 3 meses de multa, como abogado en ejercicio recibió de Luis la cantidad de 7500 € el 27 de agosto de 2009 para que gestionara una escritura de venta del inmueble sito en CALLE000 de Torrox así como la parcela NUM001 del polígono NUM002 de Barranco Plano que había recibido en herencia, debiendo liquidar el impuesto derivado de los mismos.

De dicha provisión de fondos el acusado abonó las facturas correspondientes de Notaría por las escrituras de aceptación y adjudicación de herencia y compraventas por un importe total de 2.346,34 €.

El perjudicado Luis desgraciadamente fallecido, tuvo que hacerse cargo de del pago de 2.583,28 € en concepto de liquidación del Impuesto General de Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados por la venta del inmueble de la CALLE000 de Torrox y del pago de 1.050 € por el mismo concepto de la parcela NUM001 del polígono NUM002 de Barranco Plano de Torrox.

Consta acreditado que no existía relación familiar o de amistad entre el perjudicado y el acusado, siendo este último contratado por el mero hecho de ser abogado en Torrox que era la localidad en que también trabajaba el fallecido.

La denuncia por posible apropiación del dinero ofrecido en provisión de fondos la presentó el fallecido D. Luis en el puesto de la Guardia Civil de Torrox el día 30 de Abril de 2013. >>

SEGUNDO.- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS: qué debemos absolver y absolvemos a Hilario libremente y con todos los pronunciamientos favorables del delito de Apropiación indebida del que se le acusa, declarando de oficio las costas procesales y se aprueba, por sus propios fundamentos el auto de insolvencia que el Juzgado instructor dictó y consulta en el ramo separado correspondiente, quedando sin efecto las medidas cautelares acordadas contra el mismo y haciendo expresa reserva las acciones civiles a quien se considere perjudicado. >>

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

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

Motivos aducidos en nombre de la recurrente María Cristina :

Primero.- Carece de designación de vía casacional y de precepto infringido, se opone al fallo de la sentencia recurrida.

Segundo.- De la declaración recurrida: en todo caso, se opone frontalmente a la declaración: "En definitiva, no apreciándose el subtipo agravado, el plazo de prescripción previsto, ya se ha adelantado es de 3 años, y como la provisión de fondos se realiza el día 27 de agosto de 2009 y la denuncia se presenta el día 30 de abril de 2013, es visto que han pasado más de los 3 años previstos para la prescripción, por lo que deviene obligada la absolución del acusado por prescripción de los hechos."



Tercero.- Respecto de la infracción y la aplicación del artículo 849.1 de la LECrim, la sentencia recurrida ha infringido precepto penal, norma sustantivas de los artículos 252 Código Penal y artículo 250.1.7 del Código Penal con respecto el artículo 131 y 132 del Código Penal, pues se observa no ha sido aplicada.

Cuarto.- Respecto de la infracción y aplicación del artículo 849.2 de la LECrim, la sentencia recurrida entendemos que existe un error de hecho en la apreciación de las pruebas también, pues la sentencia recurrida expresa (Punto Cuarto, página 6):

"Sentado, pues, que no existe relación alguna familiar o personal de amistad entre ambas partes, hemos de examinar la otra vertiente de este subtipo agravado, es decir, el aprovechamiento de la credibilidad profesional.

Quinto.- Concretamos muy sucintamente lo invocado por los anteriores motivos, respecto a la prosperabilidad del presente recurso en cuanto al pronunciamiento interpretativo expreso en el sentido que cupiere que se pretende sobre las dudas de derecho que la Sentencia recurrida por el plazo de prescripción de los hechos, comienzo del plazo de prescripción y pronunciamiento que declare el delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código, con la aplicación del subtipo agravado del artículo 250.1.7º por la confianza y credibilidad profesional de un abogado, profesión de la Abogacía, por su estatuto profesional, se basa en la relación de confianza abogado-cliente.

Sexto.- También entendemos que en la Sentencia recurrida existe quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3º LECrim, por no se expresa clara y terminantemente los hechos que se considera probados, haberse en modo alguno resuelto en Sentencia todos los puntos y cuestiones objeto de acusación sobre la apropiación indebida, véase especialmente folios 138 a 142 y calificaciones provisionales del escrito de defensa de fecha de 5/10/2019, o más bien se indica de manera errónea en solo los siguientes párrafos de los hechos probados (páginas 2 y 3 de la sentencia recurrida):

"...abogado en ejercicio recibió de Luis la cantidad de 7500 € el 27 de agosto de 2009 para que gestionara una escritura de venta del inmueble sito en CALLE000 de Torrox así como la parcela NUM001 del polígono NUM002 de Barranco Plano que había recibido en herencia, debiendo liquidar el impuesto derivado de los mismos".

Séptimo.- COSTAS. Al tratarse el asunto de un derecho de acción de la acusación por la apropiación indebida, debida a su posibilidad por las pruebas obrantes en los autos, de subsunción de la conducta que se relata en dicho tipo penal, lo que significaba que la pretensión punitiva tiene desde luego fundamento jurídico. [STS 1889/2002, de 15 de noviembre (Tol 229769)] y no debe existir condena en costas a las partes.

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 13 de julio de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO María Cristina

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga en fecha 3-7-2020, que absolvió al acusado del delito de apropiación indebida por haber transcurrido el plazo de prescripción, no apreciándose el subtipo agravado del art. 250.1.7º, se interpone el presente recurso de casación basado en 7 motivos.

El motivo primero se limita a cuestionar el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial que absuelve a Hilario con todos los pronunciamientos favorables del delito de apropiación indebida, declarando de oficio las costas procesales, oponiéndose a dicha absolución, y la falta de pronunciamiento de un delito de apropiación indebida del art. 252 (solo se pronuncia sobre la falta de aplicación del tipo agravado del art. 250.1.7º por no existir el quebrantamiento de confianza y de credibilidad profesional entre abogado-cliente para aplicar el subtipo agravado).

La ausencia de fundamentación del motivo y de la vía casacional elegida, impide cualquier cosa que no sea su inadmisión.

SEGUNDO.- El motivo segundo, sin designación de la vía casacional y de precepto infringido, manifiesta su oposición a la declaración de prescripción. No obstante, dado el contenido del motivo quinto, se puede complementar al señalar allí la denuncia de falta de tutela judicial efectiva y motivación, arts. 24 y 124 CE por la vía del art. 5.4 LOPJ.



Motivo segundo que puede ser examinado con *el tercero* en el que se alega la infracción de los arts. 252, 250.1.7º en relación con los arts. 131 y 132 CP.

2.1.- Analizando, en consecuencia, la concurrencia o no del instituto de la prescripción, esta Sala en numerosos precedentes, por todas STS 649/2018, de 14-12, tiene declarado que presenta naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad, añadiendo que por responder a principios de orden público y de interés general puede ser proclamada de oficio, en cualquier estado del proceso en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (SSTS 839/2002, de 6 de mayo; 1224/2006, de 7 de diciembre; 25/2007, de 26 de enero; 793/2011, de 8 de julio; 1048/2013, de 19 de septiembre; 760/2014, de 2014) y no resulta imprescindible la práctica de prueba para adoptar una decisión sobre la cuestión planteada, siendo incluso factible en algunos supuestos, su aplicación después de celebrado el juicio oral y dictada sentencia, es decir, dentro del límite del recurso casacional (SSTS 1173/2000, de 30 de junio; 420/2004, de 30 de marzo; 1404/2004, de 30 de noviembre).

En definitiva la prescripción debe estimarse siempre que concurren los presupuestos sobre los que asienta -lapso de tiempo correspondiente o penalización del procedimiento- aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, - como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario, art. 666.3 LECrim-, y como cuestión previa al inicio del juicio en el abreviado, art. 786.2 LECrim, en aras de evitar que resulte una persona que, por especial previsión exprese voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal (STS. 387/2007 de 10.5).

En este sentido la STS. 793/2011 de 8.7, recordó: "No forma parte del contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala, el derecho a que las alegaciones sobre prescripción sean resueltas en el turno de intervenciones a que se refiere el art. 786.2 de la LECrim o en la sentencia definitiva. Esa interpretación, si bien se mira, abraza un entendimiento del principio de preclusión procesal que no es acorde con su significado como criterio de ordenación del proceso y, por tanto, de rango axiológico inferior a otros valores y principios que convergen en el enjuiciamiento penal.

Como se afirma en la STC 195/2009, 28 de septiembre -con cita de las SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3, y 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2, "la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpaado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto 'en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica', si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings, § 46 y ss), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar -delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo- afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados".

Asimismo la STS. 583/2013 de 10.6 precisa que "no es un problema de "trámite procesal" sino de si concurre o no la prescripción. Podemos convenir con los recurrentes en que, de ser viable una calificación por un delito con pena que excluyese la prescripción, habría que estimar el recurso, pero no por haberse decidido prematuramente y por cauce inidóneo, sino por no existir seguridad sobre la prescripción. Pero si se puede afirmar con rotundidad que los hechos están prescritos, no puede estimarse el recurso por esta razón procedimental. No genera indefensión alguna esa "anticipación", quees procesalmente correcta. La adopción de esa manera y en ese momento de la decisión sobre la concurrencia de esa causa de extinción de la responsabilidad penal no comporta menoscabo alguno de las posibilidades de defensa, contradicción e impugnación".

Es cierto que esta Sala tiene declarado, SSTS 336/2007, de 13 de junio; 511/2011, de 16 de mayo; 1294/2011, de 21 de noviembre, que para apreciar la prescripción de esta manera anticipada no debe existir duda alguna sobre la concurrencia de sus presupuestos, lo que no ocurrirá cuando las peticiones de las acusaciones en sus tipos agravados y la continuidad delictiva permitan ampliar el marco de la acusación hasta penas que determinarían un plazo prescriptivo mayor, en cuyo caso lo procedente sería diferir la cuestión al tribunal sentenciador después de la celebración del juicio oral y resolver la cuestión en sentencia. Y por ello al obstarse la continuación del juicio e impedirse la práctica de prueba sobre esas circunstancias fundamentadoras del título de imputación de la acusación, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva cuyo contenido se integra muy especialmente por el derecho a esa prueba.



2.2.- Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que en la determinación de las previsiones legales aplicables a los plazos de prescripción, no ha de atenderse a las correspondientes al título de imputación, esto es, a la infracción penal que se imputa al acusado, inicialmente o a lo largo del procedimiento, sino a la infracción de la que resulta penalmente responsable, es decir, la infracción penal que hubiera cometido y por la que habría de ser condenado de no concurrir la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal. De lo contrario, se haría recaer y soportar sobre la persona sometida a un proceso penal los plazos de prescripción correspondientes a una infracción penal que no habría cometido y de la que, por tanto, tampoco habría de ser responsable (SSTS 414/2015, de 6-7; 762/2015, de 30-11).

Criterio que se había establecido en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 26-10-2010. "Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador..." (STS 15/2017, de 20-1).

2.3.- Partiendo de estos presupuestos la primera cuestión que deberá analizarse es la fijación del "**dies a quo**" de comienzo del cómputo del plazo prescriptivo. La sentencia lo fija en el momento de la provisión de fondos, esto es, en el que hizo entrega del dinero al acusado para hacer frente al pago del Impuesto General de Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, 27-8-2009. La recurrente considera que siendo dicha entrega legítima, habrá de estarse al momento en que los perjudicados tuvieron conocimiento de que los impuestos no habían sido abonados, 13-4-2013.

La jurisprudencia ha declarado que el momento consumativo del delito de apropiación indebida tendrá lugar, tratándose de la distracción del dinero por no darle el destino convenido, en la fecha en que debió darse tal destino pactado, si se incumple la obligación y se retiene la posesión de dinero o bienes en provecho del poseedor (SSTS 448/2000; 1248/2000, de 12-7), precisándose que con la conducta del autor, cuando se trata de dinero o bienes fungibles, se incumplan definitivamente las obligaciones de devolver o entregar a un tercero impuestas como complemento inseparable del acto de entrega. No basta pues la destrucción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia.

Como se ha dicho en SSTS 712/2006, de 3-7, y 219/2007, de 9-3 "en el delito de apropiación indebida la potencial disponibilidad o posibilidad de disponer, como criterio decisivo para determinar la consumación, hemos de hallarlo en el momento en que el agente hace propio (o tiene posibilidad de hacerlo) lo que tiene obligación de poner a disposición del partícipe."

En nuestro caso, nos hallaríamos ante un delito de apropiación indebida de dinero, cuyo momento comisivo hay que fijarlo en el instante en que el autor no le da el destino pactado, incumpliendo la obligación y reteniendo su posesión (vid. SSTS 364/2019, de 16-7; 638/2019, de 19-12).

En esta dirección el ATS 4-2-2021 recogido por el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, fijó el **dies a quo** en la fecha en que constaba ingresado el dinero en la cuenta corriente del acusado. Es esta la opción más favorable al acusado, al no constar el momento en que decidió hacer suyo el dinero, la jurisprudencia ha afirmado que el cómputo del plazo ha de hacerse de la manera que más beneficie al acusado (SSTS 551/98, de 25-4; 1497/99, de 26-10). La pretensión del recurrente de fijarlo cuando el perjudicado tiene conocimiento de tal apoderamiento por el impago de los impuestos, determinaría supeditar los plazos de prescripción a la mayor o menor diligencia de aquel, con la consiguiente inseguridad jurídica.

Siendo así, realizada la provisión de fondos el 27-8-2009 y presentada la denuncia como acto interruptivo de la prescripción el 30-4-2013, el plazo prescriptivo había transcurrido.

2.4.- En segundo lugar, se plantea la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1.6º (antiguo 7º). Hemos dicho en SSTS 383/2004, de 24-3; 368/2007, de 9-5; 371/2008, de 19-6; 295/2013, de 1-3; 817/2017, de 13-12, que en cuanto a la apreciación del subtipo agravado previsto en el artículo 250.7ª CP, abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala (ver STS núm. 890/03) que tal como señalan las Sentencias de 28 abril de 2000 y la 626/2002, de 11 de abril, la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (Sentencias 2549/2001, de 4 de enero de 2002, y 1753/2000, de 8 de noviembre).



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

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

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

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



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

2.5.- En el caso presente la sentencia considera probado "que no existía relación familiar o de amistad entre el perjudicado y el acusado, siendo este último contratado por el mero hecho de ser abogado en Torrox que era la localidad en que también trabajaba el fallecido." Y en el fundamento jurídico razona como "descartada como queda dicho la relación personal, considera este Tribunal que tampoco es de apreciar el subtipo agravado por aprovechamiento de credibilidad profesional por parte del acusado; pues lo único que se acredita es que las tareas se encargan a una persona que es abogado en ejercicio, como podían haberse encargado a un Asesor Fiscal o un Graduado Social que se dedique a tales menesteres.

Se encarga un Abogado que ejerce en la localidad de Torrox de escasa población donde podía conocerse que este señor ya había sido condenado en dos ocasiones anteriores.

La condena del Abogado es similar pues a la de cualquier otro profesional o gestor que se dedica este tipo gestiones.

No puede encuadrarse en este subtipo agravado, pues no basta la cualidad profesional para que deba ser acogido, pues entonces habría que aplicarlo siempre que se tratara de un profesional cuya actuación vaya encaminada a este tipo de gestiones.

No es así, no apreciándose en este caso concreto ese especial atropello a la fidelidad profesional con la que contaba el principal, pues, de un lado, el acusado emplea parte de la provisión de fondos recibidos a pagar algunos de los gastos para los que había recibido el dinero. Y de otro lado, no se ha practicado s. e. u. o la liquidación de la gestión y la determinación de los honorarios por la gestión parcialmente realizada."

Razonamiento conforme con la jurisprudencia citada y que determina la no aplicación del subtipo agravado y la no ampliación del plazo prescriptivo a 10 años.

TERCERO.- El motivo cuarto respecto de la infracción y aplicación del art. 849.2 LECrim considera que en la sentencia existe, en aplicación del art. 849.2 LECrim, error de hecho en la apreciación de la prueba al expresar en los hechos probados que "consta acreditado que no existía relación familiar o de amistad entre el perjudicado y el acusado, siendo este último contratado por el mero hecho de ser abogado en Torrox que era la localidad en que también trabajaba el fallecido."

Argumenta que el Sr. Luis no vivía en Torrox, sino en Torelló (Barcelona), por lo cual trabajaba en Barcelona y no en Torrox, siendo esta circunstancia, el residir fuera y no en Torrox, el motivo principal del encargo a un profesional como era abogado el Sr. Hilario , la cual se basaba en relación de confianza abogado-cliente y debió determinar la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1.7º.

3.1.- El motivo deberá ser desestimado.

Como con reiteración ha declarado la jurisprudencia, por todas STS 607/2010 de 30-6, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

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

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula



que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

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

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

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

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

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

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

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

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

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar, ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlos.

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

Bien entendido que tal ensanchamiento o modificación del factum debe referirse a elementos que se consideren esenciales para repercutir en el fallo, esto es, con relevancia causal y que quede evidenciado en algún documento genuino y no contradicho por otras pruebas, por cuanto es obvio que el error ha de ser trascendente o con valor causal para la subsunción, por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido, si se verifica la mutación a extremos accesorios o irrelevantes. En definitiva esa trascendencia o relevancia se proyecta sobre la nota de la finalidad impugnativa. El motivo ha de tender bien a anular una aserción del relato histórico en la sentencia o a integrarlo con un dato fáctico no recogido en él, de manera que, en cualquiera de ambos casos, la subsunción de la sentencia sometida a recurso queda privada del necesario soporte fáctico (STS 588/2010, de 22-6).



En el caso actual, el recurrente no designa documento alguno en los que sustentar el error, limitándose a insistir en la concurrencia del subtipo agravado art. 250.1.7º, lo que ya ha sido analizado en motivos anteriores.

CUARTO.- El motivo quinto concreta sucintamente lo invocado por los anteriores motivos respecto de la prosperabilidad del presente recurso en el sentido que cupiere que se pretende sobre las dudas de la sentencia recurrida por el plazo de prescripción de los hechos, comienzo del mismo y pronunciamiento que declara el delito de apropiación indebida del art. 252 CP con la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1.7º por la confianza y credibilidad profesional de un abogado, profesión de la abogacía, por su estatuto profesional, se basa en la relación de confianza abogado-cliente.

El motivo se remite a las denuncias precedentes: arts. 24 y 120.3 CE al amparo del art. 5.4 LOPJ; art. 849.1 LECrim infracción de precepto penal de carácter sustantivo, apropiación indebida art. 250.1 en relación con los plazos de prescripción del art. 131 en relación con el art. 132; error en la apreciación de las pruebas, art. 849.2 LECrim, sin formular otros vicios casacionales.

Por ello, dando por reproducido lo ya expuesto en los motivos precedentes, el presente debe ser desestimado.

QUINTO.- El motivo sexto entiende que en la sentencia recurrida ha existido quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim por no expresarse clara y terminantemente los hechos que se consideran probados, haberse en modo alguno resuelto en sentencia todos los puntos y cuestiones objeto de acusación sobre la apropiación indebida.

Asimismo, con defectuosa técnica casacional denuncia la infracción de la exigencia contenida en el art. 120.3 y 24.1 CE por falta de suficiente motivación, al existir pruebas que dan fundamento a un delito de apropiación indebida.

5.1.- El motivo infringe lo dispuesto en el art. 874 LECrim en cuanto a los requisitos formales del escrito de interposición o formalización del recurso, como son, entre otros, que las diferentes razones de impugnación deben estar ordenadas como motivos diferentes, que se presentarán debidamente separados y numerados. No deben juntarse diversas impugnaciones en un mismo motivo.

Por ello, cuando no se observan estos requisitos y se imputa a la sentencia de forma conjunta, amalgamada y genérica una serie de infracciones normativas, afirmándose que en el procedimiento se han vulnerado sistemáticamente preceptos constitucionales, la consecuencia es la inadmisión a trámite del recurso o, en su caso, la desestimación. Lo mismo ocurre cuando en vez de observarse los requisitos del art. 874 LECrim, se realizan remisiones al contenido de otros escritos del recurrente, aunque obren en las actuaciones, pues es preciso individualizar y especificar en diversos motivos las vulneraciones que se consideran infringen la ley (STS 659/2000, de 18-4).

5.2.- No obstante lo anterior, aunque se analizarán las pretensiones de la recurrente, el motivo devendría inadmisibles.

La jurisprudencia, por ejemplo STS 945/2004, de 23-7; 94/2007, de 14-2; tiene declarado que es un requisito imprescindible de las sentencias penales la existencia de un relato de hechos probados que permita en comprensión no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso y, además, pro la sociedad en su conjunto, en cuando pueda tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los tribunales. Con los hechos declarados probados en la sentencia haría relacionarse los fundamentos jurídicos de la misma, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen en todo congruente.

Reiterada doctrina jurisprudencial ha entendido que la sentencia debe anularse cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprendible o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impiden saber lo que el tribunal declare probado efectivamente, o bien por contener la sentencia un relativo de hechos constando de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el tribunal los está declarando probado o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (STS 1610/2001, de 17-9; 559/2002, de 27-3).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (STS 1006/2000, de 5-6; 471/2001, de 22-3; 717/2003 de 21-5; 474/2004, de 13-4; 1253/2005; de 26-10; 1538/2005, de 28-12; 877/2004, de 22-10; 24/2010, de 1-2) hacer viable a este motivo son los siguientes.



a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de imprecisión bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensibles el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultante probatorio sin expresión por el juzgador de lo que considerar probado.

Este requisito compuesta, a su vez, la exigencia de que el vicio provisional de la fallo de claridad debe ubicarse en el hecho probado, debe ser interna y no podría oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y sobre ser gramatical, sin que para su alegación frente a una falta de comprensión lógica a argumental, cuya impugnación debiera articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) La incomprensión, la ambigüedad, etc...del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) además la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declare probado.

d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrían dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión en cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, su incomprensión por falta de acreditaciones, no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquellos que efectivamente resulta acreditado.

Jurisprudencia STS 24/2010, de 1º-2, Falta de claridad y omisiones en los hechos probados.

La falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que sólo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer que es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incomprensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 24.3.2001, 23.7.2001, 1.10.2004, 2.11.2004, 28.12.2005).

Por ello, se insiste en que no concurre el quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el tribunal puede no considerar probados o simplemente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origina incomprensión del sentido del texto (SSTS. 31.1.2003, 28.3.2003, 12.2.2004).

La solución a las omisiones en los hechos probados -decíamos en STS. 30.9.2005- no viene por el cauce utilizado por el recurrente -falta de claridad del art. 851.1 LECrim.- sino por la vía del art. 849.2 LECrim. En este sentido la STS. 4.5.99 precisa que la omisión de datos que debieron ser incluidos en el relato, según el recurrente, en modo alguno constituye el defecto procesal contemplado en el precepto invocado, sino a lo más que podría dar lugar es que se procediera a completar la sentencia mediante el procedimiento legalmente establecido al efecto, que desde luego no es la vía utilizada por el recurrente, y la S. 6.4.92, recuerda que las omisiones tan solo caben como motivo de casación por quebrantamiento de forma por falta de claridad en los hechos probados cuando ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido, pero no como aquí que no producen oscuridad alguna para la comprensión de lo narrado en la sentencia - SS. 18 y 28.5.92- o como dicen las SS. 375/2004 de 23.3 y 1265/2004 de 2.11, cosa distinta es que el recurrente pretenda ensanchar el "factum" con complementos descriptivos o narrativos, que considere esenciales, por repercutir en el fallo y que resultaron probados, a medio de documentos, que no fueron debidamente valorados por el Tribunal, lo que situaría el motivo en el campo del "error facti" que contempla el art. 849.2 LECrim.

5.3.- En el caso que nos ocupa, no se observa ninguna de las infracciones denunciadas.

Como señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, se ha de tener en cuenta que el relato narrativo de la sentencia absolutoria es obviamente más escueto que el de un pronunciamiento condenatorio, más aún cuando aquel pronunciamiento se basa por la declaración de la prescripción. En esta situación ha de recogerse en el relato fáctico aquellos hechos que determinan qué tipo penal es el aplicable, el básico o el agravado, dado que en razón del mismo se fijará el máximo de la pena imponible y consecuentemente la existencia o no de prescripción.

Siendo así, la sentencia recurrida, tanto en el factum como en la fundamentación jurídica, expone las razones por las que no considera concurrente el subtipo agravado y como lógica consecuencia aplica el plazo prescriptivo del tipo básico, tres años, que considera transcurrido a la fecha de la denuncia.

SEXTO.- El motivo séptimo. Costas, se limita a señalar, sin designación de vía casacional ni precepto infringido, que no cabía imposición de costas al tratarse de un tema claramente de dudas de derecho. Dado que la



sentencia recurrida al estimar concurrente la prescripción y absolver al acusado, declara las costas de oficio, no se acierta a comprender cual sea la concreta petición de la parte, y el motivo resulta inadmisibile.

SÉPTIMO.- Desestimándose el recurso, procede condenar en costas al recurrente (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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **María Cristina** , contra la sentencia nº 196/2020, de fecha 3 de julio de 2020, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 31/2019.

2º) Imponer las costas a la recurrente.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde Eduardo de Porres Ortiz de Urbina