

Roj: **STS 5817/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5817**Id Cendoj: **28079120012013100922**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/12/2013**Nº de Recurso: **456/2013**Nº de Resolución: **890/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Diciembre de dos mil trece.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Ignacio Leovigildo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Jerez de la Frontera, Sección 8ª, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Plus Ultra SA,, representada por la Procuradora Sra. Sánchez Díaz, y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Nuñez Baños.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción número 4 de Jerez de la Frontera, incoó Procedimiento Abreviado con el número 19 de 2012, contra Ignacio Leovigildo, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Jerez de la Frontera, cuya Sección 8ª, con fecha 30 de noviembre de 2012, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

*HECHOS PROBADOS: <<Queda probado y así se declara que el acusado Ignacio Leovigildo era el 17 de noviembre de 1993, administrador único de la empresa Uniter Correduría de Seguros, dedicada a actividades de correduría y agencia de seguros. En tal fecha firmó con la Compañía Plus Ultra de Seguros y Reaseguros, un contrato de mediación entre la aseguradora y los asegurados de ella, y así Uniter realizaba la función de cobro de las primas correspondientes a dichos asegurados, recibiendo para ello remesas de recibos de Plus Ultra, lo cual generaba un asiento que recogía el importe de dicha prima y que era favorable para Plus Ultra. Del cobro que realizaba Uniter esta transfería la totalidad a Plus Ultra, generando una disminución en aquellos asientos. Plus ultra a cambio le pagaba una comisión que se calculaba sobre el importe de la prima neta. La liquidación la hacían mensualmente y solo se excluía de la misma los recibos que no hubiesen sido abonados por los asegurados. La estipulación decimosexta del contrato firmado, establecía que el agente debía remitir a Plus Ultra el importe de los recibos de primas cuya gestión de cobro efectuase y ello dentro del mes en el que realizara dicho cobro, y reservaba para la aseguradora la facultad de dar por cobrado los recibos que llevasen mas de dos meses en poder del agente en gestión de cobro, pudiéndolo cargar en la cuenta de éste y exigir su pago inmediato.*

*El acusado Ignacio Leovigildo, con intención de obtener un beneficio, en fechas anteriores a Enero de 1999, se embolsó un total de 43.760.199 pesetas (actualmente 263.005 euros), que correspondían a pólizas de seguro que había contratado personalmente para Plus Ultra, ya que cobraba las primas correspondientes y no las liquidaba a la compañía aseguradora.*

*Uniter funcionaba no solo en la persona del acusado, sino que tenía también agentes que cobraban las primas correspondientes e ingresaban dichas cantidades en la cuenta bancaria de Plus Ultra.*



En enero y febrero de 1999, el acusado hizo suya, con intención de obtener un beneficio, la cantidad de 26.399.139 pesetas (158.663 euros), que los citados agentes habían ingresado en dicha cuenta para su ulterior transferencia a Plus Ultra.

Finalmente el acusado también se embolsó la suma de 13.236.309 pesetas (79.552 euros), procedentes de los cobros de primas realizados por los agentes adscritos a las oficinas 1102 y 1102 de Jerez, y que debían ser transferidos a la cuenta de Plus Ultra.

Teniendo sospechas de irregularidades económicas, la Compañía Plus Ultra encomendó una inspección a Basilio Segismundo e Arturo Ceferino, inspectores de la compañía de seguros, que comprobaron la existencia de la defraudación.

En fecha 23 de marzo de 1999 la entidad perjudicada interpuso querrela contra el acusado, incoándose Diligencias Previas correspondientes, que tuvieron considerables retrasos, hasta el 20 de abril de 2005 el Juzgado de Instrucción nº 4 de Jerez dictó Auto de sobreseimiento provisional, el cual fue recurrido y revocado por la Audiencia Provincial en fecha 23 de enero de 2006 respecto del hoy acusado.

El asunto estuvo paralizado hasta el 18 de febrero de 2009, en el que la aseguradora querellante dirigió escrito al juzgado, que al no tener conocimiento de la causa y tratarse de un nuevo juzgado, tuvo que reconstruir las actuaciones. Reconstruida la causa se dictó Auto de Procedimiento Abreviado con fecha 13 de octubre de 2001>>.

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

**FALLO:** <<Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** al acusado Ignacio Leovigildo, como autor criminalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida de especial gravedad, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de **DIEZ MESES Y QUINCE DIAS DE PRISIÓN y DOS MESES DE MULTA** con cuota diaria de seis euros, lo que hace un total de 360 euros, abonables en un mes a contar desde que sea requerido para ello, con responsabilidad personal subsidiaria de treinta días de privación de libertad, y al pago de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular, a quien se le reservan las acciones civiles.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes, con la advertencia que contra la misma podrá interponerse por las causas legalmente previstas recursos de casación ante el Tribunal Supremo, para cuya preparación las partes tienen el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución. Llévase certificación de la presente a los autos principales y archívese el original>>.

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

**Cuarto.-** La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

**PRIMERO** .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . y 852 LECrim ., por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a un proceso con todas las garantías y de la interdicción de la indefensión ( art. 24.1 y 2 CE .error en la apreciación de la prueba basado en documentos.

**SEGUNDO** .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . y 852 LECrim . por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia art. 24.2 CE .

**TERCERO** .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción de Ley al haberse aplicado indebidamente el art. 252 CP .

**CUARTO** .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . al haberse aplicado indebidamente el art. 74 CP .

**QUINTO** .-Al amparo del art. 851.1. LECrim .

**SEXTO** .- Al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

**SEPTIMO** .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por al haberse aplicado indebidamente el art. 123 CP .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veinte de noviembre de dos mil trece.



## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO: El motivo primero al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , por infracción del art. 24.1 CE , relativo a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión y art. 24.2 CE . que reconoce el derecho a obtener un proceso con todas las garantías,** atendiendo a la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad querellante Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros -al ser absorbida en proceso de fusión por escisión en el mes de septiembre de 2003, por Groupama Seguros y Reaseguros SA, y a pesar de ello el procurador D. Fernando Carrasco Muñoz, continuo con su representación, presentando escritos reservándose las acciones civiles con fecha 22.4.2005, interponiendo recurso de apelación contra el auto de 20.4.2005, que acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, participando en la reconstrucción de las actuaciones que habían sido extraviadas por el Juzgado de Instrucción e incluso presentando escrito de acusación de fecha 8.11.2011, con solicitud de proposición de pruebas y petición de pena, a pesar de que el poder especial para la interposición de la querrela se había extinguido por la desaparición del mundo del derecho a la mercantil de referencia, por lo que toda la actuación realizada por dicho Procurador es nula a partir de septiembre 2003, por carencia de poder suficiente.

El motivo debe ser desestimado.

1º La querrela es aquel acto procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al Órgano judicial competente, por la que el sujeto de la misma, además de poner en conocimiento de aquél la noticia de un hecho que reviste caracteres de delito, solicita la incoación de un proceso contra una o varias personas determinadas, así como que se le tenga como parte acusadora en el mismo, proponiendo que se realicen los actos encaminados al aseguramiento y comprobación de los efectos de la pretensión punitiva.

El art. 277 LECrim , regula los requisitos formales de la querrela, que a diferencia de la denuncia requiere inexcusablemente el cumplimiento de esos requisitos.

Así además de su presentación por medio de Procurador con poder bastante -en el apartado 7º se refiere al caso de que el Procurador no tuviera poder especial para formular la querrela exigiéndose en este supuesto la firma del querellante- deberá expresarse el nombre, apellidos y vecindad del querrellado.

Pues bien la expresión "poder bastante" que emplea este artículo dió lugar a dudas, pues mientras unos estimaban suficiente con poder con cláusula para ejercitar acciones penales en general, sin embargo los tribunales entendieron que se requiere un poder para la persecución de un hecho punible concreto poder "especialísimo".

Poder especialísimo, que en términos del Código Civil, sería aquél que "*se otorga para un negocio determinado*" ( art. 1712 C.Civil ), por tanto, exigiría delimitar el objeto de la imputación delictiva y las personas concretas contra quien la dirige.

Poder especialísimo según es definido por la doctrina científica más cualificada, es "*el poder otorgado después del acaecimiento del hecho delictivo, en el que se autoriza expresamente al Procurador para presentar querrela precisamente por ese hecho*".

La exigencia de poder especial para querrellarse que exige el art. 277 LECriminal -dice la STS. 810/2012 de 25.10 - no es un capricho, el ejercicio de acciones penales supone un aliud más grave y cualitativamente distinto de los poderes de naturaleza civil, la exigencia del poder especial y determinación de la persona y delitos posibles persigue la verificación de una concreta voluntad de querer ejercer las acciones penales, constituyéndose en parte desde el inicio de la causa penal.

En los casos de querrela huérfana de poder especial. Tampoco serviría ese mandato o poder para calificarlo de denuncia, ya que ésta exige la firma personal del denunciante y si no puede hacerlo, otra persona a su ruego, o actuar mediante poder especial ( art. 265 LECrim ).

2º Ahora bien -como preciso la STS. 298/2003 de 14.3 - sí es posible otorgarle a la querrela la condición de cauce legítimo para poner en conocimiento del Tribunal un hecho delictivo perseguible de oficio ("notitia criminis").

La querrela cumple una doble finalidad:

- por un lado, es un medio de poner en conocimiento de las autoridades judiciales la "notitia criminis", conforme al art. 312 L.E.Cr ., al igual que la denuncia ( art. 269 L.E.Cr .) y el atestado ( art. 297 L.E.Cr .).

- por otro lado, constituye un medio a través del cual los querellantes se convierten en parte procesal ( art. 270 L.E.Cr .).



Consecuentes con ese dúplice aspecto, resulta que la querrela sin poder especialísimo no es óbice para que el proceso penal se inicie en averiguación de los hechos narrados en la misma contra las personas a quienes se atribuye su comisión.

Por ello -sigue diciendo la sentencia citada 298/2003 - el Procurador, aún careciendo de poder especial para querrellarse y denunciar, actúa como mandatario (poder general) de otro que le encomienda la comunicación al Juzgado de unos hechos presuntamente delictivos, que imputa a personas determinadas, es una manifestación del principio de oficialidad -o de necesidad o de legalidad- que el proceso penal debe comenzar cuando llega a conocimiento del Juez una conducta con apariencia delictiva, esto es, cuando tiene noticia, por cualquier medio típico o no de un hecho que reviste caracteres de delito, aunque se desconozca la persona de su autor. La razón de ser de esa manifestación descansa en el prevalente interés público en reprimir las conductas delictivas. Este interés explica, en efecto, que su tutela sea asumida por el Estado y consecuentemente, que la persecución de aquellas conductas se erija en deber para los órganos oficiales de la persecución penal - esta competencia originaria sobre las diligencias de investigación es compartida por el Juez en nuestro actual ordenamiento con otras autoridades, que puedan actuar por delegación suya, con la Policía Judicial, actuando bajo su dependencia o la del Ministerio Fiscal, y con el mismo Ministerio Público-.

Por tanto, la noticia criminis puede tenerse por un presupuesto o procedibilidad del proceso penal, en la medida en que éste condiciona su inicio a la existencia de un hecho o conjunto de hechos concretos y de fisonomía delictiva, bien entendido que debe tenerse en cuenta que el uso de los poderes inquisitivos que la LECrim, coloca en manos del Instructor puede abocar al descubrimiento de hechos distintos de aquellos que dieron lugar a la incoación del proceso y/o a la implicación de personas distintas de aquellas sobre las que inicialmente recayeron las sospechas. En estos casos aquellos poderes comprenderán también estos otros nuevos hechos, así como las posibles personas implicadas en su comisión.

En efecto, la pretensión de que desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, no es aceptable. La ley podría establecerlo así, impidiendo que los Juzgados de Instrucción instruyeran causas que no fueran planteadas mediante querrela; pero lo cierto es que la ley vigente permite incoar diligencias a partir de una mera denuncia, y tanto uno como otro de estos sistemas es compatible con los derechos del art. 24 C.E. ( SSTC 173/1987 , 145/1988 , 186/1990 , 32/1994 ).

Sólo cuando los hechos van siendo esclarecidos, en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede claramente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente ( SSTC 135/1989 , y 41/1997 ).

Por ello, en virtud del principio de legalidad los funcionarios del órgano de naturaleza pública e instituido, entre otros, con ese fin -en nuestro caso el Ministerio Fiscal- deberán promover en todo caso las correspondientes acciones penales, tan luego como les conste la posible existencia de un eventual delito, menos lógicamente, aquellas cuya persecución el ordenamiento jurídico- penal reserva exclusivamente a la querrela privada (delitos de naturaleza privada).

En nuestro ordenamiento este aspecto del principio de legalidad penal se fundamenta en los arts. 100 , 105 y 271 LECrim . que imponen el ejercicio de oficio de Ley Penal y la no aplicación del principio de oportunidad.

Consecuentemente, el ejercicio de la acción penal no se extingue por la renuncia del ofendido. En el ámbito de los llamados delitos públicos, el procedimiento penal puede iniciarse, incluso sin la voluntad del perjudicado , a impulsos del Ministerio Fiscal que, conforme resulta del art. 105, viene obligado al ejercicio de la acción penal. En los llamados delitos semipúblicos o semiprivados, en cambio, el procedimiento penal depende de la presentación de la correspondiente denuncia por parte de la persona agraviada que en esta medida, puede resolver o no que el procedimiento penal se inicie. Sin embargo también en estos casos, delitos semipúblicos, una vez abierto el procedimiento penal, presentada denuncia por parte del ofendido, la renuncia del mismo al ejercicio de las acciones penales no pedirán la continuación del procedimiento. Sólo en el ámbito propio de los llamados delitos privados, la renuncia del ofendido al ejercicio de la acción penal extingue la posibilidad de ejercitar la misma.

Sin embargo, el delito de apropiación indebida es un delito público al haber entendido el legislador que afecta a intereses que exceden de los de quienes son afectados directamente por su comisión. Y como tal debe ser perseguido de oficio por el Ministerio Fiscal, que debe ejercitar las acciones penales, cuando entienda que resultan procedentes, desde que tenga noticia de su comisión ( artículo 105 de la LECrim ). No existe un poder de disposición sobre la acción penal en manos de los particulares en estos casos, aunque quede a su libre determinación todo lo relativo a la responsabilidad civil derivada del delito, que continúa siendo una cuestión de esa naturaleza aunque la reparación se pretenda y se acuerde en la vía penal, lo que ocurrirá siempre que no exista una previa renuncia o reserva de las acciones civiles por parte del perjudicado. Pero la renuncia o la reserva al ejercicio de la acción civil no afecta a la penal derivada del delito.





3º En el caso presente un examen de las actuaciones, permisible vía art. 899 LECrim , permite constatar:

1º) La querrela fue presentada el 27.3.99 por el procurador D. Fernando Carrasco Muñoz en nombre y representación de la entidad Plus Ultra compañía Anónima de Seguros y Reaseguros imputando al hoy recurrente Ignacio Leovigildo un delito de apropiación indebida, aportando un poder general para pleitos (folio 1 a 27).

2º) El juzgado de instrucción exigió la ratificación de la querrela o presentación de poder especial para formular querrela, poder que fue otorgado por dicha mercantil el 8.4.99, a favor del referido Procurador (folios 40-48).

3º) La fusión de Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros y "Groupama Plus Ultra Seguros y Reaseguros SA", tuvo lugar mediante la absorción de la primera por la segunda, según lo previsto en el art. 250 Ley Sociedad Anónima vigente en el momento de la absorción, el 30.9.2003, ya que la sociedad absorbente Groupama Plus Ultra Seguros y Reaseguros SA. era titular del 100% de las acciones de Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros.

4º) En dicha escritura fusión, aportada por la defensa por testimonio notarial en su escrito de conclusiones se disponía que " **los poderes generales para pleitos otorgados por la sociedad absorbida vigentes al tiempo de formalización de esta escritura quedan vigentes siendo ratificados expresamente por la Sociedad absorbente**".

Siendo así en ningún momento se extinguió el poder general del Procurador de la acusación Particular, produciéndose una sustitución de la sociedad perjudicada por otra sociedad -que también era indirectamente perjudicada- al ser la propietaria de la totalidad de las acciones de la sociedad directamente perjudicada, en la persecución de un delito de naturaleza pública con intervención del Ministerio Fiscal.

4º A mayor abundamiento es necesario recordar la jurisprudencia constitucional que ha configurado inequívocamente la indefensión como aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, es decir, se trata de una real y efectiva privación o limitación del derecho de defensa como directa consecuencia de una acción u omisión del órgano judicial. La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción).

La tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE , se concibe con la negación de la expresada garantía SSTC 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11 ).

Resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE . sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83 , 48/84 , 48/86 , 149/87 , 35/89 , 163/90 , 8/91 , 33/92 , 63/93 , 270/94 , 15/95 ).



No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88 , 181/94 y 316/94 ).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE . Así la STS 31.5.94 , recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio SSTC 145/90 , 106/93 , 366/93 ), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción formal se produzca ese efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa SSTC 153/88 , 290/93 ).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada. El carácter material y no meramente potencial o abstracto de la indefensión subyace además bajo los conceptos de pertinencia y necesidad de la prueba para sustentar la facultad del órgano judicial de denegar la suspensión del juicio por causa de la imposibilidad de practicar pruebas solicitadas en tiempo y forma.

Pero además, y en segundo lugar, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir la negligencia, impericia o el error. La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el art. 24.1 CE ; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equivoca o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte STC 167/88 , 101/89 , 50/91 , 64/92 , 91/94 , 280/94 , 11/95 , 109(2002 de 6.5 , 141/2005 de 6.6 , 62/2009 de 9.3 , 160/2009 de 29.6 , 25/2011 de 14.3 ).

Ello es así, porque la situación de indefensión alegada exige la constatación de su material realidad y no sólo de su formal confirmación. Tal exigencia es reiterada de modo constante por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala a fin de evitar que bajo la sola invocación de violencias constitucionales se encubra la realidad de meras irregularidades procesales que, encajadas en sede de legalidad ordinaria, no alcanzan cotas de vulneración de Derechos reconocidos en la Carta Magna que la parte, interesadamente, les asigna.

Por otro lado, es también unánime la precisión jurisprudencial que se refiere al comportamiento procesal del recurrente a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases, pues tal constatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. De ahí que, en pura correspondencia con al proscripción constitucional garantista de un proceso justo, se plasman exigencias en evitación de abusos o de actividades interesadas en la confirmación artificial de situaciones de indefensión que, al alcanzar cotas de imposible corrección, hagan precisa una técnica quirúrgica anulatoria nunca deseable, aunque si perseguida, por quienes, sometidos a un proceso incriminatorio con reales posibilidades de condena, consiguen así dilatar al máximo la conclusión del mismo.

En resumen para que los vicios del procedimiento puedan tener una relevancia de orden constitucional, es preciso la concurrencia de la mencionada indefensión material que no existe -dice la STS. 1163/2006 de 16.11 -, "incluso en el caso de un proceso seguido inaudita parte, cuando de las actuaciones se colija que el denunciante en *un recurso de amparo* no ha desplegado la diligencia apropiada en la defensa de sus derechos", añadiendo después la misma sentencia del TC 128/2005 , que "si bien es cierto que los errores de los órganos judiciales no deben repercutir negativamente en la esfera del ciudadano, también lo es que a este le es exigible



una mínima diligencia, de forma que los posibles efectos dañosos resultantes de una actuación incorrecta de aquellos carecen de relevancia desde la perspectiva del amparo constitucional cuando el error sea asimismo achacable a la negligencia de la parte". Y si esto nos dice el Tribunal Constitucional respecto de los procesos de amparo que ante este órgano se suscitan, lo mismo ha de decirse para los recursos de casación penal en que se alega infracción de algún derecho fundamental, de orden sustantivo o procesal.

5º) En el caso presente la defensa del hoy recurrente, desde octubre 2003 pudo tener conocimiento de la sustitución producida entre las sociedades, publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 21.10.2003, y pudo, por tanto, efectuar todas las alegaciones de indefensión y petición de nulidades que estimase oportunas para la defensas de sus intereses legítimos, y no obstante ello consintió tal situación, sin recurrir, por ejemplo, el auto de transformación a procedimiento abreviado hasta su escrito de defensa, 24.5.2012, y el trámite de cuestiones previas, art. 786.3 LECrim , pidiendo la nulidad de actuaciones de la acusación particular, petición de nulidad que resultaría desproporcionada, casi 9 años después, máxime cuando existiendo acusación pública con petición de condena, y habiéndose reservado el querellante las acciones civiles, no se acredita el perjuicio producido, que ha de ser real y efectivo y traducirse en un menoscabo real, en una indefensión material con menoscabo del derecho de defensa y no en una mera expectativa potencial y abstracta.

6º) Asimismo se ha declarado por el Tribunal Constitucional que la plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión ( art. 24.1 CE .), impide que el órgano judicial clausure el acceso a dicha tutela por defectos que pudieron ser subsanables y que el órgano judicial, siquiera en uso de la genérica facultad que tal fin le confiere el art. 11.3 ( SSTC. 174/84 , 21/90 , 133/91 , 126/93 , ATC. 21/95 ), pudo y debió subsanar, y han sido considerados defectos subsanables, por lo que aquí interesa, la falta de apoderamiento o de legalización del poder del Procurador, que es considerado tal vicio como mera anulabilidad sanable ( STS. 959/99 de 10.6 , SSTC. 69/84 , 174/88 , 130/89 , 133/91 , 67/99 ), de modo que el órgano judicial está obligado a conferir a la parte la posibilidad de su subsanación, antes de acordar la inadmisión de algún escrito o su rechazo como acusación particular.

Dado que, de no haberlo así, su decisión constituiría en realidad una sanción al error cometido por la querellante, lesiva del art. 24.1 CE . Por lo tanto, solo cuando una vez advertido el defecto por el órgano judicial y debidamente comunicado a la parte para que proceda a su subsanación, con expresa indicación de en qué términos debe hacerse ésta, se vuelve a incurrir en él o, simplemente, no se subsana. En casos como éste ya no sería exigible al órgano judicial otra cosa que la aplicación estricta del ordenamiento jurídico-procesal, pues así se lo impone su regular desarrollo, que no es otra cosa, que la garantía objetiva de los derechos e intereses de quienes en él participan o se ven implicados ( SSTC. 91/94 , 21/95 ).

**SEGUNDO: El motivo segundo al amparo del art. 852 LECrim , y del art. 5.4 LOPJ . en relación a lo dispuesto en el art. 24.2 CE , por vulneración de la presunción de inocencia, en relación con la indebida aplicación del art. 252 CP .** atendiendo a la inexistencia de prueba de cargo, dado que la relación que vinculaba a la acusación particular y al condenado era compleja y trascendía a una relación incardinable en el tipo del delito de apropiación indebida.

Así argumenta que el acusado tenía una relación mercantil continuada en el tiempo -desde 1993- con la entidad Plus Ultra que debe calificarse como de cuenta corriente, o incluso una especie de sucursal "sui generis", practicándose liquidaciones mensuales en las que se constata que hubo meses con saldo acreedor a favor del recurrente de varios millones de pesetas y sin que el impago de las cantidades deudoras fuese considerado delictivo. Solo era un saldo a compensar y exigible al vencimiento del contrato.

Por ello el recurrente considera infringido el art. 24.2 CE , en relación al tipo imputado al calificar la relación mercantil como contrato de agencia de seguros, atendiendo solo a la literalidad del contrato, obviando los cuatro anexos del contrato suscritos de la misma fecha, y la relación remitida al Juzgado en la que la sociedad Uniter SL, de la que era administrador el recurrente gestionaba y devengaba cantidades por ello, de más a 114 intermediarios de seguros contratados, no por la entidad Uniter SL, sino por la propia entidad Plus Ultra. También se ha obviado la participación en el recargo externo del 100% para Uniter reservándose Plus >>Ultra el poder exigir los TC. 1 y TC. 2 de los trabajadores de Uniter A lo anterior se debe unir el hecho de que Uniter creó una red de agentes que trabajaban para Plus Ultra y conforme vendía seguros, generaban un rappel para Uniter del 8%.

Y añade por último, que no consta una sola prueba, ni en instrucción ni en el plenario que acredite el ingreso de las primas cobradas ni su disposición por el recurrente, ni el método empleado por éste para hacer suyas los más de 80 millones de las antiguas pesetas.

1º En cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia es cierto que en ningún caso este derecho fundamental tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado,



sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure (por todas STC. 87/2001 de 2.4 ). Por ello, viene afirmando el Tribunal Constitucional, sentencia 8/2006 de 16.1 , que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de la prueba indiciaria. Pues si bien, el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho y la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba y no sobre su calificación jurídica, ello no obstante en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE . ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad ( STC. 8/2006 de 16.1 ), esto es, como dice la STS. 724/2007 de 26.9 que recuerda que: "si el elemento subjetivo es tal que de él depende la existencia misma del hecho punible, debe entenderse que la presunción de inocencia exige la prueba de tal ánimo tendencial o finalista".

Ahora bien, son ajenos a la presunción de inocencia las cuestiones relativas a la calificación jurídica ( STC.195/93 ) pues corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios, no siendo revisable en vía de amparo constitucional la decisión que en tal sentido adopten, sino en el supuesto de que de ella se desprenda la lesión de un derecho fundamental o sea manifiestamente irrazonable o arbitraria, habiendo declarado asimismo que los problemas relativos a la subsunción de los hechos bajo un determinado supuesto legal resultan ajenos al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La sentencia Tribunal Supremo nº 383/2010 de 5.5 nos dice que la presunción de inocencia no alcanza a los elementos normativos. En efecto para la formalización de los correspondientes tipos penales emplea el legislador elementos descriptivos y valorativos o normativos: son elementos descriptivos aquellos susceptibles de una constatación fáctica, describen objetos del mundo real y pueden ser verificables de modo cognoscitivo por el Juez (por ejemplo, persona, edificio, local cerrado, arma, etc). Son elementos normativos aquellos que presuponen una valoración del Juez, aquellos elementos que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma. En cualquier caso, recuerda la STS. 180/2010 de 10.3 , la valoración del Juez forma parte de su función de juzgador y no puede entenderse que el derecho a la presunción de inocencia imponga una determinada valoración al Juzgador.

2º En cuanto a su alcance en casación es doctrina jurisprudencial reiterada, STS. 480/2012, de 29-5 , 1236/2011, de 22-11 ; 371/2011 de 19-5 ; 285/2011, de 5-3 ; 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2 , 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12 , entre las más recientes, la que establece, que nuestro sistema casacional *no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales* y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, *de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).*

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo *"la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad*, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba ( SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4 ).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 *cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales , que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS. 1125/2001 de 12.7 ).*





Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 299/2004 de 4.3 ). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias ( art. 9.1 CE ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" ( STS. 1030/2006 de 25.10 ).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí ( STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dicto sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.



En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediatez de que dispuso, inmediatez que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTC de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio- y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

3º En el caso presente la sentencia de instancia, fundamento jurídico cuarto, detalla las pruebas que sustentan el pronunciamiento condenatorio:

La declaración de los testigos y de la documental aportada, partiendo del contrato de agencia firmado entre la aseguradora y la empresa del acusado, sin que se haya acreditado que fuera una sucursal de especial entidad, como ha alegado la defensa, sin base probatoria alguna y con la sola declaración del propio acusado solo como base de dicho extremo. El contrato es claramente de agencia, y en él en modo alguno encontramos que las primas que recibía el acusado, este estuviera autorizado para usar para otros gastos que fueran de su interés, tales como abrir oficinas, cubrir gastos, etc.. Por otro lado tenemos el documento obrante en el folio 37 de fecha 11 de Marzo de 1999, reconocido por el acusado quien niega que había que cuadrar los números con la central, cuando ello en modo alguno se refleja con dicho documento, cuya expresión es clara y no da lugar a duda alguna. Lo mismo ocurre con el documento obrante en folio 38, de misma fecha, y que no da lugar a duda alguna, siendo relevante que ahora el acusado al reconocer el documento insista en que no es cierto que recibiera el importe de los recibos, cuando lo que firmó en su día expresa todo lo contrario. La prueba documental obrante en los folios 32 a 38 es contundente, sobre todo cuando la misma ha sido ratificada y debidamente explicitada por los testigos Basilio Segismundo e Arturo Ceferino , quienes manifiestan claramente que las deudas declarada probadas correspondían a primas, ya fueran cobradas directamente a los asegurados, ya a los agentes que dependían de su oficina y que le ingresaban las que dichos agentes cobraban a sus asegurados. El Sr. Arturo Ceferino ha sido claro en cuanto a la no existencia de sucursal alguna por parte de Uniter, alegación en la que la defensa ha bagado su alegato, pues no existe documento que así lo establezca, el documento firmado es de agencia, reconocido por el testigo como el que normalmente firmaban los agentes repartidos por el territorio nacional. Los gastos e inversiones que el acusado hiciera en su oficina eran de su cuenta y en modo alguno podía repercutirlos en la aseguradora, al no ser obligación de esta dichos gastos.

Por todo ello la sala no alberga duda alguna sobre el hecho de que las cantidades reseñadas debían haber sido ingresadas por el acusado en la cuenta de la aseguradora, no habiéndolo hecho, sin que hubiera justificación alguna para ello, ya que no estaban condicionado sus ingresos a liquidación de cuenta o aplicación de papel alguno.

Valoración de la Sala que no puede considerarse haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como hemos dicho en STS. 648/2013 de 18.7 - el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del acusado.

El motivo, por lo razonado deviene improsperable.



**TERCERO:** Analizando a continuación, en base a lo dispuesto en los arts. 901 bis a ) y 901 bis b), **el motivo quinto al amparo de lo dispuesto en el art. 851.1 LECrim . por quebrantamiento de forma, al consignar como hechos probados conceptos, que por su carácter jurídico, impliquen predeterminación del fallo.**

Se sostiene en el motivo que discutiéndose desde el inicio de la instrucción la naturaleza jurídica de la relación jurídica que mediaba entre el condenado y la entidad Plus Ultra, por lo que el calificar en los hechos probados la relación como contrato de agencia de seguros y declarar probado que existía una intención de obtener beneficio con la apropiación, señalando al efecto que se declare probado que el 17.11.1993 "se firmó con la compañía Plus Ultra de Seguros y Reaseguros, un contrato de mediación entre la aseguradora y los asegurados de ella", que "la estipulación decimosexta del contrato firmado, establecía que el agente debía remitir a Plus Ultra el importe de los recibos de primas cuya gestión de cobro efectuase", que Uniter funcionaba no sólo en la persona del acusado, sino que tenía también agentes que cobraban primas correspondientes e ingresaban dicha cantidad en la cuenta de Uniter y que "finalmente el acusado también se embolsó la suma de 13.236.309 pesetas (79.552 euros) procedente de los cobros de primas realizados por los agentes adscritos a las oficinas 1102 y 1102 de Jerez y que debían ser transferidos a la cuenta de Plus Ultra", se predetermina el fallo de la sentencia.

El motivo debe ser desestimado.

El motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo exige para su estimación, según reiterada doctrina jurisprudencial ( SSTS. 23.10.2001 , 14.6.2002 , 28.5.2003 , 18.6.2004 , 11.1.2005 , 11.12.2006 , 26.3.2007 , 2.10.2007 y 28.11.2007 ).

- a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;
- b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;
- c) que tengan valor causal respecto al fallo, y
- d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio sentencial denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4 - , cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre , lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos. No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal . O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero , la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio ( STS. 28.5.2002 ). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente determinante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio formal ( SSTS. 429/2003 de 21.3 , 249/204 de 26.2, 280/2004 de 8.3 , 409/2004 de 24.3 , 893/2005 de 6.7 ).

En esta dirección la STS. 7.11.2001 , nos dice: " *En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica-imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determine la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados.*"



Igualmente es frecuente como recuerdan las SSTS. 253/2007 de 26.3 , 702/2006 de 3.7 y 1328/2001 de 5.7 , que se alegue en casación este vicio procesal cuando en los hechos probados se afirma la existencia de un determinado propósito o intención de la conducta del acusado, de modo que con tal afirmación se hace posible la incardinación de lo ocurrido en una determinada norma penal que exige el dolo como elemento constitutivo de todo tipo penal doloso o un determinado elemento subjetivo del injusto (por ejemplo, cuando se habla de que se obró con propósito de causar la muerte o con ánimo de lucro). Se dice que estas afirmaciones han de hacerse en los fundamentos de derecho tras exponer las razones por las cuales se entiende que existió esa concreta intención o propósito.

Pero no existe ningún vicio procesal cuando su concurrencia se afirma entre los hechos probados. En estos casos, cuando la presencia del dolo o del elemento subjetivo del injusto ha sido objeto de debate, lo que no está permitido es realizar la afirmación de su concurrencia en los hechos probados de modo gratuito, es decir, sin explicar por qué se realiza tal afirmación que ha sido cuestionada por la parte. Esta explicación forma parte de la motivación que toda sentencia debe contener ( art. 120.3 CE ) y ordinariamente esa intención o propósito ha de inferirse de los datos objetivos o circunstancias que rodearon el hecho por la vía de la prueba de indicios. Podrá ser suficiente que la inferencia citada, aun no explicada, aparezca como una evidencia a partir de tales datos objetivos y en tal caso no es necesario un razonamiento al respecto cuyo lugar adecuado es el de los fundamentos de derecho. Pero esta cuestión nada tiene que ver con el vicio procesal de la predeterminación del fallo, sino con el tema de la prueba: el problema es si en verdad puede afirmarse como probada la realidad o intención que la resolución judicial dice que concurre.

En definitiva, como precisa la STS. 140/2005 de 2.2 , la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo delictivo, puede utilizarse legítimamente dentro del relato fáctico para dar mayor expresividad al relato, siempre que luego se explique como ha quedado acreditado dicho elemento.

Conviene también señalar que conforme a nuestra jurisprudencia, por todas STS. 407/2013, de 23.4 , la doctrina reiterada de esta Sala casacional ha negado la operatividad de este quebrantamiento a los conceptos atinentes a ramas de Derecho no penales, y así los conceptos de prestamista, depositario, arrendatario, comisionista, agente, etc.. no se consideran invalidantes. Las calificaciones de índole civil en el "factum" no vinculan en el orden criminal y no constituyen conceptos predeterminantes de este carácter.

Por ello en el caso presente recoger en el factum cual era la relación jurídica que vinculaba a las partes y la función que desempeñaba el recurrente, así como las cantidades que indebidamente se apropió, no implica predeterminación alguna sino la exteriorización del juicio de certeza alcanzado por el tribunal sobre los datos relativos a los hechos penalmente relevantes, que permite la adecuada subsunción jurídica en el tipo penal correspondiente.

**CUARTO: El motivo sexto al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 LECrim , por haber existido un error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran el error del tribunal, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.**

El motivo pone de manifiesto que el tribunal a quo ha calificado la relación mercantil mantenida por Uniter con la entidad Plus Ultra de "agencia de seguros" pero existen documentos literosuficientes en las actuaciones que desvirtúan lo anterior al desnaturalizarse o mutarse a una relación mucho más compleja.

El motivo deviene impropio.

1.- Como hemos dicho en SSTS. 316/2013 de 17.4 , y 569/2012 de 27.6 , por la vía del art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECrim . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos





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

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

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

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

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

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10 , viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

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

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

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim .;

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

Por tanto -se dice en las STS 765/2001 de 19-7 - el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos.

No otra cosa ha acontecido en el caso presente, el vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos: 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiente, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error; y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial.



Así la STS 1952/2002, de 26.11 , recuerda que el error de hecho sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominado "litosuficientes" o "autosuficientes" se acredite de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba, siempre y cuando el supuesto no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim .

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

En definitiva, este motivo de casación, por error en la apreciación de la prueba previsto en el art. 849.2 LECrim , no autoriza a una revaloración de la prueba documental, sino que permite rectificar el hecho probado en tanto se acredita un error del tribunal al declarar o al omitir declarar probado un hecho relevante para el fallo, del que no existan otras pruebas, cuando su inexistencia o su existencia resulte de forma incontrovertible del particular de un documento.

2º.- En el caso analizado el recurrente presenta como documentos: la copia de contrato de agencia de seguros junto con sus anexos (documento 8); contrato de agencia de seguros suscritos por Plus Ultra con agente de Algeciras (documento 9 y 10); escrito de la querellante presentado a instado del Juzgado acompañando la relación de mediadores adscritos al código de Uniter SL. (documento 11); relación de saldos mensuales que le liquidaban (documento 12); escrito remitido por el Jefe de Delegación de Plus Ultra en Andalucía Occidental, acompañando nuevas condiciones económicas para los ejercicios 1999 y 2000 (documento 13); y escrito presentado por el procurador querellante de marzo de 2004, a requerimiento del juzgado, acompañando cuentas de efectivo del código 1102-990 correspondientes al periodo junio 1998-abril 1999, así como cuenta de efectivo del código 1102/701, relativas al periodo junio 1998-1999 (documento 14).

Pues bien los documentos designados no acreditan el error cometido por el tribunal sentenciador al calificar la relación jurídica como contrato de "agencia de seguros", al ser aquellos susceptibles de valoraciones alternativas, plenamente justificables, dependientes de las demás pruebas concurrentes, que hayan permitido al tribunal formar una determinada convicción, como son la literalidad del contrato de agencia firmado entre las partes, y las demás pruebas a que la sentencia hace referencia en el fundamento jurídico cuarto.

**QUINTO: El motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, dada la aplicación indebida del art. 252 CP , en relación con la consideración del negocio causal entre las partes como de agencia de seguros, con infracción de lo dispuesto en los arts. 1281 y 1282 C.Civil y elementos concretos del tipo penal.**

Se plantea por tanto, en este motivo, con indicación con normas infringidas, además del art. 252 CP , las contempladas en los arts. 1281 y 1282 Código Civil , la cuestión relativa a la interpretación del contrato que perfeccionaron, en su día el ahora recurrente con la querellante, se hace oportuno destacar, siguiendo la síntesis de doctrina expresada en SSTs. Sala Primera, de 15.6.2009 y 25.11.2009 , que los arts. 1281 a 1289 C. Civil , no contienen meras reglas lógicas o de buen sentido puestas a disposición del interprete para que libremente se sirva de ellas o no en la búsqueda de la llamada voluntad contractual, sino verdaderas normas jurídicas de las que necesariamente debe aquel hacer uso en el desempeño de la labor hermenéutica.

Por ello a la vez, que la infracción de las referidas normas jurídicas puede ser invocada por la vía del art. 849.1 LECrim , en cuanto sustenten la presunta vulneración de un precepto penal -en este caso el art. 252- el control de la interpretación del contrato es en esta vía casacional, de legalidad, de modo que queda fuera de su ámbito todo resultado hermenéutico que respeto los imperativos legales que disciplinan la labor del interprete, aunque no resulte el único admisible conforme a ellos.

Lo dicho es consecuencia de que la interpretación del contrato sea competencia de los tribunales de instancia, no de esta Sala casacional, ver SSTs. Sala Primera de 2.10.2007 , 21.12.2007 , 29.4.2008 , 5.6.2008 , 16.6.2008 y 26.11.2008 , que precisa que el alcance del juicio casacional no permite, discutir acerca de cuál es el mejor criterio o la solución más adecuada a las circunstancias, porque tal tipo de conclusión supondría exceder el ámbito propio del recurso casacional y una injerencia en la función soberana de los tribunales que conocen el proceso en las instancias.



En definitiva, la interpretación y la calificación de los contratos es una función encomendada a la Sala de instancia y no puede ser revisado en casación, salvo que resulte ilógico, erróneo o irracional -ver SSTs. Sala Primera 25.3.95 , 17.11.98 , 30.4.2002 , 4.7.2007 -.

Es cierto precisa la STS. 18.6.2010 , "que los contratos, son los que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (...) pues, para la calificación, que constituye una labor insertada en la interpretación, habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo que las partes adquieren (...) con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato" ( STS 7 de junio 2007 , citada en la de 2 de septiembre 2009 ).

Por lo demás, es constante la jurisprudencia en señalar, en su labor complementaria del ordenamiento, que los arts. 1281 a 1289 C. Civil contienen un conjunto de normas entre las que ostenta rango prioritario la del primer párrafo del art. 1281. La STS. 2.9.96 puso de manifiesto, en este sentido, que se trata de un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre si, en el que la primera regla a aplicar es la del párrafo primero del art. 1281. Como consecuencia, si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre cual fue la intención de las partes, no entran en juego las contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con un carácter subsidiario respecto de la que preconiza la interpretación literal.

Por tanto, el art. 1282, solo es aplicable -como señaló la STS. 16.1.2008 - con cita de las de 1.2.2001 y 20.5.2004 - cuando por la falta de claridad de los términos del contrato no sea posible conocer la verdadera intención de los contratantes. La STS. 14.12.95 , recordó que la norma que el referido artículo contiene es complementaria de la del párrafo segundo del art. 1281, no de la del primero, que prevalece cuando los términos son suficientemente claros o precisos y no dejan lugar a dudas sobre la verdadera intención de los contratantes.

En el caso actual el tribunal "a quo" considera acreditado que la calificación del contrato que mediaba entre Plus Ultra y Uniter era la de la agencia de seguros y conforme al mismo, el recurrente tenía que reintegrar las cantidades cobradas a Plus Ultra en el plazo de un mes. El motivo, por el contrario, mantiene que de las pruebas practicadas ha quedado acreditado que dicha relación, por la forma de liquidarse las cantidades entre las partes, era de un contrato de cuenta corriente.

La mejor doctrina define *el contrato de cuenta corriente mercantil* como el pacto por el que dos partes estipulan que los créditos que puedan nacer de sus relaciones de negocios perderán al entrar en la cuenta su individualidad propia, para convertirse en simples partidas del Debe o el Haber, de tal modo que el saldo en que se fundan sea el único exigible en la época convenida, habiendo de distinguirse de la mera situación de cuenta corriente por Debe y Haber, pues para que haya contrato de cuenta corriente en sentido técnico se precisa un pacto específico que excluya la accionabilidad aislada de los créditos, sea por vía de pago, sea por vía de compensación, y aplase su liquidación hasta el momento del cierre de la cuenta, es decir que es de esencia y constituye el efecto fundamental del contrato la obligación impuesta a ambas partes de no reclamar aisladamente, y mientras dure el contrato, los créditos que vayan surgiendo, que, consecuentemente, pierden su individualidad primitiva y su disponibilidad aislada.

Es, por tanto, un pacto bilateral y atípico, aunque normativo, de compensación y liquidación periódica de créditos anotados, que supone económicamente y tiene como causa, una concesión recíproca de crédito, por lo general entre comerciantes, y hoy básica para el tráfico bancario. La apertura de la cuenta conlleva el aplazamiento de la inmediata exigibilidad de los créditos anotados o "remesas" (dinerarias, de crédito, valores, etc...) objeto de la relación e integradas voluntariamente en el saldo compensable. Estas, con todo, no se extinguen, mantienen la individualidad jurídica que tenían según los negocios de que nacieron, pero dejan de ser exigibles autónomamente y serán compensables al liquidar o saldar la cuenta siempre que se den las condiciones civiles de compensabilidad ( arts. 1195 y 1198 C. Civil ). Puede entenderse que lo que se da, más que compensación, es novación extintiva y sustitución de los créditos anteriores por la obligación de liquidar el saldo en las condiciones pactadas ( arts. 1203 a 1206 C. Civil ). En todo caso debe precisarse que los créditos no se extinguen por la sola anotación, y de ahí la posibilidad de recomponer el saldo de accionar o excepcionar respecto a las contrapartes de los negocios antecedentes a las remesas.

*El contrato de agencia* su alcance - SSTs. 427/2009 de 29.4 y 996/2009 de 9.10 - viene dado por lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Reguladora 19/1992 , conforme al cual por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena , o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.



Tras excluir (artículo 2) de tal calidad los supuestos en que el agente no es independiente (No se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan), se establece ( artículo 3) que en defecto de Ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley , cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa.

Y, en cuanto al contenido de derechos y obligaciones derivados de dicho contrato, establece la citada ley que son (artículo 9) obligaciones del agente, entre otras, actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe, en particular, el agente deberá -desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia- y también-. Llevar una **contabilidad independiente** de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe-.

Y aún cabe una última advertencia en este capítulo: conforme al artículo 8, Salvo pacto en contrario, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional.

En el caso analizado, como con acierto se razona en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida debe reiterarse que Uniter SL, estaba ligada con Plus Ultra por un contrato de agencia, pues aunque sea cierto que la primera remitía movimientos de la cuenta en los que se hacían contar los saldos a favor de cualquiera de las partes, simplemente se trata de las liquidaciones mensuales, pero sin que ello signifique que se concedieran créditos recíprocos o que no fuera exigible la suma consignada en cada liquidación.

No encaja por tanto, el caso analizado en el contrato de cuenta corriente mercantil, ni participa de la nota esencial que lo caracteriza de la exclusión de la accionabilidad de los créditos, abundando en su condición de contrato de agencia el dato contenido en el propio documento, como su denominación de "contrato de agencia".

- Siendo así el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el art. 849.1 LECrim , pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia, de ahí que la jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de Ley exige el respeto absoluto e integro de los hechos probados en sentencia ( STS. 1712008 , 580/2008 ).

Partiendo por tanto del relato fáctico, las quejas del recurrente sobre la no acreditación de los elementos de la apropiación indebida devienen inaceptables.

En efecto es doctrina de esta Sala, por ejemplo STS. 707/2012 de 20.9 , la que viene manteniendo que el artículo 252 del vigente Código penal , sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

A) En lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1274/2000, de 10 de julio que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo reciba uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.

b) Que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de "numerus apertus" del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, "aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver" ( SSTS. 31.5.93 , 1.7.97 ).

c) Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio.

d) Que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.





B) En la modalidad de apropiación consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad ( STS 16 de septiembre de 2003 ), y el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su "status", como se dijo literalmente en la sentencia de esta Sala 224/98 de 26.2, la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo -aunque tampoco quepa descartarla- la concurrencia del "animus rem sibi hahendi" sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona ( SSTS. 3.4 y 17.10.98 ).

La STS. 996/2009 de 9.10 recoge el cuerpo de doctrina conformado sobre este tipo o modalidad, destacando del mismo:

**a)** que el **artículo 252** no se circunscribe a la tipificación de comportamientos en los que el autor hace suyo lo que recibe de otro por determinados títulos, sino que **también** se incluye como delictivo el comportamiento consistente en **disponer de bienes que integran un patrimonio ajeno en perjuicio del titular de éste** .

**b)** Es presupuesto de tal tipicidad que el **autor tenga atribuidas facultades de gestión** de dicho patrimonio.

**c)** Y que exista entre el autor y el titular perjudicado una relación en virtud de la cual surge en el autor la obligación de dar a lo recibido un fin determinado, que consistirá precisamente en su entrega a, generalmente, aunque no de manera necesaria, el principal por cuya cuenta el autor gestiona, o, en otro caso, a un tercero pero por cuenta de éste.

Son precisamente esas relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio y el que asume su gestión las que el tipo de administración desleal trata de proteger ( STS núm. 782/2008 de 20 de noviembre ).

**d)** Por lo que concierne al **objeto material** , respecto del cual se lleva a cabo la actuación de distracción, puede venir constituido por **dinero** , efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial.

**e)** Por lo anterior resulta claro que, en esta modalidad del también denominado delito de apropiación indebida, **no es exigible el elemento subjetivo del injusto constituido por el ánimo de lucro** , ni **tampoco, el efectivo aprovechamiento** por el autor en beneficio de su personal patrimonio. **Baste el dolo constituido por el conocimiento y consentimiento de la causación de aquel perjuicio** .

En el delito de administración desleal el elemento subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apoderarse de la cantidad dineraria recibida, sino en la conciencia y voluntad **de burlar las expectativas y el derecho del sujeto pasivo** en orden a la entrega del dinero a quien se había acordado, o a la recuperación del mismo en otro caso. Es decir, en la deslealtad consciente y querida con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero ( STS núm. 782/2008 de 20 de noviembre ).

**f)** Pero **ha de resultar un perjuicio** para ese destinatario de la cosa, que lo era conforme a lo pactado y a la relación jurídica de la que procede la recepción de la cosa.

Aún cuando el citado tipo delictivo se incluye en el artículo 252 del Código Penal , el delito llamado de administración desleal, *diverso del delito societario del artículo 295*, difiere también de la apropiación indebida específica.

Puede verse en nuestra Sentencia núm. 894/2008 de 17 de diciembre , la enunciación de las principales diferencias. Y en las múltiples Sentencias allí citadas ( SSTS 224/98 de 26 de febrero , 1965/2000 de 15 de diciembre , 253/2001 de 16 de febrero , 1040/2001 de 29 de mayo y 125/2002, de 31 de enero y las de fechas de 12 de diciembre de 2002 , 8 de junio de 2005 11 de abril de. 007 y 29 de enero y 9 de mayo de 2008 ).

Así, en ambas modalidades el autor recibe de otro el objeto típico, de forma que adquiere una legítima posesión del mismo. El título que atribuye esa posesión conlleva la obligación de devolver o entregar. Al respecto hemos señalado en la Sentencia antes citada núm. 894/2008, recordando las de 31 de mayo de 1993 y 1 de julio de 1997) que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de "numerus apertus" del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, "aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

1) Ahora bien, la diferenciación entre ambas figuras delictivas es más ostensible al atender al supuesto específico en el que lo recibido es dinero, o, si se quiere, cualquier otra cosa fungible.



En tales supuestos la obligación de devolver o entregar, ya no puede referirse a lo mismo que se recibe que pasa a la propiedad del autor del delito receptor de dicho objeto, salvo excepciones.

En nuestra reciente Sentencia núm. 782/2008 de 20 de noviembre, recordábamos, citando la Sentencia anterior nº 162/2008 de 6 de mayo, que mientras en el delito de apropiación *stricto sensu*, el autor comete un delito contra la propiedad, que el perjudicado ostenta respecto a cosas de las que el autor se apodera definitivamente, en el de administración desleal, el autor **más que una conducta de apropiación comete una conducta de infidelidad**. En efecto, en la apropiación indebida *strictu sensu*, el sujeto activo de la acción presuntamente inculpa ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible, teniendo así la legítima posesión de aquella, pero no el dominio, que no le ha sido transmitido. La segunda modalidad típica tiene como presupuesto la traslación legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta para el receptor la adquisición de su propiedad, aunque con la obligación de darle un determinado destino, según lo estipulado con el transmitente. Cuando de dinero se trata, y a causa de la extrema fungibilidad del mismo, su propiedad se ejerce mediante la tenencia material o física de los signos que lo identifican. En este segundo supuesto, **la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al patrimonio propio**, -puesto que por el simple hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó ingresado en él, si bien de forma condicionada-, **sino en darle un destino diferente al pactado**, irrogando un perjuicio a quien hizo la entrega el cual, en virtud del pacto tenía el derecho de que el dinero fuese entregado a quien se había estipulado en ese acuerdo o le fuera devuelto.

2) El segundo punto de diferenciación relevante, concierne al modo en que ocurre el tránsito de la legítima posesión a la ilicitud del acto de distracción. Como dijimos en la Sentencia nº 221/2008 de 9 de mayo, el delito de administración desleal ocurre cuando el autor **excede los poderes que se le habían otorgado para disponer de dinero del patrimonio administrado**, produciendo de esa manera un perjuicio patrimonial a éste.

En la apropiación indebida específica, media una acción de apropiación que implica correlativa pérdida para su dueño, **sin que el autor tuviese atribuido ningún poder para dicha acción**.

- **De lo anterior deriva que, en el caso que se juzga, el contrato de agencia convenido entre querellante y querellado, origina el título del que surge la obligación de dar el dinero percibido por el acusado el destino constituido por la entrega a la aseguradora.**

**Bastará que, aun sin mediar ánimo de lucro su objetivo beneficio, se da al dinero un destino diverso, con conciencia y voluntad de tal diversidad en dicho destino, bastando las expectativas del destinatario preconfigurado, para que tal deslealtad pueda subsumirse en el tipo penal del art. 252 del CP. ( SSTS. 1586/2005 de 19.12, 954/2005 de 28.6,**

- **Respecto a la necesidad de una previa liquidación, es cierto que en el caso de** complejas relaciones jurídicas, muy duraderas en el tiempo y con gran confusión por las diferentes compensaciones de deudas y créditos, se hace imposible la incardinación en la tipicidad de la apropiación indebida y la derivación a la jurisdicción civil, en donde podrá practicarse la oportuna liquidación de cuentas, con el resultado que era procedente, a los efectos correspondientes ( SSTS. 2163/2002 de 28.12, 1053/2003 de 14.7, 142/2007 de 12.2, 326/2007 de 26.4, 491/2007 de 1.6 ).

Por ello si se evidenciara, atendidas las circunstancias del caso particular, la necesidad de una liquidación previa para determinar la vigencia de un derecho de compensación o de retención a favor del sujeto activo, no cabría apreciar la antijuricidad de la conducta ( STS. 131/2006 de 25.3 ).

La jurisprudencia ha entendido que no puede afirmarse que se haya cometido un delito de apropiación indebida cuando se acredite que entre quienes aparecen como denunciante y denunciado se han producido relaciones mercantiles o de contenido económico de tal complejidad que sea imposible con los datos disponibles en la causa penal establecer la existencia de una cantidad perteneciente a uno de ellos de la que se haya apropiado el otro. La dificultad en esos casos reside en distinguir si lo que existe es una deuda no satisfecha, o dicho de otro modo, pendiente de pago, o un acto de apropiación ilícita. De manera que, en esos casos, ha de concluirse que, aunque exista formalmente un acto de apropiación, no es posible afirmar el elemento subjetivo consistente en el ánimo apropiatorio de lo ajeno, pues aún se ignora en qué medida lo es. Es precisa entonces una liquidación que determine finalmente a quien corresponde el derecho a recibir una cantidad y a quien la obligación de satisfacerla como consecuencia de aquellas relaciones, y posteriormente, realizar la pertinente valoración jurídico penal de la conducta ( SSTS. 228/2006 de 3.3, 918/2008 de 31.12 ).

Ahora bien, tal doctrina no es aplicable cuando hay constancia de lo realmente apropiado, y si el acusado pretende una previa liquidación de cuentas, ha de indicar la existencia de algún posible crédito en su favor o de una posible deuda a cargo del perjudicado, no bastando con meras referencias genéricas o inconcretas.



En el caso actual no cabe acogerse al expediente exculpatorio de la liquidación previa cuando Uniter liquidaba periódicamente sus operaciones con Plus Ultra, sin que aparezca ningún dato relativo a otras liquidaciones por otros conceptos que esta empresa realizase al acusado, ni tampoco reclamación alguna de este en ese sentido.

**SEXTO: El motivo cuarto al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim . por infracción de Ley sustantiva, en concreto la vulneración del art. 74 CP . en concordancia con lo dispuesto en los arts. 252 y 250.6 CP , al no haberse logrado concretar el día en que se produjo la apropiación indebida, siendo constante la jurisprudencia que determina que el trascendente es la fecha de la apropiación y no de la recepción del dinero. Tampoco ha quedado acreditada la forma en que se produjo la apropiación o distracción de la cantidad, ni cuales son la pluralidad de hechos que llevan a la convicción del tribunal de que estamos ante un delito continuado.**

El motivo deviene improsperable.

Como hemos precisado en STS. 407/2013 de 23.4 , la continuidad delictiva supone un único dolo -dolo unitario- que se exterioriza fraccionadamente bien como ejecución parcial de un dolo conjunto ideado -plan preconcebido- o bien como un dolo continuado exteriorizado en el aprovechamiento de idéntica ocasión.

En cualquier caso, una consolidada doctrina jurisprudencial en torno a la figura del delito continuado, cuyo origen legal se encuentra precisamente en la práctica jurisprudencial, estima como requisitos que lo vertebran las siguientes:

- a) Pluralidad de hechos diferenciables entre sí que se enjuician en un mismo proceso.
- b) Un único dolo que implica una única intención y por tanto unidad de resolución y de propósito en la doble modalidad de trama preparada con carácter previo que se ejecuta fraccionadamente -dolo conjunto-, o que surja siempre que se dé la ocasión propia de llevarlo a cabo -dolo continuado-, ambas previstas legalmente en las expresiones «plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión».
- c) Unidad de precepto penal violado, o al menos que sean preceptos semejantes, lo que exterioriza una unidad o semejanza de bien jurídico atacado.
- d) Homogeneidad en el «modus operandi».
- e) Identidad en el sujeto infractor.

La STS 760/2003, de 23 de mayo , declara: "se plantea si estamos ante varias acciones o ante una sola. Un sector doctrinal acude a la concepción natural de la vida para afirmar que estaremos ante una sola acción cuando se produzcan una serie de acontecimientos de significado unitario según el punto de vista social, siendo trascendente a estos efectos que estén engarzados por un único propósito y presenten una conexión espacio-temporal. Se apreciarán varias acciones, cuando el propósito se manifieste en momentos temporales separados. Para otro sector, debe acudir a las características del tipo penal en juego, siguiendo así un criterio jurídico para apreciar la unidad. La descripción típica es el marco que define el hecho o la acción, que, por tanto, queda configurada en atención a su relevancia para el derecho. En estos casos, la ley prevé la existencia de varios actos que son necesarios para integrar el tipo penal ( STS 1478/2000, de 30 de septiembre ). Para apreciar el delito continuado, es necesario, sin embargo, que en el relato fáctico quede establecido con claridad que existió una separación temporal, o espacio-temporal, entre las distintas acciones consideradas, que permita afirmar la independencia ontológica de unas respecto de las otras, las cuales son también producto de distintos impulsos o actitudes psicológicas o motivacionales. Todas ellas, aisladamente consideradas, reúnen los requisitos del tipo. Estaríamos, en principio, ante varios delitos, es decir, varias acciones constitutivas de delito, que por aplicación del derecho, del artículo 74 del Código Penal , vendrían a integrar un solo delito de carácter continuado, pues aquellos distintos impulsos formarían parte de un plan preconcebido o supondrían el aprovechamiento de idéntica ocasión. Si esa separación entre unas y otras acciones no es posible, estaremos ante un supuesto de unidad de acción, que dará lugar a un solo delito (...)".

En el caso enjuiciado se insiste por el recurrente en la falta de prueba de la fecha en que se dicen producido las distintas apropiaciones, dado que en la sentencia se señalan tres momentos diferentes: uno en enero 1999 , otro en inicio febrero 1999, y un tercer acto que no se especifica fecha comisión, por lo que en caso de haber coincidido con la primigenia apropiación, que se dice producida, pero no en qué fecha, estaríamos ante un solo acto de apropiación.

Sin embargo tal planteamiento lleva precisamente al punto de vista contrario, pues supone la falta de entrega de cantidades en, al menos tres momentos diferentes, con anterioridad a enero 1999, por 4.3760.199 ptas. (263.005 E), finales febrero 1999 (mensualidades enero-febrero), por 26.399.139 ptas. (158.663 E), y las 13.236.309 ptas. (79.552 E), de cobros de primas realizados por los agentes adscritos a las aficiones de Jerez, cuya fecha no se especifica en el factum, y lo que es la esencia de tal continuidad delictiva, como acabamos



de razonar, pues se opera de la misma manera en tres ocasiones distintas, conculcando tres veces el mismo tipo penal.

**SEPTIMO: El motivo séptimo al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción de Ley al haberse aplicado indebidamente el art. 123 CP , relativo a la condena en costas, incluidas las de la acusación Particular.**

Tomando en consideración que su participación en el juicio oral debió considerarse indebida y el contenido de la sentencia que estimó una atenuante muy cualificada, no alegada por la acusación particular, al celebrarse el juicio 13 años después de la interposición de la querrela.

El motivo debe ser desestimado.

Es doctrina de esta Sala (SSTS. 1100/2011 de 27.10 , 246/2011 de 14.4 , 135/2011 de 15.3 , 833/2009 de 28.7 , 335/2006 de 24.3 ) que las costas del acusador particular han de incluirse entre las impuestas al condenado, salvo que las pretensiones de aquél fueran manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación las deducidas por el Ministerio Fiscal o las recogidas en sentencia, relegándose a un segundo plano el antiguo criterio de la relevancia.

En el mismo sentido la STS 430/99 de 23-3 destaca que "el art. 124 CP que impone la obligatoriedad de la inclusión de los honorarios de la acusación particular en los delitos solamente perseguibles a instancia de parte, no se pronuncia en lo que se refiere a los demás hechos delictivos, dejando subsistentes los criterios jurisprudenciales en esta materia. Conforme a éstos ( STS 2/11/92 , 27-12-93 ), 26-9-94 , 8-2 ; 27-3 , 3 y 25-4-95 ; 16-3 y F. 12-96) la exclusión de las costas de la representación de la parte perjudicada por el delito (que constituyen perjuicios para la víctima, derivados directamente de la voluntaria ejecución del delito por el condenado) únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua, o bien gravemente perturbadora por mantener posiciones absolutamente heterogéneas con las de la acusación pública y con las aceptadas en la sentencia o pretensiones manifiestamente inviables.

Pese la confusa regulación de las costas en el proceso penal, tanto la doctrina procesal como la jurisprudencia coinciden en destacar su naturaleza procesal, cuyo fundamento no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por al parte perjudicada por e l proceso, bien sea la acusación particular, la privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado. Como señala expresamente la STS 21-2-95 "la condena en costas no se concibe ya como sanción sino como resarcimiento de gastos procesales."

La inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicados por el delito que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y un ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ) y a la asistencia letrada (art. 24-2 C) constituye, en consecuencia, la aplicación última al proceso penal del principio de causalidad, como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de costas de la acusación particular, puede resumirse en los siguientes criterios:

1º) La condena en costas por delitos sólo perseguible a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular ( art. 124 CP ).

2º) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por al acusación particular o actor civil.

3º) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procedería cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia.

4º) En el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado en cuanto debe recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado.

De modo que sólo es exigible la motivación expresa en este punto cuando el juzgador encuentre razones para apartarse del criterio general que es precisamente el de la imposición al condenado de las costas de la acusación particular ( STS 689/2010, de 9-7 ; 203/2009, de 11-2 ; 750/2008, de 7-5 ).

En el caso presente el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas interesó la condena del hoy recurrente como autor de un delito continuado de apropiación indebida del art. 254.1.4 y 74 CP , con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de tres años, seis meses y 1 día de prisión y multa de 9 meses. La acusación particular solicitó la condena por el mismo delito a la pena de cinco años y seis meses de prisión.





La sentencia de instancia ha condenado por un delito continuado de apropiación indebida de especial gravedad, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a la pena de 10 meses y 15 días prisión y dos meses multa.

Consecuentemente habido sido acogidas en la sentencia las pretensiones de la acusación particular, la motivación de la extensión de la pena impuesta derivada de la concurrencia muy cualificada de una atenuante como es la de dilaciones indebidas no imputable a la acusación particular, no implica que aquellas hubiesen sido manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas a efecto de la exclusión de las costas de la acusación particular, máxime cuando amó destaca la sentencia de instancia su actuación sirvió para poder llegar a juicio y condenar al acusado -en efecto con fecha 20.4.2005 por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Jerez se dictó auto de sobreseimiento provisional y archivo de la causa que fue recurrido por la acusación particular y revocado por la Audiencia Provincial por auto de 23.1.2006 respecto del hoy recurrente-.

**OCTAVO:** Desestimándose el recurso las costas se imponen al recurrente ( art. 901 LECrim ).

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Ignacio Leovigildo** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Jerez de la Frontera, Sección 8ª, que le condenó como autor penalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** **D. Luciano Varela Castro** D. Manuel Marchena Gomez

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.