



Roj: **STS 8658/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:8658**

Id Cendoj: **28079120012007101067**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2007**

Nº de Recurso: **1093/2007**

Nº de Resolución: **1028/2007**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 984/2006,**
STS 8658/2007

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil siete.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la Acusación Particular Serafin , Celestina , Gloria y Gaspar , contra senencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, que absolvió al acusado Serafin de delitos de apropiación indebida, estafa, falsedad y descubrimiento y revelación de secretos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, estando dichos recurrentes Acusación Particular representados por la Procuradora Sra. Mota Torres, y el recurrido acusado Casimiro , representado por el Procurador Sr. Abajo Abril.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona incoó diligencias previas con el nº 138 de 2.004 contra Casimiro , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, que con fecha 22 de diciembre de 2.006 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: El día 16 de febrero de 2001 falleció D^a Inmaculada . Con posterioridad, el acusado Casimiro , mayor de edad, diector de la oficina del BBVA nº 5008 situada en Pamplona, en la C/ Irunlarrea nº 19, desde la terminal ubicada en la citada oficina, el día 15 de marzo de 2001, con la finalidad de obtener fondos para pagar los gastos que había generado su tía D^a Inmaculada y los gastos de reparto de herencia y de testamentaría, procedió a la venta de 797,0059696 participaciones del Fondo de Inversión BBVA Mixto Global Fim 810-037121, por importe de 6.010,12 euros, propiedad de aquélla, ingresando dicha cantidad en la cuenta nº NUM000 cuyo titular era Andrés , fallecido el día 10 de enero de 2006, y administrador de hecho de aquélla. El citado fondo se creó dado el rumor de que tras la muerte de la tía Inmaculada , la mayor parte de la herencia era para los familiares de Mallorca, y como desconocían cómo se iba a repartir dicha herencia, existía la duda de a quién tenían que reclamar. La venta de dicho fondo se realizó sin conocimiento y consentimiento de los herederos de la fallecida. El acusado Casimiro , el día 23 de marzo de 2002, para facilitar a los herederos de la tía Inmaculada las operaciones de la herencia, aperturó de manera informática la cuenta nº NUM001 de BBVA, a nombre de la fallecida Inmaculada , realizando en la cuenta hasta septiembre de 2002, diversas operaciones bancarias, sin consentimiento ni autorización de los herederos de Inmaculada , cancelándose la cuenta el día 16 de septiembre de 2002, y realizando el acusado entre los días 25 de marzo y 27 de marzo de 2002 distintos movimientos de reembolso y suscripción de Fondos de Inversión, de compra y venta de acciones. El día 24 de septiembre de 2002, el acusado Casimiro , como consecuencia de las conversaciones con Gloria , con la finalidad de solucionar los problemas de testamentaría realizó cuatro ingresos en la cuenta nº NUM002 de BBVA, abierta en una oficina de Palma de Mallorca, cuya titular era aquélla, que era heredera de Inmaculada , por importe cada uno



de 3.146,54 euros. Dicha cantidad, que ascendía a un total de 12.586,16 euros, fue como consecuencia del acuerdo al cual llegó el acusado con Gloria, que exigió al acusado el ingreso de esa cantidad de dinero en su cuenta para ella y sus hermanos, como condición para hablar de la problemática existente entre ellos en la testamentaria, y retirar del BBVA las quejas que los herederos de la fallecida D^a Inmaculada habían puesto contra el acusado. Ingresado el dinero por el acusado en la referida cuenta de D^a Gloria, como los herederos no cumplieron su parte del trato de retirar aquellas quejas, como en la cuenta de D^a Gloria no había fondos bastantes para recuperar la cantidad de 12.586,16 euros el acusado, el día 20 de octubre de 2.002, a través del sistema informático del BBVA, procedió a la venta de participaciones de un Fondo R.F. Corto Fim, por importe de 429.276 ptas., sin autorización de su titular Serafin, transfiriendo el precio obtenido a la cuenta ya citada titularidad de Gloria, de la cual retrotrajo la cantidad inicialmente ingresada, los días 28 y 29 de octubre de 2002, con cargo a aquella cuenta, y abonó en una cuenta de su titularidad, realizando reembolsos de fondos de inversión, sin que existiera orden de transferencia o venta de su titular Gloria, anulándose todas estas operaciones el día 12 de noviembre de 2002, realizando el acusado las operaciones descritas desde el terminal de la oficina de BBVA de la que era director.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a Casimiro del delito de apropiación indebida, estafa, falsedad y descubrimiento y revelación de secretos de los que era acusado en la presente causa declarando de oficio las costas de esta instancia.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de la Acusación Particular Serafin, Celestina, Gloria y Gaspar, 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.

4.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular Serafin, Celestina, Gloria y Gaspar, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Acogido a la vía ofrecida por los arts. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J. por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en cuanto a la falta de razonamiento contenido de la sentencia recurrida (art. 24 C.E.) sobre falta de tipicidad de hechos declarados probados y elementos fácticos objeto del proceso; Segundo.- Acogido a la vía ofrecida por los arts. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J. por vulneración del derecho fundamental a un procedimiento con todas las garantías, y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, que deben practicarse en juicio. Por introducir el Tribunal en la sentencia pruebas no practicadas en juicio, ni respetando el principio de contradicción (art. 24 C.E.); Tercero.- Por infracción de ley acogido al ordinal 2º del art. 849 L.E.Cr., por haber existido errores en la apreciación de la prueba, basados en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Tribunal sentenciador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Incongruencia omisiva y ficticia; Cuarto.- Por infracción de ley acogido al art. 849.1º L.E.Cr., por inaplicación indebida de los arts. 252, 74.1 y 250.7º del C. Penal; Quinto.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr., por inaplicación indebida de los arts. 392, en relación con los arts. 390.1.1º y 3º C. Penal; Sexto.- Por infracción de ley, acogido al art. 849.1º L.E.Cr., por inaplicación indebida del art. 197.1.2º y 4º del C. Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, apoyó sus motivos cuarto y quinto, solicitando la desestimación de los restantes, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida, impugnando el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 3 de diciembre de 2.007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial dictó sentencia por la que absolvía al acusado de los delitos de apropiación indebida, estafa, falsedad y descubrimiento y revelación de secretos que le venían siendo imputados.

Contra dicha sentencia recurre en casación la acusación particular articulando una serie de motivos todos ellos, en esencia, dirigidos a revocar la resolución de instancia y, en concreto los que figuran bajo los ordinales 4º, 5º y 6º instando que se dicte por esta Sala una sentencia condenatoria respecto a los delitos que se imputaban al acusado.

A la vista de las pretensiones nucleares de los recurrentes, se hace innecesario el examen de los tres primeros motivos que se formulan, más allá de unas breves consideraciones:

a) Tienen buena parte de razón aquéllos cuando reprueban que el pronunciamiento absolutorio de la sentencia de instancia se fundamenta en un razonamiento contrario a la lógica y a los principios de racionalidad para declarar atípicos los hechos que se declaran probados, cuando no una absoluta falta de motivación de otros hechos contenidos en el relato histórico, objetivamente constitutivos de delito.



Sin embargo, siendo la pretensión de los recurrentes que esta Sala de casación dicte "directamente" segunda sentencia condenatoria, y existiendo base suficiente para ello, según veremos, así se hará sin necesidad de devolver las actuaciones al Tribunal de origen.

b) Se quejan también los recurrentes de que la Sala a quo valoró como prueba de descargo la declaración de un imputado en la causa que había fallecido con anterioridad al acto del juicio oral, y cuya declaración ante el Juez de Instrucción no se efectuó conforme establece el art. 730 L.E.Cr.

Es cierto que tales manifestaciones realizadas en fase sumarial no debieran haber sido valoradas al no haber sido introducidas en el debate contradictorio en la forma y con las garantías prescritas en el precepto procesal invocado, pero no lo es menos, que el dato fáctico sobre el que tales declaraciones versaban pudo ser acreditado por otros medios probatorios.

SEGUNDO.- Aún sin modificar la declaración de Hechos Probados -como postulan los recurrentes-, deben ser estimados los motivos cuarto y quinto del recurso, el primero de los cuales se formula por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. al no haber sido subsumidos aquéllos en los artículos 252, 250.7 y 74 C.P.

TERCERO.- Los argumentos del motivo y los que desarrolla el Ministerio Fiscal para apoyar la censura, son tan sólidos y rigurosos, que imponen la estimación. En efecto, el acusado, que no tiene la condición de heredero ni legatario de la fallecida Inmaculada, en su calidad de director de la oficina bancaria y desde su terminal informática, dispuso sin conocimiento ni consentimiento de los herederos de la causante de 797 participaciones de Fondo de Inversión, propiedad de la causante, que vendió obteniendo un importe de 6.010,12 euros, del que dispuso ingresándolo en la cuenta cuyo titular era el también acusado (pero después fallecido) Andrés, del que la sentencia dice que era "administrador de hecho" de Inmaculada, pero que en la fundamentación jurídica corrige al expresar que "al parecer" lo era.

La sentencia excluye el ánimo de lucro -elemento necesario del tipo- en esta operación, sobre la base de que la misma se realizó "para pagar los gastos que había generado aquélla, y para atender los gastos de reparto de herencia y de testamentaría". Sin embargo ni se especifican cuáles fueron esos gastos, ni su cuantía, ni, desde luego existe constancia de su abono, siendo así, por el contrario que los gastos del tanatorio a que se refiere más tarde la sentencia fueron abonados con anterioridad y con cargo a una cuenta corriente distinta en CAJA DE NAVARRA de que también era titular la fallecida con firma autorizada de D. Juan María, que autorizó dicho pago.

El juicio de inferencia sobre la concurrencia del elemento subjetivo del delito -el dolo, en su modalidad de ánimo de lucro- debe deducirse del análisis racional de las circunstancias concurrentes que rodean la actuación del autor y, como hemos dicho reiteradamente, el juicio de inferencia sobre el ánimo que guía al acusado es susceptible de ser revisado en casación y, en su caso, corregido.

En el caso presente tanto los recurrentes como el Fiscal coinciden en tachar la conclusión a que llega el Tribunal a quo de ilógica, absurda y contraria a las reglas de la experiencia. Y este criterio debe ser confirmado en sede casacional, porque la actuación del acusado tras la muerte de Inmaculada consistió en disponer a título de dueño de las participaciones de que aquélla era titular y, repítase, sin ser heredero ni legatario y de espaldas a éstos, utilizó dichos bienes en actos genuinamente dominicales, como fue la venta de los mismos y disponiendo del producto de la misma como le pareció, todo lo cual supuso, naturalmente, un detrimento económico de la herencia yacente en perjuicio de los herederos.

La justificación de emplear ese dinero en hacer frente a genéricos gastos no acreditados, que sirve a la Sala a quo para rechazar el ánimo de lucro, no aguanta las exigencias de la lógica y del racional pensamiento, porque, en primer lugar, en el art. 252 C.P. no aparece el ánimo de lucro como elemento del tipo, si bien se puede considerar implícito en esa definición legal, sobre todo si se interpreta en un sentido amplio que comprende cualquier tipo de beneficio, incluso no patrimonial (STS de 28 de enero de 2.005), habiéndose declarado también por esta Sala que el elemento anímico del delito se entiende concurrente con un comportamiento material de apropiación, gozando de la cosa o disponiendo de ella (STS de 4 de junio de 2.002), justamente lo que hizo el acusado en esta primera acción, disponiendo como propios de bienes de ajena propiedad cuya custodia tenía encomendada, y realizando operaciones financieras sobre esos bienes a título de dueño ingresando el metálico obtenido, no en el fondo de inversiones del que se detrajeron las participaciones o en alguna de las cuentas corrientes de Inmaculada en esa oficina bancaria, sino en la cuenta corriente de un tercero. Por todo lo cual, llegamos a la conclusión de que el juicio de inferencia del Tribunal de instancia sobre la no concurrencia del elemento subjetivo del delito que se le imputaba, carece de la necesaria y debida racionalidad, por lo que, apareciendo en la actuación examinados todos los componentes que configuran el tipo, así debe quedar establecido. No es admisible sostener que no existe ánimo de lucro y que las operaciones -se insiste, a espaldas de los herederos, ocultadas a los mismos y realizadas por quien no era heredero- eran para facilitar las operaciones de la herencia y pagar gastos de testamentaría, porque, en todo caso, tales gastos



correrían a cargo de los herederos una vez se determinasen en su cuantía, en su naturaleza y en su distribución entre los causahabientes, lo que hacía de todo punto innecesario al acusado proveer a esos inciertos y futuros gastos "de herencia y testamentaría" disponiendo de los bienes de la fallecida apenas treinta días después de su muerte y, sobre todo, sin siquiera informar de ello a los herederos. La conjugación de todos estos factores revelan, desde la más primaria lógica y racionalidad analítica una actuación dolosa cuando menos de "distracción" de las citadas participaciones de la causante.

TERCERO.- Por lo demás, la concurrencia del ánimo de lucro se robustece si atendemos al resto de las actuaciones que se atribuyen al acusado en el Hecho Probado. En efecto, más de un año después del fallecimiento de Inmaculada , el 23 de marzo de 2002, aperturó de manera informática la cuenta nº NUM001 de BBVA, a nombre de la fallecida Inmaculada , realizando en la cuenta hasta septiembre de 2002, diversas operaciones bancarias, sin consentimiento ni autorización de los herederos de Inmaculada , cancelándose la cuenta el día 16 de septiembre de 2002, y realizando el acusado entre los días 25 de marzo y 27 de marzo de 2002 distintos movimientos de reembolso y suscripción de Fondos de Inversión, de compra y venta de acciones. El día 24 de septiembre de 2002, el acusado Casimiro , como consecuencia de las conversaciones con Gloria , con la finalidad de solucionar los problemas de testamentaría realizó cuatro ingresos en la cuenta nº NUM002 de BBVA, abierta en una oficina de Palma de Mallorca, cuya titular era aquélla, que era heredera de Inmaculada , por importe cada uno de 3.146,54 euros. Dicha cantidad, que ascendía a un total de 12.586,16 euros, fue como consecuencia del acuerdo al cual llegó el acusado con Gloria , que exigió al acusado el ingreso de esa cantidad de dinero en su cuenta para ella y sus hermanos, como condición para hablar de la problemática existente entre ellos en la testamentaría, y retirar del BBVA las quejas que los herederos de la fallecida D^a Inmaculada habían puesto contra el acusado. Ingresado el dinero por el acusado en la referida cuenta de D^a Gloria , como los herederos no cumplieron su parte del trato de retirar aquellas quejas, como en la cuenta de D^a Gloria no había fondos bastantes para recuperar la cantidad de 12.586,16 euros el acusado, el día 20 de octubre de 2002, a través del sistema informático del BBVA, procedió a la venta de participaciones de un Fondo R.F. Corto Fim, por importe de 429.276 ptas., sin autorización de su titular Serafin , transfiriendo el precio obtenido a la cuenta ya citada titularidad de Gloria , de la cual retrotrajo la cantidad inicialmente ingresada, los días 28 y 29 de octubre de 2002, con cargo a aquella cuenta, y abonó en una cuenta de su titularidad, realizando reembolsos de fondos de inversión, sin que existiera orden de transferencia o venta de su titular Gloria , anulándose todas estas operaciones el día 12 de noviembre de 2002, realizando el acusado las operaciones descritas desde el terminal de la oficina de BBVA de la que era director.

La sentencia impugnada señala que estas actividades las realizó el acusado "para facilitar a los herederos de la tía Inmaculada las operaciones de la herencia", pero esta justificación tan lacónica como ambigua, por una parte, carece de la más mínima argumentación en la fundamentación jurídica de la sentencia, y, por otro, quebranta las reglas de una elemental racionalidad cuando se advierte que la propia sentencia subraya que las operaciones realizadas (suscripción de fondos de inversión, compra y venta de acciones) se llevaron a cabo a espaldas de los herederos de la causante, sin su consentimiento y sin su anuencia, todo lo cual fundamenta un sólido indicio incriminatorio sobre los auténticos propósitos del recurrente, puesto que si las operaciones de la herencia hacían preciso o conveniente la apertura de una cuenta a nombre de una persona ya fallecida un año y pico antes, a través de la cual se realizaron las operaciones mencionadas para facilitar a los herederos la percepción de lo que les correspondiera en la herencia, resulta irrazonable que todas estas acciones se ocultaran a los beneficiarios de las mismas.

CUARTO.- El cuadro se completa con los hechos que se relatan en la última parte del "factum", donde se expone que "el día 20 de octubre de 2002 el acusado, a través del sistema informático del BBVA, procedió a la venta de participaciones de un Fondo RF Corto Fim, por importe de 429.276 ptas., sin autorización de su titular Serafin , transfiriendo el precio obtenido a la cuenta ya citada titularidad de Gloria , de la cual retrotrajo la cantidad inicialmente ingresada, los días 28 y 29 de octubre de 2002 con cargo a aquella cuenta, y abonó en una cuenta de su titularidad".

Exculpa la sentencia la ilicitud penal de estos hechos señalando que existieron pactos entre el acusado y la coheredera Gloria , la cual "exigió del acusado la entrega de 12.586,16 euros" que éste ingresó en la cuenta corriente de aquélla en cuatro ingresos por importe cada uno de 3.146,54 euros. Sobre el contenido de dichos "pactos" la sentencia alude a "solucionar problemas de testamentaría", que no se concretan en absoluto, pero también para que los herederos retiraran del BBVA las quejas que habían presentado contra el acusado.

En cualquier caso, la existencia de tales pactos, según consta en el factum, alcanzaría a que el acusado ingresara dinero en la cuenta de Gloria , pero en nada afectan a la posibilidad de rescatar lo ya ingresado y desde luego menos aún a que se apoderara, previa venta, de activos de un tercero (Serafin) al no tener fondos suficientes en la cuenta de Gloria . Ni consta que fuera debida dicha cantidad, ni consta que lo fuera por el titular (Casimiro) del fondo Fim del que en definitiva dispuso para sí.



Todo cuanto ha quedado consignado revela una actuación continuada del acusado presidida por el propósito de hacer suyos parte de los bienes propiedad de terceras personas, en concreto, de los 6.010 euros del fondo FIM de la fallecida Inmaculada , y de los 12.586,16 euros detraídos de la cuenta corriente de Gloria , lo que integra el delito continuado de apropiación indebida puesto que, ciertamente, y en la línea que señala el recurrente, este tipo delictivo además de una previa posesión o tenencia de lo que sea su objeto -dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble- recibido por título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, exige por un lado el cambio del animus sustentador de la posesión, que de ser en concepto distinto al dueño reconociendo el dominio en otra persona, pasa a convertirse en intención de hacer propia la cosa que es de otro; y por otra parte, un comportamiento material de apropiación por el ejercicio de hecho de facultades propias del dominio, sea gozando o sea disponiendo de la cosa como dueño. Aquí, no hay utilización transitoria si no ocultada, y prolongada en el tiempo hasta que se descubre. El delito de apropiación indebida no se identifica exclusivamente con la apropiación directa, sino también con la distracción. No reclama en todo caso preciso un enriquecimiento propio, sino el articular un "poder de disposición" sobre la cosa que no se concedió o dar "una orientación del dinero" distinta a la procedente y ordenada. La culpabilidad no reclama un ánimo de lucro expreso, puesto que en la distracción va implícito.

QUINTO.- Denuncian también los recurrentes la indebida inaplicación del art. 392 en relación con el art. 390.1.1º y 3º C.P., que tipifican el delito de falsedad.

La queja casacional se constituye sobre el presupuesto fáctico declarado probado y anteriormente reseñado de la apertura por el acusado de la cuenta corriente en el BBVA a nombre y titularidad de Inmaculada , fallecida más de un año antes del hecho, y desde la cual el acusado llevó a cabo las operaciones financieras que allí se mencionan.

El Tribunal de instancia declara atípica esta actividad porque "no supuso un ataque efectivo a la fé pública, ni a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos que, en definitiva, son los intereses protegidos, ni sufrieron riesgo alguno. Y añade, la apertura de la cuenta informática a nombre de aquella persona fallecida no era apta para lesionar sus intereses ni los de sus herederos sufrieron perjuicio alguno por la apertura de la referida cuenta, por lo que el delito de falsedad es inexistente, siendo la finalidad del archivo creado inocua".

De este razonamiento exculpatario debe rechazarse toda referencia al daño o perjuicio económico generado por la acción falsaria, pues no son estos elementos constitutivos del delito ni constituyen el bien jurídico protegido por la norma. Esta Sala ha reiterado que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fé y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas. En ese sentido, la falsedad sólo tiene virtualidad punitiva cuando afecta a elementos esenciales y no cuando versa sobre extremos inocuos, tangenciales e intrascendentes, de tal manera que lo verdaderamente fundamental se mantenga intacto y a resguardo de cualquier maniobra falsaria (SS 26-6-99 y 26-9-2002).

Concurren en la conducta del acusado elemento objetivo del tipo al simular la participación en las operaciones que cita la sentencia de personas que no han intervenido en éstas, siendo así que esta modalidad falsaria no sólo se predica de la apertura de la c.c. a nombre de la fallecida Inmaculada y de la elaboración de los documentos necesarios para efectuar después las operaciones financieras realizadas por el acusado como si las hubiera decidido y ejecutado la falsa titular de la cuenta. Esta conducta falsaria aparece también cuando el acusado vendió las participaciones de un fondo FIM cuyo titular era D. Serafín por un importe de 429.276 ptas. y cuando, como si de dicho titular se tratara, ingresó esa cantidad en la c.c. de D^a Inmaculada . En definitiva, el acusado incurrió al menos en responsabilidad penal por falsedad de documento mercantil en tanto fingió en dichos actos (apertura de cuenta, ventas de fondos FIM, retirada de dinero de una cuenta, compra y venta de acciones) la intervención de aquellas personas que eran las únicas autorizadas para autorizar tales operaciones de disposición de bienes.

Y, por supuesto, la concurrencia del elemento subjetivo del tipo, el dolo falsario, se muestra indubitada por la sola descripción de la conducta de aquél.

El motivo debe ser estimado, debiéndose casar la sentencia recurrida y dictar una segunda por esta Sala en la que se califiquen los hechos como integrantes de un delito continuado de apropiación indebida en concurso ideal -instrumental- con un delito de falsedad continuada en documento mercantil.

SEXTO.- La acusación particular postulaba la aplicación a los delitos de apropiación indebida la agravante específica del art. 250.7 C.P., que no debe ser apreciada en la segunda sentencia que dicte esta Sala.



La mencionada agravante requiere la existencia de una relación especial subjetiva y anímica, distinta de la que por sí misma representa la relación genérica ordinaria entre los sujetos activo y pasivo del injusto, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que surge de específicas razones de amistad, convivencia, familiares o cualquiera otra que genere una particular confianza en virtud de la cual se inhibe o excluye la sospecha o el recelo a una actuación desleal de quien, se aprovecha de las facilidades que para la comisión del delito implican esos vínculos (véase STS de 5 de abril de 2.002).

Este mismo criterio ha sido reiterada y pacíficamente mantenido en numerosos precedentes jurisprudenciales. Así, la STS de 3 de febrero de 2.003, exponía que el número 7º del artículo 250 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: su apreciación, en el caso de la apropiación indebida exige una previa relación entre sujeto y víctima distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cubre la recepción de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo; relación personal previa de confianza que pudiendo ser de muy variada naturaleza ha de añadir un plus de desvalor al que ya supone el quebranto de la confianza inherente al propio título posesorio.

En la misma línea, debemos insistir en que el abuso de confianza que toda apropiación indebida entraña no puede sancionarse a la vez como circunstancia de agravación por ser inherente al tipo y de apreciarse se vulneraría el non bis in idem y el principio de legalidad.

Como estableció la sentencia de 3 de enero de 2000 el número 7º del artículo 250 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: su apreciación, en el caso de la apropiación indebida exige una previa relación entre sujeto y víctima distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cubre la recepción de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo; relación personal previa de confianza que pudiendo ser de muy varia naturaleza ha de añadir un plus de desvalor al que ya supone el quebranto de la confianza inherente al propio título posesorio.

En el caso de autos que revisamos, el Hecho Probado no contiene ningún dato que acredite suficientemente esa previa situación entre autor y víctimas de una especial relación de confianza al margen de la propia y genérica subyacente en todo hecho típico del delito de esta naturaleza. El único dato que se advierte en el "factum" es una relación de parentesco entre el acusado y los perjudicados, lo cual es claramente insuficiente para dar por cierta esa especial confianza en virtud de la cual se excluye la sospecha o el recelo, pues el hecho de una relación familiar no implica necesaria y mecánicamente esa situación, que por el contrario y en numerosas ocasiones, es la contraria. La ausencia en el relato histórico de los elementos necesarios sobre los que pueda asentar el componente típico de la agravación, impone la exclusión de ésta.

SÉPTIMO.- Así, pues, nos encontramos ante un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso instrumental con un delito continuado de apropiación indebida del tipo básico. En estos casos el art. 77 C.P. dispone que se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, que, en el caso lo es la falsedad continuada, sancionada con pena de 1 año y 9 meses a 3 años de prisión y multa de 9 a 12 meses. Esta pena habrá de imponerse a su vez en su mitad superior por disposición del art. 77 C.P. citado, por lo que, consideramos proporcional la imposición de una pena de 2 años y 6 meses de prisión y multa de 11 meses con cuota diaria de quince euros, con una responsabilidad personal en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas (art. 53 C.P.).

OCTAVO.- También por la vía del art. 849.1º L.E.Cr. se queja el recurrente de la infracción de ley en que incurre la sentencia impugnada por no haberse aplicado el art. 197.1.2º y 4º C.P. que tipifica el delito de descubrimiento de secretos.

Como señala el Fiscal al oponerse a este motivo el acusado en su condición de Director de una sucursal bancaria tiene acceso a cuentas y movimientos dinerarios de la entidad, sin que en la conducta desplegada exista, como dice la sentencia, ánimo de vulnerar la intimidad o secreto bancario de sus familiares sino la mera utilización de datos o posibilidades que su sola condición de director de la entidad bancaria le brindaba.

El motivo debe ser desestimado.

III. FALLO



QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación de la Acusación Particular Serafin , Celestina , Gloria y Gaspar , con estimación de sus motivos cuarto y quinto y desestimación del resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, de fecha 22 de diciembre de 2.006, en causa seguida contra el acusado Casimiro , que fue absuelto de los delitos de apropiación indebida, estafa, falsedad y descubrimiento y revelación de secretos. Se declaran de oficio las costas procesales. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil siete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona, con el nº 138 de 2.004, y seguida ante la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, donde fue absuelto de los delitos de apropiación indebida, estafa, falsedad y descubrimiento y revelación de secretos el acusado Casimiro , nacido el 30 de septiembre de 1959, en Pamplona, hijo de Manuel y de María Jesús, con D.N.I. NUM003 , domiciliado en C/ DIRECCION000 , nº NUM004 , NUM005 de Pamplona, C.P. 31007, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 22 de diciembre de 2.006, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado Casimiro como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil ya definido, en concurso ideal con un delito continuado de apropiación indebida también definido, a la pena de dos años y seis meses de prisión y multa de once meses con cuota diaria de quince euros, con una responsabilidad personal en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas (art. 53 C.P.), con las accesorias legales correspondientes.

En concepto de responsabilidades civiles deberá indemnizar a los legítimos herederos de la causante en la cantidad de 12.586,16 euros.

Se imponen al acusado las costas de la primera instancia con inclusión de las correspondientes a la acusación particular.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.