



Roj: STS 2402/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2402  
Id Cendoj: 28079120012016100460  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1582/2015  
Nº de Resolución: 474/2016  
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO  
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

**SEGUNDA SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 474/2016

**RECURSO CASACION Nº :** 1582/2015

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimatoria Parcial

**Fecha Sentencia :** 02/06/2016

**Ponente Excmo. Sr. D. :** Alberto Jorge Barreiro

**Secretaría de Sala :** Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**Escrito por :** HPP

- La acusada fue condenada como autora de un delito continuado de apropiación indebida en la modalidad agravada por el valor de la defraudación. Se apropió del patrimonio de una tía anciana que le había encomendado la administración de sus bienes, alcanzando la cuantía defraudada la suma de 222.635,29 euros. Fue condenada a cuatro años de prisión y una multa.

- Se estima parcialmente el recurso al apreciarse la circunstancia de dilaciones indebidas en su modalidad ordinaria, petición que es avalada por el informe del Ministerio Fiscal.

- Se desestima la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y también la del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí misma. La recurrente alega que le ha sido aplicada de forma errónea la doctrina de la sentencia del "caso Murray", por lo que habría sido condenada por haberse negado a responder las preguntas de las acusaciones durante la vista oral del juicio. Interpretación del TC y de esta Sala de la doctrina del referido caso del TEDH. No se han infringido los derechos constitucionales del art. 24.2 CE .

- No se aprecia la existencia del error de prohibición que alega la defensa por haber interpretado incorrectamente la acusada el contrato de arrendamiento de un bien inmueble que estipuló con la perjudicada, incrementando su error las decisiones del Juzgado de Instrucción que la mantuvieron en la posesión del bien inmueble. Doctrina de la Sala sobre el error de prohibición, que no concurre aquí a tenor de las circunstancias del caso, entre las que se halla, entre otras, el hecho de que la acusada sea letrada de profesión.

- Se rechaza también la tesis de la defensa relativa a que nos hallaríamos en todo caso ante una administración desleal de bienes de una persona física y no de una sociedad, administración que considera la defensa que era atípica hasta la reforma de los arts. 252 y 253 por la LO 1/2015 . La administración o gestión desleal entre particulares, en contra de lo que sostiene la defensa, sí estaba penada con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, de reforma del C. Penal. De modo que no sólo se aplicaba, como alega, a los supuestos comprendidos en el ámbito societario, sino que también operaba en las administraciones desleales referentes a patrimonios de particulares, según

los criterios jurisprudenciales de esta Sala que interpretaron el art. 252 del C. Penal , al examinar la apropiación indebida

en su modalidad de distracción. Por lo cual, la conducta de administración desleal de la acusada sólo sería penalmente atípica en el caso de que hubiera actuado como administradora sin un ánimo de apropiación definitiva de los bienes de la administrada y dentro del ámbito del perímetro competencial de los poderes concedidos, supuestos que aquí desde luego no se dieron, sino todo lo contrario.

- La continuidad delictiva que concurre en el delito de apropiación indebida opera punitivamente, en contra de lo que aduce la defensa, junto con la modalidad agravada por razón del valor de la defraudación, toda vez que concurren varios episodios que superan los 50.000 euros defraudados.

Nº: 1582 / 2015

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Alberto Jorge Barreiro

Fallo: 03/05/2016

**Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SENTENCIA Nº:** 474 / 2016

**Excmos. Sres.:**

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Manuel Maza Martín

D. Alberto Jorge Barreiro

**D. Carlos Granados Pérez**

**D. Joaquín Giménez García**

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta, de fecha 30 de junio de 2015 . Han intervenido el Ministerio Fiscal, como recurrente, la acusada Concepción , representada por la procuradora Sra. Blanco Fernández y como recurrido Millán y Jose Augusto , Antonieta y Luisa representados por la Procuradora Sra. Cermeño Roco. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 4 de San Cristóbal de La Laguna instruyó Procedimiento Abreviado 2371/09, por delito de apropiación indebida contra Concepción , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife cuya Sección Quinta dictó en el Rollo de Sala 34/15 sentencia en fecha 30 de junio de 2015 con los siguientes hechos probados:

*"Probado y así se declara que:*

1º.- *A mediados del mes de octubre de dos mil cinco, doña Ana (nacida el NUM000 /1.925) sufrió una caída en su domicilio de la C/ DIRECCION000 n° NUM001 de La Laguna y fue hospitalizada en la clínica La Colina, en Santa Cruz de Tenerife, donde estuvo ingresada hasta el día veintitrés de diciembre de dos mil cinco. Después de esta fecha se trasladó a la Residencia Virgen de Begoña, en Santa Cruz de Tenerife, donde permaneció hasta que falleció el día trece de septiembre de dos mil doce.*

2°.- Debido a su estado físico y a su avanzada edad, doña Ana otorgó el día diez de noviembre de dos milcinco un poder notarial general a favor de sus sobrinas, la acusada Concepción , residente en el municipio de La Laguna, y Antonieta , profesora de profesión, quien residía en Salamanca hasta que obtuvo el traslado a la Isla de Tenerife en el año 2007. Siendo así que otorgado el citado poder, la administración del patrimonio de la otorgante se realizó de facto por la acusada, que lo hizo sin contar con el conocimiento de su prima.

3°.- A partir de dicho poder, la acusada Concepción , mayor de edad y sin antecedentes penales, abogada de profesión aprovechándose de la confianza que le tenía depositada su tía, su avanzada edad y que se encontraba ingresada en una Residencia de la 3ª edad Virgen de Begoña de esta capital, fue detrayendo cantidades de dinero de la cuenta de su tía (la n° 0001759 del Banco Santander Central Hispano), en la que ingresó la venta de acciones sin conocimiento de su tía hasta que el día treinta y uno de julio de dos mil seis canceló la misma y transfirió los escasos fondos que quedaban a otra, que posteriormente fue cancelada, y después destinando todos los ingresos ulteriores de su poderdante a la cuenta n° NUM002 de la Caja General de Ahorros de Canarias, realizó una confusión de patrimonio con el suyo propio, disponiendo de los ingresos de su tía no solo para atender los gastos y obligaciones de ésta, sino los suyos propios, como cantidades entregadas injustificadamente a favor de su hija o pagos de los que debía responder ella misma, asumiendo obligaciones de contenido económico en su propio beneficio y con claro perjuicio para su poderdante, en concreto en cuanto al manejo de los fondos, la acusada:

a) De la citada C/C del Banco Santander (la n° NUM003 ), a cuya fecha tenía un saldo de 27.422,11 €, efectuó las siguientes disposiciones cuyo destino no ha justificado haciéndolas suyas: el 22 y 24 de noviembre de 2005 cinco en efectivo de 2.000 euros cada una, y el 28 de noviembre de 2005 a través de tres cheques de 2800 y el 5 de diciembre otro de 2900€, procediendo igualmente a retirar en efectivo 125.000,00 euros el día 16 de diciembre de 2005, que procedían de la venta de las acciones de Santander, Unión Fenosa, Endesa, Iberdrola, Antena 3 Televisión, Telefónica y Repsol YPF de su tía, con desconocimiento de ésta, disponiendo mediante cheque de 29 de noviembre de 65.000 euros, transfiriéndole a su hija Juliana dos cantidades de 403,01 € y 2.705,40 el 19 de abril de 2006 y 25 de julio de 2006, sin causa alguna, disponiendo finalmente de esta cuenta mediante cheque de 2800 el 27 de julio de 2006, hasta que la canceló días después. En total, dispuso de la misma sin justificar y con claro perjuicio de su titular de la cantidad de 217.208,41€.

b) De la C/C del BBVA n° NUM004 efectuó dos disposiciones en efectivo sin justificación, una por importe de 108.000 €, el 3 de diciembre de 2006, y otra el 15 de diciembre de ese año, por importe de 402,24 €, siendo cancelada, cantidades por las que igualmente resulto perjudicada su titular.

c) De la C/C de Caja General de Ahorros de Canarias n° NUM002 , que la acusada abrió en diciembre de 2005 con los fondos de su tía, la poderdante, como única titular, si bien la acusada era autorizada, con un saldo el 20/01/2006 de 6.497 €, y en la que la acusada efectuó un traspaso desde la cuenta NUM005 de esa entidad de 26.000 euros el día 6 de marzo de 2006, por lo que dichas cantidades eran titularidad de la poderdante, hasta que el 27 de febrero de 2008 pasó a ser titular también la acusada. En esta cuenta, la acusada realizó una confusión patrimonial.

A partir de enero de 2006 y hasta diciembre de 2006 llevó a cabo disposiciones en efectivo, reintegros en cajeros, traspaso a otras cuentas por distintos importes de que oscilaban entre 30 euros a 3.091,00 € y sin justificar, por un total de 86.824,38 euros. En la referida cuenta, en la que tenía igualmente la acusada algunos ingresos propios, en concreto las dietas percibidas del Ayuntamiento de La Laguna como Concejal por asistir a las Sesiones Plenarias los meses de junio de 2007 a abril de 2008, a razón de 196 €, cargó otros gastos como los de la Mutualidad de la Abogacía, del Colegio de Abogados, recibos del Club de Golf, recibos del Corte Inglés, Farmacia, Grúa municipal, incluso de fecha anterior a junio de 2007, por importe de 12.392,30 €.

d) De la CIC de la misma entidad, Caja General de Ahorros de Canarias n° NUM005 , que tenía un saldo de 56.483 € el 24 de enero de 2006, efectuó disposiciones sin justificar y con perjuicio de su titular por importe de 30.483 euros el 13 de marzo y 16 de marzo de 2006, traspasando a la CIC NUM002 (la anterior) el resto de 26.000 euros cuando la canceló el 16 de marzo de 2006.

e) Con fecha 21 de febrero de 2008, la acusada, actuando como apoderada de su tía, Dª Ana , abrió una cuenta en la entidad BANKINTER de Los Cristianos (n° NUM006 ), en el sur de la Isla, designándose ella misma y su hija, Juliana , como apoderadas y autorizadas para disponer sin límite. Efectuó una aportación en efectivo 100.000 euros efectuando una imposición a plazo fijo, cargó el importe de sus honorarios por valor de 40.000 euros según transferencia de 22 de agosto de 2008, una vez que el apoderado de la entidad se trasladó a la Residencia a recoger la firma de Dª Ana , el resto lo puso a plazo fijo, hasta que vencido llevó a cabo 4 transferencias por

15.000 euros el 15 de enero de 2009 a una cuenta de su titularidad en la misma entidad, la n° NUM007 en la C/ Valentín Sanz n° 16 de SIC de Tenerife.

4º.- En cuanto a la administración de los inmuebles.

Del mismo modo, la acusada con ánimo de beneficiarse económicamente se condujo en la gestión de los alquileres de los inmuebles de titularidad dominical de la poderdante, causando un perjuicio económico a la misma, pues respecto al menos de la vivienda que pertenecía a Da Ana , sita en La AVENIDA000 ( AVENIDA001 ) n° NUM008 , NUM009 , con una renta anual de 8.800 €, (al que deducido el importe de la retención fiscal ascendente a 1.349 euros, resultaba una renta anual de 7.451 €) cobró los alquileres en mano desde que se hizo cargo en noviembre de 2005 hasta abril de 2008 (treinta meses, que totalizan 18.627,5 €), sin que haya justificado el destino de las rentas cobradas, que o bien se apropió o bien empleó para pago de deudas exclusivamente suyas, procediendo los inquilinos a ingresar en la C/C a partir de abril de 2008, coincidiendo con la revocación del poder y otorgamiento de otro a favor de sus cuatro sobrinos. Del mismo modo, no ha dado explicación alguna acerca de la existencia o no de rentas percibidas de la vivienda sita en la AVENIDA002 n° NUM010 portal NUM011 NUM012 , puesto que sólo aflora el contrato firmado el 1 de noviembre de 2008, con una renta anual de 6.000 euros, desconociéndose si era la misma que se percibía con anterioridad, pues la acusada no dio dato alguno. Respecto de la vivienda en AVENIDA003 n° NUM013 , Apartamento NUM014 , EDIFICIO000 , de Puerto de la Cruz, con una renta anual de 2.400 euros, sólo consta que percibió rentas desde la fecha de contrato, el 1 de septiembre de 2007, a razón 200 euros mensuales (siete meses a razón de 200 euros, totalizan 1200 €), sin justificar su destino. Del resto de inmuebles propiedad de Dª Ana , no consta acreditado percepción de rentas, salvo 3000 que le fueron entregados en mano a la acusada por don Juan Enrique , aparcerero, a finales del año 2005, a quien doña Ana le tenía cedido en arriendo de la finca DIRECCION001 de Tegueste, y con ánimo de ilícito beneficio, como el resto de las sumas señaladas, las hizo suyas.

La acusada, del mismo modo, una vez que ejecutó obras en la vivienda en el año 2005/2006, sita en C/ DIRECCION002 n° NUM012 de La Laguna propiedad de Dª Ana , y a cargo a sus cuentas, la cedió igualmente sin su consentimiento a su hija Juliana mediante un contrato de arriendo de por vida por una renta de 200€ mensuales, desconociéndose desde cuando venía ocupando dicha vivienda y si pagaba renta alguna.

5º.- Ante el regreso de Antonieta a Tenerife, la otra apoderada residente en Salamanca, y al haberle ésta manifestado a la acusada que necesitaba conocer la situación económica de su tía, pues se sentía responsable de ello, la acusada convenció a su tía, Da Ana , para que el día catorce de junio de dos mil siete revocase el poder anterior y otorgase notarialmente poder general a favor de ella únicamente.

6º.- Al tener conocimiento por su sobrina, Antonieta , de las actuaciones indiciariamente irregulares en la administración de su patrimonio, Da Ana revocó el poder anterior, y el día veinticuatro de marzo de dos mil ocho otorgó otro nuevo a favor de cuatro sobrinos ( Antonieta , Concepción , Carlos y Luisa ), debiendo actuar mancomunadamente dos al menos. Por todos ellos, con excepción de la acusada, se realizaron gestiones para analizar el estado del patrimonio de su tía y requirieron notarialmente a la acusada para que rindiera cuentas de su actuación, entregara la documentación de su tía que tuviera en su poder y de las llaves de los inmuebles de la propiedad de la Sra. Ana . Dicho requerimiento, tras intentar infructuosamente practicarlo personalmente el Notario, fue recogido en la Notaría por la acusada el día veintiuno de abril de dos mil ocho, requerimiento del que hizo caso omiso.

7º.- Ejecución de obras y compromiso importante del patrimonio.

La acusada, encontrándose su tía Da Ana ingresada ya en la Residencia desde finales del año 2005, procedió a acometer obras importantes en la casa que constituyó el domicilio familiar de aquélla, sita en C/ DIRECCION000 n° NUM001 esquina con la C/ DIRECCION003 de La Laguna, que excedían las necesarias para su mantenimiento y conservación (que eran las consistentes en rehabilitación del tejado y pintura de fachada principalmente, presupuestadas, en 17.237,00 € y 1573,04 €, respectivamente). Si bien inicialmente se solicitó por la acusada licencia para dichas obras de reparación necesaria (solicitud de 2 de noviembre de 2007), y a las que la administrada dio su consentimiento, posteriormente, por propia decisión y en su exclusivo beneficio, la acusada encargó la ejecución de obras en dicho inmueble con la finalidad de explotarlo económicamente, en cuanto que dividía la planta baja en cuatro locales comerciales y la planta superior en oficina, proyectando el establecimiento de alquileres en los mismos, y cuya oposición a su ejecución le hizo saber Da Juliana a la acusada, incluso al Ayuntamiento de La Laguna, donde la acusada ejercía como concejal en aquella época. Y habiendo sido denunciada por el Ayuntamiento el 24 de febrero de 2008 por la ejecución de obras sin autorización, solicitó

posteriormente licencia de obras el 16 de junio de 2010. Siendo así que, con tal finalidad y en perjuicio de Da Ana , la acusada le hizo suscribir un contrato de arrendamiento "del inmueble, vivienda y locales, pendiente de restaurar" fechado el 25 de noviembre de 2008, bajo cuya formal cobertura la acusada, con cargo al patrimonio de la administrada, en oposición a su voluntad y con claro perjuicio del mismo, ejecutó dichas obras haciendo pagos de las mismas con el dinero de Da Ana , quien desconocía tal proceder.

Dicho contrato de arrendamiento a favor de la acusada, sería declarado nulo, al instarse su nulidad por vicio de consentimiento mediante demanda de 1 de julio de 2010, en virtud de sentencia de 18 de mayo de 2011 del Juzgado de Primera Instancia n° Seis de La Laguna. confirmada por la Audiencia Provincial mediante sentencia de 10 de noviembre de 2011, que lo califica de "arrendamiento atípico y complejo", "por toda la vida de la arrendadora" y como mínimo diez años, con un "enorme desequilibrio en las prestaciones a favor de la arrendataria", administradora del patrimonio de la propietaria, y "en detrimento de la arrendadora, habiendo manifestado la arrendadora reiteradamente después de su firma, su voluntad contraria al arriendo del inmueble", destacándose igualmente la extralimitación en el poder otorgado el 24 de marzo de 2008, en cuanto que dicho contrato lo suscribió aún cuando el poder imponía actuación mancomunada de dos o tres de los sobrinosapoderados, según la importancia de los actos a llevar a cabo", comprometiéndose la acusada, a "intentar que la parte de la zona destinada a vivienda sea habitada para ser utilizada por la arrendadora, dado el estado de dependencia que padece" (sin embargo no se proyectaba baño alguno), pero posibilitando a la acusada el subarriendo y cesión de los locales. En definitiva, obtuvo el uso del inmueble mediante este contrato, y cargó al patrimonio de la su tía el importe de todos los gastos de la obra, con la finalidad de dejar el inmueble expedito para su explotación ya que la propia acusada podía subarrendar.

Dichas obras fueron presupuestadas el 2 de octubre de 2008 por la constructora CROCHE en 156.452,40 €, efectuando la acusada pagos con cargo a las cuentas de su tía, incluso revocados los poderes, como igualmente le hizo contratar a los arquitectos D° Segismundo y D° Teodulfo el 22 de diciembre de 2008 para la redacción del proyecto y dirección de la citada obra, respecto de la cual sólo la acusada estaba interesada, no habiendo tenido contacto alguno jamás los citados arquitectos con la titular. Pero además, la acusada no abonó al contratista la ejecución de parte de las obras, siendo demandada Dª Ana por la constructora CROCHA S.L. en procedimiento 23/2010, y condenada por sentencia de 12 de diciembre de 2012 a abonarle 103.729,23 euros.

8º.- Respecto al resto de la administración de efectos, dinero y valores, la acusada sería requerida el 8 de abril de 2008 por dos de los apoderados, ante la desconfianza en su gestión, para que entregase la documentación de todas sus actuaciones, rindiere cuenta a la persona designada y copia de las llaves, que al no ser atendido, el veintitrés de abril de 2009, le serían revocados finalmente sus poderes y otorgado otro poder general por Dª Ana a favor de su hermano, Jose Augusto y de tres sobrinos ( Antonieta , Millán y Luisa ), de modo que dejaba fuera a su sobrina la acusada Concepción .

Sin embargo, la acusada siguió realizando actuaciones vinculantes sobre el patrimonio de la titular, y su persona, interesando licencia de obras a ejecutar en la citada vivienda de DIRECCION000 de acondicionamiento y uso de locales el 16 de junio de 2010, anteriormente señalada, lo que llevó a Dª Juliana a interponer recurso contencioso administrativo contra la actuación del Ayuntamiento, declarándose finalmente la nulidad de las licencias otorgadas a nombre de Dª Ana , sin que ésta las hubiera solicitado, por sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de 25 de noviembre de 2013. Efectuando pagos y traspasos a través de internet y con uso de la clave personal el 25 de septiembre de 2009 de la cuenta de Caja Canarias 54562 (en concreto pagó 2.610,46 € a los arquitectos Segismundo Y Teodulfo y efectuó traspaso a una C/C de su hija y de ella por importe de 1.069 €, reconociendo los citados arquitectos haber cobrado los honorarios íntegros por la dirección de la ejecución de la obra a excepción de 800 euros finales).

9º.- Finalmente su negativa a rendir cuentas, llevar a cabo las disposiciones en efectivo de forma importante, los excesos en la administración y negativa a entregar los bienes y llaves 6 de los inmuebles, determinó que doña Ana le interpusiese una querrela por apropiación indebida con fecha 27 de julio de 2009, y a su fallecimiento se sucedieron los administradores, actuales herederos, tras aceptar la herencia conforme providencia de 8 de enero de 2013, habiendo impuesto la testadora en su testamento tal condición de que le sucedieran procesalmente en los distintos procedimientos entablados contra su sobrina.

Por la acusada, pese a reconocer, en su primera comparecencia mediante documentos entregados en el Juzgado el 3 de noviembre de 2009, retener en su poder el saldo ascendente a 150.318,68 euros, para atender los pagos que generaba la obra de DIRECCION000 , y que fijó en 112.765,10 euros, así como las minutas de honorarios por el archivopatrimonial y por el expediente de incapacidad de dependencia, que ascendían a 9.800 €, sólo al estimarse por la Audiencia Provincial la pretensión cautelar por auto de 15 de

junio de 2012, procedió a consignar inicialmente 69.264,82 euros, y tras ser requerida en varias ocasiones por el Juzgado de instrucción, incluso con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia el 1 de febrero de 2013, pues se oponía de forma contumaz, consignó la suma de 81.053,86 el 25 de febrero de 2013 (en total 150.318,68 euros), solicitando de forma expresa que no se entregara a los querellantes, así como a la entrega a favor de los querellantes de los bienes muebles que constan en el acta de presencia de fecha seis de marzo de dos mil trece.

10.- La acusada, ya en curso la causa penal, como consecuencia de la adopción de medida cautelar, entregaría las llaves del inmueble, el 11 de marzo de 2013 en el Juzgado de Primera Instancia nº 6, una vez que se le notificó la resolución del Tribunal Supremo que no admitía a trámite el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial declarando nulo el contrato atípico de arrendamiento.

Según acta de presencia de 6 de marzo de 2013, la acusada hizo entrega de muebles y joyas, sin que se hayan tasado pericialmente ni cotejado fehacientemente con los recibidos, ni se haya comprobado de forma efectiva que la acusada se quedara con los efectos que se dice faltar, así de forma significativa un anillo solitario de oro que había pasado de generación a generación y cuyo valor no consta y un libro manuscrito original de Alfred Diston, del primer tercio del s. XIX, con ilustraciones originales e inéditas de la época, "Costumes of the Cénar/ Islande", y que hasta la fecha no ha sido hallado, el cual había sido objeto de exposición monográfica por iniciativa del museo antropológico de Canarias en el año 2002, y devuelto por el comisario de la misma a Dº Jon , su portador".

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

Fallamos:

Que debemos condenar y condenamos a Dª Concepción , como autora penalmente responsable de un delito de apropiación indebida, previsto y penado en los arts. 252 y 250.1.5 C.P ., en continuidad delictiva del art. 74.2 C.P ., concurriendo la atenuante de reparación parcial del daño del art. 21.5 C.P . a las penas de cuatro años de prisión, y multa de ocho meses con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas insatisfechas y expresa condena en costas que incluye las de la acusación particular.

La acusada deberá indemnizar a indemnizar (sic) a los herederos de Dª Ana en las cantidades señaladas en el fundamento quinto con los intereses legales del art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la acusada 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.

4.- La representación de la recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 de la LECr y 5-4º de la LOPJ , ambos en relación con el art. 24 de la Constitución . SEGUNDO.- Error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del num. 2 del art. 849 de la LECr , designando como particulares que demuestran el error de hecho en la apreciación de las pruebas, a los efectos señalados en el art. 855.II. TERCERO.- Quebrantamiento de forma, al amparo del num. 3 del art. 851 de la LECr , al no resolver la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa. CUARTO.- Infracción de ley, de conformidad con lo previsto en el art. 849.1º de la LECr , en relación con el art. 252 del C.P . QUINTO.- Infracción de ley, de conformidad con lo previsto en el art. 849.1º de la LECr , en relación con el art. 28.1 del CP . SEXTO.- Infracción de ley, de conformidad con lo previsto en el art. 849.1º de la LECr , en relación con el art. 74 del CP . SÉPTIMO.- Infracción de ley, de conformidad con lo previsto en el art. 849.1º de la LECr , en relación con el art. 21.4º del CP . OCTAVO.- Infracción de ley, de conformidad con lo previsto en el art. 849.1º de la LECr , en relación con los arts. 239 y 240 de la LECr .

5.- Instruidas las partes la Procuradora Sra. Cermeño Roco presentó escrito impugnando el recurso; el Ministerio Fiscal impugnó todos los motivos a excepción del séptimo; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 3 de mayo de 2015 finalizando el 20 de mayo de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR** . La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife condenó, en sentencia dictada el 30 de junio de 2015 , a Dª Concepción , como autora penalmente responsable de un

delito de apropiación indebida, previsto en los arts. 252 y 250.1.5º C.P., en continuidad delictiva del art. 74.2 C.P., concurriendo la atenuante de reparación parcial del daño del art. 21.5ª C.P., a las penas de cuatro años de prisión y multa de ocho meses con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas insatisfechas y expresa condena en costas que incluye las de la acusación particular.

La acusada deberá indemnizar a los herederos de Dª Concepción en las cantidades señaladas en el fundamento quinto (222.635,29 euros) con los intereses legales del art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia.

Los hechos objeto de la condena se centraron, en síntesis, en que la acusada Concepción, abogada de profesión, aprovechándose de la confianza que le tenía depositada su tía, Ana, de avanzada edad (nacida el NUM000 /1925), que se encontraba ingresada en la Residencia de la 3ª edad Virgen de Begoña, de Santa Cruz de Tenerife, fue detrayendo cantidades de dinero de la cuenta de su tía (la nº NUM003 del Banco Santander Central Hispano), en la que ingresó la venta de acciones sin conocimiento de ésta, hasta que el día 31 de julio de 2006 la canceló y transfirió los escasos fondos que quedaban a otra, que posteriormente fue también cancelada; y después, destinando todos los ingresos ulteriores de su poderdante a la cuenta nº NUM002 de la Caja General de Ahorros de Canarias, realizó una confusión de patrimonio con el suyo, disponiendo de los ingresos de su tía no sólo para atender los gastos y obligaciones de ésta, sino los suyos propios, como cantidades entregadas injustificadamente a favor de su hija o pagos de los que debía responder ella misma, asumiendo obligaciones de contenido económico en su propio beneficio y con claro perjuicio para su poderdante. Esta conducta fue realizada en diferentes fases y episodios que se describen en el "factum" de la sentencia recurrida. El importe total del patrimonio apropiado alcanzó la suma de 222.635,29 euros, a cuya indemnización se le condena.

Contra la referida sentencia condenatoria recurrió en casación la acusada, formalizando un total de ocho motivos.

**PRIMERO . 1.** En el **motivo primero** denuncia, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia**, al haber sido condenada por un delito de apropiación indebida sin respetar la garantía constitucional.

La parte recurrente se extiende en toda la parte primera del motivo en la exposición de la doctrina general del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia, para pasar después a objetar alguna prueba concreta que considera que ha sido mal apreciada o interpretada por la Audiencia de forma errónea.

**2.** Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención de la acusada en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ( SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011, entre otras).

Pues bien, **la Audiencia examina la prueba** en el fundamento primero de la sentencia, donde comienza diciendo que la convicción sobre los hechos declarados probados es el resultado de la apreciación en conciencia de la prueba practicada en el plenario, a la luz de lo dispuesto en el art. 741 LECr., por medio de la cual se ha acreditado que la acusada, abogada de profesión, aprovechándose de la confianza que tenía en ella depositada su tía de avanzada edad, desde que se hizo cargo de hecho de su patrimonio, a finales del año 2005, y en virtud de un poder amplio de administración comprometió el mismo en su exclusivo interés, con claro perjuicio para aquélla, disponiendo de efectivo en cantidades superiores a los 50.000 euros, sin justificación alguna ni del motivo ni de su destino, tras la venta de todos los títulos valores de distintas sociedades, de las cuales se apropiaría. Y asumió obligaciones sobre la que fue vivienda familiar de su tía, en su único beneficio y en contra de la voluntad de esta y en perjuicio de su patrimonio.

También resalta la Audiencia que la acusada se negó a rendir cuentas y a devolver los bienes administrados cuando fue requerida a ello, produciendo un menoscabo en las rentas a percibir por alquileres de inmuebles evaluables económicamente en varios miles de euros, sin que cesara en tal actitud ni siquiera después de serle revocados los poderes. Dio excusas para no devolver las cantidades numerarias incorporadas durante años a su patrimonio bajo el pretexto de atender pagos por deudas asumidas en las obras de la citada vivienda -cuyo arrendamiento obtuvo de su tía con claro abuso y maniobra fraudulenta- por las que la querellante sería incluso demandada por la entidad Crocha S.L., constructora, y condenada en

reclamación de más de cien mil euros, trascendiendo en su gestión la simple extralimitación en sus facultades para cometer, al amparo de los poderes otorgados por D<sup>a</sup> Ana , actos de apropiación de cantidades, disposición y administración ilegales, con expresa y clara voluntad al cometerlos de perjudicar el patrimonio de la administrada, y con conocimiento y aceptación de la merma del mismo en su único beneficio, entregando finalmente parte del numerario indebidamente obtenido, como consecuencia de los requerimientos judiciales efectuados en la causa penal abierta contra ella.

Y para fundamentar la prueba de estos hechos hace un examen exhaustivo la Sala de instancia de las declaraciones testificales que obran en la causa. Comienza por las de la prima de la acusada, Concepción , recogiendo los detalles relevantes de las manifestaciones de esta testigo en el plenario, donde describió la actitud obstruccionista de la acusada a la hora de dar cuenta de la administración de los bienes de su tía que desaparecieron, las obras que realizó por su cuenta, el estado horrible de las cuentas, etcétera.

Igualmente analizó la Audiencia el testimonio incriminatorio de la hermana de la acusada, Luisa , que depuso en términos similares a la testigo anterior acerca de los mismos episodios relevantes de los hechos: obras en la casa de su tía sin autorización de ésta; actitud obstruccionista de la acusada ante los requerimientos que le hicieron para que aportara información de su administración y justificación de su actuación; los bienes de que se fue apoderando; el abuso que hizo de la confianza que le otorgó su tía; el arrendamiento a favor de la acusada, y otros detalles relacionados con la conducta apropiativa de la recurrente con respecto al patrimonio de la víctima.

También se ponderó en la sentencia el testimonio de Carlos , primo carnal de la acusada y apoderado de los bienes de su tía a partir del 24 de marzo de 2008. El testigo puso de relieve la reticencia de la acusada a entregar la administración de los bienes de la víctima.

Fue leída en la vista oral del juicio la declaración de la fase de instrucción de ésta, habida cuenta que ya había fallecido cuando se celebró el juicio, declaración en la que manifestaba que no dio autorización para realizar las obras en su vivienda y que era contraria a los gastos que se hicieron.

La Sala de instancia también analizó en la sentencia el testimonio del apoderado del Banco Bankinter, Arsenio , testimonio que evidenció cómo se comportaba la acusada disponiendo sin límite del patrimonio y obteniendo colaboración censurable de terceros en ese reprochable actuar. Refiere la Audiencia, al examinar esa declaración testifical, que en el mes de febrero de 2008 la acusada le abrió una cuenta en una sucursal del sur de la Isla (en el municipio de Los Cristianos), al parecer donde trabajaba su hija, y sería con posterioridad, revocado el poder, en agosto de 2008. Y describe después el episodio relativo a la comparecencia del testigo en el mes de agosto de 2008 en la residencia donde estaba ingresada la querellante, con motivo de ir a recoger la su firma, estando D<sup>a</sup> Ana acompañada de la acusada. Este episodio será después examinado por la Audiencia al motivar la prueba y cuestionada en el escrito de recurso la convicción plasmada en la sentencia, según se comprobará *infra* .

Destaca el Tribunal sentenciador que ese mismo día (el 21 de agosto de 2008) D<sup>a</sup> Ana firmó una orden de transferencia a favor de la acusada por importe de 40.000 euros como "pago de contribuciones y honorarios profesionales". Igualmente consta (anexo II) un recibo antedatado a 23 de abril de 2008, donde la querellante reconoce que "la citada sobrina le ha rendido cuentas de la administración y ha cumplido como apoderada y administradora, bien y fielmente, con el cometido que se le encomendó. Y que en agradecimiento de todo ello y como pago por su trabajo profesional, le ha abonado los honorarios profesionales, mediante transferencia al efecto. Tal recibo, claramente elaborado por la acusada, es del todo punto incierto, dice la sentencia, y no hace sino tratar de aparentar un comportamiento correcto, pues, por el modo en que se obtuvo, con claro abuso de su posición, y por la fecha en que se data, no expresa la verdad, esto es, no recoge la verdadera voluntad de su administrada, a quien se lo hizo firmar, como muchos otros documentos, entre ellos el citado contrato de arrendamiento de noviembre de 2008, por lo que el Tribunal no considera justificado su cargo en los fondos administrados.

De otra parte, el testigo Juan Enrique , agricultor, explicó cómo le venía pagando las rentas anuales de la finca de Tegueste a D<sup>a</sup> Ana , hasta que la ingresaron en una residencia. A partir de entonces le abonó a la acusada en mano los últimos 3000 euros en concepto de renta anual, y fue con ella con quien habló cuando dejó de trabajar la finca, pues había un señor que tenía interés en continuar con el arrendamiento, circunstancia que coincide con el doc. 4 aportado por la acusada al plenario (folio 288 rollo de sala).

También se hace en la sentencia un minucioso examen de la pericia practicada por Ambrosio (folios 12 a 16 de la sentencia), que había sido designado por el Juzgado. La Sala de instancia analiza las diferentes partidas de que se fue apropiando la acusada y los conceptos en que se apoya cada una de ellas, poniéndolo



todo en relación con la prueba testifical practicada y con la documentación que presentó la propia acusada. El Tribunal sentenciador llegó a la convicción, después de un detenido análisis de la pericia, de que la suma total del perjuicio alcanza la cifra de 222.635,29 euros.

3. Frente a todo este elenco probatorio plural, copioso y rico en contenido incriminatorio, **alega la defensa**, en primer lugar, que el testigo Juan Enrique no identificó en el acto del juicio a la acusada como a la persona que entregó los 3.000 euros que se dice en la sentencia, pues el testigo dijo que no se acordaba bien de si era ella quien iba por allí.

Sin embargo, la realidad es que el testigo manifestó de forma concluyente en la vista oral del juicio que después de que la arrendadora fue ingresada en una residencia él pagó la renta a una sobrina que fue por allí, abonándole el dinero en metálico sin que la mujer le entregara recibo alguno.

Ciertamente, no se acordaba si físicamente era la misma persona, lo cual no tiene nada particular después del tiempo transcurrido, más de seis años; máxime si se había efectuado algún tipo de cambio de look la acusada con posterioridad a ello, como dio a entender la acusación particular en el plenario. Siendo, pues, evidente que le pagó a una sobrina y que la acusada era la sobrina que estaba llevando toda la administración de su tía en las fechas de los pagos, sólo cabe colegir que fue la recurrente la persona que cobró ese dinero y se quedó con él.

También se cuestiona en el recurso la interpretación que hizo la Audiencia del testimonio del apoderado del Banco Bankinter, Arsenio, referente a su personación en la residencia geriátrica donde estaba ingresada la perjudicada, la intervención que allí tuvo la acusada y la firma de la documentación que el empleado bancario le presentó. Destaca la defensa de la acusada que el testigo le explicó a la perjudicada las razones de su visita y de la firma que tenía que extender, sin que pusiera ninguna objeción, no apreciando el testigo ninguna anomalía en Ana ni tampoco que no entendiera lo que le explicaba, ya que su conversación era normal. Por todo lo cual, considera la parte recurrente que la tía de la acusada abonó los 40.000 euros a ésta siendo consciente de lo que hacía y por su libre voluntad, según se desprendería además del propio escrito en el que se hace constar que le entrega ese dinero en agradecimiento de los servicios que le ha prestado y como pago de sus honorarios profesionales.

El Tribunal de instancia, al examinar y ponderar la conducta de la víctima consistente en firmar ese documento y de consentir una transferencia de nada menos que 40.000 euros por agradecimiento y pago de honorarios, tiene en cuenta las declaraciones de los restantes testigos que depusieron en el juicio, De forma que, aunque el empleado bancario no apreciara anomalía alguna en la actitud y conducta de la querellante en el momento de la firma de los documentos que le trasladó a la residencia donde se hallaba ingresada, lo cierto es que este empleado desconocía el contexto en que se producía esa firma y cuál era la situación familiar a que respondía y el conflicto que había con la acusada debido a las irregularidades en que había incurrido en el curso de la administración del patrimonio de su anciana tía.

El Tribunal ha sopesado que cuando la querellante firmó el documento en que agradecía a la acusada que cumpliera bien y fielmente con el cometido que se le encomendó y que por ello, en agradecimiento y en pago a su trabajo, le abonaba sus honorarios mediante una transferencia bancaria, se daban unas circunstancias singulares muy indicativas de que la anciana no conocía el alcance real de lo que firmaba ni tampoco toda la controversia que había sobre la forma de administrar y los graves perjuicios que la acusada estaba ocasionando a su tía con su conducta.

En efecto, subraya la sentencia que el documento de agradecimiento y de pago de honorarios lleva fecha de 23 de abril de 2008 y es firmado en la residencia geriátrica por la querellante en agosto de 2008. Se trata, pues, de un documento antedatado que es suscrito por la víctima cuando la acusada carece ya de poderes como administradora de su tía Ana, y cuando por tanto era patente que toda la documentación que se le llevó a ésta a la residencia y la transferencia de

40.000 euros que se hizo a favor de la acusada obedeció a un plan de ésta para cobrar una suma de dinero a la que no tenía derecho, cobro que materializó mediante una transferencia a su favor de fecha 22 de agosto de 2008.

Todo ello lo reflejó la Audiencia en el "factum" de la sentencia al declarar probado que con fecha 21 de febrero de 2008, la acusada, actuando como apoderada de su tía, D<sup>a</sup> Ana, abrió una cuenta en una oficina de BANKINTER ubicada en la localidad de Los Cristianos (n<sup>o</sup> NUM006), en el sur de la isla, designándose ella misma y su hija como apoderadas y autorizadas para disponer sin límite. Realizó una aportación en efectivo 100.000 euros que puso a plazo fijo. Con posterioridad cargó el importe de sus honorarios por valor de 40.000

euros según transferencia de 22 de agosto de 2008, una vez que el apoderado de la entidad se trasladó a la residencia a recoger la firma de la querellante, y el resto lo dejó a plazo fijo, hasta que, una vez vencido, llevó a cabo 4 transferencias por 15.000 euros el 15 de enero de 2009 a una cuenta de su titularidad en la misma entidad, la nº NUM007 , en la C/ Valentín Sanz nº 16 de S/C de Tenerife.

Y también se hizo constar por el Tribunal en la fundamentación de la prueba que la inclusión de los honorarios de la acusada por importe de 40.000 euros cargados en la cuenta de Bankinter mediante transferencia a su favor en agosto de 2008, cuando ya existía un poder de ejercicio mancomunado de al menos dos personas, tampoco encuentra explicación alguna, a no ser que justifiquemos el pago por la comisión del delito. Señala la Audiencia que nunca se pactaron honorarios y que el otorgamiento del poder inicial respondió, no a un encargo profesional, sino a un encargo afectivo hacia la persona de su sobrina a la que instituía heredera universal. Y es sólo al cambiar el testamento cuando la acusada le hace firmar un documento (doc. 1 Anexo II de 23 de abril de 2008) de reconocimiento de honorarios y aceptación de rendición de cuentas de su gestión, documento que, según la sentencia, no plasma la verdad y que firmó la poderdante sin saber su contenido, pues lo presumible es que hubiera sido gratuito, y así se infiere de las circunstancias en que se otorgó el poder y de la falta de veracidad del otro extremo que se describe en el documento: la referencia a una adecuada y fiel rendición de cuentas que no se ajusta a la realidad de los hechos.

Así las cosas, las alegaciones de la defensa sobre el testimonio del empleado bancario contradicen de plano los datos objetivos que figuraban en la causa sobre el estado de la administración del patrimonio de la querellante, y también quedan desvirtuadas por las pruebas personales con que contaba el Tribunal sobre lo realmente sucedido. Visto lo cual, es claro que la Audiencia valoró la declaración del empleado bancario con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica de lo razonable.

4. También se queja la parte recurrente de que no se haya tenido en cuenta por la Sala el valor de las obras realizadas por ella en casa de su tía, obras que aportaron notables mejoras para el inmueble de las que se habría beneficiado la querellante en perjuicio de la acusada, incurriendo así aquélla en una conducta de **enriquecimiento injusto** .

Sobre este episodio de las obras en la vivienda de la querellante, se afirma en la sentencia que, encontrándose su tía D<sup>a</sup> Ana ingresada ya en la Residencia desde finales del año 2005, procedió a acometer la recurrente obras importantes en la casa que constituyó el domicilio familiar de aquélla, sito en calle DIRECCION000 nº NUM001 , esquina con la DIRECCION003 de La Laguna. Estas obras excedían de las necesarias para el mantenimiento y conservación del inmueble, que tenían que haberse limitado a la rehabilitación del tejado y pintura de la fachada, presupuestadas en 17.237 y 1573,04 euros, respectivamente.

Si bien inicialmente se solicitó por la acusada licencia para dichas obras de reparación necesaria (solicitud de 2 de noviembre de 2007), a las que la administrada dio su consentimiento, posteriormente, por propia decisión y en su exclusivo beneficio, la recurrente encargó la ejecución de unas obras en dicho inmueble con la finalidad de explotarlo económicamente, pues dividía la planta baja en cuatro locales comerciales y la planta superior en oficina, proyectando su explotación en alquiler, pese a la oposición de la propietaria y también del Ayuntamiento de La Laguna, que la denunció el 24 de febrero de 2008 por la ejecución de obras sin autorización. Con tal finalidad y en perjuicio de D<sup>a</sup> Rocío , la acusada le hizo suscribir un contrato de arrendamiento "del inmueble, vivienda y locales, pendiente de restaurar" fechado el 25 de noviembre de 2008, bajo cuya formal cobertura la acusada, con cargo al patrimonio de la administrada, en oposición a su voluntad y con claro perjuicio del mismo, ejecutó dichas obras y las pagó con el dinero de la administrada, quien desconocía tal proceder.

El contrato de arrendamiento a favor de la acusada fue declarado nulo por vicio de consentimiento en virtud de sentencia de 18 de mayo de 2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de La Laguna, confirmada por la Audiencia Provincial mediante sentencia de 10 de noviembre de 2011, que lo califica de "arrendamiento atípico y complejo", "por toda la vida de la arrendadora" y como mínimo diez años, con un "enorme desequilibrio en las prestaciones a favor de la arrendataria", administradora del patrimonio de la propietaria, y formalizado en detrimento de la arrendadora, quien había manifestado reiteradamente después de su firma su voluntad contraria al arriendo del inmueble.

Por lo tanto, remarca la sentencia que la acusada obtuvo el uso del inmueble mediante este contrato y cargó al patrimonio de su tía el importe de todos los gastos de la obra, con la finalidad de dejar el inmueble expedito para su explotación ya que la propia acusada se reservaba la facultad de subarrendar las dependencias del inmueble.

Las obras fueron presupuestadas el 2 de octubre de 2008 por la constructora CROCHE en 156.452,40 euros, efectuando la acusada pagos con cargo a las cuentas de su tía, incluso una vez revocados los poderes. Además la acusada no abonó al contratista la ejecución de parte de las obras, siendo demandada la querellante por la constructora CROCHA S.L. en procedimiento 23/2010, y condenada por sentencia de 12 de diciembre de 2012 a abonarle 103.729,23 euros.

Después de reseñar en el "factum" otros datos relacionados con la explotación del inmueble por la acusada, se argumenta en la fundamentación de la sentencia recurrida que todos los pagos realizados por la acusada por cuenta de las obras no respondían a encargo alguno de la poderdante y perjudicaron su estado contable de forma relevante, con la finalidad de adecuar el inmueble de la DIRECCION000 a un negocio de la acusada, quien facultada por el leonino contrato de arrendamiento iba a ser la beneficiaria de las rentas (más de 70.000 euros anuales, según los contratos de arrendamiento que tenía pensado firmar y que aportó al plenario a los folios 291 y ss del rollo de Sala) durante un periodo de al menos 10 años.

Al ponderar todos esos datos y otros en la misma línea que se recogen en la sentencia, deviene incuestionable que la impugnación de enriquecimiento injusto que se formula en el recurso carece de todo fundamento y fehaciencia.

5. Un último aspecto ha de tratarse dentro del análisis de este primer motivo del recurso: el relativo a la queja de la recurrente por haberse infringido su **derecho a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable** ( art. 24.2 CE ).

Alega al respecto que los argumentos que vierte la Audiencia en los folios 10 y 11 de la sentencia vulneran el referido derecho fundamental por cuanto se viene a penalizar *de facto* el derecho al silencio de la acusada, a tenor de las consecuencias que se derivan del mismo.

En esos párrafos cuestionados de la resolución recurrida argumenta la Audiencia que la acusada se ha acogido, ante las preguntas formuladas por la acusación, tanto pública como particular, a su derecho a guardar silencio, como manifestación de sus derechos a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable, expresamente previstos en el art. 24.2 CE , garantía instrumental del más amplio derecho de defensa, a tenor del cual se reconoce a todo ciudadano el derecho a no colaborar en su propia incriminación, que es inherente a la noción de proceso justo del art. 6

CEDH. Y cita al respecto diferentes sentencias sobre tal extremo tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala, advirtiendo también que, como ha precisado el TEDH en diversas ocasiones, tales derechos a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo no son absolutos ni cuasi- absolutos, siendo incluso admisible extraer inferencias del silencio del acusado con determinados condicionantes (vid. STEDH de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria ; o STEDH de 29 de junio de 2007, caso O'Halloran y Francis c. Reino Unido , entre otras). Y hace también alusión a la doctrina "Murray", admitida por el TEDH, la doctrina del Tribunal Constitucional y la Sala Casacional para valorar el silencio del acusado en función del requerimiento de una mínima explicación que no es proporcionada por aquél, doctrina que considera infringida en el presente caso.

Y a continuación se centra la Audiencia en el caso concreto y arguye que, acreditada por la acusación la disposición indiscriminada de numerario por parte de la acusada, en cantidades ciertamente importantes, llevados a cabo en los primeros meses de hacer uso de los poderes

conferidos, es a ella a quien le compete justificar el destino de los fondos dispuestos, y no lo hace, no da la menor explicación al respecto, salvo la manifestación efectuada en el ejercicio del derecho a la última palabra, acerca de que "el dinero de su tía estaba en una caja fuerte y sólo lo usaba para las obras", lo que nos llevaría a una auténtica apropiación de esas sumas que incorporó a su patrimonio durante más de siete años, al comprometer con obligaciones económicas su patrimonio sin habérselo encomendado y contra la voluntad de la poderdante, más allá de lo necesario y en cuantías que superan los 100.000 euros.

Pues bien, según se recordó en la sentencia de esta Sala 487/2014, de 9 de junio , en la STEDH de 8 de febrero de 1996 (conocida como el caso *Murray*) se enjuició el supuesto de un ciudadano que fue detenido, junto a otras siete personas, por los delitos de pertenencia a la organización armada de la República de Irlanda (IRA), de conspiración para el asesinato y de la detención ilícita de una persona. Murray permaneció en silencio durante su interrogatorio, en el que careció de asistencia legal hasta transcurridas 48 horas. En el juicio posterior tampoco alegó nada en su defensa para explicar su presencia en el lugar de los hechos. Finalmente, el juez, valorando las pruebas presentadas por el fiscal y ante la ausencia de declaración alguna por parte del acusado, le condenó por instigar y ayudar a la detención ilícita.

El TEDH precisó que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, es inherente a la noción de proceso justo del art. 6 el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Del mismo modo, recordó que no son derechos absolutos ya que, en determinadas ocasiones, el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra durante el juicio.

El Tribunal estableció que la cuestión a dirimir en cada caso particular es la de si la prueba aportada por el acusador es lo suficientemente sólida para exigir una respuesta. El Tribunal nacional no puede concluir que el acusado sea culpable simplemente porque ha escogido guardar silencio. Sólo en los casos en que la prueba existente en contra del acusado -dice el TEDH- le coloque en una situación en la que le sea exigible una explicación, su omisión puede, como razonamiento de sentido común, permitir sacar en conclusión la inferencia de que no ha habido explicación y de que el acusado es culpable. Contrariamente, si la acusación no ha aportado pruebas lo suficientemente consistentes como para exigir una respuesta, la ausencia de explicación no debe ser suficiente para concluir en una declaración de culpabilidad.

El Tribunal Constitucional ha examinado la doctrina del "Caso Murray" en diferentes ocasiones en que le fue alegada en amparo por sujetos condenados en la vía penal.

Y así, en la **sentencia 26/2010, de 27 de abril**, el Tribunal Constitucional argumentó lo siguiente: "... pone el acento también la demandante en la improcedencia de utilizar su silencio en juicio como elemento fundamentador del pronunciamiento condenatorio. A este respecto, hemos afirmado que **"ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria"** ( SSTC202/2000, de 24 de julio ; 155/2002, de 22 de julio ); ciertamente, **tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes**, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de **corroborar la culpabilidad del acusado**" ( STC 155/2002 , citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre ) .

En la sentencia **155/2002, de 22 de julio**, el Tribunal Constitucional estableció que "... nuestra jurisprudencia, con expresa invocación de la doctrina sentada por la STEDH, de 8 de febrero de 1996, Caso Murray contra Reino Unido , ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la STC220/1998 , dijimos que **'so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes'** ; y, asimismo, en la STC 202/2000, de 24 de julio , precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, afirmamos que **'según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria...'** .

Por último, el TC arguye en la **sentencia 202/2000, de 24 de julio**, que "... este Tribunal ha distinguido entre los derechos que se garantizan al detenido en el art. 17.3 CE y los derechos que se garantizan al procesado, acusado o imputado ex art. 24.2 CE ( SSTC 252/1994, de 19 de septiembre ; 100/1996, de 11 de junio ; 21/1997, de 10 de febrero), haciéndose eco además de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ( SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke ; de 8 de febrero de 1996, caso John Murray ; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders ), según la cual **el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia** ( STC 161/1997, de 2 de octubre )".

"Pues bien - prosigue diciendo la sentencia precitada-, según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa ( STC 161/1997 , ya citada), ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, **existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación** " .

De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del *Caso Murray* se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado. La *suficiencia* probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo "suficiente" para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal. De modo que, tal como señala el supremo intérprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador de su culpabilidad, pero no como medio para suplir o complementar la insuficiencia de prueba de cargo contra él.

En el **caso que ahora se juzga**, a tenor de lo que se ha venido argumentando, no puede afirmarse, como pudiera darse a entender de la interpretación que hace la defensa sobre los razonamientos de la sentencia recurrida, que el mero hecho de que la acusada guardara silencio en la vista oral del juicio a las preguntas de las acusaciones tuviera relevancia para condenar. Por el contrario, la sentencia nos viene a decir que a la vista de las importantes partidas de dinero con las que se quedó la acusada en el ejercicio de su función de administradora del patrimonio de la querellante, y una vez acreditadas las transferencias de dinero sin justificación que hizo a su favor por cantidades muy importantes sin dar cuenta después de su inversión en beneficio de la poderdante, sólo cabe concluir que el silencio avala los actos de apropiación en cuanto no da explicación alguna de a dónde fue a parar la importante suma de dinero que falta del patrimonio de la querellante y que ella transfirió a su propio patrimonio.

Por tanto, no es que el silencio haya operado como elemento probatorio en contra de la acusada, sino que se está ante un supuesto en que el importante bagaje probatorio que integra la prueba de cargo, de por sí suficiente para enervar la presunción de inocencia, queda refrendado por la falta de argumentos exculpatorios de la inculpada en la vista oral del juicio.

Tal como se expuso *supra*, al describir y valorar el contenido de la prueba testifical y de la pericial, los argumentos incriminatorios que se recogen en la fundamentación probatoria de la sentencia para constatar la autoría de la acusada contradicen con holgura la tesis de la defensa, al desglosar la Audiencia un cúmulo de pruebas directas e indiciarias acreditativas de la apropiación del patrimonio de Ana por parte de la recurrente. El silencio de la acusada a las preguntas de las acusaciones sólo opera aquí por tanto como elemento corroborador de una prueba de cargo previamente considerada como suficiente para enervar la presunción constitucional.

A tenor de los diferentes datos y argumentos que se han venido exponiendo, el primer motivo resulta inatendible.

**SEGUNDO.** En el **motivo segundo** del recurso invoca la parte, bajo la cobertura del art. 849.2º de la LECr., la existencia de **error de hecho en la apreciación de la prueba** derivado de los siguientes documentos: la totalidad de los aportados por la defensa en la vista oral del juicio; la totalidad de la documentación que obra en el anexo I, donde constan los originales de gastos entregados por la acusada a la parte querellante; la totalidad de la documentación obrante en el anexo II, y en especial la carta firmada por la querellante el 23 de abril de 2008; y por último las pruebas periciales elaboradas por los peritos Sres. Ambrosio .

Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación ( art. 849.2º LECr.), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo del documento, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida ( SSTS de 1653/2002, de 14-10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; y 207/2012, de 12-3 , entre otras).

La aplicación de los criterios jurisprudenciales precedentes impide que prospere la tesis de la defensa por la vía del error de hecho acreditado mediante prueba documental. En primer lugar, porque la referencia a toda la prueba documental que hace la parte recurrente no cumplimenta el requisito de que se trate de documentos acreditativos de por sí de forma autosuficiente y literal del error que se pretende acreditar. Lo

que hace realmente la parte es citar un gran cúmulo de documentos y volver a interpretar algunos de ellos de acuerdo con la hipótesis exculpatoria que ya reseñó en el motivo primero.

La interpretación que hace de la prueba documental que cita contradice la prueba pericial que se ha reseñado en el fundamento precedente. En concreto se opone de forma sustancial al resultado de la pericia emitida por el experto que fue nombrado oficialmente por el Juzgado para examinar los documentos aportados, de los que extrajo unas consecuencias probatorias que poco tienen que ver con lo que ahora vuelve a sostener y a esgrimir la parte recurrente. Y otro tanto puede decirse de la contradicción de lo apuntado por la defensa con lo que dijeron varios testigos en la vista oral del juicio.

Al no evidenciar la documentación que cita la impugnante los hechos que alega como ciertos, acude como ya hizo en el motivo primero a razonamientos conjeturales incompatibles con la vía procesal que abre el art. 849.2º de la LECr ., pues esa forma de razonar viene a refrendar la inexistencia de documentos que demuestren de forma directa e inequívoca el error que se denuncia.

Así las cosas, el motivo no puede acogerse.

**TERCERO** . En el **motivo tercero** se alega el quebrantamiento de forma que prevé el **art. 851.3º de la LECr** ., esto es: no resolver la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.

Sostiene aquí la defensa la inexistencia de perjuicio patrimonial para la querellante, argumento que ahora se aplicaría al patrimonio de sus herederos, una vez que aquélla ha fallecido. Y formula para fundamentar su afirmación una referencia genérica a la prueba documental, testifical y pericial acreditativa de las inversiones que hizo la acusada para la rehabilitación de los inmuebles. A partir de lo cual vuelve a explicitar sus peculiares e inasumibles cuentas de gastos y de beneficios para los inmuebles, reiterando sustancialmente lo ya esgrimido en los dos motivos precedentes en orden a su exculpación.

El quebrantamiento de forma que alega como rótulo de su motivo de impugnación se refiere a la incongruencia omisiva; es decir, a aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio. Ese deber de atención y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejados en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del art. 849.2 ( SSTS 603/2007, de 25-6 ; 54/2009, de 22-1 ; 248/2010, d 9-3 ; y 754/2012, de 11-10 ).

Ello, como puede fácilmente constatarse, nada tiene que ver con los problemas de la apreciación de la prueba ni con el resultado probatorio acogido por la sentencia de instancia en virtud de la prueba practicada. La parte pretende, pues, replantear de nuevo la valoración de la prueba e imponer sus argumentos probatorios para modificar el "factum" acudiendo para ello a una vía procesal que se centra en las omisiones relacionadas con el análisis de las cuestiones jurídicas suscitadas por la defensa, adulterando así el cauce procesal que anuncia al utilizarlo únicamente para atacar la premisa fáctica de la sentencia recurrida.

Siendo así, el motivo resulta inviable.

**CUARTO** . El **motivo cuarto** lo dedica la parte a denunciar, por el cauce procesal del art. 849.1º de la LECr ., la infracción del art. 252 del C. Penal , que regula el tipo penal de la **apropiación indebida** .

1. Inicia su impugnación afirmando que la acusada ha obrado con manifiesto **error de prohibición** , al creerse amparada en su contrato de arrendamiento y en los permisos explícitos de la Juez de Instrucción que le autorizaban a mantenerse en la posesión del inmueble arrendado, en el que invirtió importantes sumas de dinero que no se tienen ahora en cuenta al condenársele por el delito de apropiación indebida.

La parte recurrente dedica varias páginas del escrito de recurso a explicar en abstracto de forma exhaustiva la teoría del error de prohibición en sus dos modalidades o concepciones: teoría del dolo y teoría de la culpabilidad. Sin embargo, cuando llega el momento de trasladarla al caso que nos ocupa no aporta ningún argumento serio ni riguroso que propicie su aplicación a los hechos enjuiciados. Sobre el error de prohibición tiene establecido esta Sala que, al afectar a la conciencia de la antijuridicidad, ha de entenderse como un elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de

que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible ( art. 14.3 C. Penal ). El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho ( SSTS 1141/1997, de 14-11 ; 865/2005, de 24-6 ; 181/2007, de 7-3 ; 753/2007, de 2-10 ; 353/2013, de 19-4 ; 816/2014, de 24-11 ; 670/2015, de 30-10 ).

Esta Sala tiene dicho también que la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que se realiza. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, y sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: «Creencia errónea de estar obrando lícitamente», decía el anterior art. 6 bis a); «error sobre la ilicitud del hecho», dice ahora el vigente art. 14.3 ( SSTS 1301/1998, de 28-10 ; 986/2005, de 21-7 ; y 429/2012, de 21-5 ).

La apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para que sea conocido el mismo por el sujeto activo ( STS 482/2007, de 30-5 ). El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento ( STS 1238/2009, de 11-12 ; y 338/2015, de 2-6 ).

Al centrarnos en el **caso concreto**, es importante advertir que la vía procesal utilizada aquí por la parte recurrente es la de la infracción de ley ( art. 849.1º LECr .), ello significa, como es sobradamente conocido, que la impugnación ha de respetar la intangibilidad de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, de modo que la premisa fáctica tiene que aportar datos o indicios ostensibles para poder colegir el error de prohibición que alega la defensa, cosa que aquí no sucede.

La parte fundamenta el error de prohibición sustancialmente en que siempre consideró que el contrato de arrendamiento que tenía sobre la vivienda de la DIRECCION000 le permitía realizar las obras que llevó a cabo para conservar el bien inmueble a costa de la propia arrendadora, convicción que consideró avalada por el hecho de que las obras se realizaran en beneficio del inmueble y quedaran incorporadas a él las mejoras que se hicieron, evitando así que permaneciera en un estado ruinoso. A ello añade la recurrente el hecho de que la propia Juez de Instrucción haya denegado en varias ocasiones el reintegro de la posesión del bien inmueble a los querellantes.

Todas estas alegaciones de la recurrente contradicen, sin embargo, la premisa fáctica declarada probada por el Tribunal sentenciador. En efecto, tal como ya se subrayó en los fundamentos precedentes de esta sentencia, la acusada carecía de autorización para realizar unas obras que tenían un alcance muy superior a las necesidades imprescindibles para el mantenimiento del inmueble. Las obras las ejecutó además para explotar diferentes espacios del edificio en beneficio propio mediante el alquiler de las dependencias que había adaptado, y el grado de la ilicitud de su conducta se retrotraía hasta la propia estipulación del contrato de arrendamiento al hallarse viciado el consentimiento de la propietaria, tal como acabó apreciándose en la vía jurisdiccional civil.

Aparte de lo anterior, a la acusada le fue recordada la ilicitud de su conducta por parte de los restantes herederos de la víctima, y especialmente por las personas que acabaron actuando como coadministradoras del patrimonio de la querellante, cuyos testimonios fueron especificados al supervisar el análisis de la prueba. Por lo tanto, no podía desconocer la ilicitud de su conducta cuando se la estuvieron recordando las personas con las que trataba los temas de la administración del patrimonio de su tía y que por tanto conocían de primera mano cuál era la situación real de los inmuebles.

Y por si ello no fuera ya suficiente para desdecir el error que ahora se alega -que sí lo era-, también se cuenta con el dato relevante de que la acusada es letrada de profesión, estatus profesional que no parece fácil de conciliar con un error de prohibición, máxime cuando su comportamiento se produjo dentro de un contexto en que no sólo se aprovechó de la ejecución de unas obras, sino que también se apropió de una parte importante del dinero que la querellante tenía depositado en sus cuentas bancarias.

En virtud de lo que antecede la tesis exculpatoria de la defensa no puede estimarse.

2. En el mismo sentido debemos pronunciarnos sobre la alegación relativa a la falta de **ánimo de lucro**, esgrimida por la parte con el argumento de que todas las cantidades que se catalogan de distraídas por la acusada revertieron en beneficio de la querellante.

Para replicar a este argumento basta con referirse a los hechos declarados probados, y en concreto al relevante dato de que acusada se quedó en beneficio propio con un patrimonio evaluado en 222.635,29 euros.

El submotivo por tanto se desestima.

3. También aduce la recurrente dentro del motivo cuarto que la **administración desleal entre particulares** era atípica cuando ejecutó los hechos, afirmación que recoge de forma escueta y sin una argumentación que la fundamente. Ahora bien, como la cuestión la vuelve a suscitar en el motivo siguiente del recurso entraremos ya ahora a examinarla en profundidad.

Para desvirtuar la tesis formulada por la parte recurrente se hace preciso reseñar el contenido de las sentencias de esta Sala 47/2009, de 27 de enero ; 625/2009, de 16 de junio ; 732/2009, de 7 de julio ; 547/2010, de 2 de junio ; y 504/2013, de 10 de junio , que argumentan en estos términos sobre los requisitos del delito de apropiación indebida:

*" En el tipo de apropiación indebida se unifican a efectos punitivos dos conductas, de morfología diversa, perfectamente discernibles: la que consiste en la " apropiación " propiamente dicha y la legalmente caracterizada como " distracción ". La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas -expresamente o por extensión- en el art. 252 CP , el sujeto activo de la acción presuntamente incriminable ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una **cosa mueble no fungible** cuyo dominio no le ha sido transmitido. La segunda tiene como presupuesto la traslación de la posesión 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. Téngase en cuenta que, a causa de la extrema fungibilidad del dinero, la propiedad del mismo se ejerce mediante la tenencia física de los signos que lo representan. En este segundo supuesto -el de la distracción que es donde la parte recurrente pretende se debió incardinar el hecho enjuiciado- la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada- sino **en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto**" .*

*"Naturalmente si el tipo objetivo del delito se realiza, cuando se trata de la distracción de dinero u otros bienes fungibles, de la forma que ha quedado expresada, **el tipo subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse la cantidad recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación o entrega del dinero o, dicho de otra manera, en la deslealtad con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero** . La concurrencia, en cada caso, de este elemento subjetivo del delito tendrá que ser indagada, de la misma forma que se indaga el ánimo de lucro en la modalidad delictiva de la apropiación, mediante la lógica inferencia que pueda realizarse a partir de los actos concretamente realizados por el receptor y de las circunstancias que los hayan rodeado y dotado de una especial significación (véase STS de 7 de diciembre de 2.001 ). Ratificando esta doctrina, hemos subrayado el distinto significado que tienen las expresiones "se apropiaren" y "distrajeren" utilizadas por el art. 252 CP*

*-y por los que le precedieron en Textos anteriores- en la definición del delito cuestionado. Apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. **Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción** , empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor, aunque ello no es imprescindible para que se entienda cometido el delito".*



"Dos requisitos tan sólo han de concurrir para que esta conducta se integre en el tipo de apropiación indebida: que la distracción suponga **un abuso de la confianza** depositada en quien recibe el dinero y que la acción se realice **en perjuicio de quienes se lo han confiado, esto es, a sabiendas de que se les perjudica y con voluntad de hacerlo**, bien entendido que **la apropiación indebida no requiere un enriquecimiento del sujeto activo, sino perjuicio del sujeto pasivo**, lo que rige tanto en el supuesto de apropiación de cosas como en la consistente en la distracción del dinero, y que el elemento subjetivo del tipo del art. 252 sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados, produciría un perjuicio del titular. No es necesario que se produzca un lucro personal o enriquecimiento del autor, sino lisa y llanamente un perjuicio del sujeto pasivo. La razón es sencilla: el contenido criminal de este delito se da íntegramente **con el conocimiento de que el dinero distraído no se ha incorporado al patrimonio de su titular o se le ha dado un destino distinto a aquel para el que fue recibido**".

De otra parte, al tratar la delimitación entre el delito de administración o gestión desleal previsto en el art. 252 del C. Penal (apropiación indebida en la modalidad de distracción) y el delito de administración desleal en el ámbito societario ( art. 295 del C. Penal ), destaca la sentencia 206/2014 el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, es decir, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad o el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

Otras veces el alcance de la extralimitación de un administrador en la utilización de un poder ha servido a esta Sala para ubicar las conductas punibles en el ámbito específico del delito de apropiación indebida o en el tipo societario de administración fraudulenta; de tal modo que si el administrador actúa ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes concedidos - *exceso extensivo* - estaríamos ante un posible delito de apropiación indebida, y cuando se ejecutan actos ilícitos en el marco propio de las atribuciones encomendadas al administrador - *exceso intensivo* - operaría el tipo penal del art. 295 ( SSTS 462/2009, de 12-5 ; 623/2009, de 19-5 ; 47/2010, de 2-2 ; y 707/2012, de 20-9 , entre otras).

Sin embargo, tal como se viene a sostener en la STS 656/2013, de 22 de julio , y se acoge en la sentencia de síntesis 206/2014 , la tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción de dinero y bienes fungibles ( art. 252 del C. Penal ) y del delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 del CP comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de actos de administración desleal. En cambio, la conducta de distracción de dinero prevista en el art. 252 del C. Penal , ya sea a favor del autor del delito o de un tercero, presenta un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo que conlleva un mayor menoscabo del bien jurídico.

Este criterio -matiza esta Sala- no sólo tiene la ventaja de la claridad conceptual y funcional a la hora de deslindar el ámbito de aplicación de ambas figuras delictivas, sino que también permite sustentar con parámetros más acordes de justicia material la diferencia punitiva que conllevan ambos preceptos (el art. 252 y el 295). Y es también el criterio aplicado en la STS 517/2013, de 17 de junio , que ubica la diferencia entre ambas figuras en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, mientras que en la apropiación indebida se comprenden los supuestos de apropiación genuina con "animus rem sibi habendi" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad, siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador.

Al trasladar todos estos criterios jurisprudenciales al **caso concreto** que ahora nos ocupa, en el que evidentemente no se entra a dirimir la presencia de la figura de un delito societario, puede apreciarse con claridad que, en contra de lo que sostiene la parte recurrente, sí existía con anterioridad a la reforma del C. Penal de 30 de marzo de 2015 (LO 1/2015) un delito de administración desleal también entre particulares. De modo que cuando la persona que actuaba como administrador del dinero de un poderdante, como es nuestro caso, lo distraía al no dedicarlo al destino pactado, ya sea en beneficio propio o de un tercero, incurría en un delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción. Y ello fue lo que hizo la recurrente, puesto que se apropió definitivamente en beneficio propio del dinero de la querellante sin dedicarlo al destino que correspondía con arreglo a la administración que le había sido encomendada.

Así pues, ya acojamos para calificar la administración desleal en la modalidad de distracción prevista en el art. 252 del C. Penal el criterio definitorio de la actuación ilícita por intervenir un sujeto como gestor fuera del perímetro competencial de los poderes concedidos -exceso extensivo-, ya apliquemos el criterio del fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, es patente que en el caso que se juzga estamos ante un supuesto de apropiación indebida en la modalidad de administración o gestión desleal entre particulares, que, en contra de lo que sostiene la defensa, sí estaba penado con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/1995, de reforma del C. Penal. De modo que no sólo se aplicaba, como alega, a los supuestos comprendidos en el ámbito societario, sino que también operaba en las administraciones desleales referentes a patrimonios de particulares, según se ha explicitado en la jurisprudencia citada *supra* tanto relativa a la aplicación específica del art. 252 del C. Penal, como a su delimitación del tipo ahora derogado del art. 295 del C. Penal.

La conducta de administración desleal de la acusada sólo sería, pues, penalmente atípica, con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala, en el caso de que hubiera actuado como administradora sin un ánimo de apropiación definitiva de los bienes de la administrada y dentro del ámbito del perímetro competencial de los poderes concedidos, supuestos que aquí desde luego no se dieron.

Así las cosas, el submotivo resulta inviable.

4. Por último, invoca como submotivos la parte recurrente que se está ante un supuesto en que se halla pendiente la **liquidación de las cuentas** correspondientes a la relación jurídica establecida entre la querellante y la acusada, por lo que el conflicto y la discordancia entre las partes debe tener la respuesta adecuada en la **vía civil** y no en el ámbito de la jurisdicción penal.

En contra de lo que refiere la acusada, el hecho de que operara directamente con el dinero de la víctima transfiriéndolo a su propio patrimonio, así como la importante cuantía de que se apropió (222.635,29 euros) y el agujero económico que generó en las cuentas de la querellante, son datos inequívocos de que no se está ante un problema de liquidación de cuentas, mayormente cuando la víctima no había contraído obligaciones con la recurrente. Las únicas dudas que podían concurrir eran sobre la cantidad de la que realmente se había apropiado la acusada, puesto que dada la forma fraudulenta en que disponía del patrimonio de su anciana tía, no era fácil llegar a saber con precisión cuál era el importe total de la suma defraudada, cuestión que resulta muy ajena a una liquidación de cuentas entre sujetos que son recíprocamente acreedores y deudores entre sí.

En el mismo sentido debe reseñarse el hecho relevante de que la acusada se negara de forma reiterada a poner las cuentas de la administración a disposición de los coadministradores, quienes pretendían saber lo que había ocurrido realmente con el patrimonio de la anciana.

Constatado lo anterior, y tras declararse probado en la sentencia recurrida que la acusada fue disponiendo de forma definitiva del patrimonio de la querellante hasta una suma de 222.635,29 euros, negándose de forma reiterada a dar cuenta a los nuevos administradores del dinero del que se había apropiado, es claro que no se está ante una cuestión meramente civil, como esgrime en el recurso la defensa, sino ante un delito continuado de apropiación indebida agravado por razón de la cuantía ( arts. 252, 250.1.6ª y 74 del C. Penal, según redacción de la fecha de los hechos), al haberse quedado la acusada con gran parte del patrimonio de la víctima con el que se enriqueció personalmente.

En consecuencia, se desestima también este último submotivo del motivo cuarto, que debe ser rechazado en su integridad.

**QUINTO**. En el **motivo quinto** se invoca, con cita procesal del art. 849.1º de la LECr., la infracción del art. 28.1 del C. Penal.

En este motivo, y bajo la cobertura ciertamente extraña y heterodoxa de la infracción legal de un precepto que se refiere a la autoría ( art. 28.1 C. Penal ), entra a examinar de nuevo la parte recurrente,

ahora con una mayor profundidad y excesiva opacidad, toda la materia relacionada con los problemas que suscita la administración desleal cometida sobre el patrimonio de las personas físicas ( art. 252 del C. Penal ) y su delimitación del delito societario de administración desleal ( art. 295 C. Penal ). Y para apoyar su tesis exculpatoria afirma que los usos temporales de la cosa o el dinero, sin verificarse actos dominicales definitivos y dolosos de apropiación o distracción deben considerarse atípicos, excepto lo dispuesto en el art. 295 del C. Penal sobre la administración desleal de sociedades.

Pues bien, como todas las espinosas cuestiones que se plantean ahora por la defensa ya han sido examinadas extensamente en el apartado 3 del fundamento cuarto, nos remitimos a lo que allí se dijo con el fin de evitar reiteraciones innecesarias. Si bien se ha de reafirmar de nuevo para excluir cualquier clase de equívocos que tanto en el "factum" como en la motivación probatoria de la sentencia recurrida ha quedado probado que la acusada se apropió de forma definitiva del dinero de la querellante, realizando actos dominicales definitivos y no de mero uso del patrimonio ajeno, a pesar de que es esto último lo que quiere dar a entender la defensa para fundamentar su tesis exculpatoria.

Como consecuencia, dando por reproducido lo tratado en el fundamento precedente, el motivo se desestima.

**SEXTO** . En el *motivo sexto* , con sustento procesal en el art. 849.1º de la LECr ., denuncia la *infracción del art. 74 del C. Penal* al entender que ha sido erróneamente interpretado en lo que se refiere a la aplicación de las penas, oponiéndose así a la establecida en cuatro años de prisión.

La alegación de la parte es contraria a la doctrina jurisprudencial de esta Sala en todo lo referente a la aplicación del art. 250.1.6º del C. Penal , en relación con el art. 74 del C. Penal (redacción anterior a la reforma de 2010), al apartarse del criterio establecido en el Pleno de esta Sala celebrado el 30 de octubre de 2007 y de la jurisprudencia que posteriormente lo interpretó.

En efecto, la jurisprudencia ha modificado en los últimos años ( SSTS 292/2013, de 21-3 ; 173/2012, de 28-2 ; 76/2013, de 31-1 ; 997/2007, de 21-11 ; y 564/2007 , de 25 de 6) la interpretación del art. 74 del C. Penal con el fin de evitar que la continuidad delictiva actúe con un doble efecto agravatorio, al mismo tiempo que se ha dejado sin efecto la restricción de la aplicación del apartado 1 cuando se juzgan delitos patrimoniales.

Y así, en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 18 de julio de 2007 se estableció que «en los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de ese mismo artículo». A ello ha de sumarse lo decidido en el posterior Acuerdo de 30 de octubre de 2007, que dice así: «El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP , queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración».

Con ambos Acuerdos se ha pretendido un doble objetivo. De un lado, resolver las incógnitas referidas a la aplicación de la regla primera del art. 74 CP a los delitos continuados de naturaleza patrimonial. La idea de que esta categoría de delitos conoce una regla especial en el art. 74.2 CP ha animado buena parte de las resoluciones de esta misma Sala (SSTS núm. 155/2004, de 9-2 ; 1256/2004, de 10-12 ; y 678/2006, de 7-6 de junio , entre otras muchas). Con arreglo a este entendimiento, el art. 74.2 CP encerraría una norma especial que excluiría la aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1 CP . Sin embargo, la experiencia aplicativa desarrollada bajo la vigencia de tal criterio ha puesto de manifiesto la conveniencia de reorientar esa interpretación, en la medida en que no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial a la regla agravatoria prevista en el art. 74.1 CP . La ausencia de un verdadero fundamento que explique ese tratamiento privilegiado se hace mucho más visible en aquellos casos, por ejemplo, en los que un delito continuado de falsedad, de marcado carácter instrumental para la comisión de otro delito continuado de estafa, se venía sancionando con una gravedad que no afectaba, en cambio, al delito patrimonial. De ahí la importancia de la idea proclamada en el mencionado Pleno, con arreglo a la cual el delito continuado también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de incorporar el delito patrimonial a la razón de política criminal que, con carácter general, proclama el art. 74.1 CP ( SSTS núm. 284/2008, 26 de junio , 199/2008, 25 de abril y 997/2007, 21 de noviembre ).

La idea que late en el Acuerdo obliga a concluir la exclusión del efecto agravatorio en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho. Así, por ejemplo, en aquellas ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado haya sido ya tomada en

consideración para integrar acciones constitutivas de falta en un único delito continuado, no procederá el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 CP . Y otro tanto debe decirse de aquellos supuestos en que la suma total alcanzada por la acumulación de los episodios defraudatorios que abarca el delito continuado ya ha sido tenida en cuenta para apreciar el subtipo agravado del art. 250.1.5ª del C. Penal , sin que la cuantía individual de ninguno de ellos supere en cambio los 50.000 euros.

En definitiva, se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1 CP , a aquellos supuestos en los que el importe total del perjuicio haya determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación. En esta situación, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1 C. Penal implicaría el menoscabo de la prohibición constitucional de «bis in idem», infringiendo así la medida de la culpabilidad predicable del autor ( SSTS 173/2012, de 28-2 ; 292/2013, de 21-3 ; y 540/2013, de 10-6 ).

En el caso que ahora se juzga es claro que la Audiencia no ha infringido las pautas de interpretación que aplica esta Sala, puesto que en los hechos probados el importe total del perjuicio causado asciende a un total de 222.635,29 euros. Y en el "factum" de la sentencia se declara probado que la acusada retiró en efectivo y sin justificar la suma de 125.000,00 euros, el día 16 de diciembre de 2005; el 29 de diciembre de 2005 retiró la cuantía de 65.000 euros de la cuenta del Banco de Santander; y el 3 de diciembre de 2006 dispuso en efectivo de 108.000 euros de la cuenta del BBVA.

En virtud de lo argumentado, el motivo no puede atenderse.

**SÉPTIMO . 1.** En el *motivo séptimo* reivindica la parte recurrente la aplicación de la *atenuante de dilaciones indebidas* como muy cualificada, petición que ya había anunciado también en el apartado séptimo del motivo primero (art. 21.6ª del C. Penal ), aunque lo cierto es que se trata de una atenuante que no fue postulada en la instancia.

**2.** La "*dilación indebida*" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta *prestacional* -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y *reaccional* -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de estos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado ( S TEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España ; 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España ; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España ; SSTC 237/2001 , 177/2004 , 153/2005 y 38/2008 ; y SSTS 1733/2003, de 27-12 ; 858/2004, de 1-7 ; 1293/2005, de 9-11 ; 535/2006, de 3-5 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12 ; 40/2009, de 28-1 ; 202/2009, de 3-3 ; 271/2010, de 30-3 ; 470/2010, de 20-5 ; y 484/2012, de 12-6 , entre otras).

También tiene establecido esta Sala que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2 . En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia ( SSTS 91/2010, de 15-2 ; 269/2010, de 30-3 ; 338/2010, de 16-4 ; 877/2011, de 21-7 ; y 207/2012, de 12-3 ).

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva ( SSTC 177/2004 y 153/2005 ). Por lo tanto, esa pérdida de derechos derivada de la vulneración del referido derecho fundamental debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues esta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no comporta, por lo tanto, que disminuya o se extinga ( SSTS 987/2011, de 15-10 ; 330/2012, de 14-5 ; y 484/2012, de 12-6 ).

Y en cuanto a las causas del retraso a ponderar para la aplicación de la atenuante, la jurisprudencia ha señalado que "ni las deficiencias organizativas ni el exceso de trabajo pueden justificar, frente al perjudicado, una dilación indebida" ( SSTS 1086/2007 ; 912/2010 ; y 1264/2011 , entre otras; STEDH 20-3-2012, caso Serrano Contreras c. España ).

Por último, y en lo que concierne al cómputo del plazo razonable, comienza a correr cuando una persona es imputada formalmente y finaliza con la sentencia que pone fin a la causa ( SSTEDH de 17 de diciembre de 2004, caso Pedersen y Baadsagaard c. Dinamarca ; 13 de noviembre de 2008, caso Ommer c. Alemania ; y 11 de febrero de 2010, caso Malet c. Francia ; y SSTS 106/2009, de 4-2 ; 326/2012, de 26-4 ; 440/2012, de 25-5 ; y 70/2013, de 21-1 ).

Actualmente, la reforma del C. Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, regula como nueva atenuante en el art. 21.6<sup>a</sup> las dilaciones indebidas en los siguientes términos: " *La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa* ".

Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues aunque también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante.

**3.** Al descender ya al **caso enjuiciado** , se aprecia en lo que concierne a la dilación indebida en la fase de instrucción, a la que se refiere la parte en su escrito de recurso, que no ha incurrido el Juzgado en una dilación de esa índole una vez examinada la complejidad de la investigación y el número de diligencias practicadas así como las fechas en que se tramitaron.

En efecto, consta en la causa que se inició su tramitación en virtud de una querrela de 27 julio 2009, ampliada el 16 de septiembre de 2009. Se prestaron declaraciones en los meses de septiembre y noviembre siguientes. De diciembre de 2009 a febrero de 2010 se requirió y aportó documentación. En los dos meses siguientes se practicaron diligencias relacionadas con el contrato de arrendamiento. En los meses de abril y mayo de 2010 se solicitó y se entregó documentación original, previo requerimiento a la acusada. En noviembre se señaló la declaración de la acusada, que se tuvo que suspender después para enero siguiente. En enero de 2011 se desestimó recurso de reforma y en febrero se tramitó el de apelación. A partir de mayo y junio se solicitaron y practicaron nuevas pruebas. En febrero de 2012 se unieron a la causa las pruebas periciales que se habían admitido por el Juzgado. En abril, mayo y junio se tramitaron nuevos recursos y se prestaron declaraciones. El 25 octubre 2012 se desestimó un recurso. En los meses siguientes se tramitó la personación en la causa de los herederos de la querellante, al haber fallecido ésta. En los meses de marzo y abril de 2013 se practica otra prueba pericial y se une a la causa prueba documental. Y el 29 de mayo de 2013 se dictó el auto de transformación del procedimiento abreviado.

Por consiguiente la instrucción de la causa se extendió por un tiempo inferior a los 4 años, sin que consten periodos de paralización subsumibles en el concepto de dilación indebida. Y sin que tampoco estemos ante un plazo irrazonable, puesto que el Juzgado tuvo que rebuscar documentación y obtener numerosa prueba documental encauzada a la práctica de pruebas periciales, en las que también se invirtió un tiempo

notable. Por todo lo cual, y dado que se trata de una causa de cierta complejidad especialmente en lo que atañe a la cuantificación de los perjuicios económicos, no puede catalogarse el plazo de la instrucción como irrazonable a los efectos de que se compulse para determinar de por sí la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas que interesa la defensa.

En cambio, sí le asiste la razón a la parte recurrente en cuanto a la existencia de una dilación indebida en lo que se refiere al tiempo de tramitación del juicio oral, habida cuenta que la causa fue remitida erróneamente por el Juzgado de Instrucción nº 4 de La Laguna al Juzgado de lo Penal nº 3 de Santa Cruz de Tenerife el 5 de noviembre de 2013, y al comprobar este Juzgado que no era competente para enjuiciar los hechos devolvió las actuaciones al Juzgado de Instrucción 15 meses más tarde, el 19 de febrero de 2015. El Juzgado de Instrucción remitió la causa definitivamente a la Audiencia en abril de 2015, por lo que el procedimiento estuvo paralizado durante un plazo de un año y cuatro meses.

La paralización del trámite durante un año y cuatro meses es razón suficiente para apreciar, tal como alega el Ministerio Fiscal, una dilación indebida, si bien en su modalidad básica u ordinaria y no como atenuante cualificada, pues fue una paralización sin justificación alguna y se extendió por un notable periodo de tiempo, pero no suficiente para poder calificar la tardanza como superextraordinaria, que es la exigencia que requiere la cualificación de la atenuante que interesa la defensa.

La aplicación de esa atenuante, unida a la de reparación parcial del daño que fue apreciada en la sentencia recurrida, conlleva en el presente caso la imposición de la pena en un grado inferior. Es decir, que ahora comprende un mínimo de un año y 9 meses y un máximo de 3 años y 6 meses, dado que la pena aplicable en grado superior sin las referidas circunstancias es la de 3 años, 6 meses y un día (mitad superior del delito continuado de apropiación indebida agravada: art. 250.1.6ª en relación con el art. 74 del C. Penal).

La mitad inferior de la nueva pena a aplicar comprende entonces un periodo que abarca desde un año y 9 meses hasta dos años, 7 meses y 15 días.

Así las cosas, se considera como nueva pena proporcionada a imponer la de dos años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial del ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una multa de 6 meses, con una cuota diaria de 6 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

La pena privativa de libertad se le impone así a la acusada en la franja superior de la mitad inferior, ponderando para ello el grado de gravedad de la ilicitud del hecho en atención a la cuantía defraudada y también al mantenimiento en el tiempo del comportamiento delictivo.

Se estima, en consecuencia, parcialmente este motivo de impugnación.

**OCTAVO** . Por último, en el **motivo octavo** se invoca la infracción (vía art. 849 LECr.) de los arts. 239 y 240 de la LECr., y se solicita que no se impongan a la defensa las **costas de la acusación particular**, alegando que la acusada no observó una conducta obstinada y de falta de colaboración, a tenor del contenido de los hechos probados.

Este Tribunal tiene reiteradamente declarado al examinar los criterios aplicables en la imposición de las costas en el proceso penal que, conforme a los artículos 123 del Código Penal y 240 de la LECr., ha de entenderse que rige la «procedencia intrínseca» de la inclusión en las costas de la acusación particular, salvo cuando ésta haya formulado peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del Ministerio Fiscal y con las acogidas por el Tribunal, de las que se separa cualitativamente, evidenciándose además como inviables, extrañas o perturbadoras ( SSTS 147/2009, de 12-2 ; 381/2009, de 14-4 ; 716/2009, de 2-7 ; y 773/2009, de 12/7 ). De modo que sólo es exigible una 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 ( SSTS 223/2008, de 7-5 ; 750/2008, de 12-11 ; 375/08, de 25-6 ; y 203/2009, de 11-2 ).

Es cierto que en materia de costas ocasionadas por la acusación particular no rige por Ley el automatismo en la imposición, pues aunque el art. 123 CP establece que "las costas procesales", es decir, todas las partidas que comprende el concepto, se imponen normalmente al condenado, el art. 124 CP, al disponer que las de la acusación particular lo serán "siempre" en los delitos perseguibles a instancia de parte, admite que en los de otra naturaleza esa inclusión podría no darse. Pero, puesto que las costas comprenden legalmente los honorarios de abogados y procuradores ( art. 241, 3º LECrim ), esa es una posibilidad excluyente que sólo debería operar en ocasiones excepcionales, como cuando las pretensiones

de esa parte sean abiertamente extrañas o desproporcionadas a las particularidades de los hechos ( SSTS 531/2002, de 20-3 ; 2015/2002, de 7-12 ; 1034/2007 de 19-12 ; y 383/2008, de 25-6 ).

Asimismo ha afirmado esta Sala de casación que si bien ese criterio de la homogeneidad y de la coherencia con las tesis admitidas en la sentencia es el prioritario, ha de atenderse en un segundo plano también al criterio de la relevancia, denegándose la imposición de las costas correspondientes a la acusación particular cuando la intervención de esta parte resulte superflua o inútil ( SSTS 518/2004, de 20-4 ; 37/2006, de 25-1 ; 1034/2007, de 19-12 ; 147/2009, de 12-2 ; y 567/2009, de 25-5 ).

La proyección de las pautas jurisprudenciales precedentes al supuesto ahora enjuiciado determina en este caso la imposición de las costas de la acusación particular al condenado, pues concurre el requisito prioritario de la homogeneidad sustancial entre las pretensiones punitivas de la parte y lo decidido en la sentencia.

En efecto, el Tribunal de instancia acogió de forma sustancial la tesis de la acusación particular, tanto en lo referente a los tipos penales imputados como a la responsabilidad civil, sin que se aprecie una heterogeneidad relevante entre el escrito de calificación de la acusación particular y la sentencia recurrida. Y tampoco se percibe una acusación abusiva ni indicios de temeridad o mala fe en el curso de toda la actuación procesal de la referida parte. Es más, la calificación penal que formuló sobre los hechos objeto del procedimiento coincidió íntegramente con la del Ministerio Fiscal.

Por consiguiente, se desestima este último motivo de impugnación.

**NOVENO** . A tenor de lo argumentado en los razonamientos precedentes, se estima parcialmente el recurso de casación, en concreto en lo referente a la aplicación de la atenuante ordinaria de dilaciones indebidas, declarándose de oficio las costas de esta instancia ( art. 901 LECr .).

### III. FALLO

**ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN** formulado por la representación de **Concepción** contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictada el 30 de junio de 2015 , que condenó a la recurrente como autora de un delito continuado de apropiación indebida en la modalidad agravada por el valor de la defraudación, con la concurrencia de la atenuante de reparación parcial del daño, sentencia que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas de esta instancia.

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

**Andrés Martínez Arrieta José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro**

**Carlos Granados Pérez Joaquín Giménez García**

**1582/2015**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro**

**Fallo: 03/05/2016**

**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SEGUNDA SENTENCIA Nº: 474/2016**

**Excmos. Sres.:**

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Manuel Maza Martín

D. Alberto Jorge Barreiro

**D. Carlos Granados Pérez**

**D. Joaquín Giménez García**

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil dieciséis.

En la causa Procedimiento Abreviado 2371/09, del Juzgado de instrucción número 4 de San Cristóbal de la Laguna, seguida por un delito de apropiación indebida, contra **Concepción**, con DNI NUM015, nacida en La Laguna el NUM016 de 1953, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta, dictó en el Rollo de Sala 34/15 sentencia en fecha 30 de junio de 2015, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

### I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo argumentado en el fundamento séptimo de la sentencia de casación, se aprecia la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas en su modalidad ordinaria, y se modifica por tanto la pena establecida en la sentencia recurrida, fijándola ahora, al concurrir las atenuantes de reparación parcial del daño y de dilaciones indebidas en su modalidad ordinaria o básica, en dos años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una multa de 6 meses, con una cuota diaria de 6 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

### III. FALLO

**Se modifica la sentencia** dictada el 30 de junio de 2015 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el sentido de apreciar la **atenuante de dilaciones indebidas**. En virtud de lo cual, se condena a la acusada **Concepción** como autora de un delito continuado de apropiación indebida, en la modalidad agravada por el valor de la defraudación, con la concurrencia de las atenuantes de reparación parcial del daño y de dilaciones indebidas en su modalidad ordinaria o básica, a las penas **dos años y seis meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una **multa de 6 meses**, con una cuota diaria de 6 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

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

**Andrés Martínez Arrieta José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro Carlos Granados Pérez Joaquín Giménez García**

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.