



Roj: **STS 1988/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1988**

Id Cendoj: **28079120012022100477**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2022**

Nº de Recurso: **1169/2021**

Nº de Resolución: **505/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 292/2021,**  
**STS 1988/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 505/2022**

Fecha de sentencia: 25/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1169/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 2ª A.P. A Coruña

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1169/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 505/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 25 de mayo de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de la **acusación particular DOÑA Rosario**, contra Sentencia 62/2021, de 29 de enero de 2021 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña dictada en el Rollo de Sala PA núm. 62/20918 dimanante del PA núm. 2031/2012 del Juzgado de Instrucción núm. 8 de A Coruña, seguido por delito de apropiación indebida contra Don Bienvenido. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, como recurrente la acusación particular Doña Rosario representada por el Procurador de los Tribunales Don Ramón Blanco Blanco y defendida por el Letrado Don Domingo Martín Sánchez, y como recurrido el acusado Don Bienvenido representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Beatriz Castro Álvarez y defendido por el Letrado Don Moisés Docampo Bello.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 8 de A Coruña incoó PA núm. 2031/2012 por delito de apropiación indebida **contra DON Bienvenido**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 29 de enero de 2021 dictó Sentencia núm. 62/2021, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"De la prueba practicada resulta acreditado que Ángeles, residente en Madrid, mantenía el dinero derivado de sus ahorros en dos cuentas del BBVA, en una de las cuales aparecía la cotitularidad de Rosario, la mujer que con ella convivía y se ocupaba de su cuidado.

Ángeles pasó a residir, sobre mediados del año 2003, debido a su estado de salud, en una residencia de la provincia de Toledo, siendo luego incapacitada por sentencia de 26 de abril de 2004, tomando posesión del cargo de tutor para el que había sido designado su sobrino carnal Bienvenido, mayor de edad, sin antecedentes penales y que residía entonces, por motivos profesionales, en Logroño, aunque su ciudad de referencia, en la que vivía su mujer y sus hijos, era A Coruña. Ángeles había otorgado testamento el 15 de noviembre de 2001, instituyendo como única heredera a Rosario.

En un momento determinado se siguió un procedimiento penal contra Rosario, a quien se acusó de una apropiación indebida de bienes de Ángeles. En su transcurso se dictó una medida cautelar que prohibía a Rosario acercarse y comunicar con Ángeles, también otra, ordenando el bloqueo de la cuenta de la cotitularidad. Dicho procedimiento terminó con sentencia absolutoria de fecha 22 de diciembre de 2010.

El 11 de junio de 2004, ejerciendo ya como tutor, Bienvenido había formalizado la cuenta de ahorro NUM000 a nombre de su tía incapaz en una oficina del BBVA de A Coruña, en la calle Capitán Juan Varela, cuenta en la que reunió el dinero depositado en las otras dos de la misma titularidad existentes con anterioridad. Ordenó el ingreso, en la nueva cuenta, de los 7.243,77 euros que existían en una de las anteriores y de los 60.089,47 euros que había en la otra. Como tutor del titular incapaz era quien poseía la capacidad de gestionar esas cuentas.

Entre el 23 de junio de 2004 y el 23 de octubre de 2004, Bienvenido retiró de la nueva cuenta hasta 25.770 euros, dinero que utilizó en su propio provecho. El 13 de agosto de ese año hizo dos reintegros en efectivo de diez mil euros cada uno, las otras disposiciones, veinte más, realizadas directamente en caja o a través de cajero, oscilaron entre los 50 y los 600 euros.

Ángeles falleció el 25 de enero de 2007. A esa fecha en la cuenta restaban 3.231,23 euros. Bienvenido siguió haciendo disposiciones para atender algunos gastos propios hasta que en el siguiente mes de junio quedó a cero, siendo liquidada el 29 de junio de 2007. Aunque parte de ese dinero lo empleó para sufragar los gastos de un viaje determinado por el fallecimiento.

El 1 de marzo de 2012, mediante escritura pública, Rosario aceptó la herencia de Ángeles. Luego solicitó, sin resultado, que Bienvenido le justificara las cuentas. Bienvenido no rindió nunca esas cuentas ante el Juzgado que le designó tutor, tampoco fue requerido para ello.

En la cuenta terminada en NUM001 Ángeles percibía su pensión, un importe mensual, 1.700, 1.800 euros, aunque en catorce pagas, algo inferior que el recibo de la residencia, unos 2.100, 2.200 euros, en que se encontraba ingresada y que, como otros gastos corrientes, se encontraba domiciliado.



Después de su fallecimiento, Rosario , como heredera, recibió una demanda de la empresa que gestionaba la residencia reclamándole el importe de las mensualidades de febrero y abril de 2006, que se decían impagadas, aunque el 6 de febrero de 2006 aparecía un cargo en la cuenta de 2.189,46 euros librado por dicha empresa. El procedimiento derivado se archivó sin contradicción de las partes.

Ángeles y Bienvenido , tía y sobrino, mantenían la relación que derivaba de las visitas ocasionales que el segundo, a veces acompañado de su mujer, le realizaba, primero, en su domicilio en Madrid, luego en la residencia en Toledo.

El procedimiento judicial para la valoración de estos hechos se incoó a raíz de una denuncia presentada ante los Juzgados de Instrucción de Madrid el 11 de mayo de 2012."

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

"Absolvemos a Bienvenido del delito continuado de apropiación indebida por él cometido en concepto de autor por encontrarse prescrito.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de Ley y/o quebrantamiento de forma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Sección de la Audiencia, a medio de escrito, con firma de Letrado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación.

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

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal de la **acusación particular DOÑA Rosario** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso de casación formulado por la representación legal de la acusación particular DOÑA Rosario , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

**Motivo primero.-** Por infracción de precepto constitucional, de acuerdo con el artículo 852 lecrim., en relación con lo dispuesto en el artículo 5.4 de la l.o.p.j., así como en el artículo 11.1 l.o.p.j. por haberse vulnerado el principio acusatorio generándose indefensión a la acusación particular y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el artículo 24.1 c.e.

**Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la ley de enjuiciamiento criminal, por aplicación indebida de los artículos: artículos 249 y 250.1.5º y 6º c.p., artículos 252 y 250.1.6º y 7º c.p., artículos 33. y 131 c.p. y 130.1.6º c.p.

**QUINTO.-** Es **recurrido** en el presente procedimiento el **acusado DON Bienvenido** , que impugna el recurso por escrito de fecha 20 de abril de 2021.

**SEXTO.-** Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto interesó la inadmisión y subsidiaria desestimación del primer motivo del recurso y apoyó el segundo motivo interesando su estimación, por las razones expuestas en su informe de fecha 8 de junio de 2021; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 14 de marzo de 2022, se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 17 de mayo de 2022; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña, absuelve al acusado de un delito continuado de apropiación indebida, al encontrarse prescrito.

Recorre en casación la acusación particular. Damos comienzo a la resolución del recurso por el estudio del segundo motivo, que ha sido formalizado por estricta infracción de ley al amparo de lo autorizado en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los arts. 249 y 250.º.5º y 6º CP, arts. 252 y 250.1.6º y 7º CP, Arts. 33 y 131 y 130.1.6º del Código Penal.

La acusación particular entiende que el delito no ha prescrito como consecuencia de la concurrencia del subtipo agravado derivado del valor de la defraudación (más de 50.000 euros), o por la agravación basada en las relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador.



Pero de los hechos probados no puede comprenderse la existencia de tal tipicidad, como acertadamente alega el Ministerio Fiscal ante esta instancia casacional.

El Ministerio Fiscal apoya el motivo por otras razones, derivadas de la pena en abstracto imponible, que resulta del art. 74 del Código Penal.

Y ello, tanto tengamos en cuenta la comisión de estos hechos, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre (entrada en vigor el día 1 de octubre de 2004), como con posterioridad.

El motivo será estimado, siguiendo el certero dictamen argumentativo del Ministerio Fiscal.

La pena prevista en el art. 249 CP es la siguiente: de 6 meses a 4 años de prisión según previsión original de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal; y de 6 meses a 3 años de prisión desde la entrada en vigor de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, desde el día 1 de octubre de 2004, hasta el momento presente.

Recuérdese que los hechos que integran la continuidad delictiva abarcan desde junio de 2004 hasta junio de 2007.

Pues bien, la sentencia recurrida realiza un cálculo de los plazos de prescripción que no tiene en cuenta la penalidad resultante de la continuidad delictiva según el art. 74 CP y la pena que en abstracto hay que tener presente para realizar este cálculo.

Veamos la argumentación de la Audiencia:

*"El artículo 249, en la redacción original a la entrada en vigor el 24 de mayo de 1996, castigaba la conducta con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pero, a partir de la reforma operada de nuevo por la LO 15/2003, con efectos desde el 1 de octubre de 2004, esa pena pasó a ser de seis meses a tres años de prisión, de manera que el delito, con una previsión de pena menos grave según el art. 33 del Código Penal en la misma redacción, sería también menos grave, art. 13 del mismo texto legal.*

*De forma que su plazo de prescripción, tanto en la redacción original como en la derivada de la LO 15/2003, pues la pena prevista por el tipo no es superior a tres años, sería de, también, tres años.*

*Y la denuncia se presentó el 11 de mayo de 2012 y el último acto ilícito se habría cometido al término del mes de junio de 2007, de manera que la conclusión solo puede ser una, ese delito continuado de apropiación indebida del art. 252 en relación con el art. 249 y el 74, los tres del Código Penal, que cometió como autor Bienvenido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, está en realidad prescrito".*

Es decir, la Audiencia parte del plazo de prescripción de tres años, lo que no es correcto, como justificamos seguidamente.

**SEGUNDO** .- Analicemos ahora las distintas fases, de conformidad con los hechos probados de la sentencia recurrida, con respecto a los plazos de prescripción:

### **1. Redacción original prevista en la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal.**

La pena contemplada en el art. 249 CP era la de 6 meses a 4 años de prisión y el art. 74 disponía entonces que el autor de un delito continuado será castigado "con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en la mitad superior".

Según el art. 33.2.a CP entonces vigente tal pena tenía la consideración de pena grave ("Son penas graves: a) La prisión superior a tres años"). Conforme al art. 131.1 el plazo de prescripción era de 5 años ("Los delitos prescriben: ... A los cinco, los restantes delitos graves).

### **2. Redacción surgida de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004.**

La pena contemplada en el art. 249 CP era la de 6 meses a 3 años de prisión. Pero el art. 74 CP modificado por la citada L.O. 15/2003 contenía la siguiente previsión para el autor de un delito continuado:

"1. ... será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas".



Respecto a la penalidad para el delito continuado en delitos patrimoniales y al juego combinado de los números 1 y 2 del art. 74, hemos de remitirnos a una consolidada doctrina jurisprudencial que parte del Acuerdo del Pleno de esta Sala de 30 de octubre de 2007 y que se ratifica en numerosas sentencias posteriores entre las que se pueden citar las STS 211/2017, de 29 de marzo; STS 828/2016, de 3 de noviembre; STS 883/2016, de 3 de noviembre; o STS 737/2016, de 5 de octubre.

Conforme a esta doctrina, "el delito continuado se debe sancionar con la mitad superior de la pena que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado con independencia de la clase de delito de que se trate, patrimonial o no. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica que debe ser incrementada con arreglo al art. 74.1 CP no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Y, finalmente, la regla contenida en el art. 74.1 CP solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, es decir, aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado" ( STS 211/2017, de 29 de marzo).

En el caso que nos ocupa es de aplicación, por tanto, la regla penológica del art. 74.1 CP. No hay doble valoración punitiva, pues en el relato de hechos ya consta que al menos dos de las disposiciones ilícitas lo fueron por importe de 10.000 euros cada una, por tanto, superiores a los 400 euros.

Sentado lo anterior, a su vez hay que tener presente que la pena a tener en cuenta de cara a computar los plazos de prescripción es la pena en abstracto. Más en concreto, la pena en abstracto máxima posible legalmente. Así nos lo recuerda, con cita de otras sentencias, la STS 185/2021, de 3 de marzo, que analiza un supuesto similar al que nos ocupa:

"Conforme reiterada doctrina de esta Sala (STS núm. 575/2007, 9 de Junio de 2007 con remisión expresa a la STS núm. 700/2006, de 7 de junio), tratándose de un delito continuado, la pena en abstracto, "debe estimarse en toda su extensión y por tanto en su concepción de pena máxima que puede serle impuesta, siendo desde esta perspectiva que debe interpretarse el término "pena máxima" señalada al delito, que se contiene en el art. 131 del actual CP , es decir, pena en abstracto máxima posible legalmente, teniendo en cuenta las exasperaciones punitivas que pudieran operar, por la aplicación de algún subtipo agravado o por la continuidad delictiva ( Sentencia 222/2002 de 15 de mayo)".

En el mismo sentido, señala la sentencia de esta Sala núm. 71/2004, de 2 de febrero que "las expresiones "pena señalada al delito" --CP 1973-- o "pena máxima señalada al delito" --CP 1995--, no es la que corresponde imponer en cada caso ni la que ha sido objeto de la acusación, sino la que establezca la propia Ley como máxima posibilidad, es decir la pena incrementada con la continuidad delictiva, así 430/97, 690/2000 y 1937/2001...". En el mismo sentido, las SSTS 1590/2003 de 22 de abril y 1173/2005 de 27 de septiembre". Idénticos pronunciamientos se efectúan, entre otras muchas, en las sentencias núm. 271/2010, de 30 de marzo; 600/2007, de 11 de septiembre y 1173/2005, de 27 de septiembre".

Por lo tanto, en el presente caso partimos de una pena de 6 meses a 3 años que, como consecuencia de la continuidad delictiva ( art. 74.1 CP), puede alcanzar la mitad inferior de la pena superior en grado, llegando, así, a los 3 años y 9 meses.

Con arreglo al art. 33.3.a) CP esta pena tiene la consideración de pena menos grave ("3. Son penas menos graves: a) la prisión de tres meses hasta cinco años") y el plazo de prescripción que le corresponde es el de 5 años a tenor de lo dispuesto en el art. 131.1 CP ("A los cinco, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres y que no exceda de cinco").

### **3. Redacción vigente en el momento presente y de enjuiciamiento de los hechos.**

Actualmente, el art. 249 CP sigue contemplando una pena de 6 meses a 3 años de prisión y el art. 74 CP continúa acogiendo la agravación punitiva que permite, en abstracto, llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

Y el plazo de prescripción conforme al cuarto párrafo del art. 131.1 CP (desde entrada en vigor de la L.O. 5/2010) es de 5 años: "A los cinco, los demás delitos, excepto ...".

#### **Plazo de cinco años:**

Como se ha podido ver, el plazo de prescripción siempre ha sido el de 5 años y no el de 3 años. Es por ello que el delito no prescribió, pues, como se expone en la propia sentencia y aparece en los hechos probados, la conducta continuada de disposiciones ilícitas de la cuenta corriente de la persona tutelada se extendió hasta junio de 2007 y la denuncia, con efectos interruptivos indiscutibles ( art. 132.1 y 2.1ª y 2ª CP), se presentó el 11 de mayo de 2012, antes, por tanto, de haberse consumido el plazo de cinco años.



En esa denuncia constan suficientemente detallados los hechos que se pretendían delictivos y la misma se dirige directa y nominalmente contra el acusado. La denuncia fue presentada el 11 de mayo de 2012 y dio lugar al dictado del Auto de 21 de mayo de 2012 del Juzgado de Instrucción nº 27 de Madrid que acordó la incoación del correspondiente procedimiento de Diligencias Previas e la inhibición en favor del Decanato de los Juzgados de Instrucción de A Coruña por ser estos los competentes territorialmente para conocer de los hechos. A continuación, el Juzgado de Instrucción nº 8 de A Coruña dictó Auto de 12 de julio de 2012 acordando la práctica de diligencias y citando al denunciado a declarar en calidad de imputado.

**TERCERO** .- Los argumentos anteriores nos llevan a la estimación del recurso, por lo que se revoca la absolución por prescripción; ahora bien, no es posible la condena en esta sede casacional, como pretende el Fiscal, sino que debemos devolver la causa a la Audiencia Provincial, para que, superado el obstáculo de la prescripción, pueda continuar con el análisis jurídico de los demás elementos del delito.

**CUARTO** .- Procediendo la estimación parcial del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

## FALLO

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

**1º.- ESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación legal de la **acusación particular DOÑA Rosario** contra la Sentencia 62/2021, de 29 de enero de 2021 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña.

**2º.- DECLARAR DE OFICIO** las costas procesales ocasionadas en la presente instancia casacional.

**3º.- CASAR y ANULAR** la referida Sentencia de la 62/2021, de 29 de enero de 2021 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña.

**4º.- ORDENAR** la devolución de la causa a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña, para que por los mismos Magistrados que formaron Sala, dicten de nuevo Sentencia, una vez revocada la prescripción, y continúen con el análisis jurídico de los demás elementos del delito.

**5º.- COMUNICAR** la presente resolución a la Audiencia de procedencia, a los efectos legales oportunos.

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

Así se acuerda y firma.