



Roj: STS 2061/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2061  
Id Cendoj: 28079120012016100394  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2048/2015  
Nº de Resolución: 417/2016  
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

**SEGUNDA SENTENCIA**

**Sentencia Nº: 417/2016**

**RECURSO CASACION Nº : 2048/2015**

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimatoria Parcial

**Fecha Sentencia :** 18/05/2016

**Ponente Excmo. Sr. D. :** Perfecto Andrés Ibáñez

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

**Escrito por :** MGS

**Delito continuado de apropiación indebida.**

**Nº:** 2048 / 2015

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Perfecto Andrés Ibáñez

Fallo: 10/05/2016

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SENTENCIA Nº:** 417 / 2016

**Excmos. Sres.:**

**D. Andrés Martínez Arrieta**

**D. Francisco Monterde Ferrer**

D. Andrés Palomo Del Arco

**D. Carlos Granados Pérez**

D. Perfecto Andrés Ibáñez

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 dieciocho de Mayo de dos mil dieciséis. Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 2048/2015, interpuesto por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de Melilla, de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha de 19 de octubre de 2015 . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, la acusada Azucena , representada por el procurador don Jesús Iglesias Pérez, bajo la dirección letrada de don José Luis Alabarce Sánchez; y como parte recurrida la acusación particular Sociedad Cooperativa Limitada de Viviendas de Melilla 97, representada por el procurador don Javier Álvarez Díez y bajo la dirección letrada de don Carlos Redondo Díez. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

## I. ANTECEDENTES

1 .- El Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 5 de Melilla, incoó Procedimiento Abreviado con el número 441/2009, por un presunto delito de apropiación indebida y delito societario contra Azucena y concluso, lo remitió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga con sede en Melilla, y dictó sentencia en fecha 19 de octubre de 2015 , en el Procedimiento Abreviado n.º 24/2014, con los siguientes hechos probados :

*<<Se declara probado que la Sociedad Cooperativa Limitada de Viviendas Melilla 97 se constituyó mediante escritura pública autorizada por el Notario de Melilla D. Juan Alegre González, el día 16 de mayo de 1.996 con el n.º 1144 de su Protocolo, inscrita en el Registro General de Cooperativas con el n.º 52/075. Conforme a sus Estatutos, entre otros extremos, el objeto social de esta Sociedad Cooperativa era la promoción de viviendas para sus socios y familiares.*

*Dicha Cooperativa fue promovida bajo la dirección de la acusada Azucena debido a que la entidad Línea de Desarrollo Urbano S.L.U. (Lidesur), de la que dicha acusada es administradora única y titular de todas sus participaciones sociales, se dedicaba a la promoción inmobiliaria, comprando solares que luego adjudicaba a cada promoción que efectuaba bajo la forma jurídica cooperativa, para una vez conseguido el solar buscar cooperativistas que entraran a formar parte de la misma, si bien se efectuaba la compra y todas sus gestiones con la acusada y Lidesur, abonando las aportaciones y cantidades que por contrato fijaba Lidesur en una cuenta de ésta, decidiendo la acusada Azucena el destino de los importes de forma indistinta con confusión patrimonial.*

*Con fecha 10 de julio de 2003, la Sociedad Cooperativa Limitada de Viviendas Melilla 97, representada por su Presidente D. Víctor Manuel , firmó con la acusada un contrato de arrendamiento de servicios profesionales de gabinete inmobiliario para gestionar y asesorar cuantos asuntos de naturaleza jurídica, administrativa y económica pudieran surgir en el desarrollo de su actividad dentro de la construcción y gestión de la Cooperativa, en tanto durase la promoción de viviendas que se iba a realizar.*

*Entre los cometidos que había de realizar la acusada, figuraban tal y como consta en el punto segundo del contrato de prestación de servicios, la liquidación de las escrituras de compra, obra nueva, préstamos hipotecarios, fin de obra, realizar gestiones y pagos de tributos en Hacienda e inscripción en los Registros Públicos.*

*La Cooperativa entregó a la acusada toda la documentación y la facultó ampliamente para actuar en su nombre en cuantos asuntos fueran necesarios.*

*La acusada realizaba su trabajo a través de la entidad Lidesur S.L.U. Esta entidad tiene por objeto social la gestión de inmuebles y muebles, y la promoción de viviendas.*

*Una vez finalizada la construcción de las viviendas, se procedió a realizar la venta de las mismas y la subrogación de hipotecas entre los cooperativistas mediante escrituras que se otorgaron ante el notario de Melilla D. Manuel García de Fuentes y Churruca entre los días 27 de marzo a 13 de abril de 2007. Previamente al otorgamiento de las escrituras, la Cooperativa y los cooperativistas entregaron las cantidades correspondientes para el pago de tributos (Impuesto sobre la Producción los Servicios y la Importación-IPSI e Impuesto sobre Bienes Inmuebles-IBI), bien en metálico o mediante cheque entregado a la acusada o a sus empleados, o bien mediante transferencia bancaria a la cuenta a la cuenta de Lidesur o a la de la Cooperativa abierta en el BBVA, a la que tenía acceso la acusada.*

*En todas las escrituras el notario hace constar que los compradores han abonado las cantidades correspondientes al pago de tributos.*

*El número de protocolo notarial de las respectivas escrituras, los compradores adjudicatarios de las viviendas, y el detalle de sus pagos fueron los siguientes:*

- Nº NUM000 .- D. Erasmo y Da Sara . Entregaron la cantidad de 9.348'54 euros para el pago de tributos, mediante cheque bancario de la Caixa nº NUM001 . Dicho importe se ingresó en la *cuenta de la Sociedad Cooperativa de Viviendas, cuenta abierta en la entidad BBVA nº0182-3430-08-0201526817, el día 27 de marzo de 2007.*

- Nº NUM002 .- D. Alvaro y Da Virtudes . Ingresaron en la cuenta de Lidesur la suma de 9.222 euros en concepto de IPSI el 21 de diciembre de 2006.

- Nº NUM003 .- D. Borja y Dª Alicia .

*Ingresaron la suma de 9.697'45 euros en concepto de IPSI, mediante cheque Santander a favor de la día 27 de marzo de 2007.*

- Nº NUM004 .- D. Eulogio y Dª Custodia . Ingresaron por tal concepto el importe de 8.957'14 euros. Este ingreso se efectuó en la cuenta nº 0182-3430-08-0201526817, el día 27 de marzo de 2007.

- Nº NUM005 .- D. Higinio y Dª Gloria , abonaron en concepto de IPSI la suma de 9.930'28 euros, mediante cheque bancario del BBVA nº NUM006 , entregado a una empleada de Lidesur. Este dinero fue ingresado en la cuenta nº NUM034 el día 27 de marzo de 2007. Dicha cuenta es de titularidad de Lidesur, siendo persona autorizada para operar en ella la acusada.

- Nº NUM007 .- D. Mateo y Dª Natalia , abonaron 8.829'82 euros mediante ingreso bancario a favor del lidesur en 2006.

- Nº NUM008 .- D. Raúl y Da Serafina , entregaron la cantidad de 9.474'65 euros para el pago del IPSI, mediante cheque bancario del BBVA nº NUM009 que entregaron a una empleada de Lidesur. Este dinero se ingresó en la mencionada cuenta de Lidesur en la entidad BBVA el día 27 de marzo de 2007.

- Nº NUM010 .- D. Jose María y Da Catalina , pagaron en concepto de IPSI la cantidad de 9.269'88 euros, mediante cheque banco del BBVA nº NUM011 , que entregaron a una empleada de Lidesur. Dinero ingresado igualmente en la cuenta de Lidesur el día 27 de marzo de 2007.

- Nº NUM012 .- D. Apolonio y Da Eugenia abonaron la cantidad de de 9.020'50 euros, mediante cheque bancario del BBVA nº NUM013 entregado a la acusada. Este cheque también fue abonado en la cuenta de Lidesur el día 28 de marzo de 2007.

- Nº NUM014 .- D. Ceferino y Da Macarena abonaron para el pago del IPSI la suma de 8.510'22 euros. Esta cantidad fue entregada en metálico y en mano a favor de la acusada el día 11 de diciembre de 2006.

- NUM015 .- D. Florian y Da Salvadora , abonaron la cantidad de 8.627'13 euros mediante transferencia, el día 14 de febrero de 2007, a la cuenta del BBVA nº NUM034 de la que es titular la entidad Lidesur.

- Nº NUM016 .- D. Jaime y Da Rosaura abonaron en metálico y fue ingresada en la cuenta de Lidesur la suma de 10.094'55 euros, siendo efectuado dicho ingreso el día 26 de diciembre de 2006.

- Nº NUM017 .- D. Matías pagó 9.976'80 euros mediante cheque bancario de, BBVA nº NUM018 . Dinero abonado en la cuenta de la entidad Lidesur el día 29 de marzo de 2007.

- Nº NUM019 .- D. Ramón y Da Camila el día 6 de febrero de 2007 pagaron mediante transferencia bancaria el importe de 8.779'52 euros, a favor de la mencionada cuenta de Lidesur en el BBVA nº NUM034 .

- Nº NUM020 .- D. Torcuato y Da Enriqueta , abonaron el importe de 9.158 euros. Esta suma se abonó el día 10 de febrero de 2007 en la mencionada cuenta de Lidesur en el BBVA.

- Nº NUM021 .- D. Luis Alberto y Da Joaquina pagaron la suma de 9.234'72 euros mediante cheque bancario de la entidad Unicaja a favor de la Cooperativa, que entregaron en mano a la acusada el 29 de marzo de 2007.

- Nº NUM022 .- D. Pedro Jesús , abonó para el pago del IPSI la suma de 9.499'63 euros mediante domiciliación bancaria a favor de Lidesur; pago efectuado el día 1 de marzo de 2007.

- Nº NUM023 .- D. Donato y Da Adelaida pagaron el día 12 de abril de 2007 la cantidad de 9.606'57 euros mediante cheque bancario del Banco de Santander a favor de la cooperativa, que entregaron a una empleada de Lidesur.

- Nº NUM024 .- D. Fructuoso y Dª Celestina , mediante cheque bancario de la entidad BBVA nº NUM025 , el día 13 de abril de 2007 pagaron la importe de 9.164'75 euros a favor de la Cooperativa.

- N° NUM026 .- D. Justino y D<sup>a</sup> Frida , abonaron mediante transferencia la cantidad de 10.069'19 euros. Esta transferencia se hizo desde la entidad Cajamar a favor de la Cooperativa, pero la cuenta de destino fue la de Lidesur en el BBVA n° NUM034 . Dicho pago se hizo el día 9 de enero de 2007.

- N° NUM027 .- D. Olegario y Da Mariola , abonaron la suma de 9.475 euros mediante cheque bancario del BBVA n° NUM028 a favor de la Cooperativa, que entregaron a una empleada de Lidesur el día 27 de marzo de 2007.

- N° NUM029 .- D. Teodulfo abonó mediante transferencia bancaria a la cuenta de Lidesur la suma de 9.309'75 euros; abono efectuado el día 19 de diciembre de 2006.

- N° NUM030 .- D. Luis Andrés abonó en concepto de IPSI la suma de 9.988'39 euros en diversos pagos fraccionados desde diciembre de 2003.

*La acusada -que era la encargada de la gestión integral de la Cooperativa a través de su sociedad Lidesur-, y que tenía el dinero ingresado por los cooperativistas para el pago de los correspondientes tributos, no efectuó su pago en la Hacienda de la Ciudad Autónoma de Melilla, ni tampoco ha reintegrado dicho dinero a la Cooperativa o a los cooperativistas.*

*Tanto los cooperativistas como los miembros del Consejo Rector de la Cooperativa desconocían en todo momento que el importe de los tributos (IPSI e IBI) que habían pagado, no había sido ingresado por la acusada en la Hacienda Autonómica; y también desconocían que, como consecuencia de ello, la Ciudad Autónoma había iniciado un procedimiento por impago de tributos contra la Cooperativa dictando resolución por la que se exigían el principal e intereses. Este expediente administrativo y sus resoluciones fueron notificados a la acusada en el domicilio de Lidesur, como gestora integral de la Cooperativa. Frente a aquella Resolución recurrió la acusada, siendo desestimado su recurso con fecha 05/05/2008 y requerida con fecha 22/05/2008 para que pagara en periodo voluntario. La deuda por principal de tributos era en aquellos momentos de 225.870'80 euros. Como consecuencia del impago voluntario se generaron intereses y recargos, iniciándose procedimiento de apremio por todos ellos.*

*Se iniciaron también procedimientos sancionadores por infracción grave cuyo importe era de 161.405'21 euros. Estos procedimientos fueron también recurridos por la acusada Sra. Azucena como administradora de Lidesur y representante de la Cooperativa, desestimándose los recursos con fecha 1/08/2008, volviendo a requerirla con fecha 14/08/ para que pagara en periodo voluntario esta sanción.*

*La acusada llegó a solicitar un aplazamiento del pago de dichos tributos y sanciones ante la Ciudad Autónoma, sin haber pagado cantidad alguna ni avalado y prestado fianza tal y como se le requería por la Administración, continuando la marcha de los procedimientos administrativos.*

Como se dijo, los cooperativistas desconocían lo que venía ocurriendo habiendo confiado en todo momento en la acusada Sra. Azucena , bien por sus relaciones personales con ella (caso de Macarena , Eugenia , y Mariola ), como, en general, por la fama de ésta en Melilla como gestora inmobiliaria y promotora en la constitución, gestión y administración de cooperativas de viviendas; lo que determinó que en ningún momento dudaran de su buen hacer.

*El día 26 de febrero de 2009 el presidente de la Cooperativa, D. Higinio , se enteró sorpresivamente y por casualidad, a través de uno de los empleados de la oficina del BBVA en donde tenía cuenta la Cooperativa, de la existencia de un embargo de la Ciudad Autónoma sobre dicha cuenta, por impago del IPSI e IBI de los cooperativistas. Pedidas las oportunas explicaciones a la acusada sobre la situación creada, ésta manifestó al Presidente de la Cooperativa que no se preocupara, que la cuestión en sí no tenía importancia.*

*Con fecha 2 de marzo de 2009 la acusada entregó a la Cooperativa un documento firmado por ella en donde reconocía que recibió el dinero de los cooperativistas para el pago de los tributos (IPSI por las transmisiones de las viviendas, e IBI del ejercicio 2007 por los inmuebles de la Cooperativa) y que no lo había ingresado a la Ciudad Autónoma, y también le entregó copia de un escrito presentado ese mismo día ante la Consejería de Hacienda, con n° de registro de entrada 2441, para aplazar la deuda y subrogarse en la posición deudora, ofreciendo como garantía de pago la finca n° NUM031 del Registro de la Propiedad de Melilla, sobre la que pesaban varios embargos.*

*A la vista de esta situación, por el Consejo Rector se convocó una reunión urgente para comunicar a los cooperativistas la situación que se acababa de descubrir, de la falta de pago de los tributos por la gestora de la Cooperativa. Con fecha 4 de marzo de 2009, la Cooperativa otorgó sendas escrituras ante el notario de esta Ciudad D. Pedro Antonio Lucena González dirigidas a la acusada. La registrada con el n° de protocolo 247,*



de revocación de poderes; y la de nº de protocolo 248, de requerimiento para que procediera a renunciar a los poderes, dirección jurídica de los asuntos, petición de información, suspensión del proceso contencioso que hubiera, entrega de las cantidades de principal, intereses y sanciones del procedimiento administrativo que se seguía contra la Cooperativa y entrega de toda la documentación. Fueron recepcionadas por la acusada, quien nada contestó ni entregó.

La exacción del pago de la deuda con la Ciudad Autónoma está suspendida judicialmente mientras se tramita la causa, por Auto de 15/04/2009.

A dicha fecha las cantidades adeudadas por IPSI e IBI a la Ciudad Autónoma por la Cooperativa eran 397.254'54 euros de principal (225.866'82 € por IPSI; 10.675'38 € por IBI; y 161.475'21 € por sanciones), más 79.373'65 euros de recargo, 20.508'08 euros por intereses de demora, y 97'50 euros de costas, según certificación expedida por la Consejería de Hacienda y Presupuestos con fecha 27/04/2009.

En virtud de mandamiento judicial de fecha 1/07/2009 se entregó a la Cooperativa la suma de 248.000 euros, fruto del embargo de bienes de la acusada y que la Cooperativa ingresó en la Hacienda de la Ciudad Autónoma para cancelar parte de la deuda pendiente con ésta.

Igualmente, consta en la pieza de medidas un embargo del saldo de la cuenta de la Cooperativa de fecha 26/02/2009 por importe de 858'99 euros, que se entregó a la Ciudad Autónoma.

Con fecha 16/09/2011 la Ciudad Autónoma certificó que la deuda mantenida con ella ascendía a la suma de 274.308'66 euros.

A fecha 11/07/2012, la deuda pendiente de la Cooperativa era de 280.949'87 euros.>>

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

#### Fallamos

<<Que debemos condenar y condenamos a la acusada Azucena como autora criminalmente responsable de un **delito continuado de apropiación indebida** ( arts. 74 , 252 , y 250.2 CP ), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la **pena de seis (6) años y dos (2) meses de prisión, y multa de diecinueve (19) meses a razón de una cuota diaria de dieciséis (16) euros**, a las penas accesorias de **inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena**, así como la de **inhabilitación especial para el cargo de gestor inmobiliario o de representación de entidades inmobiliarias** durante igualmente tiempo; y al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular, salvo las correspondientes a la acusación ejercida por la Ciudad Autónoma de Melilla.

Así mismo, dicha acusada indemnizará conjunta y solidariamente con su empresa Línea de Desarrollo Urbano S.L.U. (Lidesur), a la entidad Sociedad Cooperativa Limitada de Viviendas Melilla 97, en las cantidades expresadas en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Sentencia.>>

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la acusada Azucena 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.- Las representaciones de la recurrente basa su recurso de casación en los siguientes **motivos** :

Primero.- Por infracción de Precepto Constitucional, al amparo del número 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la LOPJ 5/1985.

Segundo.- Por Quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Tercero.- Por Infracción de Precepto Constitucional, al amparo del número 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica 5/1985.

Cuarto.- Por Infracción de Ley del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Quinto.- Por Infracción de Ley del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Sexto.- Por Infracción de Ley del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Séptimo.- Por Infracción de Ley del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Octavo.- Por Infracción de Ley del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

5.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión y subsidiariamente desestimación de los motivos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º, apoya los motivos 6º, 7º y particularmente el 8º del recurso. La parte recurrida solicita la inadmisión y subsidiariamente su desestimación. La Sala lo admitió quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 10 de mayo de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.* Bajo el ordinal tercero, por la vía de los arts. 852 Lecrim y 5,4 LOPJ, se ha alegado vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Al respecto se argumenta que lo único acreditado es que los miembros de la Cooperativa hicieron entrega de determinada cantidad de dinero para el pago del IPSI y que Azucena no lo realizó, sin que pueda decirse probado que esta o Lidesur, de la que era administradora, hubiesen percibido la totalidad de las cantidades entregadas por los socios, que haya habido distracción o que se haya lucrado ilícitamente.

Luego de diversas consideraciones jurisprudenciales de carácter general relativas, sobre todo, al segundo de los principios citados, se hace sintética referencia a las aportaciones de los medios de prueba puestos en juego que han llevado a la sala a dar credibilidad a la versión de las partes acusadoras. Estos son: la existencia del contrato de arrendamiento de servicios por el que Azucena asumió la gestión integral de la cooperativa; los documentos que acreditan que devolvió a dos cooperativistas determinadas cantidades por baja en la Cooperativa; escrito por los que la misma se dirige al BBVA autorizando el cargo de unos gastos de tasación en la cuenta de la Cooperativa; escrito de Lidesur a la Agencia Tributaria solicitando la devolución de una retención; solicitudes de Azucena en nombre de la Cooperativa para la obtención de licencias de primera ocupación; comunicación del BBVA indicando que la cuenta 0182-3430-08-0201526817 es de la cooperativa, pero dándose la circunstancia de que hay documentación en la causa de la que, en julio de 2003, aparece LIDESUR como titular; reconocimiento por la ahora recurrente fechado el 2 de marzo de 2009, de que los cooperativistas abonaron en sus respectivas fechas el importe del IPSI devengado por la transmisión de las viviendas y que por motivos que no se expresan en este documento Lidesur no pudo hacer el ingreso, de modo que adeuda las correspondientes cantidades y las devengadas en concepto de sanciones por la falta de pago voluntario, así como el IBI de 2007 y los intereses de demora y retrasos de cualquier clase relacionados con estos conceptos; declaraciones de algunos cooperativistas a los que Azucena hizo similares consideraciones; reconocimiento de deuda ante la Consejería de Hacienda de la Ciudad Autónoma de Melilla, reconociendo esas deudas, asumiendo la responsabilidad y solicitando el aplazamiento del pago de la misma; reconocimientos efectos en el proceso: en declaración al instructor, en escrito de personación, en escrito de recurso de reforma y subsidiario de apelación.

De todos estos elementos de juicio, se dice, solo se seguiría la recepción del dinero entregado por los cooperativistas y que no fue destinado al fin previsto; pero no se justificaría en modo alguno que hubiera sido incorporado por Azucena a su patrimonio de manera definitiva ni que esta les hubiera causado un perjuicio patrimonial.

En apoyo de esta conclusión se afirma que la Cooperativa de que se trata, a diferencia de lo hecho con otras, no fue promovida por Azucena, sino que su intervención se produjo en 2003, cuando la misma ya estaba constituida (desde 1996) y sus integrantes habían adquirido el terreno. Que Azucena no era "gestora plenipotenciaria" de la Cooperativa y no tenía la "absoluta disponibilidad de sobre las cuentas y fondos" de la misma; sino que la prestación de sus servicios se concretaría en gestionar, asesorar y representar en todo tipo de asuntos; de modo que en ningún momento se comprendían funciones como la toma de decisiones o la potestad de decidir cuestiones relativas al funcionamiento de la Cooperativa, propias del consejo rector. Que hasta 2008 no se otorgó poder alguno a Azucena ni a Lidesur y los que lo fueron entonces eran solo para pleitos. Que las devoluciones antes aludidas lo fueron con dinero no de la Cooperativa sino propio de la acusada. Que el cargo de los también aludidos honorarios por una tasación no suponen detracción de dinero. Que no es cierto que la cuenta antes indicada pasase a partir de julio de 2003 a ser de Lidesur, lo que desmentiría la existencia de la confusión patrimonial de que se habla en la sentencia; algo, se dice, evidenciado por el dato de que todos los documentos bancarios de la causa relacionados con esa cuenta están firmados por el presidente de la cooperativa. Que el testimonio de cargo de Bienvenido no es atendible, porque él mismo habló de su profunda enemistad con Azucena. Que los cheques que se dice entregados a una empleada de Lidesur estaban emitidos en favor de la Cooperativa y no endosados a esta entidad, que, por tanto, no habría podido cobrarlos. Que solo fueron ocho cooperativistas los que ingresaron el importe del IPSI en la cuenta de Lidesur. Que con anterioridad al requerimiento notarial de 4 de marzo de 2009 a Azucena como gestora de

Lidesur ella había ingresado en la cuenta de la Cooperativa el importe al IPSI y una cantidad mucho mayor. Que a fecha de hoy todavía no se ha liquidado económicamente la relación entre aquella y la Cooperativa.

A la valoración por la sala del reconocimiento por parte de Azucena de haber recibido el dinero correspondiente a los tributos, se objeta que esta afirmación no implica reconocer la responsabilidad correspondiente como gestora por no haber llevado a cabo el pago de los mismos. Se explica, además, que aquella se vio obligada a hacer una auditoría externa para conocer el destino de diversas cantidades gestionadas por Lidesur, que es por lo que no pudo hacer los ingresos; y que no era Azucena quien se encargaba de la contabilidad de Lidesur, sino el citado Bienvenido. También se razona que la aceptación por Azucena ante algún organismo, de la responsabilidad de no haber llevado a cabo los ingresos de que se viene hablando no equivale a la admisión de haberse quedado con el dinero. Y se subraya su afirmación de que el impago fue debido a irregularidades existentes dentro de la empresa. Y que lo único que se extrae de las manifestaciones de la recurrente es que reconoció en todo momento que los cooperativistas le habían entregado las cantidades correspondientes al pago del IPSI por la transmisión de sus viviendas, pero que nunca dijo haberse quedado con el dinero sino que este no llegó a su destino oficial por irregularidades internas de Lidesur; y además, en fin, se responsabilizó del pago de las deudas y solicitó subrogarse en la posición deudora, garantizando el pago con los bienes de Lidesur y con su patrimonio personal.

Las acusaciones se han opuesto al motivo.

Se estudiará en primer término la impugnación fundada en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por una razón de método. Esta es que la evaluación de la calidad acreditativa del material probatorio podría, al menos en principio, condicionar el resultado del examen de los dos primeros motivos del escrito, fundados en la denegación determinadas diligencias de prueba. En efecto, porque si, como en efecto sucede y se hará ver, los elementos de juicio que dan sustento a la condena, en una hipótesis razonable, fueran de una consistencia tal que los que pudieran haber aportado a la causa los medios no practicados no llevarían en ningún caso a una conclusión distinta de la que se expresa en la sentencia de instancia y se concreta en el fallo, las dos causas de impugnación formuladas en primero y segundo término no podrían prosperar en ningún caso.

Situados en esta perspectiva, hay que afirmar, por un lado, que la prueba de cargo es realmente abrumadora; mientras la de descargo es lábil en extremo. Y que tanto una como otra han sido objeto de un tratamiento ejemplar por parte del tribunal sentenciador.

Dicho en términos coloquiales, el verdadero "caballo de batalla" es el papel realmente desempeñado por la ahora recurrente en la gestión de la cooperativa y, más en concreto, en la de los fondos aportados por los cooperativistas relacionados en los hechos a Lidesur- Azucena, para el abono de los tributos identificados por las siglas IPSI e IBI, de los que asimismo hay constancia concreta en este apartado de la sentencia.

Pues bien, sucede que lo que resulta, tanto de lo formalmente convenido por Azucena como Lidesur con la cooperativa, como de la naturaleza de su papel real en la gestión, no deja ninguna duda acerca de que lo sucedido es lo que en la sentencia se describe como tal.

En efecto, sin necesidad de ir más lejos, el contrato de arrendamiento de servicios suscrito el 10 de julio de 2003 en la materia, tenía por objeto atribuir a Azucena las funciones consistentes en "gestionar, asesorar y representar" a la cooperativa "en todo tipo de asuntos", en tanto durase la promoción de viviendas de la que se trata. Y, más en concreto, uno de los aspectos de esa gestión tenía que ver expresamente con la liquidación fiscal, obviamente, de alguna clase de tributos.

Si de esa perspectiva jurídico-formal se pasa al modo como se concretaron esas atribuciones, resulta que el domicilio de la cooperativa a efectos de notificaciones era el de la propia Lidesur, lo que, ciertamente, constituía a su titular en auténtica mediadora en toda clase de relaciones de la cooperativa con las instituciones. A esto se ha de añadir que -a pesar de que la recurrente cuestiona el calificativo de "gestora plenipotenciaria" con el que la sala describe su papel- ocurre que existen datos inequívocos de que tenía capacidad para disponer de los fondos de aquella, algo que hizo reiteradamente, según se ejemplifica en el primero de los fundamentos de derecho, para efectuar la devolución de los aportados por algunos cooperativistas que causaron baja, o al autorizar el cargo en la cuenta de la entidad de los honorarios devengados por una tasación. Todo, con referencia a una cuenta abierta en el BBVA de titularidad de la cooperativa, de la que Lidesur figura en el mismo concepto en la documentación relativa a la contabilidad de 2007, según se precisa por la Audiencia. Por eso, la afirmación de la existencia de una auténtica "confusión patrimonial entre la cooperativa y Lidesur" tiene un respaldo probatorio ciertamente incuestionable.



Pero es que, por si no bastase, la propia Azucena admitió llanamente, de forma expresa, en varias ocasiones, fuera y dentro de la causa (ante la Consejería de Hacienda de Melilla, en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de la ciudad, y ante el instructor), haber recibido de los cooperativistas los fondos relativos a los impuestos reseñados y no haber llevado a cabo su ingreso; adeudando, por tanto, el correspondiente importe, así como el de los intereses y recargos por la mora. Y ello debido a irregularidades producidas en la gestión de su empresa.

Los datos más objetivos de los que acaban de enumerarse, es obvio, no mienten. Pero, si ello no fuera suficiente, por qué razón Azucena habría podido asumir de forma tan voluntaria como franca esa responsabilidad, de no ser ciertos los datos en que se funda.

El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que -salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos- es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito. Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciara, para que una conclusión incriminatoria con este fundamento resulte atendible, según jurisprudencia asimismo muy conocida, es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.

Así las cosas, vistas las consideraciones que anteceden, que figuran recogidas en la sentencia con tanta expresividad como rigor, bajo el prisma de este canon jurisprudencial, es forzoso concluir que la presunción de inocencia de la que recurre ha sido eficazmente desvirtuada. Porque la hipótesis acusatoria es la única apta para explicar de forma plausible, lo realmente sucedido en el ámbito de la gestión asumida por la misma.

En consecuencia, el motivo tiene que desestimarse.

*Segundo.* Lo denunciado bajo el ordinal primero, invocando el art. 5,4 LOPJ y el art. 852 Lecrim , la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes. Esto, al haberse denegado la práctica de la prueba documental solicitada al comienzo del juicio oral, al amparo de la previsión del art. 786,2º Lecrim , así como de la prevista con posterioridad, con apoyo en lo dispuesto en el art. 729,3º Lecrim . La prueba, se dice, estaba formada por dos bloques de documentos, uno destinado a acreditar que Azucena no tenía facultad de disponer en la cuenta de la Cooperativa; y otro para probar que existía otro apoderado de LIDESUR. Se reprocha a la sala la manifestación oral de su presidente de que tal aportación carecía de justificación en ese momento. Se afirma asimismo que, en el momento de la práctica de la documental, y a la vista de la prueba practicada en el juicio, a tenor de lo previsto en el segundo precepto citado, se pretendió la aportación de tres documentos bancarios originales, para acreditar que LIDESUR, luego de haber recibido en su cuenta los aproximadamente ochenta mil euros ingresados por los cooperativistas correspondientes al IPSI, realizó tres ingresos por un monto superior a doscientos mil euros, con objeto de probar que se habían reintegrado las cantidades recibidas en la cuenta de la Cooperativa en el BBVA.

Se objeta que la Ley de E. Criminal no condiciona la posibilidad de aportar prueba al comienzo de la vista al hecho de que la misma no hubiera podido serlo antes, que fue el motivo de la inadmisión. Y también que lo pretendido con la aportación aludida en segundo termino era demostrar que, en contra de lo dicho por los miembros de la Cooperativa, sí se habían realizado ingresos después de las escrituras públicas de transmisión de las viviendas; en concreto tres de 62.636 euros, 140.000 euros y 69.700 euros, por parte de Azucena en nombre de LIDESUR.

En el desarrollo del motivo se explica que la documental que pretendió aportarse habría servido para acreditar: que Azucena (LIDESUR), en el caso de un cooperativista, al no haber fondos en la cuenta de la cooperativa abonó dos veces el importe que un cooperativista iba a descontar del principal del préstamo de su vivienda; que aquella hizo, con sus propios fondos, distintos pagos de impuestos correspondientes a la cooperativa; que también abonó facturas de la cooperativa; que ingresó 140.000 euros para que la cooperativa, que no disponía de fondos en ese momento, pudiera hacer frente a un pagaré; las devoluciones a los cooperativistas en concepto de sobrante; la disolución de una comunidad de bienes de la que LIDESUR formaba parte junto a una entidad tercera no relacionada con la Cooperativa; la recuperación de un pago efectuado por LIDESUR en nombre de la cooperativa y la demostración de que LIDESUR había realizado una serie de abonos en nombre de la Cooperativa; que Azucena no era titular ni persona autorizada en la cuenta de la Cooperativa. En resumen, la idea era poner de relieve la existencia de ingresos como los



citados, realizados por la acusada; con objeto de desvirtuar la versión de las acusaciones en el sentido de que fueron veinticuatro los cooperativistas que ingresaron el importe del IPSI, cuando en realidad habrían sido solo ocho; y que el ingreso de 272.336,9 euros con posterioridad al otorgamiento de las escrituras, no debido a cooperativistas, tuvo que haber sido realizado por aquella.

Se reprocha al tribunal que se hubiera limitado a inadmitir toda esa documentación, sin más explicación que la de que no era el momento oportuno, sin decir nada acerca de la pertinencia de la misma. Y se sostiene que, además de pertinente, era relevante para decidir sobre el fondo de la causa.

El Fiscal se ha opuesto al motivo, por entender que la documentación de referencia no habría servido para desvirtuar los elementos de prueba en que se funda la conclusión de la sala; y que, además, esa aportación no tenía cabida al amparo del art. 729,3º Lecrim .

La acusación particular se ha opuesto al motivo señalando que una parte de los documentos ya estaban en la causa, mediante copias; y que el presidente de la sala resolvió como consta en vista de que los documentos no eran posteriores a la entrada de la causa en el tribunal; y que, por su gran volumen, no podrían haber sido examinados en ese momento procesal.

Esta objeción, esencial en la justificación de la decisión que se cuestiona, goza de razonable fundamento, puesto que en el curso del procedimiento, aparte la posibilidad de hacerlo a lo largo del curso de la instrucción, hay un trámite específico de proposición de prueba, que busca poner a disposición de las partes, temporáneamente, toda la que deba ser objeto de consideración.

Por eso, la oportunidad abierta por el art. 786,2º Lecrim , en rigor, no forma parte de ese momento, sino que responde a la finalidad de hacer posible la *integración* de la prueba propuesta cuando regularmente debió hacerse, con otra que *eventualmente* no habría estado entonces disponible. Así, la STS 710/1997, de 20 de mayo se refiere a las pruebas que por motivos ajenos a la voluntad de las partes no pudieron proponerse en el escrito de calificación. Y la STS 1060/2006, de 11 de octubre demanda razones justificadas para acogerse a la previsión de que se trata.

De otro lado, la posibilidad de hacer uso del art. 729,3º Lecrim está circunscrita al supuesto de que se trate de acreditar alguna precisa circunstancia que pueda influir -concretamente, por tanto- en el valor probatorio de las declaraciones de un testigo.

Así las cosas, no puede decirse en modo alguno que la decisión del tribunal hubiera sido arbitraria, en vista de la masiva aportación de documentos plenamente disponibles ya durante el desarrollo de la causa, de los que, además, muchos ya estarían incorporados a esta.

Pero ocurre que, aun siguiendo a la recurrente en su modo de discurrir, es claro que ninguno de los argumentos a que podrían dar pie los elementos de juicio a que se refiere, podrían neutralizar la calidad convictiva de los datos existentes en la causa y tomados en consideración por la sala. En efecto, porque no existe duda del carácter omnicompreensivo de las atribuciones de gestión (que incluso se vería reforzado por alguna de las actuaciones de Azucena ahora traídas a colación con fines pretendidamente exculpatorios). Y porque tampoco puede haberla acerca de que recibió el importe de los tributos que, por su exclusiva responsabilidad, no llegó a su destino oficial.

Dicho esto, hay que decir asimismo que los documentos a que se refiere el motivo pudieron ser pertinentes, en cuanto relacionados con el objeto de la causa. Pero nunca relevantes en el sentido de que pudieran haber servido para neutralizar la información de carácter netamente inculpatario, que con tanto detalle figura en la sentencia y que ha sido examinada al tratar de la impugnación fundada en la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio. Que es por lo que en modo alguno su incorporación, entonces ni ahora, habría gozado de aptitud para hacer cambiar el sentido del fallo. Es por lo que este motivo es asimismo inatendible.

*Tercero.* Bajo el ordinal segundo del recurso , al amparo del art. 850,1º Lecrim , se ha acudido quebrantamiento de forma por la indebida denegación de algunas diligencias de prueba.

Se trata, en realidad, de una reiteración, bajo el prisma de la legalidad ordinaria, del motivo que acaba de examinarse. Por tanto, ha de estarse a lo resuelto al respecto.

*Cuarto.* La alegación, con apoyo en el art. 849,2º Lecrim , es de error en la apreciación de la prueba resultante de documentos que, al no haber sido desmentidos por otras pruebas, acreditarían la equivocación del juzgador.

Las acusaciones se han opuesto al motivo.

La tesis es la sala de instancia habría errado al afirmar que la cooperativa fue promovida bajo la dirección de Azucena como Lidesur; que las aportaciones de sus integrantes se realizaban en una cuenta de esta entidad; que la cooperativa facultó ampliamente a aquella para actuar en su nombre en cuantos asuntos fuera necesario; que los cooperativistas entregaron las cantidades correspondientes al IPSI y al IBI a Azucena o a sus empleados; que ese dinero no fue reintegrado a aquellos o a la cooperativa; que Azucena solicitó un aplazamiento del pago de esos tributos y del importe de las sanciones sin haber pagado cantidad alguna, avalado o prestado fianza.

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849,2º Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde "documento" es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

El examen del desarrollo del motivo que sigue al enunciado que acaba de extractarse, pone inmediatamente de manifiesto la falta de rigor en el planteamiento. En efecto, pues la recurrente no se ajusta en absoluto a los requerimientos legales del precepto que invoca, que no autoriza a un examen indiscriminado y genérico de los elementos de prueba de fuente documental, sino que exige, de un lado, la máxima concreción de los términos del error; y la inexistencia de duda acerca de la realidad de este, tanto por la evidencia del dato o datos en que se apoye la denuncia, como por la ausencia de elemento alguno de prueba que pudiera contradecirla.

Pues bien, no hay ni que decir que esta segunda fundamental exigencia está del todo ausente en el planteamiento de la impugnación, porque, como se ha hecho ver en el examen del motivo tercero, estudiado en primer lugar, los elementos probatorios de cargo son ciertamente abrumadores. Y esto solo es causa bastante para desestimar este motivo.

*Quinto.* Lo reprochado es infracción de ley, de las del art. 849,1º Lecrim . El argumento es que no concurren en los hechos los requisitos doctrinal y jurisprudencialmente exigidos para la aplicación del art. 252 Cpenal . Ello porque allí no consta que el incumplimiento del deber de abono del importe de los impuestos de que se habla haya sido definitivo; y tampoco que Azucena hubiese obrado con la voluntad de incorporarlo definitivamente a su patrimonio ni que se hubiese lucrado de forma ilícita.

En apoyo de esta afirmación, la recurrente pasa revista a los datos relativos a la conducta enjuiciada que figuran en el relato de la sentencia y también a algunos otros relacionados en los fundamentos de derecho, para concluir que los únicos requisitos del delito de referencia a que se refiere el tribunal son la recepción del dinero y que no fue destinado al fin que había motivado la entrega. Luego razona que la existencia de modalidad de la apropiación indebida denotada como distracción requiere, de un lado, un acto de disposición sobre lo recibido, consistente en darle un destino *definitivo* distinto del acordado. Por lo que, se insiste en este aspecto, no bastaría un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas. Para concluir que lo único producido en el caso sería un "retraso/defecto de cumplimiento de la obligación de dar al dinero un determinado destino".

Las acusaciones se han opuesto al motivo.

Es un tópico jurisprudencial plenamente consolidado (en múltiples sentencias de esta sala, como ya la de 25 de febrero de 1991 , importante por su claridad) que lo denotado como "apropiación indebida", en el art. 252 Cpenal , en la redacción aplicable al caso a examen, son dos distintas formas de comportamiento antijurídico. Una primera, que se ajusta al tenor más literal del sintagma, es la que, de forma paradigmática, se produce cuando quien ha recibido una cosa mueble por un título que comporta la obligación de entregarla o devolverla, llegado el momento, no lo hace, por haber dispuesto de ella ilícitamente como dueño, por propia decisión. La otra, también en su versión más emblemática, tiene lugar cuando lo entregado, con determinado fin, es una cantidad de dinero que, bien fungible por excelencia, no se está obligado a conservar en su identidad física, sino a darle, como valor, el destino pactado; lo que finalmente no se produce, también por una decisión autónoma del receptor, que lo adscribe a otra finalidad. Siempre, en ambos casos, es obvio, con pérdida y en perjuicio de otro.

Pues bien, lo que resulta de los hechos probados de la sentencia impugnada es que el presidente de la Cooperativa, en representación de esta, suscribió con Azucena -Lidesur el contrato de arrendamiento de servicios al que ya se ha aludido, por el que la primera asumía el encargo de la gestión integral de esa entidad. Consta que en este marco contractual los cooperativistas (nominativamente reseñados) entregaron a aquella las cantidades correspondientes a los impuestos denotados como IPSI e IBI, en cuenta abierta en el BBVA, en las que Azucena estaba autorizada para disponer. Y consta que la misma no hizo los pagos correspondientes a la Hacienda de la ciudad autónoma, y tampoco lo ha reintegrado a los interesados.

Pues bien, tratándose como aquí se trata de dinero, y de un dinero al que Azucena debió dar necesariamente el destino expresado; el desplazamiento del mismo de la cuenta aludida, su lugar de custodia, sin retorno y con perjuicio por tanto para quienes lo habían aportado, cualesquiera que fuese el motivo, supuso, la asignación a ese valor, por parte de aquella, de un destino distinto del obligado. Por consiguiente, la realización de un delito del art. 252 Cpenal, cometido por la simple disposición con desviación del fin y en perjuicio de los comitentes, incluso si esto no se hubiera dado con beneficio para la que recurre. Y es que, en supuestos como el de este caso, el dinero, como valor, entra, en el patrimonio de quien lo recibe, de una forma rigurosamente condicionada, y sin que, por ello, le esté permitido darle un uso ajeno al acordado.

De los hechos probados resulta que las aportaciones de los cooperativistas tuvieron lugar en un periodo comprendido entre los años 2003 y 2007; que la Hacienda de Melilla incoó un expediente contra la cooperativa por impago de los tributos y que en 2008 resolvió sobre el recurso formulado por la ahora recurrente, desestimándolo, iniciándose un procedimiento de apremio. Todo sin que, en ese momento los afectados tuvieran conocimiento de lo que estaba sucediendo. A la fecha de la sentencia (19 de octubre de 2015), es claro, esa situación permanecía en sus constantes.

Todo lo argumentado en apoyo del motivo es que lo que se desprende del relato de la sala es solo la existencia de una distracción circunstancial de los fondos. Pero esta interpretación, por completo contrafáctica, no es en absoluto lo que allí se expresa, ni lo que racionalmente se sigue de la lectura más elemental de aquel. Porque hubo, ya en su momento, una aplicación ilegítima de los fondos, lo que por sí solo hubiera bastado para dar cumplimiento a las exigencias del tipo; pero es que además, esa desviación se ha consolidado claramente en el tiempo.

Así, por todo, el motivo tiene que rechazarse.

*Sexto.* También como infracción de ley, se ha denunciado, en este caso, como indebida, la aplicación del subtipo agravado del art. 251.1,1º Cpenal, porque en los hechos probados no figuraría dato alguno que lo permita. Ello debido a que no se dice que las cantidades de dinero apropiadas recaigan sobre lo que sería vivienda habitual.

La acusación particular se ha opuesto al motivo, que cuenta con el apoyo del Fiscal.

Este entiende que la simple referencia a la vivienda como domicilio del comprador, cuando no consta expresamente que este fuera a ser el habitual, no sirve para dar por cumplida la exigencia legal de que se trata. Y objeta que, además, se da la circunstancia de que las cantidades entregadas no lo fueron, precisamente, para el pago del precio de construcción de cada uno de los inmuebles.

Esta sala, a propósito de la aplicación del precepto de referencia, ha subrayado que no puede ser automática y por el solo dato de que en los hechos se trate de un inmueble dedicado a vivienda, sino que debe limitarse a los supuestos en los que el perjudicado, por efecto de la conducta objeto de la causa, viera frustradas sus expectativas de adquirir una vivienda, como bien de primera necesidad ( STS 1/2007, de 2 de enero ).

Así las cosas, la aplicación de este criterio interpretativo al caso a examen, hace que tenga que estimarse el motivo.

*Séptimo.* Lo ahora objetado, como infracción de ley, es la aplicación indebida del art. 250.1, 7º Cpenal; porque, se dice, ni en los hechos ni tampoco en los fundamentos de derecho consta el presupuesto de aplicación del precepto. Es decir, que entre los miembros de la cooperativa y la ahora recurrente hubiera mediado una particular relación personal que hubiese sido defraudada o un aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional por parte de aquella.

La acusación particular se ha opuesto al motivo que, en este caso, cuenta también con el apoyo del Fiscal.



En los hechos probados se alude a la existencia de una relación personal de Azucena con tres de los cooperativistas. Y en los fundamentos de derecho se dice que los cooperativistas confiaban ciegamente en ella.

En cuanto a lo primero, tiene razón el Fiscal, el número de los cooperativistas personalmente relacionado con Azucena es escasamente significativo; y, además, esa relación no sería extrapolable a la cooperativa como tal. En cuanto a lo segundo, lo cierto es que lo exigido es un aprovechamiento cualificado o particularmente insidioso de la aludida credibilidad, pues, de no ser así, la agravación debería concurrir en cualquier supuesto, ya que es claro, todo el mundo que recaba los servicios de un profesional lo hace por considerarle, como tal, fiable.

Esta sala se ha atenido siempre a una interpretación restrictiva de los supuestos de que se trata (1167/2009, de 28 de octubre). Y, en particular, en lo que hace al segundo, ha exigido algo más que el simple y genérico crédito empresarial, como, por ejemplo, la existencia de relaciones previas de orden profesional ajenas a los hechos de que en concreto pudiera tratarse ( STS 9/2008, de 18 de enero ).

En consecuencia, por lo razonado, hay que concluir en el sentido reclamado por la recurrente.

*Octavo.* La alegación, también como de infracción de ley, es de indebida aplicación del art. 74 Cpenal . El argumento es que lo que resultaría de los hechos no es la existencia de una pluralidad de acciones, sino de una única acción, por lo que habría un solo delito de apropiación indebida. En esencia, porque quien contrató con Azucena no fue, particularmente, cada uno de los cooperativistas, sino la cooperativa como tal; y los pagos a aquella, aunque se hubieran realizado en fechas distintas, fueron muy próximas en el tiempo.

La acusación particular se ha opuesto al motivo, parcialmente apoyado por el Fiscal. Este cuestiona la afirmación relativa a la existencia de un único acto de apropiación, por la aludida razón de que las entregas de dinero por los cooperativistas se llevaron a cabo en distintas fechas, unas veces en mano a la acusada y otras en las cuentas de la cooperativa o de Lidesur. Además señala la necesidad de tomar en consideración el criterio expresado por esta sala en el pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, y, en consecuencia, aun siendo el delito continuado, imponer la pena solo en aplicación del art. 250.1 , 6º Cpenal , para evitar la doble incriminación de un mismo dato de hecho.

Pues bien, de los hechos resulta con total claridad que fueron varios los cooperativistas que, actuando de manera individualizada, pusieron a disposición de la acusada para el pago de los impuestos que constan, cada uno, la suma correspondiente. Así, fueron varios los encargos, varios los actos de entrega y varios los actos de distracción, ya que esta se proyectó sobre cada uno de los importes, al ser accidental que estuvieran o no en la misma cuenta corriente.

En consecuencia, por la pluralidad de las acciones de apropiación y porque la ejecución de estas en su conjunto denota abiertamente la existencia de un plan al respecto, se está ante un supuesto del art. 74 Cpenal , es decir, es decir, en presencia de un delito continuado.

Dicho esto, hay que dar la razón al Fiscal en su propuesta de aplicación del criterio establecido en el pleno indicado, porque, precisamente, para la agravación prevista en el art. 250.1 , 6º Cpenal , se ha tomado en consideración la suma total, esto es, el monto de lo ilegítimamente apropiado, y este es un segmento de los hechos que, en rigor, no puede operar de nuevo a los efectos del art. 74,2º Cpenal .

En tal sentido debe estimarse el motivo.

### III. FALLO

Se estiman los motivos sexto y séptimo y parcialmente el motivo octavo del recurso interpuesto por la representación de Azucena , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Séptima con sede en Melilla, con fecha 19 de octubre de 2015 , seguida por delito continuado de apropiación indebida. En consecuencia se anula parcialmente esa resolución que se casa y se sustituye por la que a continuación se dicta. Se desestima el recurso en todo lo demás y se declara de oficio las costas causadas en su recurso.

Comuníquese ambas resoluciones a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Séptima con sede en Melilla, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección

Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Andrés Martínez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Andrés Palomo Del Arco

Carlos Granados Pérez Perfecto Andrés Ibáñez

**2048/2015**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez**

**Fallo: 10/05/2016**

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SEGUNDA SENTENCIA Nº: 417/2016**

**Excmos. Sres.:**

**D. Andrés Martínez Arrieta**

**D. Francisco Monterde Ferrer**

D. Andrés Palomo Del Arco

**D. Carlos Granados Pérez**

D. Perfecto Andrés Ibáñez

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 dieciocho de Mayo de dos mil dieciséis.

En la causa número 24/2014, con origen en las diligencias Previas número 441/2009, procedente del Juzgado de Instrucción número 5 de Melilla, seguida por delito continuado de apropiación indebida, contra Azucena , nacida en Melilla el día NUM032 de 1959, hija de Geronimo y de Consuelo , con D.N.I. número NUM033 , la Audiencia Provincial de Málaga Sección Séptima con sede en Melilla, dicto sentencia de fecha diecinueve de octubre de dos mil quince , que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

### **I. ANTECEDENTES**

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

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Por lo razonado en la sentencia de casación, se deja sin efecto la aplicación de los subtipos agravados del art. 250.1, 1º y 7º Cpenal . Y en lo relativo a la fijación de la pena, se estará a lo dispuesto en el apartado 6º del mismo artículo.

### **III. FALLO**

Se condena a Azucena como autora de un delito continuado de apropiación indebida a la pena de tres años y medio de prisión y multa de nueve meses, manteniéndose en todo lo demás el fallo de la sentencia de instancia.

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

Andrés Martínez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Andrés Palomo Del Arco

Carlos Granados Pérez Perfecto Andrés Ibáñez



**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez, 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ