



Roj: **STS 2401/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2401**

Id Cendoj: **28079120012018100311**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2018**

Nº de Recurso: **1272/2017**

Nº de Resolución: **318/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CC 1038/2017,**
STS 2401/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 318/2018

Recurso Nº: 1272/2017

Fecha de sentencia: 28/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1272/2017

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Declarando Nulidad Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2018

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL CACERES. SECCIÓN SEGUNDA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: MPS Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1272/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 318/2018

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andrés Palomo Del Arco



D. Vicente Magro Servet

Recurso N°: 1272/2017

En Madrid, a 28 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 1272/2017, interpuesto por **D. Jenaro** representado por el procurador D. Jorge Pérez Vivas bajo dirección letrada de D. Eduardo Sánchez Gómez y por **D. Lorenzo** representado por la procuradora D.ª Josefa Morano Masa bajo dirección letrada de D. Luis Antonio de Padua Ortiz de Mendivil contra la sentencia núm. 90/2017 dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, **CITIBANK ESPAÑA, S.A** representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril, dirigida por letrado D. Bernardo del Rosal Blasco.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Cáceres incoó Diligencias Previas Procedimiento Abreviado nº 1021/14 por delito de apropiación indebida contra **D. Jenaro y D. Lorenzo** ; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cáceres cuya Sección Segunda (Rollo de P.A. núm. 2/2017) dictó Sentencia en fecha 24 de marzo de 2017 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«PRIMERO

El acusado Jenaro , mayor de edad y sin antecedentes penales, era empleado de la entidad bancaria Citibank España S.A. en su sucursal en Cáceres, sita en la Avenida de España núm. 19, desempeñando las funciones de director de dicha sucursal durante el tiempo en que se desarrollaron los hechos enjuiciados.

El acusado, aprovechándose de la confianza que su cargo ofrecía a los clientes de la entidad, hizo suyos fondos que pertenecían a varios de sus clientes durante el periodo comprendido entre, al menos, el año 2.005 y el cese de sus funciones, por despido, en septiembre de 2.014.

A tal fin, el acusado se ganaba la confianza de clientes con un determinado perfil, principalmente personas de avanzada edad, con minusvalías o, simplemente, no versadas en cuestiones bancarias, personas de quienes conseguía que dependieran de él para todas sus operaciones en la entidad y que, correlativamente, no controlaran esas operaciones por sí mismos, ganándose su confianza y dependencia prestándoles variados servicios personales ajenos a sus funciones en la entidad, desde asesoramiento en negocios hasta la realización de declaraciones tributarias a través de una empresa personal de asesoría, pasando por atenderles en ocasiones en su propio domicilio, a donde acudía para recoger el dinero que éstas personas pretendían ingresar, o para llevarles el dinero de reintegros que encargaban por teléfono al acusado, o para realizar cualquier otra operación financiera.

Una vez ganada su confianza, el acusado se hacía con el dinero de las víctimas de varias formas diferentes: A veces, la sustracción se llevaba a cabo mediante retiradas efectivo del dinero depositado por el cliente en sus cuentas corrientes o en sus libretas de ahorro, bien suplantando las firmas de los titulares, en alguna ocasión tras haber conseguido sustituir su hoja de firmas originales por otra elaborada por el propio acusado para así facilitar que la firma que él estampaba no fuera sospechosa de no ser la del cliente, o bien recabando la firma del cliente en blanco en el impreso de reintegro para luego completar el documento con una cantidad diferente de la indicada por el cliente, quedándose con la diferencia; y en otras ocasiones no ingresando, en todo o en parte, el dinero que los clientes le entregaban en metálico para que se lo ingresara en su cuenta.

El acusado mantenía a los clientes en la creencia de que seguían teniendo su dinero en el banco también de varias formas, como haciéndoles creer que lo invertían de depósitos o fondos que realmente no se constituían, confeccionando a tal fin contratos de depósitos o de productos financieros aparentemente genuinos del Citibank pero que no se correspondían con operaciones reales, realizando en sus libretas anotaciones que no se correspondían con la realidad, o facilitándoles extractos o relaciones de posiciones que él mismo elaboraba y que no reflejaban el verdadero importe de su posición sino lo que el cliente estaba en la creencia de tener.

Dado el indicado perfil que de las víctimas buscaba el acusado, la mayoría de ellos no llegó a darse cuenta de que le faltaban fondos en sus activos financieros, pues no comprobaban o no comprendían la información que periódicamente les enviaba la entidad, y cuando alguno de los afectados llegó a darse cuenta de movimientos que no habían realizado, el acusado deshacía la operación y le informaba de que se había tratado de algún error, exhibiéndole incluso documentos elaborados por él para confirmar el error y así no perder su confianza,



desistiendo de seguir actuando frente a aquellos clientes que, por haber descubierto la operación irregular, comprendía que controlaban sus cuentas.

En concreto se han acreditado las siguientes operaciones:

1.- Utilizando documentos de reintegro de efectivo en los que, aprovechándose de la confianza que en él tenía depositada Teodoro , consiguió que éste estampara su firma colándolos entre documentos de otras operaciones, el acusado realizó dos reintegros, por importes de 2.950 ? con fecha 12/12/2011 y de 15.500 ? con fecha 19/12/2011, dinero que hizo suyo en aquel momento pero que reintegró a la cuenta del acusado el 15 de mayo de 2.014 con el fin de intentar acallar sus quejas acerca de que le faltaba dinero de sus cuentas. Mediante otros reintegros similares realizados tras haber obteniendo de la misma forma la firma de este cliente el acusado también hizo suya una cantidad superior a los cinco mil euros, que no devolvió al cliente, habiendo obteniendo el Sr. Teodoro una compensación por parte de Citibank de cinco mil euros por tales disposiciones de efectivo.

2.- Utilizando de forma similar documentos de reintegro de efectivo en los que, aprovechándose también de la confianza que en él tenía depositada Aurora , consiguió que ésta estampara su firma, el acusado realizó cuatro reintegros, por importes de 1.700 con fecha 10/1/2013, 800 el 25/1/2013, 2.100 el 7/2/2013 y 50 el 1/7/2013, cantidades que el acusado hizo suyas, siendo indemnizada la Sra. Aurora por Citibank con dicho importe.

3.- Amparándose en la confianza que en él tenían depositada Inocencia y Bartolomé , y aprovechando la firma por su parte de documentación destinada a inversiones o movimientos de fondos, el acusado consiguió también que estamparan su firma en diversos documentos de reintegro de efectivo a través de los cuales primero hizo suya la cantidad de 19.250 euros mediante diversos reintegros realizados entre los años 2.007 y 2.011, y después, y coincidiendo con la desinversión de dos fondos en los años 2.012 y 2.014, llevó a cabo diversos reintegros los días 12/11/12 (por importe de 3.850 ?), 17/12/12 (por importe de 18.000 ?), 15/3/13 (por importe de 15.000 E), 6/6/13 (por importe de 3.800 ?) y 2/7/13 (por importe de 2.300 ?) y 25/7/14 (por importe de 32.000 ?), en total otros 74.950 euros, cantidad que también hizo suya. Citibank les indemnizó con la cantidad de 94.683,11 euros.

4.- Jenaro , en fecha no determinada anterior al 3 de enero de 2.013, había conseguido hacerse con una cantidad próxima a los ciento veinte mil euros que el matrimonio formado por Florencio y Visitacion tenía invertida en Citibank. Con el fin de mantenerlos en la creencia de que aquella inversión seguía existiendo, el acusado elaboró y les entregó dos contratos de suscripción de depósitos a plazo fijo en la indicada fecha 3 de enero de 2.013 por importes de 75.885 euros y 43.242 euros (119.127 euros en total) que no se correspondieron con operaciones reales. Al fallecer Florencio , y reclamar sus hijos Roberto y Esmeralda el importe de la inversión, el acusado entregó a Esmeralda la cantidad de 60.000 euros haciéndola creer que procedía de la cancelación de aquellos depósitos (cuando realmente no era así, y procedía del propio acusado) y elaboró a favor de Roberto un nuevo contrato de constitución de depósito a plazo fijo, fechado 8 de enero de 2.014, que tampoco se correspondía con un depósito realmente constituido, por el resto, 59 127 euros: pero como quiera que Roberto precisó de 14.500 euros para el pago de una obra, el acusado elaboró un nuevo contrato de depósito con la misma fecha por importe de 44.627 euros y le entregó los 14 500 euros a través de cinco documentos de reintegro por importe, cada uno, de 2.900 euros, que el acusado elaboró para hacer creer a Roberto que aquel dinero procedía del depósito, cuando no era así. Tras recibir una comunicación de Citibank para comprobar sus posiciones, Roberto acudió a la sucursal con el contrato de depósito de 44.627 euros, comprobándose que no se correspondía con una posición real, siendo indemnizado por Citibank con dicho importe.

5.- Apolonio y su hermano Demetrio eran también clientes de Citibank, como antes lo fuera su padre Isaac , residiendo en la localidad de Valdefuentes, a donde se desplazaba el acusado para atender a sus operaciones bancarias y además, para asesorarles en diversas otras cuestiones, tanto personales como de su empresa, especialmente las fiscales. En aquellas visitas los hermanos Demetrio Apolonio entregaban al acusado los rendimientos de su empresa en metálico con el fin de que éste los ingresara, por mitad, en la cuenta de cada uno de ellos pero si bien ingresó en la cuenta de Demetrio su parte, no hizo lo mismo con la parte correspondiente a Apolonio , dinero que se quedó el acusado, manteniendo a Apolonio en la creencia de que su dinero estaba invertido en la entidad realizando en su libreta anotaciones ,de saldos elevados que no se correspondían con la realidad, y contratos de suscripción de inversiones que realmente eran inexistentes. De esa forma el acusado hizo suya la cantidad de 827 883 euros.

Al fallecer Isaac sus tres hijos Benjamín , Apolonio y Demetrio decidieron repartirse el saldo de la cuenta de su padre a razón de 54.000 euros cada uno y dejar un remanente en la cuenta para atender a los pagos derivados del fallecimiento. No ha quedado acreditado que el acusado se apropiara del dinero que quedó en la cuenta común, pero sí que el acusado se apropió de parte del dinero que correspondió a Apolonio a través



de sucesivos reintegros en efectivo, por importes de 21.000 euros el día 22/1/2010, 2.000 euros el 16/2/2010, 3.000 el 6/3/2010, 3.650 el 24/3/2010 y 8.000 euros el 30/7/2010, en total 37.650 euros, de los que también fue indemnizado por Citibank.

6.- Jenaro también realizó para sí dos reintegros en efectivo por importes de 500 y 800 euros de la cuenta de Belen, cumplimentando a tal fin al menos un documento de solicitud de reintegro en el que estampó, imitada, la firma de la Sra. Belen. Citibank ha reembolsado a la cliente aquellos 1.300 euros.

7.- Lorena tenía depositados en Citibank a finales del año 2005 fondos por un valor total de 574.264,10 euros, recibidos de su difunto marido, en dos productos financieros: 514.264,10 euros invertidos en un fondo SISF y otros 60.000 euros invertidos en un fondo JP Morgan. Entre mayo y agosto de 2.007 el acusado, sin conocimiento de la Sra. Lorena, desinvirtió aquel capital y lo invirtió en otros fondos volátiles (el 24 de mayo de 2.007 124.200 euros en el fondo Fidelity Iberia, fondo en el que perdió 51.217,09

?, y ese mismo día otros 103.500 en el fondo Fidelity Europa, fondo en el que perdió 27.757,25 ?; el 7 de junio de 2.007 invirtió 50.250 euros en Bono Fijo + crecimiento, fondo en el que perdió 19.335 ?; el 6 de julio de 2.007 invirtió 100.500 euros en el bono 70-70 fondo en el que perdió 45.500 ?, y el mismo día invirtió otros 60.300 euros en el bono 7-iii, fondo en el que perdió 29.538 ?; y el 10 de agosto de 2.007 invirtió 50.250 euros en el bono Dividendo 3), fondo en el que perdió 2.365 ?; inversiones que originaron en su conjunto unas pérdidas totales a la Sra. Lorena por importe de 176.712,34 euros. Además de esas pérdidas el acusado realizó diversas desinversiones parciales de aquellos fondos, que en parte reinvertió en nuevos fondos, pero otras fueron seguidas por diversas disposiciones en efectivo realizadas en ventanilla por el Sr. Jenaro, sin conocimiento ni consentimiento de la Sra. Lorena, imitando su firma no solo en los documentos de solicitud de reintegro sino también en un documento de cambio de firmas que elaboró para facilitar sus propósitos, reintegros que totalizan 392.455 euros. De todas estas cantidades fue indemnizada por Citibank.

Otras tres operaciones que se le imputaban, respecto de las que no se han acreditado perjuicios a los clientes, fueron las siguientes:

a.- Bienvenido suscribió a través de Jenaro un fondo de inversión (JP Morgan Funds-Emerging Markets Corporate Bond Portfolio Fund II) por importe de

225.209 el día 3/3/2011, cantidad que procedía del reembolso de dos fondos de inversión los días 23/2/2011 (SISF Global por importe de 107.490,10 euros) y 24/2/2011 (Carmignac P. por importe de 117719,30 euros), inversión de la que el cliente obtuvo un reembolso final de 227.782,89 euros y tres dividendos anuales de 2.855,98 euros el 16/9/2011, 11.879,75 euros el 24/9/2012 y 7.332,65 euros el 23/9/2013, por lo que el total percibido por su inversión fue de 249.851,37 euros, consiguiendo una plusvalía de 24.641,97 euros.

b.- Higinio proyectó con Jenaro contratar un fondo de inversión (FF European High Yield Fund) por importe de 72.000 euros, si bien en el momento de su definitiva suscripción, el 13 de diciembre de 2.012, el fondo se constituyó por una cantidad inferior, 68.000 euros, que fue la efectivamente aportada por el Sr. Higinio. No se ha acreditado que el acusado hiciera suya la diferencia.

c.- El 27 de abril de 2014, Micaela firmó con el acusado Jenaro un contrato de depósito denominado "Depósito de Rentabilidad III" con una inversión de 78.000 ? que realmente no fue constituido, no habiéndose acreditado las razones por las que esta inversión no llegó a buen fin.

SEGUNDO

El acusado Lorenzo, mayor de edad y sin antecedentes penales, era también empleado de la entidad bancaria Citibank España S.A. en la misma sucursal en Cáceres, desempeñando funciones comerciales en dicha sucursal hasta su despido en febrero de 2.014.

Carlos Miguel, un cliente de la entidad que padece una minusvalía psíquica importante y que trabajaba como ordenanza en la Institución Cultural El Brocense de la Diputación Provincial de Cáceres, realizaba sus operaciones en la entidad siempre con Lorenzo, en quien tenía puesta su confianza. Este acusado, con el fin de hacerse con dinero de Carlos Miguel, le hizo creer que le abría un depósito a plazo fijo para tener en allí sus ahorros, depósito que realmente no existía y, en diversas ocasiones, cuando observaba que Carlos Miguel tenía un saldo importante en su libreta, producto de su trabajo, le convencía para que pasara una parte del saldo a aquel plazo fijo ficticio, para lo cual, o bien Carlos Miguel realizaba un reintegro que luego entregaba al acusado, o bien Lorenzo se acercaba a la casa o al trabajo de Carlos Miguel llevándole documentos de reintegro para que los firmara y así realizar directamente el reintegro Lorenzo, dinero que éste hacía suyo. En concreto el acusado realizó de esa forma reintegros de la cuenta de Carlos Miguel el 2 de agosto de 2.007 por importe de



3.1 euros, el 17 de marzo de 2.009 por importe de 2.500 euros, el 16 de marzo de 2.010 por importe de 4.000 euros, el 8 de mayo de 2.010 por importe de 2.000 euros, el 19 de octubre de 2.010 por importe de 1.800 euros, el 28 de diciembre de 2.010 por importe de 2.800 euros, los días 12 y 29 de julio de 2.011 por importes de 2.000 y 1.000 euros, el 4 de noviembre de 2.011 por importe de 800 euros, el 16 de enero de 2.012 por importe de 1.200 euros, el 17 de junio de 2.012 por importe de 800 euros y el 23 de enero de 2.013 por importe de 735 euros, en total 23.435 euros. Citibank indemnizó por estos hechos a Carlos Miguel con 24.000 tras alcanzar con él un acuerdo transaccional.

Enma también era cliente habitual de Lorenzo . No ha quedado acreditado que esta cliente abriera por mediación de Lorenzo un depósito a plazo fijo en el que la cantidad que Enma le entregó a tal fin fuera de treinta y seis mil euros, quedándose el acusado con la mitad de ese importe».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«1.- Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Jenaro . como autor responsable de UN DELITO CONTINUADO DE APROPIACIÓN INDEBIDA ya definido EN CONCURSO MEDIAL CON UN DELITO CONTINUADO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de SEIS AÑOS DE PRISIÓN. con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE DOCE MESES a razón de una cuota día de DIEZ EUROS. Asimismo, el acusado indemnizará a CITIBANK ESPAÑA con la cantidad de UN MILLÓN QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE EUROS CON TREINTA Y CUATRO CÉNTIMOS (1.584.477,34 ?), cantidad que devengará en interés establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento

Se ordena que la clasificación de este condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

2.- Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Lorenzo , como autor responsable de UN DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA ya definido, no concurriendo circunstancias: modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE SEIS MESES a razón de una cuota día de DIEZ EUROS, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa que dejare impagadas, asimismo, el acusado indemnizará a CITIBANK ESPAÑA con la cantidad de VEINTITRÉS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS (23.435 ?), cantidad que devengará en interés establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- Se ABSUELVE al acusado Lorenzo del delito de APROPIACIÓN INDEBIDA del que venía acusado respecto de Enma .

Se imponen al acusado Jenaro la mitad de las costas de esta causa, y a Lorenzo una cuarta parte de las costas, declarándose de oficio la cuarta parte restante, quedando incluidas en ambos casos la parte correspondiente de las costas de la acusación particular.

Devuélvanse al Juzgado de Instrucción las piezas de responsabilidad civil de los acusados para que sean concluidas conforme a Derecho, decretando su solvencia o insolvencia».

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Jenaro y D. Lorenzo que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Jenaro

Motivo Primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.6º de la LECr, en relación con el artículo 850, por cuanto la sentencia ha sido dictada por tres Magistrados cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, mediante escrito de 08/02/17, ha sido rechazada por auto de 13/02/17 y en el fundamento jurídico previo de la sentencia objeto de recurso.

Motivo Segundo.- Por quebrantamiento de forma, ex artículo 851.1º y 850 de la LECr, por cuanto los hechos de la sentencia no resultan claros y resultan manifiestamente contradictorios entre ellos y se consignan como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y artículo 852 de la LECr, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por infracción del

derecho a un proceso con todas las garantías, ex artículo 24.2 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho al Juez imparcial.

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional , al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y artículo 852 de la LECr, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo, ex artículo 24.2 de la Constitución Española.

Motivo Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECr, en virtud de los hechos probados de la sentencia se ha infringido el artículo 252 en su anterior redacción y el artículo 390.1.3º del Código Penal

Motivo Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2º de la LECr, en relación con la existencia de un error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos de prueba.

Motivo Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECr, por infracción de los artículos 50.5º, 66.1.6º, 74, 77, 109, 116.1º, 123 y 250.1 del Código Penal.

Motivo Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECr, por infracción de los artículos 36.2 del del Código Penal.

Lorenzo

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional ,al amparo del apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por entender vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y a no sufrir indefensión. Por infracción del principio acusatorio, por cuanto los escritos de acusación contenían un relato de hechos impreciso y genérico, de los que se desprende una acusación asimismo genérica, sin especificar y concretar en modo alguno los hechos que se consideran ejecutados por el recurrente.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por entender vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y a no sufrir indefensión. Por infracción del principio acusatorio, al haber introducido en el relato de hechos probados elementos nuevos que no figuraban en las acusaciones, respecto a los cuales no ha dispuesto nuestro defendido, en modo alguno, de la posibilidad de defenderse.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley, por error en la apreciación de la prueba, al amparo de número segundo del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basado en documentos que obran en los autos que demuestran la equivocación del juzgador sin ser contradichos por otros elementos probatorios.

Motivo Cuarto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del número primero del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no expresarse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de forma clara y terminante los hechos que se consideran probados.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida, Caixabank España, S.A, se opuso e impugnó los recursos de casación interpuestos; el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión de los motivos y subsidiariamente la desestimación de los mismos, en los términos expresados en su informe de fecha 16 de julio de 2017; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 13 de junio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal del condenado en instancia, Jenaro formula un primer motivo por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.6º de la LECr, en relación con el artículo 850, por cuanto la sentencia ha sido dictada por tres Magistrados cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, mediante escrito de 08/02/17, ha sido rechazada por auto de 13/02/17, así como en el fundamento jurídico previo de la sentencia objeto de recurso; y el tercero reitera la queja, si bien en este caso por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, y artículo 852 de la LECr, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, ex artículo 24.2 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho al Juez imparcial.



1. Explica que escrito fechado el 8 de febrero del 2017 y presentado el día 9 del mismo mes, promovió incidente de recusación ante la Audiencia Provincial de DIRECCION000 , Sección NUM000 , en el Procedimiento Abreviado 2/2017, de los Ilustrísimos Señores Magistrados que componían dicha Sección NUM000 , Doña Celsa , Don Benedicto , Don Eusebio y Don Laureano , por considerar que de conformidad con el artículo 24.2 de la Constitución, en relación con los artículos 217 y siguientes y artículo 223.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 107 de la LECr, concurrían en los citados Magistrados, la causa prevista en el artículo 219.11ª de la LOPJ: *Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.*

Incidente que fue inadmitido por la Sección NUM000 de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 , mediante Auto de fecha 13 de febrero del 2.017, por extemporáneo, al considerar la Sala que el incidente se había promovido transcurrido el plazo de los diez días establecido en el artículo 223.1.1º de la LOPJ. Consecuencia de que la representación procesal del recurrente conoció la identidad del ponente de la causa, al notificársele la diligencia de ordenación de 12 de enero de 2.017, en la que se le designaba y, después, tuvo conocimiento de la formación completa del Tribunal, del que formaba parte los tres magistrados recusados, al notificársele el auto de admisión de pruebas de

20 de enero de 2.017, en cuyo encabezamiento aparecía la formación del precitado Tribunal, notificación que fue realizada el mismo día 20 de enero de

2.017 con efectos del día 23 de enero de 2.017, por lo que el día 9 de febrero de 2.017 en que se presentó el escrito promoviendo el incidente de recusación había transcurrido con creces el indicado plazo de diez días.

En el escrito de 8 de febrero de 2.017 por el que se promovía el incidente de recusación, se advertía que se formulaba con anterioridad al inicio de las sesiones del juicio oral, señalado para el día 16 de febrero de 2.017, dentro de un Procedimiento Abreviado, al estar en presencia de lo que la doctrina emanada del Tribunal Supremo, denomina "recusación vestibular", de conformidad con la Sentencia de esta Sala NUM000 , Sentencia número 1372/2005 de 23 de noviembre de 2.006, y de conformidad con el artículo 786.2 de la LECr.

En cuanto al contenido del incidente de recusación inadmitido, indica que se debía a que los mismos Magistrados de la Sección NUM000 de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 que iban a conocer del juicio oral a celebrarse en el Procedimiento Abreviado 2/2017, el día 16 de febrero de 2017, habían conocido con anterioridad en grado de apelación, un recurso formulado contra el Auto de fecha 24 de mayo de 2.016, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 7 de Cáceres, en la Diligencias Previas 1021/2014 de las que trae causa este PA 2/2017, donde se acordaba la continuación de las citadas diligencias previas por los trámites del Procedimiento Abreviado, dictando por la citada Sala, con fecha 30 de junio de 2.016, el Auto núm. 393/2016 en el Rollo de Apelación 517/16.

Auto, donde entiende el recurrente que la argumentación y motivación de la Audiencia, implicaba un examen de las actuaciones y una valoración de la prueba existente sobre los hechos y sobre la intervención del imputado, viéndose comprometida su imparcialidad al adoptar una decisión sobre la culpabilidad y tener una toma de contacto con el material instructorio- probatorio -consistente en declaración de los perjudicados, prueba documental (acuerdos alcanzados con los clientes del banco) y en las inspecciones y auditorías realizadas por la entidad bancaria querellante en la oficina de mi mandante que arrojaron un resultado positivo al no detectar irregularidad alguna-, realizando una previa valoración el mismo, con anterioridad a la práctica de la prueba en el juicio oral, que daba un criterio preformado del Tribunal antes del juicio, que conllevaba la contaminación y merma de la precisa imparcialidad objetiva de los Magistrados, ex artículo 24.2 de la Constitución.

Al inicio de las sesiones del juicio oral el pasado 16 de febrero de 2017, de nuevo se reprodujo la petición ante la Sala y solicitó de los Sres. Magistrados, procedieran a abstenerse del conocimiento del juicio, cuestión previa que fue desestimada in voce al comienzo de las sesiones del juicio oral, contra la que se formuló la pertinente protesta y no obstante ha sido resuelta por escrito en la sentencia que es objeto de impugnación en su Fundamento Jurídico Previo.

2. La jurisprudencia constitucional contenida en la STC 28/2007, de 12 de febrero, con cita de la STC 140/2004, de 13 de septiembre (FFJJ 4 a 6):

"no puede alegarse en amparo la vulneración del derecho al Juez imparcial sin haber planteado en tiempo ante los órganos de la jurisdicción ordinaria la recusación del Juez o Magistrado cuya imparcialidad se cuestiona, de forma tal que no cabe apreciar la lesión del derecho invocado cuando el recurrente tuvo ocasión de ejercer su derecho a recusar y no recusó".

"(...) la omisión de la recusación no puede ser suplida con posteriores recursos contra la resolución de fondo basados en la alegación posterior a ésta de la concurrencia de una supuesta causa de recusación en alguno de los Magistrados que la han dictado. En definitiva "la concurrencia de una causa de recusación no concede,



pues, a la parte que cuestiona la imparcialidad de un Tribunal la facultad alternativa de optar libremente entre, de un lado, la iniciación del correspondiente incidente haciéndola valer de modo preventivo para apartar al Juez sospechoso del conocimiento del asunto y, de otro, la promoción de la anulación de la Sentencia o resolución en la que haya intervenido el juzgador presuntamente parcial, una vez dictada ésta. Esta última posibilidad sólo puede tener acogida, no como ejercicio del derecho a recusar sino, por el contrario, precisamente como remedio posterior de su previa vulneración a consecuencia de haberse impedido a la parte el ejercicio temporáneo del mismo. Tal reparación deberá llevarse a cabo normalmente por los órganos de la jurisdicción ordinaria, que son también garantes del derecho fundamental en juego (art. 53.2 CE) y, subsidiariamente, por este Tribunal, por medio del recurso de amparo".

En paralelo, la doctrina de esta Sala en ocasiones ha impedido la alegación de la falta de imparcialidad del Tribunal como cuestión nueva en el recurso de casación, por estimar que debió plantearse previamente a través de un incidente de recusación. Empero, nos dice la 989/2016, de 12 de enero de 2017, este criterio no es absoluto, dada la naturaleza constitucional de la cuestión formulada, que atañe al respeto de un derecho fundamental (STS 1084/2003, de 18 de julio y STS núm. 897/16, de 30 de noviembre, entre las más recientes), distinguiéndose entre la parcialidad subjetiva, que debe ser planteada necesariamente en cuanto se conozca a través del correspondiente incidente de recusación, y la objetiva, que puede ser apreciada siempre que se constate que determinados miembros del Tribunal han tomado una resolución previa que implique un prejuicio manifiesto sobre el objeto de enjuiciamiento.

3. No obstante, hemos de traer a colación la STC 231/2002, de 9 de diciembre, cuando expresa que la exigencia de la previa recusación no implica transformar el incidente de recusación en un requisito procesal insoslayable para la interposición del recurso de amparo, dotándolo de una relevancia constitucional de la que de suyo carece; antes al contrario, lo que importa desde la perspectiva de la naturaleza subsidiaria del amparo, que se refleja en el art. 44.1 a) en relación con el art. 44.1 c) LOTC, es que se haya dado a los órganos judiciales la oportunidad de reparar la lesión cometida y restablecer en sede jurisdiccional ordinaria el derecho fundamental que se dice vulnerado (de entre las más recientes, SSTC 93/2002, de 22 de abril, FJ 3, y 136/2002, de 3 de junio, FJ 2; en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en lo que ahora específicamente interesa, STEDH de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar contra España, § 35.

Y en su consecuencia, efectivamente, la jurisprudencia de esta Sala, ha llegado a flexibilizar al máximo las exigencias formales en orden a la viabilidad de la recusación no planteada en los términos exigidos por la LOPJ, llegando a admitir, en el ámbito del procedimiento abreviado - art. 786.2 LECrim- una suerte de recusación vestibular, suscitada con anterioridad al inicio de las sesiones del juicio oral (SSTS 9/2014, de 18 de febrero, 751/2012 de 28 de enero, 648/2009 de 25 de junio, 319/2009 de 23 de marzo ó 1372/2005, de 23 de noviembre).

Con más razón, en el caso de autos, donde se promovió la recusación por imparcialidad objetiva, con siete días de anterioridad al inicio de la vista oral.

De igual modo, la STS 2472/2001, de 19 de diciembre, otorga prevalencia al examen de un proceso con todas las garantías, del art. 24.2 CE, aunque no se hubiera intentado previamente la recusación, pues "una omisión de este género, si producida, no tendría la virtud de subsanar el menoscabo de un derecho fundamental".

SEGUNDO.- Superado ese óbice procesal preclusivo, en cuanto a la cuestión de fondo, la necesaria imparcialidad de jueces y tribunales, es cuestión sobre la que la doctrina de esta Sala se ha pronunciado de modo reiterado. Así en las sentencias 187/2017, de 23 de marzo y 989/2016, de 12 de enero de 2017 con cita de la STS 897/16, de 30 de noviembre, hemos recordado que tanto el artículo 6º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, como el artículo 10º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el artículo 14. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley.

El Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho a un juez imparcial forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución.

No es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad como tercero ajeno a los intereses en litigio. Es por eso que el Juez ha de ser, y ha de aparecer, como alguien que no tenga respecto a la cuestión sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad. Incluso las apariencias pueden tener importancia, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales en una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso (STEDH de 1 de octubre de 1982, caso *Piersac* ; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso *De Cuber* y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso *Hauschildt*).



La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, y la imparcialidad objetiva, es decir, la referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio, F. 3; 157/1993, de 6 de mayo, F. 2; 47/1998, de 2 de marzo, F. 4; 11/2000, de 17 de enero, F. 4; 52/2001, de 26 de febrero, F. 3; 154/2001, de 2 de julio, F. 3 y 155/2002, de 22 de julio, F. 2).

La necesidad de que el Juez se mantenga alejado de los intereses en litigio y de las partes « *supone, de un lado, que el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra*» (STC 38/2003, de 27 de febrero).

El TEDH se ha referido al punto de vista del acusado respecto de la imparcialidad del Tribunal, para decir que, aunque su visión de la cuestión es importante, no es sin embargo decisiva. Mayor importancia ha concedido al hecho de que sus sospechas puedan valorarse como objetivamente justificadas (STEDH de 25 septiembre 2001, caso *Kizilöz contra Turquía* ; en la STEDH de 25 julio 2002, caso *Perote Pellón contra España* , y en la STEDH de 17 de junio de 2003 , caso *Pescador Valero contra España*).

La misma línea ha seguido nuestro Tribunal Constitucional, que en la STC 69/2001, de 17 de marzo, con cita de otras muchas resoluciones, decía lo siguiente: «Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas».

Dice, también, el TC en su sentencia núm. 149/2013, de 9 de septiembre de 2013 que: "*el concepto de imparcialidad objetiva referida al objeto del proceso, es aquel por el que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él*" (por todas STC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9). *Con tal condición se "pretende evitar toda mediatización, en el ámbito penal, del enjuiciamiento a realizar en la instancia o a revisar en vía de recurso"* (STC 313/2005, de 12 de diciembre , FJ 2). *Esto es "que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor"* (STC 11/2000, de 17 de enero , FJ 4).

El mecanismo de la abstención permite que se aparte del conocimiento de un asunto el juez que pueda resultar mediatizado por convicciones previas y el de recusación confiere a la parte la posibilidad de instar tal apartamiento si estima que el juzgador ya tiene formado un previo juicio sobre la culpabilidad del acusado.

TERCERO.- Continuamos indicando en dichas resoluciones (SSTS núm. 989/2016, de 12 de enero de 2017 con cita de la núm. 897/16, de 30 de noviembre) en seguimiento al TC y al TEDH, que la imparcialidad puede verse afectada, aunque no necesariamente, si se pretende realizar el enjuiciamiento por el mismo órgano judicial superior que controla la instrucción, y que ha resuelto los recursos devolutivos que le han sido planteados respecto de la investigación preliminar que dirige el juez de instrucción.

Esta Sala ha razonado (STS 1084/2003, de 18 de julio, por ejemplo), que la previa intervención resolviendo recursos contra decisiones del juez instructor, no siempre determina una afectación negativa de la imparcialidad. Con carácter general, la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que no constituye motivo bastante para cuestionar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal colegiado, Audiencia Provincial o Audiencia Nacional, el hecho de que hayan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del juez instructor, lo que puede extenderse a cualesquiera otras decisiones que supongan una revisión de lo actuado por aquél. En este sentido, *no puede apreciarse, con carácter general, perjuicio alguno cuando el Tribunal se limita a comprobar la racionalidad de la argumentación y la corrección legal de la decisión de la que conoce en vía de recurso*.

Pero la imparcialidad puede verse comprometida cuando el Tribunal competente para la resolución del recurso adopta decisiones que suponen una valoración provisional de la culpabilidad que no ha sido previamente adoptada por el juez instructor, pues ello implica una toma de contacto con el material instructorio y una valoración del mismo desde esa perspectiva. En esas condiciones, el acusado puede abrigar sospechas



racionales acerca de la imparcialidad del Tribunal, lo que puede afectar negativamente a su derecho (STS núm. 897/16, de 30 de noviembre, entre las más recientes).

En este punto, señala nuestra doctrina jurisprudencial más reciente (STS núm. 897/2016, de 30 de noviembre, entre otras) que conviene distinguir entre las diferentes resoluciones que pueden ser objeto de control por parte de la Audiencia, con respecto a la actividad consistente en la instrucción preliminar, a cargo del juez de instrucción.

Hemos de distinguir, refieren las citadas resoluciones (aunque el énfasis ahora mostrado es diverso), si se trata de resoluciones confirmatorias o revocatorias, y sobre todo, el grado de implicación en este segundo apartado.

1º) *Si el control no es más que de legalidad, desde la perspectiva superior que ostenta el Tribunal colegiado, o validando las razones expuestas en la resolución judicial recurrida, sobre aspectos materiales o procesales, generalmente no habrá comprometido su imparcialidad*, pues su juicio no entra en la actividad propia de instrucción o investigación, sino exclusivamente confirmando las razones expuestas por el órgano judicial controlado, sin inmiscuirse en la instrucción o toma de postura acerca de su culpabilidad.

2º) *Cuando se trata de cuestiones relacionadas con la investigación, habrá que distinguir entre aspectos que supongan presupuestos procesales, proposición de pruebas, personaciones de partes o temas exclusivamente formales, y **aquellas otras decisiones de fondo, que impliquen la dirección de las actuaciones hacia un imputado, o varios, en particular, valorandolos indicios racionales de criminalidad que han de conformar su posición pasiva en el proceso*** .

En el primer caso, no se habrá comprometido la imparcialidad del órgano superior, al resolver los recursos frente a tales decisiones, ni siquiera - con carácter general- si se ordenara la práctica de nuevas pruebas que hayan sido denegadas por el instructor, frente a la correspondiente petición de las acusaciones, y obviamente tampoco cuando lo controlado sea cualquier tipo de presupuesto procesal, aunque se tratara de la propia prescripción del delito, o aspectos periféricos de la instrucción.

En este sentido, igualmente el Tribunal Constitucional ha rechazado la existencia de vulneración del derecho al juez imparcial en supuestos que se limitan a abordar aspectos puramente formales del desarrollo de la instrucción y al análisis de cuestiones absolutamente abstractas y generales sobre la eventual concurrencia de una cuestión previa de legalidad administrativa, sin ninguna relación con las circunstancias fácticas de la presunta infracción cometida, ni con la participación en los hechos del inculpado (STC 38/2003, de 27 de febrero).

3º) Por el contrario, en el segundo caso, es decir, *cuando lo ordenado al instructor, en contra de su criterio, sea la continuación de las diligencias alentender que existen indicios criminales para juzgar al imputado o investigado* , o que los marcadores correspondientes a la prueba indiciaria se han colmado de forma positiva por lo que el investigado debe de sufrir el enjuiciamiento de la causa, o en suma, que procede dictar auto de procesamiento contra una persona en particular -si tal título de imputación pertenece al proceso seguido en el caso-, conviniendo en la existencia de indicios racionales de criminalidad, es evidente que tal contacto con el objeto del proceso, asumiendo una decisión de esta naturaleza, implicará un compromiso demasiado intenso que impedirá ya que, a la hora de su enjuiciamiento, pueda entrar a realizarlo sin un prejuicio previo, o por lo menos, que no se satisfagan las exigencias de apariencia que se requieren en el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

CUARTO.- En autos, los tres Magistrados/as que componen la Sala que dicta la sentencia, resolvieron también en apelación, el recurso formulado contra el Auto del Juez de Instrucción, que acuerda al continuación donde cobra relevancia, el contenido de su tercer fundamento:

En relación con la existencia de indicios sobre los hechos que constituirían estos delitos, y a los solos efectos de solventar este recurso, y con independencia, como ya se ha adelantado, del resultado de la prueba a practicar en el acto del juicio oral y la valoración de la misma encomendada al órgano encargado del enjuiciamiento, en las actuaciones obran diligencias de prueba que permiten mantener la imputación de hechos que recoge la resolución apelada.

Han declarado los perjudicados que indican como era este imputado el que les recogía personalmente el dinero a varios de ellos, y cómo era el que les recogía personalmente el dinero a varios de ellos, y cómo era el que, supuestamente reflejaba en sus cartillas o en el estado contable de su cuenta esos apuntes, apuntes que eran distintos de los que realmente tenían que aparecer, y constado al final menos dinero del que en realidad tenía que figurar, datos corroborados por la prueba documental consistente en las comprobaciones que el banco hizo y los acuerdos con los que llegó con los titulares para saldar el desfase que la entidad mantenía con ellos, lo que puede suponer la falsedad documental que recogen los escritos de acusación. Si a ello añadimos que era a este directos de la sucursal al que se le entregaba el dinero, dinero que no seguía el cauce de ingreso



habitual, bien puede colegirse, a los meros efectos indiciarios, que se apropió o distrajo ese dinero al no darle la finalidad para la que se le entregó que era el depósito en la propia cuenta de los clientes, hechos que entran dentro de la redacción del artículo 252 y ss del CP suficiente, por lo tanto, para dictar una resolución que acuerda continuar la tramitación contra este imputado, único contenido del auto de instancia.

A ello no le es óbice que estos hechos no hubieran sido detectados en las inspecciones y auditorias que se realizaron en el banco porque el dato de que hechos delictivos no hayan sido detectados hasta un determinado momento no implican que no hayan existido, menos aun los que, como en este supuesto, son objeto de instrucción que parten de un ocultamiento o que conllevan el intentar disfrazar la realidad, precisamente para no ser detectados.

Como ya anticipamos, el mero hecho que el juez de instrucción hubiera formulado resoluciones previas respecto a la misma infracción no podía, en sí mismo, justificar los temores de falta de imparcialidad en relación con las resoluciones previas al fallo (STEDH [GC] de 27 de mayo de 2014, asunto *Margu? c. Croacia*); aunque las apariencias también revisten importancia en esta materia (*Castillo Algar c España*, 28 Octubre 1998, § 45; *Micallef c. Malta*, 15 de octubre de 2009, § 98).

Pero sí se justifican, cuando se afirma que "los marcadores correspondientes a la prueba indiciaria se han colmado de forma positiva por lo que el investigado debe de sufrir el enjuiciamiento de la causa"; lo que sucede precisamente en autos, donde además de entrar en contacto directa con la prueba, no sólo en la constatación externa de su existencia formal, sino examinando su contenido, comparando su diversidad o coincidencia (*versiones contestes de las perjudicadas*), la ausencia de liquidación de cantidades que aparecen documentalmente recibidas, informe pericial caligráfico que contradice la negativa de la imputada; y conformando una valoración global, en términos equivalentes a un dictado de procesamiento: *el resultado de la instrucción arroja unos indicios claros y concretos*, que pasa a describir.

En la STEDH, caso *Castillo Algar c. España*, §§ 48 y 49, la expresión contenida en la actividad instructora, «**indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito**», por Tribunal donde dos de sus miembros, después formaron parte de la Sala de enjuiciamiento que condenó al acusado a pena de prisión, integra una situación que se asemeja a la del caso *Oberschlick*, en que un Juez que había participado en la revocación de un auto de sobreseimiento, tomó parte posteriormente en la apelación dirigida contra la condena del demandante [Sentencia *Oberschlick contra Austria* (núm. 1) de 23 mayo 1991]; circunstancias del caso, en que se estima que la imparcialidad del Tribunal sentenciador podría suscitar serias dudas y que los temores del demandante al respecto podían considerarse objetivamente justificados, de forma que se declara al violación del Convenio por esta causa.

De igual modo en la STEDH de 25 de julio de 2002, caso *Perote Pellón*

c. España, donde entienden cuestionada la imparcialidad en quienes antes de enjuiciar, habían participado en el rechazo de la apelación contra el auto de procesamiento pronunciado contra el imputado (y en las decisiones de prórroga de su prisión preventiva) donde *constataron la existencia de indicios «poderosos» y razonables* de la infracción delictiva.

Ciertamente la Audiencia, en su fundamento tercero, hace protesta de valoración probatoria alguna, pero de manera rotunda afirma que *en las actuaciones obran diligencias de prueba que permiten mantener la imputación de hechos que recoge la resolución apelada*; analiza el contenido de la declaración de los perjudicados, asevera la corroboración de esos testimonios por medio de la prueba documental, invoca los acuerdos con los que llegó el imputado con los titulares para saldar el desfase que la entidad mantenía con ellos, para concluir *lo que puede suponer la falsedad documental que recogen los escritos de acusación*; se acaba valorando el alcance de las inspecciones y auditorías realizadas en el banco; pero antes se adiciona otra valoración conclusiva: *si a ello añadimos que era a este director de la sucursal al que se le entregaba el dinero, dinero que no seguía el cauce de ingreso habitual, bien puede colegirse, a los meros efectos indiciarios, que se apropió o distrajo ese dinero al no darle la finalidad para la que se le entregó que era el depósito en la propia cuenta de los clientes, hechos que entran dentro de la redacción del artículo 252 y ss del CP suficiente, por lo tanto, para dictar una resolución que acuerda continuar la tramitación contra este imputado*.

El TEDH, en su sentencia de 22 de julio de 2008, caso *Gómez de Liaño y Botella contra España* (§ 68), indicaba la inutilidad de advertir que la resolución no prejuzgaba en absoluto el fondo del asunto, si el contenido de la resolución permitía entender que existían indicios suficientes para permitir concluir que el imputado había cometido un delito.

La suficiencia de indicios expresada por la Audiencia de Cáceres, en términos tan contundentes, en absoluto puede considerarse un mero control de legalidad correspondiente a la perspectiva superior que ostenta el Tribunal colegiado, ni mera validación de las razones expuestas en la resolución judicial recurrida, sino



actividad propia de instrucción o investigación, toma de postura acerca de su culpabilidad, con valoración de los indicios racionales de criminalidad que determinan y conforman su posición pasiva del imputado en el proceso, en resolución absolutamente equiparable a una resolución de procesamiento tanto formal, como materialmente considerado.

La doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y la del TEDH antes expuesta, como expresamos en la STS 897/2016, de 30 de noviembre, con cita de la 53/2016, de 3 de febrero, impiden que magistrados que han tomado dicho conocimiento de la instrucción, con la entidad y características de lo puesto de manifiesto, puedan entrar a enjuiciar una causa penal sin haber perdido la garantía de la imparcialidad objetiva, que es la primera característica de todo juicio que se celebre con todas las garantías, exigencia constitucional proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

Nuestra doctrina es particularmente exigente en los casos de revisión de una resolución judicial tan sustancial en la instrucción como es el auto de procesamiento, debiendo las diversas secciones de las Audiencias cruzarse este tipo de asuntos, para que unas resuelvan todo lo concerniente a las resoluciones interlocutorias de la instrucción sumarial, y otras, hagan lo propio con respecto al enjuiciamiento. Y en los casos de Sección única, arbitrarse los medios orgánicos necesarios para que sean otros magistrados quienes enjuicien las causas, sin haber tomado contacto invalidante con la instrucción sumarial.

Este fue también el origen de la creación de una Sala de Recursos junto a la Sala de Admisión y Enjuiciamiento en los supuestos de aforados antes esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, para evitar todo contacto con la instrucción, y la debida separación de las funciones de instruir y juzgar, como igualmente es sabido regulan las normas de reparto en muchas Audiencias. La creación de la Sala de Recursos a partir de 2012 es consecuencia del Auto de la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de fecha 20 de junio de 2011, y del Auto de fecha 13 de diciembre de 2011, dictado igualmente por la Sala del 61 del Tribunal Supremo.

En definitiva, el contenido del auto dictado en su actividad instructora por el Tribunal compuesto con los mismos integrantes que después declara la culpabilidad de la recurrente y la condena a pena de prisión, en cuanto entraron en contacto con la prueba y procedieron a expresar y valorar su contenido con la conclusión de la existencia a "efectos indiciarios" de una conducta comisiva propia de los delitos de falsedad y de apropiación, integra una razón legítima para considerar objetivamente justificados los temores sobre una falta de imparcialidad del Tribunal.

QUINTO.- Ello conlleva que con estimación del primer motivo formulado, y sin necesidad del estudio de los restantes, anular la sentencia dictada por vulneración del derecho al juez imparcial, en su vertiente objetiva, ordenando la repetición del juicio, con distintos magistrados a quien no les afecte tal óbice constitucional.

SEXTO.- El artículo 903 LECr, establece que *cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia.*

Sucede sin embargo que el otro recurrente, Lorenzo (que asimismo interesa la nulidad con devolución de la causa, aunque por diversos motivos), no resultaba afectado por el Auto dictado en apelación por la Audiencia de Cáceres de 30 de junio de 2016.

No obstante, examinados los autos conforme autoriza el art. 899 LECr, observamos que este acusado, también recurrió en apelación el mismo Auto del Juzgado de Instrucción, de 7 de marzo de 2016, por el que acordaba la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado.

La Audiencia resuelve por Auto de 14 de julio; donde se contiene:

...además del acuerdo transaccional que obra al folio 525 de los autos, donde se constata por la entidad querellante ha abonado al mencionado (Carlos Miguel) la cantidad de 24.000 euros, sin duda por considerar que ese dinero debía estar reflejado en la documentación bancaria, contamos con el informe pericial de "apoyo nº 9º que viene a poner de manifiesto la existencia de numerosas disposiciones en efectivo entre diciembre de 2006 y septiembre de 2009, que carecen de justificación alguna si tenemos en cuenta las características especiales (limitaciones intelectuales) que concurrían en Carlos Miguel y que don puestas muy gráficamente por la declaración testifical de Alfredo (folio 1397-1400), y los conceptos de algunas de dichas disposiciones (se mencionan en ella el abono de hasta cinco o seis seguros de vida). Y si a ello se une, según la testigo, la total relación de dependencia, a efectos de custodia de los documentos bancarios entre Carlos Miguel y Lorenzo (la libreta donde debía constar los 24.000 euros era custodiada por Lorenzo en su cajón de su propio despacho) se comprenderá que existen indicios suficientes, a los efectos que ahora nos ocupan, para entender que debe seguirse el trámite para determinar si ha existido o no una apropiación indebida de esa cantidad.



Es decir, también en este caso, se analiza y valora prueba documental y testifical para concluir la existencia de indicios suficientes.

Consecuentemente, desde una interpretación extensa del ámbito del art. 903 LECr y obvias razones de justicia material, debe hacerse extensivo el pronunciamiento de nulidad y reiteración de la vista, para este recurrente.

FALLO

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

Declarar haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de **Don Jenaro** que como consecuencia del art. 903 LECr, hacemos extensivo al también recurrente **Don Lorenzo** y en su virtud, declaramos la nulidad de la sentencia dictada el 24 de marzo de 2017 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres en su Rollo de Procedimiento Abreviado núm. 2/2017 y ordenamos la repetición del juicio con diferentes Magistrados. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro

Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

FONDO DOCUMENTAL CEND