

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN PRIMERA

### BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10 3ª Planta - C.P./PK: 48001  
Tel.: 94-4016662  
Fax / Faxes: 94-4016992

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 48.04.1-14/027410  
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48020.43.2-2014/0027410

#### **Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 93/2015 - M**

Atestado nº. / Atestatu-zk.:

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea*: APROPIACION INDEBIDA-  
ESTAFA Y FALSEDAZ DOCUMENTAL /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:

Juzgado de Instrucción nº 2 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 2 zk.ko

Epaitegia

Proced.abreviado / Prozedura laburtua 2343/2014

Contra / *Noren aurka*:

Procurador/a / *Prokuradorea*: JUAN ANGEL FERROS PRESA

Abogado/a / *Abokatua*: ISIDRO ANGULO PEÑA

en calidad de QUERELLANTE y

en calidad

de QUERELLANTE

Abogado/a / *Abokatua*: ANA ISABEL TUDANCA DE LA GUARDIA y Abogado/a / *Abokatua*: ANA ISABEL TUDANCA  
DE LA GUARDIA

Procurador/a / *Prokuradorea*: ROSA ALDAY MENDIZABAL y Procurador/a / *Prokuradorea*: ROSA ALDAY  
MENDIZABAL

#### **SENTENCIA Nº: 28/2016**

ILMOS. SRES.

Dña. REYES GOENAGA OLAIZOLA

D. ALFONSO GONZALEZ-GUIJA JIMENEZ

D. JESUS AGUSTIN PUEYO RODERO

En BILBAO (BIZKAIA), a dieciocho de abril de dos mil dieciseis

Visto en juicio oral y público ante la Sección Primera de esta Audiencia Provincial de Bizkaia la presente causa, dimanante del Procedimiento Abreviado número 2343/14 del Juzgado de Instrucción número 2 de Bilbao, en la que figura como acusado con DNI núm. 1 nacido en Bilbao el 29/12/1951 y cuyas demás circunstancias personales constan en

autos, representado por el Procurador D. Juan Angel Ferros Presa, defendido por el Letrado D. Isidro Angulo Peña, siendo parte acusadora D/D<sup>a</sup> y  
, representados por la Procuradora D<sup>a</sup> Rosa Alday Mendizábal y la Letrada D<sup>a</sup>. Ana Isabel Tudanca De La Guardia y el Ministerio Fiscal representado por D<sup>a</sup> Natividad Esquiú.

Expresa el parecer de la Sala como Ponente la Il<sup>ta</sup>ma. Sra. Reyes Goenaga Olaizola.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En virtud de la querrela interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup>. Rosa Alday Mendizábal en representación de D/D<sup>a</sup>.

a, fue incoado e instruido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Bilbao el presente procedimiento Abreviado, en el que fue acusado D.

**SEGUNDO.-** Formado el oportuno Rollo de Sala, y remitidas las actuaciones oportunas, a esta Audiencia Provincial, tras los trámites procedentes se señaló la vista oral, que ha tenido lugar el 5 de Abril de 2016 a las 10:00 horas.

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal, en el acto de la vista oral modificó sus conclusiones:

**1<sup>a</sup>.-** Que en Mayo de 2014 el acusado abonó a los perjudicados 20.000 euros en concepto de indemnización. La falta de ingresos en el Departamento Hacienda Foral que debió efectuar el acusado generó intereses de IVA en 2011, de 6.302,22 euros y el Impuesto de Sociedades, 2.151,60 euros para el 2011.

**2<sup>a</sup>.-** Elimina el tipo 250.5º y sustituye por 249.

**5<sup>a</sup>.-** Pena de 2 años de prisión, y una responsabilidad civil de 55.431,29 euros.  
Se suprime la pena de multa.

El acusado es responsable en concepto de autor. No concurren circunstancias modificativas en la responsabilidad criminal. El acusado indemnizará a la empresa Etor S.L., en la persona de su representante legal, en la cantidad de 55.431,29 euros, por la cantidad apropiada así como la que se determine en ejecución de sentencia por los perjuicios causados, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Siendo responsable civil subsidiaria la empresa S.L.

**CUARTO.-** En igual trámite, la Acusación Particular modifica en el mismo sentido que el Ministerio Fiscal en la 1<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup>.

Los hechos son constitutivos de un delito de estafa previsto y penado en el artículo 248 en relación con el artículo 250.1, 4º, 5º y 6º y 74 del Código Penal vigente y alternativamente, de un delito de apropiación indebida previsto y penado en el artículo 252 en relación con el artículo 250.1, 4º, 5º y 6º y 74 del Código Penal vigente. De dicho delito es responsable como autor el acusado no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del acusado. Procede imponer al acusado la pena de 2 años de prisión con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, así como al pago de las costas, incluidas las de la ésta acusación.

El acusado deberá indemnizar a Etor Alimentaria S.L. en la persona de su representante legal D. en la cantidad de 55.431,29 euros, por la cantidad apropiada, así como la que se determine en ejecución de sentencia por los perjuicios causados, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Santutxu Consulting S.L. responderá en calidad de responsable civil subsidiario.

**QUINTO.-** Por la defensa del acusado en igual trámite muestra su conformidad con la modificación del Ministerio Fiscal en la 1ª y 2ª. Mantiene la solicitud de un año de prisión. Conforme con la responsabilidad civil solicitada.

### **HECHOS PROBADOS**

El acusado a, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en su condición de administrador único de la mercantil Santutxu Consulting S.L. con sede en el nº 1 entreplanta D de la calle Pintor Aurelio Arteta de Bilbao, dedicada a actividades de correduría, teneduría de libros, auditoría y asesoría fiscal, contrató en el año 2006 con la empresa familiar Etor Alimentaria S.L. de la cual eran socios el matrimonio formado por I

En virtud de dicho contrato el acusado debía realizar las labores de asesoramiento fiscal y contable de dicha empresa, siendo así que entre marzo de 2011 y agosto de 2012 el acusado procedió con ánimo de ilícito enriquecimiento a apropiarse de 66.970,69 euros, cargando indebidamente cantidades en la cuenta de Etor Alimentaria S.L. o no destinando las recibidas al pago de impuesto de la misma. En concreto:

En el mes de marzo de 2011 el acusado cargó injustificadamente en la cuenta de Etor S.L. recibos por importe de 348 euros y 400 euros, procediendo a apropiarse del importe de los mismos.

En fecha 21 de abril de 2011 el acusado cargó en la cuenta de Etor S.L. dos

recibos por importe de 1.724,37 euros y 2.429,36 euros, haciendo constar en ambos “liquidación del IVA”, sin embargo el acusado no llegó a ingresar dichas cantidades en la hacienda foral de Vizcaya.

En fecha 13 de diciembre de 2011 el acusado recibió de Etor S.L. y a requerimiento suyo el cheque nº 01105540 por importe de 42.036,64 euros que cargó en la cuenta de Etor S.L. estando el mismo destinado al pago del IVA por la venta de una nave industrial propiedad de dicha mercantil, procediendo que el acusado a apropiarse de dicha cantidad.

El 3 de febrero de 2012 el acusado cargó en la cuenta de Etor S.L. en concepto de “rectificación liquidación” y “retrocción deducción” dos recibos por importe de 3.720 euros y 4.153,73 euros, respectivamente, cantidades de las que también se apropió el acusado.

Finalmente el 1 de agosto de 2012 a requerimiento del acusado, Etor ingresó en la cuenta de Santutxu Consulting S.L. la cantidad de 12.159, 51,00 € para hacer pagos a la Hacienda Foral, sin embargo el acusado no efectuó dicho ingreso apropiándose íntegramente de su importe.

mo representante legal de la empresa Etor reclama la indemnización correspondiente por los referidos hechos.

En mayo de 2014 el acusado abonó a los perjudicados 20.000 euros en concepto de indemnización. La falta de ingresos en el Departamento de la Hacienda Foral que debió efectuar el acusado generó intereses de IVA en 2011 de 6.302,22 euros y en el Impuesto de Sociedades de 2,151,60 euros para el 2011.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** El anterior relato de hechos es el resultado de la prueba practicada en el acto del juicio oral, bajo los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción y que en este caso desvirtúa la presunción de inocencia que ampara al acusado.

En el acto de la vista el acusado reconoció básicamente los hechos de los que se le acusa, indicando que en efecto era administrador único de Santutxu Consulting y que está conforme con las cantidades reclamadas, que tiene intención de abonar la cantidad en cuanto pueda volver a trabajar. Reconoció a preguntas de la letrada de la Acusación que el dinero recibido de Etor lo destinó al despido de dos trabajadores de su empresa y a pagar atrasos de los trabajadores. Y añadió que cuando se descubrió la situación sí echó la culpa de lo ocurrido a una empleada de su asesoría, habiéndolo hecho así para ganar tiempo y conseguir el dinero para devolverlo a los perjudicados.

Confirmando la dinámica de los hechos que hemos reflejado arriba compareció a la vista D. quien explicó la relación de confianza que entabló con el encausado y confirmó las cantidades que se hacen constar arriba explicando que pagaba

al asesor lo que éste les pedía, sin exigirle documentación alguna. En tal sentido explicó que solo empezaron a sospechar cuando les llamó Hacienda y tras varias reuniones con el Inspector. Que una vez que se convencieron de la situación buscaron la ayuda de un “hombre bueno” para que intermediara en la solución del problema y que el acusado firmó un (tercer) reconocimiento de deuda. Confirmó también que acudió al Tribunal Económico Administrativo porque el encausado les había entregado unas supuestas resoluciones de ese organismo que justificaban aparentemente dos de las entregas que le realizaron y allí les indicaron que tales resoluciones eran falsas.

Esto último fue confirmado por la declaración testifical de vicepresidente del Tribunal, que manifestó que ninguno de los dos acuerdos eran ciertos ni emitidos por tal organismo.

También compareció a la vista el Subinspector de Hacienda S que conoció del expediente y que alertó a los perjudicados de la situación que se había producido.

Todo ello permite sostener en un análisis conjunto de la prueba practicada que el hoy en causado utilizaba las cantidades que requería de sus clientes para el abono de las obligaciones fiscales o contables de su empresa, para fines propios y distintos de aquellos a los que debía destinar tales sumas de dinero.

**SEGUNDO.** Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida del art. 252 CP (en la redacción anterior a la reforma última del CP) en relación con el art. 249, y 74 del CP.

Son varias las cuestiones jurídicas que se plantearon en el acto de la vista y comenzaremos por analizar la razón por la que entendemos que estamos **ante un delito de apropiación indebida y no ante un delito de estafa** como solicitaba la acusación particular. En opinión de la Sala nos encontramos ante un supuesto límite, en el que bien podría sostenerse como indica la letrada de la acusación que desde un punto de vista no técnico la actuación del encausado estuvo orientada a defraudar la confianza de sus clientes y a conseguir de ellos una serie de cantidades que empleó para su beneficio personal. Que tal actuación supuso una defraudación de la confianza de los perjudicados está fuera de toda duda y que la actuación del encausado estuvo presidida por la ocultación de su verdadera intención también es un hecho constatado.

El matiz sin embargo está en si las obligaciones que motivaban las entregas eran realmente existentes o formaban parte de una ideación o del propio engaño. Y esto es lo que en nuestro caso nos lleva a considerar que estamos ante un delito de apropiación y no de estafa.

Citaremos el ATS de 18 de febrero de 2016 (ROJ: ATS 2166/2016 - ECLI: ES:TS:2016:2166A) en el que tras analizar el supuesto de hecho concreto indica “Las operaciones se califican en el relato de hechos probados como inexistentes. Esto es, se trataba de una maniobra para conseguir que el perjudicado desembolsase ciertas cantidades, como de hecho así ocurrió. La causa del desplazamiento económico, por lo tanto, es la idea falsa del perjudicado, mendazmente creada por los acusados. No se describe una entrega de dinero, en sucesivas veces, en virtud de un título que obligase a los acusados a devolverlo o a emplearlo en un determinado fin, que, como se ha dicho,

no existía. Consecuentemente, no se puede estimar que los hechos constituyesen un delito de apropiación indebida, sino un delito de estafa, que, además, se llevó a cabo en varias acciones individuales.”

El supuesto que analiza el TS es precisamente el contrario al que aquí nos ocupa, pero nos sirve de referencia para nuestra valoración. En nuestro caso, la relación que se establece entre el encausado y sus clientes hoy querellantes es real, se trata de la relación entre los responsables de una empresa y su asesor fiscal y contable.

Ciertamente el encausado tenía una empresa de asesoría con diversos clientes. Y los pagos para los cuales el encausado pedía dinero a los querellantes también eran ciertos, se trataba de obligaciones derivadas del Impuesto de Sociedades o del IVA. Consta que las deudas u obligaciones de pago existían, y de hecho han tenido que ser finalmente abonadas por el Sr. [redacted] como afirmó en el acto de la vista y consta documentalmente.

En cuanto a la dinámica por la que el encausado solicitaba las cantidades al Sr. [redacted], aunque en el acto de la vista no lo explicó con tanto detenimiento, sí lo hizo en su declaración instructora, diciendo que el denunciado era el representante de Etor ante Hacienda (porque tenía que hacer gestiones ante Hacienda y el declarante firmó dicha representación). Esto supone que en las relaciones con Hacienda, el querellante y su esposa habían asumido que su asesor se ocuparía de la gestión de la eventual discusión de cantidades con la entidad fiscal y del pago de las cantidades procedentes. Lo que no tenía el encausado era acceso a los fondos de la sociedad, de tal modo que para cualquier pago lo que hacía era solicitarlo a los querellantes explicándoles para qué era el dinero. De ahí las entregas para el abono de los diversos impuestos que se han hecho constar arriba.

Por lo tanto, consideramos no concurre el elemento del engaño en cuanto a la propia disposición patrimonial puesto que las deudas existían y justificaban las entregas. Pero aunque asumiéramos que la voluntad de utilizar ese dinero para Hacienda fuera inexistente y que ahí radicara el engaño propio de la estafa, también cuestionamos que el engaño fuera relevante, y el que determinara el pago. Lo decimos porque los querellantes no cuestionaron nunca las cantidades que se les solicitaban. Como siempre han dicho mantenían total confianza con el acusado para estas gestiones y no pedían una justificación documental de ninguna de las gestiones. Cabría dudar de ello respecto a las cantidades entregadas junto con los dos documentos del Tribunal Económico Administrativo, porque tales documentos fueron elaborados por el encausado y eran evidentemente falsos (así lo corroboró el vicepresidente del Tribunal). Pero considera la Sala que tales documentos ni siquiera fueron leídos por el querellante. Así lo indicó en el juicio y en su declaración instructora y así se desprende de su propia lectura, pues en el segundo de ellos en realidad lo que figura es que se estima la reclamación, lo que supondría no tener que pagar la cantidad y sin embargo el perjudicado la abona al encausado.

En definitiva, la relevancia de estos documentos es muy cuestionable como determinante de la disposición patrimonial, ésta se producía por la relación de confianza con el encausado como asesor contable y fiscal y no consta que en ninguna ocasión se discutieran las cantidades o se le negara alguna.

Así pues, faltando el elemento esencial del delito de estafa y siendo además más

grave la calificación realizada por la acusación particular por este delito, la duda debe despejarse en beneficio del reo y considera la Sala que estamos ante un delito de apropiación indebida y que la actitud de ocultación o engañosa que se aprecia en la acción del encausado formaba parte del propósito criminal o del elemento subjetivo del delito de apropiación, consistente en apropiarse de cantidades que debían tener otra finalidad y sin embargo fueron usadas para el lucro propio.

De manera reiterada ha entendido el TS (SSTS 513/2007 de 19 de junio ; 228/2012 de 28 de marzo ; 664/2012 de 12 de julio ; 370/2014 de 9 de mayo ; 588 /2014 de 25 de julio ; 761/2014 de 12 de noviembre ; 894/2014 de 22 de diciembre ó 41/2015 de 27 de enero) que “Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulte ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y, como elementos de tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.”

Se cumplen en nuestro caso los requisitos del tipo penal expuesto al haber actuado el encausado Sr. defraudando el deber de lealtad que le afectaba como asesor y consiguiendo así la entrega de ciertas cantidades que no destinó a los pagos para los que se entregaban sino que las destinó a gastos propios de su empresa.

Planteó el Ministerio Fiscal que al considerar la conducta como un delito continuado, no era aplicable el **subtipo agravado por la cantidad previsto en el art. 250,5º CP**, que había solicitado en su calificación inicial y que mantuvo la Acusación Particular.

La cuestión queda aclarada en recientes resoluciones del TS citadas en el ATS de 28 de enero de 2016 ( ROJ: ATS 1541/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1541<sup>9</sup>) como la SSTS 22/2013, de 17 de enero , 656/2013, de 22 de julio y 423/2014, de 28 de mayo, que señalan “el régimen de compatibilidad entre la continuidad delictiva y el subtipo agravado de especial gravedad por cuantía de lo defraudado superior a 50.000 euros del artículo 250.1º.5º del mismo texto legal y que se plasmó en el Acuerdo del Pleno de 30 de octubre de 2007, relativo a la unificación de criterios en torno a la penalidad del

delito continuado de estafa y de apropiación indebida. El citado Acuerdo indica: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena (actualmente con el añadido, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). 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, art. 74.1, solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

Como dice la última de las sentencias citadas, "con tal criterio interpretativo se pretende que la regla especial establecida en el art. 74.2 para los delitos de naturaleza patrimonial no siempre excluya la simultánea aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1 C.P. Tal regla genérica quedaría automáticamente excluida cuando el importe total del perjuicio ha determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación por la continuidad, es decir, en aquellos casos en que por razón del importe total del daño patrimonial, se desplazan del tipo básico al tipo cualificado (o de la falta al delito).

Así pues, con carácter general, mantener en estos casos la aplicación incondicional del art. 74.1º C.P., determinaría la vulneración constitucional del "non bis in idem", exclusión que no sería aplicable cuando alguna de las acciones que integran el delito continuado alcanza una cuantía superior a los 50.000 euros, que por sí sola ya determinaría la aplicación del subtipo agravado, conforme al nº 5 del art. 250.1 del Código Penal."

En el caso que nos ocupa ninguna de las cantidades objeto de apropiación supera el límite del subtipo agravado por lo que sí quedaría afectado el principio non bis in idem de apreciar el subtipo además de la consideración del delito como continuado. Por lo tanto, debe considerarse aplicable únicamente el tipo básico del art. 249.

Solicitaba la Acusación Particular la aplicación del **subtipo agravado de abuso de relaciones personales del art. 250,6º CP**. Sin embargo la Sala entiende que tal agravación no concurre en este caso. La relación que unía a estas dos personas no era en absoluto estrecha, sino que simplemente se conocían porque llevaban a los hijos a la misma Ikastola. Ciertamente es la declaración del Sr. [redacted] describió una situación en la que confiaron plenamente en la gestión y el buen hacer del asesor, que después traicionó esa confianza, pero no tanto por la existencia de una relación previa, sino por el perfil de ambos y probablemente por las circunstancias de los perjudicados, que carecían de conocimientos técnico o contables, lo que les llevó a confiar plenamente en su actuación.

Puede citarse la STS de 21 de mayo de 2015, que descarta la apreciación del subtipo agravado del art. 250,6º porque entiende que es preciso un plus que supere la relación de confianza, pues forma parte del delito de apropiación la quiebra de la lealtad por una relación de confianza instaurada.

En el mismo sentido la STS del 21 de mayo de 2015 ( ROJ: STS 2355/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2355) en la que se declara que para encajar los hechos en el artículo 250.1.7ª (actualmente 6ª) "será necesario un plus, una confianza anterior y distinta a la que se crea con la relación que sirve de presupuesto a la apropiación indebida."



Y añade que “Hay que ser restrictivos en la aplicación del artículo 250.1.6º en los delitos de estafa y, especialmente, en los de apropiación indebida para exigir “algo más” y soslayar el grave riesgo de incurrir en un bis in idem. El quebrantamiento de vínculos de confianza o relaciones personales es elemento ínsito en toda apropiación indebida y la graduación entre una mayor o menor confianza defraudada es escala poco nítida para sentar fronteras claras entre el tipo básico y el agravado con el nada desdeñable incremento de pena que comporta la diferenciación. Será necesario señalar dos focos de confianza defraudados, y un superior deber de lealtad violado al habitual; y que una de esas fuentes generadoras de confianza tenga su base en relaciones de tipo personal (las profesionales dan lugar a otro subtipo incluido en el mismo número) que además sean previas a la relación jurídica presupuesto de la apropiación indebida.”

En definitiva, “podrá apreciarse este subtipo agravado en el delito de apropiación indebida cuando exista una situación autónoma que actúe como un plus distinto y diferente que acentúe, incrementándola, la quiebra de la confianza que constituye el núcleo del delito de apropiación indebida.”

Partiendo de esta jurisprudencia, la Sala considera que en nuestro caso no se da tal plus distinto de la quiebra de confianza que configura en este caso el delito de apropiación. No procede pues la aplicación del subtipo solicitado.

**TERCERO.-** De los hechos relatados es responsable en concepto de autor el acusado, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 CP, dando por reproducidos, como demostrativos de dicha autoría, los elementos probatorios mencionados arriba.

**CUARTO.-** Concorre en el encausado Sr. la circunstancia atenuante analógica de reparación del daño del art. 21,7ª en relación con la atenuante del 21,4º del CP.

No concorre en cambio la circunstancia de confesión del art. 21,4º que solicitaba la defensa, puesto que para su apreciación lo relevante es la “realización de actos de colaboración en la investigación del delito”. En este caso, es cierto que el interesado ha reconocido los hechos en su declaración en Instrucción y en el acto de la vista, pero siempre lo ha hecho parcialmente, sosteniendo que gran parte de las cantidades debidas en realidad estaban pendientes de discusión ante Hacienda, lo que en modo alguno se ha revelado cierto y niega elementos que se han acreditado, como la elaboración y presentación al perjudicado de los dos acuerdos del Tribunal Económico Administrativo. Por lo tanto, ni se cumple el elemento cronológico de la atenuante (el reconocimiento de los hechos antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos), ni la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, pues solo puede verse favorecido con la atenuante “la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el “factum”, introduciendo elementos distorsionadores de lo realmente acaecido” como afirma entre otras la STS, Penal sección 1 del 26 de

enero de 2016 ( ROJ: STS 100/2016 - ECLI:ES:TS:2016:100).

Considera esta Sala, sin embargo, que sí es de aplicación la circunstancia atenuante analógica de reparación del daño, pues como se ha hecho constar en el relato de hechos, el encausado vendió un vehículo y con su importe abonó 20.000 euros al Sr. [redacted]; lo que confirmó este testigo en la vista. Siendo cierto que la cantidad debida no ha sido satisfecha en su totalidad consideramos que el importe abonado ha paliado en parte el perjuicio y que ello debe tenerse en cuenta como elemento de atenuación de la respuesta penal.

En este sentido, puede citarse la STS de 4 de julio de 2013 ( ROJ: STS 4331/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4331) en la que se aborda un caso similar: “es de significar que estando lejos de la indemnización total las cantidades satisfechas, sí que se constata un claro esfuerzo reparador que ha sido justamente valorado por los jueces a quibus. Las ventas de bienes propios o de familiares para tratar de disminuir el menoscabo patrimonial de las víctimas y el acta de reconocimiento de deuda, así como los pagos parciales, son suficientes como para no infravalorar esa actitud pese a que la reparación diste mucho del monto íntegro de los perjuicios.”

**QUINTO.-** En cuanto a la determinación de la pena, nos encontramos ante un delito continuado de apropiación indebida, lo que nos lleva a la aplicación del art. 74, 2º del CP y a valorar el perjuicio total causado, que en este caso supera los 50.000 euros. Considera por ello el Tribunal que es ajustado a las circunstancias y a este perjuicio la imposición de la pena en su mitad superior, lo que nos coloca en un margen de pena de entre 21 meses y tres años de prisión según el art. 249 CP. Y dentro de este tramo de pena debemos considerar la concurrencia de la atenuante de reparación del daño expuesta arriba. De acuerdo con el art. 66 ha de aplicarse la pena en la mitad inferior, lo que nos sitúa entre 21 y 28 meses y 15 días.

Considera la Sala que la afectación económica y personal que ha supuesto el hecho para el perjudicado debe ser tenida en cuenta también en este tipo de conductas, habiendo sido grave en el caso que nos ocupa, tal como puso de manifiesto la declaración del perjudicado Sr. [redacted] y del testigo Sr. [redacted] a, que conoce la situación precaria y de afectación de la salud que se ha generado para la víctima. Teniendo en cuenta todos estos factores, la Sala considera ajustada la pena de dos años y dos meses de prisión.

**SEXTO.-** Todo declarado criminalmente responsable de un delito o falta lo será también civilmente y viene obligado al pago de las costas, conforme previenen los art. 109 y siguientes y 123 C.P. y 240.2 L.E.Cr.

En este caso la responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar [redacted] en la cantidad de 55.431,29 euros, cantidad en la que tanto el Ministerio Fiscal, como la Acusación Particular como la Defensa se mostraron conformes.

Las costas procesales deben incluir las de la Acusación Particular cuya

intervención no ha sido en absoluto superflua.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## **FALLAMOS**

Que debemos condenar y condenamos al acusado como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida a la pena de DOS AÑOS Y DOS MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

El acusado deberá abonar las costas procesales (incluidas las de la Acusación Particular) y deberá indemnizar a D.

de la Iglesia en la cantidad de 55.431,29 euros, cantidad que devengará los intereses previstos en el art. 576 LEC.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de Casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.

