

Roj: STS 1877/2010
Id Cendoj: 28079120012010100304
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 887/2009
Nº de Resolución: 271/2010
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Marzo de dos mil diez.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Ignacio**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, que condenó al acusado, por un delito continuado de **apropiación indebida**; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Zaida, representada por la Procuradora Sra. Granizo Palomeque (por escrito presentado por su Procuradora Sra. Granizo Palomeque de fecha 19.6.2009 se aparta del recurso), Angustia representada por el Procurador Sr. Gogorza, (por escrito presentado por su Procuradora de fecha 19.6.2009 se aparta del recurso), Domingo, Encarna, Herminio y Montserrat representados por el Procurador Sr. Lazaro Gogorza, Olegario, representado por el Procurador Lazaro Gogorza, Rebeca, Luis Antonio, Baldomero, Estela y Edificios Tudela Mai, S.L., y Ava Asesores de Valores de Navarra por Auto de fecha 8 de junio de 2.009 se declara desierto, representados por el Procurador Sr. Lazaro Gogorza estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Granizo Palomeque.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Pamplona, incoó Procedimiento Abreviado con el número 71 de 2.005, contra Ignacio y otros, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Navarra, cuya Sección Segunda, con fecha 30 de diciembre de 2.008, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- *Examinada la prueba practicada en este procedimiento, se declaran como HECHOS PROBADOS:*

A) El acusado Ignacio, mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, en el año 1.993 ostentaba el cargo de representante legal de la entidad mercantil "ABA Navarra S.A." que a su vez era la representante legal en esta Comunidad Foral de "B&T, Asociados Financieros S.A.", que era la habilitada legalmente para operar en el mercado de valores. En Octubre de 1.996, la primera entidad pasó a denominarse "Ava Asesores de valores de Navarra S.A. (AVA, Navarra) y la segunda "Ava Asesores de Valores, Agencia de Valores S.A.", con sede en Zaragoza; siendo ésta la que operaba en el mercado de valores.

El acusado en su calidad de representante legal primero ABA NAVARRA, S.A. y luego de AVA, ASESORES DE VALORES NAVARRA, S.A., Y siendo además socio y administrador, se dedicaba a captar dinero para inversiones, asesorar a los inversionistas, realizando la colocación o inversión de las cantidades confiadas por medio de la agencia de valores, a la que debía dar las órdenes oportunas.

El acusado ejercía su actividad en la sede de la empresa sita en la C/Paulino Caballero nº 1 piso 30 de Pamplona, donde recibía a los clientes y desde donde les remitía la documentación oportuna sobre sus inversiones.

A.-) Así, suscribió el 4 de Febrero de 1994 con Olegario, Florencio y la esposa de éste María Angeles, contratos de servicios financieros, que incluía tanto cuenta de efectivos, servicios de ejecución de operaciones

y servicio de custodia de valores. Los contratos fueron renovados el 15-11-1995 (Florencio), el 30-12-1995 (Olegario), y el 18-1-1996 (María Angeles). Todas las operaciones y entregas de dinero para su gestión por el acusado fueron realizadas por Olegario bien a su nombre o en el de sus familiares como lo venía realizando desde el año 1990. El acusado recibió un total de 61.661.800 pts (370.594,88#) para su gestión y administración que debía invertir a través de su representada AVA, ASESORES DE VALORES, AGENCIA DE VALORES, S.A, cuya intervención judicial el 27 de Marzo de 1998 ha reconocido una cartera al coste en la cuenta de Florencio , a su favor de 48.591.636 pts (292.041'61 #) más 133.229 pts (800'72#) habiendo hecho suyo en propio beneficio el acusado 20.370.715 pts (122.428 '06#), de las que entregó el 12-1-1998 la cantidad de 618.700 pts (3718' 46#) Y después de múltiples requerimientos hechos por Olegario , el 11 de Noviembre de 1.998 entregó un pagaré por 8.900.000 pts (53.490'08#), que no pudo hacerse efectivo por falta de fondos, y el 23 de 1998 entregó un segundo cheque por 3.900.000 pts. (23.439,47 E) que pudo ser cobrado.

El perjuicio total causado a la familia Olegario Florencio asciende a 8.418.235 pts (50.594,61 #).

B.-) El acusado, contactó con Domingo , con quien mantenía una relación de amistad y confianza desde hacía bastantes años, pues además de haber sido el segundo profesor de Derecho, tenían amigos en común y ya había realizado inversiones financieras aconsejadas por el acusado sin problemas, razón por la que le envió una carta proponiéndole operaciones de inversión. Así le propuso realizar diversas operaciones de inversión, realizándose éstas tanto en su propio nombre como en el de sus hijos Herminio y Montserrat , y su mujer Encarna . El 27 de Mayo de 1994 y 9 de Junio de 1995 le entregó a Ignacio 9.000.000 pts y 19.900.000 pts (119.601' 41 #) respectivamente, de las que 4.500.000 pts (27.045 '54#), el 31 de Julio de 1997, fueron retiradas por Domingo , realizándose el pago a través de un cheque personal del acusado. La familia Montserrat Domingo Herminio realizó los diversos contratos de gestión limitada de cartera de valores tanto a través de "ABA, Navarra, S.A." como después a través de AVA ASESORES DE VALORES NAVARRA, S.A., realizándose las inversiones a través primero de B& T, ASOCIADOS FINANCIEROS, S.A. y después "AVA, ASESORES DE VALORES AGENCIA DE VALORES S.A."

En Mayo de 1.998 en la intervención judicial de "A V A, Asesores de Valores, Agencia de Valores S.A." en suspensión de pagos, donde debían encontrarse las cantidades gestionadas por el acusado, sólo se les reconoció aproximadamente 1.921.360 pts (11.547'61#), no constando el destino que el acusado dio a 20.721.276 pts (124.537'37 #) de acuerdo con la pericial efectuada.

C.-) Asimismo el acusado el 26 de Enero de 1.994 inició una relación de servicios financieros con Baldomero , Luis Antonio , Rebeca y Estela , entregando entre el año 1.994 a 1996 diversas cantidades para su gestión y administración. Baldomero entregó un total de 62.500.000 pts (375.632'57#), de las que retiró de Ava Asesores de Valores de Navarra 10 millones (60.101'21#), Luis Antonio entregó 12.710.534 pts (76.391'85#) de las que retiró 1 millón de pts (6.010'12#); Rebeca entregó un total de 31.714.700 pts (190.609' 19#) de las que retiró 5 millones de pts (30.050 '61 #); Estela entregó 49.914.906 pts (299.994 '63#) Y Edificios Tudela Mai S.L., 10 millones de pts (60.101 '21 #).

Ignacio primero como socio y administrador de "ABA Navarra, S.A." y después de "AVA, ASESORES DE VALORES NAVARRA, S.A.", como representante de "B&T, Servicios Financieros S.A." primero y después de "AVA, ASESORES DE VALORES, AGENCIA DE VALORES, S.A." no dio a estas cantidades el destino pactado, poniéndose de relieve con motivo de la suspensión de pagos de ésta última en Marzo de 1998, que a nombre de estos inversores se reconocieron en dicha suspensión unas cantidades muy inferiores, a Baldomero 8.678.201 pesetas (52.157,04 #), a Rebeca 5.260.581 pesetas (31.616,73 #), a Luis Antonio 5.149.380 pesetas (30.948,40 #), a Estela 1.075.750 pesetas (6.465,39 #), a Edificios Tudela Mai S.L. 190 pesetas (1,14 #).

El acusado en su propio nombre y en el de "Ava, Asesores de Valores de Navarra", reconoció adeudar a Baldomero 25 millones (153.253 '02 euros), haciéndolo en escritura pública de 7-5-1998, obligándose a destinar el precio de una venta de una finca sita en "El Viso", término municipal de Arges (Toledo) al pago. Asimismo en escrituras públicas de esa fecha reconoció a favor de Rebeca una deuda de 6 millones (36.060'73 euros), a favor de Luis Antonio tres millones -(18.030'36 euros), a Estela 28 millones (168.283'38 euros) y a Edificios Tudela Mai S.L. diez millones (60.101,21 euros) entregando el acusado diversos pagarés para el pago de las mismas, si bien llegado el vencimiento no fueron hechos efectivo por falta de fondos.

El acusado además de ser socio y administrador de "AVA, ASESORES DE VALORES DE NAVARRA, S.A.", era socio y consejero de "A V A, Asesores de Valores Agencia de Valores S.A.", y en las mismas fechas constituyó la sociedad Mirador de Arges S.L., con sede en Toledo. Siendo administrador de la misma de acuerdo con la pericial efectuada, realizó salidas de dinero de AVA, ASESORES DE VALORES DE NAVARRA,

S.A. a favor de dicha sociedad, y concretamente el 21-11-1997 de 70.864.000 pts que provenía del dinero dado por los inversores para su gestión.

B) Con fecha 18 de septiembre de 2001 se dictó por esta Sala Sentencia en el rollo penal de Sala N° 13 /00 , correspondiente a las Diligencias Previas N° 913 /99, con el siguiente fallo:

"Que debemos condenar v condenamos a: a) Ignacio . como autor responsable de un delito de apropiación indebida, con carácter continuado, y de un delito de alzamiento de bienes, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de: a) por el primero: 3 AÑOS Y 8 MESES de prisión y Multa de 10 MESES, con una cuota diaria de 2.000 ptas; y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

b) Por el segundo: 1 AÑO Y 6 MESES de prisión y Multa de 12 MESES, con una cuota diaria de 2.000 ptas.; y accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

B) Zaida , como autora responsable de un delito de alzamiento de bienes, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de: 1 AÑO Y 6 MESES de prisión y Multa de 12 MESES, con una cuota diaria de 2.000 ptas; y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

Dicha multas podrán satisfacerse en cuotas mensuales de 60.000 ptas.

En caso de impago de las multas impuestas, los condenados quedarán sujetos a una responsabilidad subsidiaria personal, de un día de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana.

Cada condenado satisfará la mitad de las costas causadas, incluyendo las de la acusación particular

En vía de responsabilidad civil Ignacio Y Zaida , indemnizarán con carácter solidario a D. Anton , en los perjuicios causados, conforme a lo establecido en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia, determinándose en ejecución de sentencia las cantidades correspondientes a intereses, así como los del art. 576.1 L. E. C. Se declara la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por los condenados, de fecha 4 de marzo de 1998, retro trayendo los efectos traslativos al momento anterior al otorgamiento de la escritura.

Procede asimismo absolver y absolvemos a AVA, A, ASESORES DE VALORES, AGENCIA DE VALORES, S.L., como responsable civil subsidiario, declarando de oficio las costas causadas respecto de la misma.

Declaramos la solvencia de los condenados, no aprobando a tal fin el Auto de 2-2-2001, dictado por el Magistrado-Juez Instructor respecto de Ignacio .

Y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone les abonamos todo el tiempo que hayan podido estar privados por esta causa. "

Dicha sentencia fue casada parcialmente por la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 17 de marzo de 2003 , con el siguiente fallo: "Que debemos condenar y condenamos al acusado Ignacio como autor responsable de un delito de apropiación indebida, a la pena de dos años y seis meses de prisión, manteniéndose el resto de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia de instancia parcialmente rescindida".

La citada sentencia del Tribunal Supremo reproduce e integra en sus antecedentes los de la sentencia de instancia y concretamente el de HECHOS PROBADOS declarados por la audiencia Provincial, que eran del siguiente tenor:

"El inculpado Ignacio , mayor de edad y sin antecedentes penales, cuyos demás datos obran en el encabezamiento de la presente sentencia, era al tiempo de ocurrir los hechos Director de AVA ASESORES DE VALORES NAVARRA, S.A. - actualmente en liquidación-. Dicha sociedad era la representante de AVA ASESORES DE VALORES AGENCIA DE VALORES S.A., agencia legalmente habilitada para operar en el mercado de valores.

En dicha condición de Director y Representante de Ava, Asesores de Valores Navarra, S.A., se dedicaba a captar dinero de inversores, asesorando a éstos, procediendo a colocar o invertir dicho dinero por medio de la agencia legalmente habilitada para operar en el mercado de valores, esto es, A va Asesores de Valores, Agencia de Valores, S.A.

Con la finalidad indicada recibió el 20 de marzo de 1997 de D. Anton , la cantidad de 18 millones de pesetas para realizar inversiones. Igualmente el 4 de julio de 1997 el citado Anton Entregó otra cantidad de 21 millones de pesetas para realizar inversiones, retirando en la citada fecha un millón de pesetas y posteriormente el 28 de agosto de 1997 retiró otros 4 millones de pesetas, restando la cantidad invertida en 16 millones de pesetas.

En los últimos días de febrero de 1998 AVA, ASESORES DE VALORES, AGENCIA DE VALORES, S.A., presentó suspensión de pagos, acordado en autos 163/98 del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Zaragoza. Y es con ocasión de la incoación del correspondiente expediente de suspensión de pagos, cuando D. Anton empezó a recibir comunicaciones de la intervención judicial de la suspensión de pagos, señalando la situación patrimonial del citado en a Agencia suspendida, no constando la existencia de las inversiones de 18 y 16 millones de pesetas en dicha agencia suspensa.

Ignacio , a la vista de lo anterior, no pudo dar razón del empleo del citado dinero, acabando por ofertar a D. Anton la compra de las inversiones por su valor nominal de 34 millones de pesetas, lo que terminó aceptando el indicado inversor.

Para instrumentalizar la compra de las inversiones se formalizaron sendos contratos de 19 y 30 de abril de 1998, proponiendo el acusado que la compra se haría a nombre de la madre del mismo Jacinta . A tal respecto se acordó el abono de 18 millones de pesetas mediante un cheque y los 16 millones de pesetas mediante sendos pagarés nominativos. No obstante la entrega de los citados instrumentos de pago, las cantidades en ellos reflejados fueron impagadas.

Posteriormente el acusado abonó el importe del cheque por valor de 18 millones de pesetas, pero no así el importe de los pagarés por los restantes 16 millones de pesetas, sin que hasta el momento se haya producido ningún abono de las cantidades debidas, al haber sido dispuestas por el acusado en su propio beneficio.

Asimismo el acusado en connivencia con su esposa la igualmente acusada Zaida , mayor de edad y sin antecedentes penales, cuyos demás datos obran en el encabezamiento de la presente sentencia, el 5 de mayo de 1998 , otorgaron capitulaciones matrimoniales, estableciendo el régimen de separación de bienes y adjudicándose la acusada Zaida los únicos bienes inmuebles de la familia, que consiste en el piso sito en la CALLE000 nº NUM000 piso NUM001 - NUM002 , y cuatro plazas de garaje en dicho inmueble"

C) NO HA QUEDADO ACREDITADO que la acusada Angustia haya tenido participación efectiva, decisiva y determinante en la comisión de los hechos declarados probados, más allá de la meramente formal constitución como socia de AVA ASESORES DE VALORES NAVARRA, S.A. en la que no obstante ostentar el cargo de presidenta del Consejo de Administración, ningún control ni decisión tuvo sobre las operaciones realizadas por el también acusado Ignacio , al igual que Zaida , con excepción de los hechos por los que ya ha sido juzgada y condenada.

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

FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Ignacio , como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en el artículo 252 , en relación los artículos 250.1.6º y 7º y art. 74, todos del Código Penal , a las penas de SEIS AÑOS DE PRISION, MULTA DE DOCE MESES, con una cuota diaria de 12 euros, con el correspondiente arresto subsidiario en caso de impago y accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y pago de costas derivadas le este delito incluidas las de las acusaciones particulares.

Asimismo el condenado deberá indemnizar a los siguientes perjudicados y en las cantidades que se señalan:

- a) A D. Olegario , D. Florencio Y Dª María Angeles , en la cantidad de 8.418.235 pts (50.594,61 #)
- b) A D. Domingo , Dª Encarna , D. Herminio y Dª Montserrat en la cantidad de 20.721.276 pts (124.537,38 #)
- c) A D. Baldomero en la cantidad de 25.000.000 pts (150.253,02 #).
A Dª Rebeca en la cantidad de 6.000.000 pts (36.060,73 #).
A D. Luis Antonio en la cantidad de 3.000.000 pts (18.030,36 #).
A Dª Estela en la cantidad de 28.000.000 pts (168.283,38 #)

A "EDIFICIOS TUDELA MAI, S.L." en la cantidad de 9.999.810,2 pts (60.100,07 #).

Dichas cantidades devengarán el interés legal previsto en el artículo 576.1 LEC.

Asimismo debemos absolver y absolvemos a D. Ignacio, del resto de los delitos por los que venía acusado, declarando respecto a éstos de oficio las costas causadas.

Asimismo debemos absolver y absolvemos a D^a Zaida y D^a Angustia, de los delitos por los que venían acusadas, declarando de oficio las costas causadas.

Se declara la Responsabilidad Civil subsidiaria de "AVA ASESORES DE NAVARRA, S.A." en liquidación.

Declaramos la solvencia parcial del acusado condenado Ignacio, aprobando el auto que a este fin dictó el Juzgado de instructor.

Y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone el abonamos todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio a la causa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

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

Recurso interpuesto por Ignacio

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECrim. y art. 5.4 LOPJ. por infracción del art. 24.2 CE. que reconoce el derecho a un proceso justo.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 LECrim. y art. 5.4 LOPJ. por infracción del art. 24.2 CE. que reconoce el derecho a un proceso justo.

TERCERO.- Al amparo del art. 852 LECrim. denuncia infracción del art. 24.2 CE.

CUARTO.- Al amparo del art. 852 LECrim. se denuncia infracción del art. 24.1 CE.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. error de hecho en la apreciación de las pruebas basado en documentos que obran en las actuaciones.

SEXTO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. error de hecho en la apreciación de las pruebas basado en documentos que obran en las actuaciones.

SEPTIMO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. error de hecho en la apreciación de las pruebas basado en documentos que obran en las actuaciones.

OCTAVO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. se denuncia inaplicación del art. 131 CP.

NOVENO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 252 CP.

DECIMO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 250.1.7 CP.

UNDECIMO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. denuncia indebida aplicación del art. 115 CP.

DUODECIMO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 115 CP.

DECIMOTERCERO.- Al amparo del art. 852 LECrim. y art. 5.4 LOPJ. denuncia vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, e indebida aplicación del art. 21.6 CP.

DECIMOCUARTO.- Al amparo del art. 852 LECrim. denuncia infracción de los arts. 24 y 120.3 de la CE. en relación con el art. 66.1 CP.

DECIMOQUINTO.- Al amparo del art. 852 LECrim. por indebida aplicación de los arts. 123 y 124 CP.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión de todos los motivos del recurso excepto del motivo 13 que se

apoya y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día dieciséis de marzo de dos mil diez.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Ignacio

PRIMERO: El motivo primero al amparo del art. 852 LECrim . y del art. 5.4 LOPJ . por infracción del art. 24.2 CE . que reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías, por cuanto en el presente procedimiento han ejercido la acusación D. Domingo y D. Olegario quienes no ostentan la condición de perjudicados ni ofendidos.

Así D. Domingo interpuso una querrela y ha formulado escrito de acusación cuando las inversiones se realizaron a nombre de su esposa D^a Encarna y de sus hijos Herminio y Montserrat , personas a las que no se tomó declaración ni se le hizo ofrecimiento de acciones. Por tanto D. Domingo interpuso la querrela a su nombre, formuló escrito de acusación y solicitó una responsabilidad civil que correspondía a inversiones de terceros. La Sala sentenciadora aceptó la personación de D^a Encarna y D. Herminio y D^a Montserrat al comienzo del juicio, personación que es la mayor prueba de que D. Domingo carecía y carece de la condición de perjudicado. Por tanto se ha producido una infracción esencial del procedimiento; ha acusado quien no tiene la condición de perjudicado o ofendido, elevando a definitivas unas conclusiones para las cuales no estaba legitimado.

En el caso de la acusación ejercida por D. Olegario , se ha producido también la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, por cuanto interpuso una querrela y formuló acusación, careciendo de legitimación para ello, dado que las inversiones se realizaron a nombre de D. Florencio , D^a María Angeles y D. Luis Carlos , personas éstas que ni han comparecido, ni se les ha tomado declaración, ni se les ha hecho ofrecimiento de acciones, ni han apoderado a D. Olegario para interponer querrelas o reclamación alguna, por lo que su falta de legitimación es flagrante teniendo en cuenta además que D. Florencio , D^a María Angeles y D. Luis Carlos no comparecieron en las actuaciones al inicio del juicio oral y, en concreto D^a María Angeles , ni siquiera compareció en el juicio, pese a estar citada.

El motivo no debe ser estimado.

La comisión de cualquier ilícito penal trae consigo el nacimiento de una acción orientada al castigo del culpable. Acción que podrá ser ejecutada a través de los propios órganos del Estado (acusación pública) o directamente por los particulares (acusación privada y acusación particular) en atención a la naturaleza del ilícito penal cometido. Por el contrario, la acción civil es contingente, tanto en su sentido sustancial como procesal. Substancialmente porque, como es sabido no todos los ilícitos penales producen un perjuicio evaluable económicamente a persona o personas determinadas. Procesalmente, porque el ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede resultar exceptuado bien por la renuncia de su titular, bien por la reserva de las acciones correspondientes para ejercitarlas ante la jurisdicción civil.

En el sistema plural de nuestro proceso penal en el que junto a la oficialidad de acción atribuida al Ministerio Fiscal se reconocen otras iniciativas privadas, especialmente la que corresponde a los perjudicados por el delito, dicha acción forma parte del contenido mismo del derecho a la tutela judicial efectiva y si bien ésta no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal se requiere, en cambio, un pronunciamiento motivado del Juez que exprese las razones por las que se rechaza la personación procesal.

Por ello esta Sala -STS. 459/2005 de 12.4 - viene manteniendo que la interpretación de los requisitos consignados en el artículo 110 LECrim., ha de efectuarse por el órgano judicial en la forma que sea más favorable a la efectividad del derecho consagrado en el artículo 24.1 C.E. (S.S.T.C. 20/89, 50/90 o 66/92), y que la circunstancia de que aún cuando los perjudicados no se mostraran parte en la causa y, en consecuencia, no ejercitaran por sí mismos las acciones civiles y/o penales, no por ello se entendía que renunciaran a las indemnizaciones que pudieran corresponderles, que deberán ser solicitadas en beneficio de aquellos por el Ministerio Fiscal (art. 108 LECrim.), por cuanto corresponde en principio al Ministerio Fiscal en el proceso penal, tanto el ejercicio de las acciones propiamente punitivas como también el de las acciones civiles derivadas del ilícito penal en beneficio e interés del perjudicado.

Por otra parte y a mayor abundamiento, no se puede olvidar como han recordado las sentencias de esta Sala 170/2005 de 18.2, recogida en la sentencia recurrida, y 1140/2005 de 3.10, la regulación del modo y manera en que las víctimas pueden personarse en el procedimiento ha sufrido modificación en el transcurso de este procedimiento. El antiguo artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remitía a los artículos 109 y 110 del mismo texto legal, lo que llevaba a la interpretación de que su personación sólo se podía realizar antes del trámite de calificación. Esta interpretación, excesivamente rigurosa, no encaja con el principio de igualdad de armas, tanto de la acusación como la defensa, por lo que debe ser analizado en el momento de producirse la personación cuando todavía no había entrado en vigor la actual redacción. El vigente artículo 785.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal soluciona el problema, ajustándose más a la previsión constitucional y exigiendo que, en todo caso, aunque la víctima no sea parte en el proceso deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de la celebración del juicio.

Con la actual regulación quedan sin efecto las previsiones del artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, no hay obstáculo para que si comparece en el juicio oral, acompañado de su abogado, se permita su personación "apud acta" incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. En todos estos casos sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso. En todo caso, la defensa podrá solicitar el aplazamiento de la sesión previsto en el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya aplicación se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones.

SEGUNDO: En el caso presente en relación a la legitimación de Domingo está acreditado que el mismo fue quien personalmente entregó al recurrente dos cantidades 9.000.000 y 19.000.000 en fechas respectivas 27.5.94 y 9.6.95, y si bien las inversiones se hicieron constar a nombre de su esposa Encarna e hijos Herminio y Montserrat, la naturaleza ganancial de aquellas, que se presume en base a los arts. 1361 y 1347 Cc. Se deduce de la certificación literal de matrimonio y del acta de manifestaciones de la esposa presentada en el acto del plenario, adverbando y ratificando junto a sus hijos, la querrela promovida por su esposo.

Siendo así la facultad que el párrafo 2 del art. 1385 Cc. Concede a cualquiera de los cónyuges para defender los bienes y derechos comunes, legitimaba al Sr. Domingo para interponer la querrela en cuanto era perjudicado como miembro de la sociedad conyugal, sin olvidar, de una parte, que Encarna y sus hijos solicitaron su personación en la causa, al comienzo de la vista oral, personación que les fue admitida, dado que conforme a la doctrina jurisprudencial antes expuesta, no se causaba indefensión alguna al acusado al limitarse a adherirse a la calificación jurídica del Ministerio Fiscal, sin que en su momento procesal se les hubiera hecho el preceptivo ofrecimiento de acciones, previsto en los arts. 109 y 110 LECrim. clarificándose así la situación procesal de los perjudicados y subsanándose cualquier falta de legitimación del Sr. Domingo, y de otra parte, que el Ministerio Fiscal, solicitó, en todo caso, una indemnización de 124.537,38 euros a favor de D. Domingo, o alternativamente dicha cantidad a favor del referido D. Domingo, D^a Encarna y sus hijos Herminio y Montserrat, ejercicio de la acción civil por Ministerio Fiscal que posibilitaría el oportuno pronunciamiento de la sentencia de instancia.

Con referencia a la falta de legitimación de Olegario la Sala de instancia consideró que si estaba legitimado para el ejercicio de la acción penal por cuanto fue él quien formalizó los contratos de servicios financieros con el acusado Ignacio, así como las entregas de dinero asociadas a dichos contratos, revelándose, con independencia de la titularidad de los fondos entregados, lo que podrá determinar que las indemnizaciones se hagan a los familiares individualizadamente, que actuaba en nombre de la familia, gestionando por encargo de éstos toda la relación y contratación con Ignacio.

Razonamiento correcto que tiene su sustento en el relato de hechos probados en el que expresamente se recoge que D. Olegario "suscribió el 4.2.94 contrato de servicios financieros con el Sr. Ignacio" y que "todas las operaciones y entregas de dinero para su gestión por el acusado, fueron realizadas por Olegario bien a su nombre o en el de sus familiares". Relato fáctico conformado a partir de las propias manifestaciones del acusado que "la relación era con Olegario que señaló que de las inversiones se ocupaba su hermano que confiaba en él y está de acuerdo con la gestión que realizaba.

Consecuentemente considerar perjudicado a Olegario a efectos de su legitimación para interponer querrela es conforme a las previsiones del art. 110 LECrim. por cuanto fue la persona que en su propio nombre y en el de sus familiares, realizó las entregas de dinero al recurrente, y en todo caso las hipotéticas carencias de legitimación para reclamar en nombre de sus familiares -que no tiene renunciado expresamente a su derecho

a la indemnización- estarían subsanadas por el ejercido por el Ministerio Fiscal de la acción civil solicitando una indemnización conjunta de 95.272,23 euros a favor de D. Olegario , D^a María Angeles y D. Florencio .

TERCERO: El motivo segundo al amparo del art. 852 LECrim . y del art. 5.4 LOPJ . por infracción del art. 24.2 CE . que reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías, por cuanto en el presente procedimiento se ha posibilitado la intervención de personas en concepto de acusación a quienes no se había hecho el pertinente y preceptivo ofrecimiento de acciones que previenen los arts. 109 y 110 LECrim.

En este sentido se argumenta que a Florencio y a María Angeles y Luis Carlos se les ha tenido como personados sin que se les hubiera hecho el ofrecimiento de acciones, máxime cuando María Angeles ni siquiera compareció en el juicio oral, Florencio manifestó en el plenario que "no sabe cuanto reclama" y Luis Carlos que "no reclamada nada porque ha recuperado lo que se invirtió", y a lo anterior debe añadirse que la acusación de Olegario en conclusiones definitivas pidió que las cuantías de los distintos miembros de la familia se dejara para ejecución de sentencia.

El motivo en concreto está en íntima conexión con el motivo anterior debe ser desestimado.

En efecto Florencio , María Angeles y Luis Carlos no se han personado en las actuaciones sino que quien lo hizo fue Olegario pero como las cantidades de dinero que éste entregó al recurrente para su gestión, parte de ellas no eran personales de aquél, sino de su hermano Florencio y su mujer María Angeles , -excluyéndose pro tanto al hijo Luis Carlos -, Olegario en su escrito de conclusiones definitivas solicitó bien que se le entregara directamente a él las cantidades objeto de apoderamiento por el Sr. Ignacio por ser él la persona que se las entregó en nombre propio y en nombre e interés de sus familiares, procediendo él a su reparto o bien que la propia Audiencia estableciera los porcentajes que correspondiera a cada uno. La Sala de instancia ha establecido la indemnización de 15.851.965 Ptas. (95.272,23 euros) -tras el auto de aclaración de fecha 2.3.2009 que amplió la cantidad de 8.418.235 Ptas. (50.594,61 E) inicialmente concedida, de forma conjunta a favor de Olegario , María Angeles y Florencio , careciendo el recurrente de legitimación para impugnar esta forma de distribución.

CUARTO: El motivo tercero al amparo del art. 852 LECrim . por infracción del art. 24.2 CE . que reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías en relación con los arts. 267 LOPJ. , 214 y 215 LECivil, por cuanto si bien el art. 267 LOPJ. autoriza a los tribunales a rectificar errores materiales, ello no significa que puedan variar las resoluciones una vez firmadas.

Se pone de manifiesto que el auto de 2.3.2009 no rectificó un mero error aritmético, pues la sentencia había reconocido en el fallo una indemnización para la familia Florencio Olegario de 8.418.235 Ptas. y a través de una solicitud de rectificación de un supuesto error material aritmético se oculta una cuestión de concepto que no puede ser modificada ni por ésta vía ni por ninguna, puesto que fue objeto de discusión en el plenario y la Sala decidió en la sentencia, destacándose que la propia representación procesal de Olegario en sus conclusiones definitivas señaló que las cantidades aportadas por su familia eran de 61.661.800 Ptas., y en cambio en la solicitud de rectificación, de la que no se dio traslado al recurrente, tal como dispone el art. 215 LECrim., se pretende partir de la cifra de 69.095.580 Ptas. por lo que de una responsabilidad civil de 8.418.235 Ptas. se pasa a una de 15.851.965 Ptas. no por un error de una suma, que sería aceptable, sino por la inclusión de un nuevo concepto indemnizatorio que no tuvo en cuenta la Sala en sentencia.

Como hemos declarado en STS. 901/2009 de 24.9 es preciso traer a colación la reiterada doctrina de esta Sala (SSTS. 753/96 de 26.10, 1700/2000 de 3.11, 742/2001 de 20.4, 14.2.2003), y del TC. (SS. 69/2000 de 13.3, 159/2000 de 12.6, 111/2000 de 5.5, 262/2000 de 30.10, 286/2000 de 17.11, 59/2001 de 26.2, 140/2001 de 18.6; 216/2001 de 29.10, 187/2002 de 14.10), que constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado, sobre el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva:

a) aunque la protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes se conecta dogmáticamente con el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución protege en el art. 9.3, que no se ha erigido por el Texto Constitucional en derecho fundamental de los ciudadanos, ni se ha otorgado respecto a él la vía del amparo constitucional, existe una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues, si éste comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el art. 24.1 CE. consagra (SSTC. 119/88 de 4.6, 23/96 de 13.2). El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso

establecido al efecto por el Legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia, si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por la sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE. actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, "incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad" (SSTC. 231/91 de 10.12, 19/95 de 24.1, 48/99 de 22.3, 218/99 de 24.11, 69/2000 de 13.3, 111/2000 de 5.5, 286/2000 de 27.11, 140/2001 de 18.6, 216/2001 de 29.10).

b) el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales opera, como es evidente, más intensa y terminantemente en los supuestos de resoluciones firmes que en aquellos otros en los que el ordenamiento procesal ha previsto específicos medios o cauces impugnatorios que permiten su variación o revisión. En este sentido el legislador ha arbitrado, con carácter general, en el art. 267 LOPJ. un mecanismo excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones definitivas, el cual ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido. Esta vía aclaratoria, como el Tribunal Constitucional tiene declarado en reiteradas ocasiones es plenamente compatible con el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, puesto que en la medida en que éste tiene su base y es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, y a su vez, un instrumento para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, no integra este derecho el beneficiarse de oscuridades, omisiones o errores materiales que con toda certeza pueden deducirse del propio texto de la resolución judicial (SSTC. 380/93 de 20.12, 23/96 de 13.2), aún cuando tal remedio procesal no permite, sin embargo, alterar los elementos esenciales de ésta, debiendo atenerse siempre el recurso de aclaración, dado su carácter excepcional, a los supuestos taxativamente previstos en la LOPJ. y limitarse a la función específica reparadora para la que se ha establecido (SSTC. 119/88 de 20.6, 19/95 de 24.1, 82/95 de 5.7, 180/97 de 27.10, 48/99 de 22.3, 112/99 de 14.6). En tal sentido conviene recordar que en la regulación del art. 267 LOPJ. coexisten dos regímenes distintos: de un lado, la aclaración propiamente dicha referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las Sentencias y Autos definitivos (apartado 1); y, de otro; la rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos (apartado 2).

c) En relación con las concretas actividades de "aclarar algún concepto oscuro" o de "suplir cualquier omisión" (que son los supuestos contemplados en el art. 267.1 LOPJ), son las que menos dificultades prácticas plantean, pues por definición no deben suponer cambio de sentido y espíritu del fallo, ya que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras, en su caso, o al adicionar al fallo lo que en el mismo falta, en otro, está obligado a no salirse del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado (SSTC. 23/94 de 27.1), 82/95 de 5.6, 23/96 de 13.2, 140/2001 de 18.6; 216/2001 de 29.10.

Por lo que se refiere a la rectificación de errores materiales manifiestos se ha considerado como tales aquellos errores cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídicas nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (SSTC. 231/91 de 10.12, 142/92 de 13.10). Asimismo ha declarado que la corrección del error material entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto que la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es la de cambiar los términos expresivos del error, de modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, si bien la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (SSTC. 23/94 de 27.1, 19/95 de 24.1, 82/95 de 5.6, 48/99 de 22.3, 218/99 de 29.11).

No puede descartarse, pues, en tales supuestos la operatividad de este remedio procesal, aunque comporte una revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de un juicio al fallo (STC. 19/95). En esta línea el Tribunal Constitucional ha señalado más recientemente que, cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada es un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o

razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación ex art. 267 LOPJ, aún variando el fallo.

Cosa distinta, es que la rectificación, con alteración del sentido del fallo, entrañe una nueva apreciación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho en cuyo caso de llevarla a cabo, se habría producido un desbordamiento de los estrechos límites del citado precepto legal y se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC. 218/99 de 29.11, 69/2000 de 13.3, 111/2000 de 5.5, 262/2000 de 30.10, 140/2001 de 18.6).

No obstante lo anterior y teniendo en cuenta la reforma LO 19/2003 que ha ampliado las posibilidades de variación de la resolución (art. 267.4 y 5 LOPJ.) cuando se trata de suplir omisiones, siguiendo el criterio ya establecido en el art. 215 LECivil, ahora generalizado a toda clase de procesos, es posible integrar y complementar la sentencia en cuanto se halla omitido pronunciamientos cuyo estudio sea necesario, evitando con ello **el acudir a recurso o, en su caso, al incidente de nulidad de actuaciones.**

El auto recurrido no varía en nada el informe aportado por esta acusación particular -cuyas conclusiones había aceptado la sentencia de instancia- y que fijaba la cantidad a devolver a la familia Florencio Olegario en 15.852.015 Ptas., cantidad que fue solicitada como indemnización tanto por el Ministerio Fiscal como por dicha acusación particular pues, con independencia de que la cantidad entregada hubiera sido 61.661.800 Ptas., esta cantidad, tal como se destacaba en el repetido informe pericial, producía intereses e incrementos de capital que eran nuevamente reinvertidas y gestionadas por el recurrente, hasta un total de 69.095.580 Ptas., cantidad que descontadas las efectivamente invertidas en AVA, 48.591.636 Ptas. más 133.229 Ptas. éstas entregadas por la intervención judicial de AVA, más las cantidades devueltas por Ignacio : 618.700 Ptas. y 3.900.000, el resultado final serían aquellos 15.852.015 Ptas. según el referido informe pericial, si bien la propia acusación fijaba y reclamaba 15.851.965 Ptas. cantidad que es la que se establece en el auto aclaratorio.

La rectificación por lo tanto, no hizo sino suplir una omisión de la sentencia que no vulneró la tutela judicial efectiva por cuanto las cantidades totales gestionadas por el acusado constaban en los escritos de acusación y el montante a devolver en el informe pericial cuyo contenido fue objeto de debate contradictorio en el juicio oral y expresamente aceptado por la sentencia posteriormente aclarada.

QUINTO: El motivo cuarto al amparo de lo establecido en el art. 852 LECrim . y del art. 5.4 LOPJ . por infracción del art. 24.1 CE . que reconoce el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales. Dado que la sentencia en su fundamento de derecho primero omite las razones en base a las cuales, considera los hechos como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida, al limitarse a copiar una sentencia de la misma Sala de 18.9.2001 que corresponde a hechos distintos de los enjuiciados.

El derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE. comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los Jueces y Tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además ya venía ya preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE. y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si

admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6, 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

Por ello cuando se trata de la llamada motivación fáctica, la STS. 32/2000 de 19.1, recuerda que la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y de que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico.

Las SSTC. 160/2009 de 29.6 y 94/2007 de 7.5, recogen los rasgos fundamentales de la doctrina consolidada de este tribunal en relación a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE. "Sirviéndonos a este fin de la precisa síntesis contenida en la STC 314/2005, de 12 de diciembre, cabe subrayar que: «a) El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción; b) El deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC 14/1991, 175/1992 , 105/1997 , 224/1997), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella (STC 165/1999, de 27 de septiembre) y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, y 173/2003, de 29 de septiembre); c) La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero; 139/2000, de 29 de mayo).

En definitiva -como hemos dicho en STS. 1036/2007 de 12.12-, el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado reiteradamente que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC. 5/87, 152/87 y 174/87).

La motivación requiere, en suma, del Tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera, la motivación de la sentencia constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permite conocer las pruebas en

virtud a las cuales se le condena (motivación fáctica) y las razones legales que fundamentan la subsunción (fundamentación jurídica) al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento y finalmente, constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

SEXTO: En el caso examinado la sentencia recurrida, fundamento jurídico primero, considera que los hechos probados son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida del art. 252 en relación con el art. 250.1.6 y art. 74 CP., aplicando la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de esa misma Audiencia de 18.9.2001 que transcribe, sentencia que recurrida en casación fue confirmada por la STS. 17.3.2003 en cuanto al tipo delictivo aplicable y cuya fundamentación jurídica en este extremo igualmente copia.

Ahora bien, con independencia de que la relación entre el supuesto fáctico de aquella sentencia y el que ha motivado el presente procedimiento es incuestionable, al ser el recurrente acusado en ambos procesos y la mecánica comitiva substancialmente coincidente -el propio recurrente lo admite implícitamente en el desarrollo del motivo décimo cuarto en cuanto a la extensión de la pena que debe imponerse- se omite en el motivo que, además de esa genérica fundamentación, la sentencia de instancia analiza y pormenoriza las concretas circunstancias del delito en relación a los concretos hechos atinentes a cada parte querellante en el fundamento jurídico segundo, con expresa referencia a las pruebas -motivación fáctica- que valora para la adecuada subsunción típica. Así hechos referidos a Olegario , Pág. 28 a 32, para considerar acreditado que el acusado se apropió para su propio beneficio o distrajo para otros fines distintos de los encomendados la cantidad de 8.418.235 Ptas. (50.594,61 E), pertinentes a los hermanos Florencio Olegario y María Angeles . Henos referidos a Domingo , Pág. 32 a 36, para declarar la responsabilidad del recurrente ya por su apropiación o por no acreditar suficientemente su destino a los fines que le fue entregada, en la cantidad de 20.721.276 Ptas. (124.537,38 E). hechos referentes a Baldomero y otros, Pág. 36 a 41, para concluir que no ha acreditado el acusado su efectivo destino a inversiones a través de AVA, Asesores de Valores, Agencia de Valores SA, de las cantidades y a las personas que señala en la Pág. 41.

Podrá compartirse o no la argumentación de la sentencia en orden a la respuesta dada a las cuestiones planteadas y a la correcta subsunción de los hechos en los tipos penales aplicados, pero ello es ajeno a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial denunciada.

SEPTIMO: Los motivos quinto, sexto y séptimo se articulan al amparo del art. 849.2 LECrim . por error de hecho en la apreciación de las pruebas basado en documentos que obran en las actuaciones y que no resultan contradichos por otros elementos probatorios.

a) Se señala en el motivo quinto de la sentencia en su antecedente de hecho primero A referido a los contratos financieros de los Sres. Olegario Florencio , omite toda referencia a un abono en las cuentas de los Sres. Florencio Olegario por la venta de los valores 60 DCBBR y 47 DCBBR producida el 30.4.97 y que aparecen en la Pág. 29 del informe pericial del Sr. Celestino propuesto por el Sr. Florencio , obrante en el PA. 261/01, folios 764 a 799, por un total de 12.764.988 Ptas., que restado del total entregado por aquellos 61.661.800, da una cantidad de 48.896.812 Ptas., que prácticamente coincide con la cantidad reconocida a favor de los Sres. Florencio Olegario en la suspensión de pagos de AVA. 48.883.350 Ptas., por lo que el perjuicio para estos es inexistente.

b) En el motivo sexto se pone de manifiesto que la sentencia en su antecedente de hecho primero B, referido a los contratos financieros de los Sres. Montserrat Domingo Herminio afirma en la Pág. 5 que "no constando el destino que el acusado dio a 20.721.276 Ptas. de acuerdo con la pericial efectuada", lo cual no coincide con lo afirmado en el informe pericial del Sr. Rodrigo , obrante a los folios 5038 a 5065, Tomo XV, dado que el Sr. Ignacio remitió las cantidades recibidas a la agencia B&T y cuando ésta dejó de operar remitió todo el dinero a AVA Agencia de Valores SA, en la cuenta contable nº 874 de la que el acusado no podía disponer u ordenar inversiones.

c) En el motivo séptimo en relación al antecedente de hecho primero c) referido a los contratos financieros de los Sres. Rebeca Luis Antonio Baldomero se afirma que el acusado "no dio a estas cantidades el destino pactado", lo cual no coincide con el informe pericial del Perito Sr. Hilario , obrante al Tomo XII, folios 3902 a 3990, y el obrante en la pieza separada de prueba del Rollo de la Sala ni con el informe de los Interventores Judiciales de AVA Agencia de Valores Sal de Agapito y Darío , obrante al tomo V, folios 1673 a 1836, Tomo VI folios 3544 y 3713, Tomo XIII bis, folio 4416 a 4456, y el obrante en la pieza separada de prueba del Rollo de Sala.

Los motivos devienen improsperable.

En efecto debemos recordar como hemos dicho en STS. 732/2009 de 7.7.2009 que la vía del art. 849.2 LECrim. solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que ... "constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y respecto a la prueba pericial La doctrina de esta Sala Segunda, SS. 13.2.2008, 5.12.2007, 6.3.2007, entre las más recientes, mantiene, que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba.

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación (SSTS. 5.6.2000, 5.11.2003).

Por ello la Sala Segunda solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como:

a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario.

b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2, 1224/2000 de 8.7, 1572/2000 de 17.10, 1729/2003 de 24.12, 299/2004 de 4.3, 417/2004 de 29.3).

En el primer caso se demuestra un error porque asumiendo su informe al incorporar a los hechos las conclusiones del único informe pericial sin explicación que lo justifique se hace de un modo que desvirtúa su contenido probatorio, y en el segundo se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo (STS. 2144/2002 de 19.12).

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim. Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECrim. No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial

es una prueba de carácter personal donde el principio de intermediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental Si, como hemos dicho, en definitiva la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. (art. 849.2) en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efectos nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio, (SSTS. 275/2004 de 5.3 y 768/2004 de 18.6).

Ahora bien, *no debe confundirse este supuesto excepcional con la valoración que el Tribunal hace de la prueba pericial*, pues, como indica la STS. 1572/2000 de 17.10 " el Tribunal ha valorado una pluralidad de informes, incluidos las matizaciones realizadas por el Perito en el acto del juicio oral, obteniendo racionalmente su convicción tomando en consideración una gran variedad de cuestiones....., por lo que nos encontramos ante un ejercicio razonable de las facultades valorativas del Tribunal de instancia no cuestionables a través de este cauce casacional".

OCTAVO: Doctrina que sería aplicable a los distintos supuestos examinados:

A) Respecto a las cantidades objeto de apropiación de la familia Florencio Olegario , la sentencia recurrida y el auto aclaratorio posterior, tiene en cuenta precisamente el informe pericial Don. Celestino a que se refiere el motivo 5, para llegar a la conclusión de que la cantidad defraudada fue 8.418.235 Ptas. (50.594,61 E), cantidad que fue incrementada por el auto aclaratorio de 2.3.2009, a 14.851.965 Ptas. (95.272,23E), y que resulta, según dicho informe, de la diferencia entre las cantidades gestionadas por el recurrente de la familia Olegario Florencio (capital+interés+incrementos capital), y las recogidas en la suspensión de pagos de AVA, para luego descontar los reintegros realizados por el Sr. Ignacio a la familia Florencio Olegario . Las cantidades a que se refiere el motivo aparecen ya en el citado informe (Pág. 29), y por tanto han sido tenidas en cuenta por el perito en la definitiva concreción de las cantidades apropiadas.

B) Con referencia a las cantidades de los Sres. Montserrat Domingo Herminio , la sentencia valora el informe de los interventores judiciales de AVA, Agencia Asesores de Valores, Agencia de Valores, que cifra el total de los importes abonados en la cuenta 874 de ABA Navarra SA, procedentes de ventas de valores propiedad de Encarna , y de seguros de cambio de esta y de Herminio y Montserrat , en 19.343.154 Ptas., (116.254,64 E).

Parte de que el total entregado fue 28.900.000 Ptas. (173.692,50 E), lo que es reconocido como el recurrente, cantidad que descontados los reintegros efectuados, quedó en 20.721.276 Ptas. 124.537,38E), y para determinar su destino valora el informe de los Interventores judiciales de AVA, Asesores de Valores, Agencia de Valores de fecha 17.7.2007, que verifica las cantidades que procedentes de venta de valores propiedad de Encarna por 9.151.395 Ptas. y 8.477.527 Ptas. y de seguros de cambio concertados con Encarna , Herminio y Montserrat por importe 22.115 Ptas., 22.115 Ptas. y 1.670.000 Ptas., se ingresaron en la cuenta 87 de ABA Navarra SA, sociedad de la que era titular y consejero delegado el recurrente.

Consecuentemente no se aprecia error en la apreciación de la prueba, las cuestiones planteadas de si por la naturaleza contenida en aquella cuenta 874 el recurrente no podía disponer de aquel dinero, son estrictamente jurídicas y propias del motivo por error iuris del art. 849.1 LECrim.

C) Y en relación a las cantidades de la familia Rebeca Luis Antonio Baldomero y otros, la sentencia de instancia tiene en cuenta las declaraciones del propio acusado y reconoce las entregas de dinero del Grupo Torres:

Baldomero un total de 62.500.000 Pts (375.632'57#), de las que retiró de AVA Asesores de Valores de Navarra 10 millones (60.101'21#), Luis Antonio entregó 12.710.534 Pts (76.391'85#) de las que retiró 1 millón de Pts (6.010'12#); Rebeca entregó un total de 31.714.700 Pts (190.609' 19#) de las que retiró 5 millones de Pts (30.050 '61 #); Estela entregó 49.914.906 Pts (299.994 '63#) Y Edificios Tudela Mai S.L., 10 millones de Pts (60.101 '21 #). Asimismo valora el informe de los interventores judiciales de AVA, Asesores de Valores, Agencia de Valores, en relación a las cantidades reconocidas en la suspensión a cada uno de ellos: Baldomero 8.678.201 pesetas (52.157,04 #), a Rebeca 5.260.581 pesetas (31.616,73 #), a Luis Antonio 5.149.380 pesetas (30.948,40 #), a Estela 1.075.750 pesetas (6.465,39 #), a Edificios Tudela Mai S.L. 190 pesetas (1,14 #), para concluir que las cantidades no remitidas a AVA, Asesores de Navarra SA y cuyo destino quedaría por determinar, serían.

A D. Baldomero en la cantidad de 43.821,797 Pts (263.374,31 #).

A D. Luis Antonio en la cantidad de 6.561.154 Pts 39.433,33 #).

A D^a Rebeca en la cantidad de 21.454.116 Pts (128.941,84 #

A D^a Estela en la cantidad de 38.838.655 Pts (233.425,02 #)

A "EDIFICIOS TUDELA MAI, S.L." en la cantidad de 9.999.810,2 Pts (60.100,07 #).

Y como no obstante estas cantidades la Sala valora el dato de que el acusado invirtió dinero de algunos de los querellantes, Baldomero y Estela a través de la Sociedad de Valores B&T Asesores financieros, así como las propias declaraciones de los integrantes de esta acusación, y estima que el dinero que entregado por los miembros del Grupo Torres que no ha acreditado el acusado su efectivo destino a Inversiones a través de AVA, Asesores de Valores, Agencia de Valores SA., ni tampoco su destino a otros eventuales inversores, es el que aparece en los distintos reconocimientos de deuda otorgados por el Sr. Ignacio ante Notario el 7.5.98: A D. Baldomero en la cantidad de 25.000.000 Pts (150.253,02 #). A D^a Rebeca en la cantidad de 6.000.000 Pts (36.060,73 #). A D. Luis Antonio en la cantidad de 3.000.000 Pts (18.030,36 #). A D^a Estela en la cantidad de 28.000.000 Pts (168.283,38 #). A "EDIFICIOS TUDELA MAI, S.L." en la cantidad de 9.999.810,2 Pts (60.100,07 #).

Consecuentemente no se aprecia error alguno en la apreciación probatoria. La naturaleza, validez, y trascendencia jurídica penal de estos reconocimientos de deuda es al igual que el motivo anterior, cuestión ajena a esta vía casacional.

NOVENO: El motivo octavo al amparo del art. 849.1 LECrim . por inaplicación del art. 131 CP . de los delitos que acusan al Sr. Domingo y el Sr. Florencio .

El remitente relaciona las fechas de suscripción de los contratos financieros suscritos por Florencio , María Angeles y Luis Carlos y por Encarna , Herminio y Montserrat con la fecha de reclamación, por entender que el delito del que acusan había prescrito.

Así los primeros suscribieron sus contratos el 4.2.94 y los segundos el 27.5.94 y 9.6.95, por lo tanto el Código vigente era el de 1973.

La Sra. Encarna y sus hijos no reclaman hasta el 23.10.2007, el mismo día del juicio que es cuando comparecieron en el mismo y manifestaron su voluntad de reclamar.

Por tanto desde el 27.5.94 y 8.6.95 hasta el 23.10.2007, habrían transcurrido más de 10 años que es el plazo a que se refiere la sentencia.

En el caso de Florencio y Luis Carlos y María Angeles como todos suscribieron sus contratos el 4.2.94 y no han comparecido en el procedimiento ni han reclamado cantidad alguna, el plazo también había transcurrido.

El motivo debe ser desestimado asumiéndose en esta sede casacional los acertados razonamientos de la sentencia recurrida (Pág. 21 y 22).

a) En efectos hemos de partir de que en los casos de continuidad delictiva esta Sala ha entendido acertado tomar el plazo de prescripción a partir de la pena exasperada o agravada, pues la previsión legal para el delito continuado ofrece suficiente seguridad jurídica SSTS. 600/2007 de 11.9, 1173/2005 de 27.9, que recuerda como esta Sala ha resuelto en diversas de ocasiones en el mismo sentido que la de instancia. Así, SSTS 2074/2001, de 22 de Abril, 222/2002, de 15 de Mayo, y las que en esta última se citan. Siempre con el argumento de que la posible exasperación de la pena en los términos que permite la previsión legal del art. 69 bis CP. 1973 (o art. 74.1 CP. 1995) satisface las exigencias de seguridad jurídica a que debe responder el instituto de prescripción. Y esto puesto que se trata de una facultad legalmente reconocida y circunscrita en sus límites temporales. En el mismo sentido podemos contabilizar las SSTS nº 1823/2001 de 25 de Mayo, 1937/2001 de 26 de Octubre, 1590/2003 de 22 de Abril --caso Intelhorce--, 862/2002 de 29 de Julio --caso Banesto--, que cita el Acuerdo General de Sala de 29 de Abril de 1997, según el cual había de estarse a la pena en abstracto imponible al delito, a los efectos de determinar el plazo de prescripción, concluyendo con la declaración de no estar prescrito el delito de apropiación indebida ya que al tratarse de delito cometido en la modalidad de continuidad delictiva, habría de tenerse en cuenta la pena imponible en abstracto y por lo tanto teniendo en cuenta la potestativa exasperación punitiva dada la continuidad delictiva.

Si esta doctrina de la Sala ya era la aplicable en relación al CP. de 1973, con mayor motivo hay que sostenerla en relación al CP. de 1995, pues la expresión que en él se contiene en el art. 131 "*....la pena máxima señalada al delito....*" no viene a suponer ningún cambio legislativo sino el expreso reconocimiento de lo que ya la Jurisprudencia de esta Sala había fijado en relación a la expresión "*....cuando la Ley señalase*

al delito la pena de..." --art. 263 CP. 1973 --, como expresamente se recoge en las STS 71/2004 de 2 de Febrero ó la 96/2004 de 30 de Enero.

En resumen, hay que concluir afirmando que en los casos de continuidad delictiva, ya bajo la vigencia del art. 69 bis como al art. 74 del vigente CP., hay que estar a la pena que la Ley imponga como máxima posibilidad, con independencia de la pena que se imponga en concreto, no padeciendo el principio de *lex certa* en la medida que tal pena exacerbada por la continuidad, satisface las exigencias de la certeza de la Ley, y además, resulta más respetuosa con el principio de proporcionalidad y gravedad de los delitos, pues no cabe duda de la mayor contumacia, gravedad y persistencia en el delito que ofrece la situación de quien durante un tiempo más o menos determinado comete idéntico hecho delictivo reiteradas veces, multiplicando sus efectos en las víctimas por aquella intensificación, que aquella otra situación que de forma episódica comete una aislada infracción delictiva.

b) Que respecto al criterio de la perfección delictiva, tiene declarado esta Sala, como son exponentes las SSTS. 1937/2001 de 26.10 y 678/2006 de 7.6, que cuando la interpretación de la expresión "*desde el día en que se haya cometido la infracción punible*" (art. 132.1 del Código Penal), en el sentido de determinar si, a efectos de la prescripción, el "dies a quo" o fecha de inicio del cómputo, en los supuestos de delitos que se perfeccionan "ex intervalo temporis", debe fijarse en el momento en que la acción se ejecuta o se omite el acto que el agente estaba obligado a realizar, o bien en el momento en que se perfecciona el delito a través de la producción del resultado.

Pues bien, ha de ratificarse la doctrina de esta Sala que, como regla general, se inclina por el criterio del resultado (Sentencias de 26 de octubre de 1971, 27 de diciembre de 1974, 21 de abril de 1989, 26 de octubre de 1993 y 9 de julio de 1999), pues en los delitos de resultado éste constituye un elemento del tipo, sin el cual la infracción penal no se perfecciona. La prescripción comienza cuando el delito termina, y en consecuencia el cómputo del plazo no puede iniciarse antes de que el delito se haya perfeccionado, por la producción del resultado típico.

En el delito de apropiación indebida el momento consumativo tendrá lugar, tratándose de cosas guardadas en depósito, comisión o administración, cuando se produce el apoderamiento de las mismas y tratándose de la distracción de dinero o bienes, por no darles el destino convenido, se consuma el delito en la fecha en que debió de haberse dado tal destino pactado, si se incumple la obligación y se retiene la posesión del dinero o bienes en provecho del poseedor (SSTS. 448/2000 de 31.7, 1248/2000 de 12.7, 1000/2003 de 15.1.2004).

Tratándose de dinero hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, como cuando se gasta o emplea en distinta forma a la pactada el dinero recibido (SSTS. 513/2007 de 19.6, 938/98 de 8.7).

c) Es doctrina jurisprudencial reiterada que en la hipótesis de continuidad delictiva el cómputo del plazo de prescripción no empieza hasta la realización del último acto integrante de esa cadena de desplazamientos patrimoniales obedientes al mismo y único plan concebido por el sujeto agente. El punto de partida o días a quo para el cómputo del tiempo de prescripción, aun tratándose de delito continuado empieza cuando se termina la acción dolosa enjuiciada. Por consiguiente, el momento inicial no se altera por tratarse de una infracción continuada, pues la última de las actuaciones del acusado será la que cuente (SSTS. 830/2003 de 9.6, 217/2004 de 18.2, 1224/2006 de 7.12) esto es desde el último acto del delito continuado (SSTS. 1372/2004 de 30.11, 211/2006 de 2.3, 678/2006 de 7.6), tal como expresamente prevé el art. 132.1 CP. "*en los casos de delito continuado... tales términos se computará desde el día en que realizó la última infracción...*".

d) Por último en cuanto a la interrupción del plazo prescriptivo, este se produce no por la personación del perjudicado en las diligencias, como se argumenta en el motivo, sino cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, expresión que esta Sala Segunda ha interpretado en el sentido de ser suficiente con la presentación de la denuncia o querrela (SSTS. 751/2003 de 28.11, 1518/2004 de 23.12, 1437/2005 de 2.12, 331/2006 de 24.3, 600/2007 de 11.9, 706/2007 de 6.6, 845/2007 de 31.10).

En el caso presente el recurrente parte de una premisa errónea cual es computar como fecha de inicio del plazo prescriptivo la fecha de los respectivos contratos de gestión, 4.2.94, 27.5.94, y 9.6.95 -excluyendo los contratos que el relato fáctico detalla en su apartado c) en relación con la familia Rebeca Luis Antonio Baldomero que se desarrollaron entre 1994 y 1996 -cuando, como con acierto destaca el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación- los hechos se consuman en el ámbito de actuación que va desde la constitución de AVA, Asesores de Valores Navarra SA. hasta que como consecuencia de la suspensión de pagos presentada por esta entidad a quien representaba el recurrente, dejara de actuar, siendo en mayo 1998 al producirse la

intervención judicial de esta agencia de valores en suspensión de pagos, cuando se determinan las cantidades gestionadas por el acusado, cuyo destino no consta.

En consecuencia desde esa fecha -e incluso desde la de los contratos respectivos- hasta la de la interposición de las querellas por Olegario , febrero 1999 y por Domingo 20.11.2000, resulta evidente que no habría transcurrido el plazo prescriptivo que conforme el art. 131.1 párrafo 3º, sería de 10 años -incluso en el supuesto de no aplicar la continuidad delictiva- dada la pena en abstracto del art. 250.1 CP.

DECIMO: El motivo noveno al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 252 CP .

Se argumenta en el motivo que la sentencia omite las razones en base a las cuales considera los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida, no obstante lo cual sí se tiene en cuenta que el recurrente era un mero intermediario entre las inversiones y la Agencia de Valores, cuyos interventores judiciales han explicado el origen y destino de las citadas inversiones, ha de concluirse que el delito de apropiación indebida no se ha cometido.

En el desarrollo del motivo el recurrente hace referencia a la circular 11/97 de la Comisión Nacional de Mercados de Valores que establece las funciones de los representantes de una Agencia de Valores: "el representante actuará como promotor del servicio de gestión de cartera por cuanta y en nombre de la entidad del que es representante, de forma que una vez perfeccionado el contrato de gestión de cartera entre el cliente y entidad autorizada, éste surta todos sus efectos directamente entre dichas partes.

La responsabilidad ante el cliente que pueda derivarse del ejercicio de la gestión será en todo caso exigible a la entidad legalmente habilitada para su desempeño".

En base a ello si la sentencia sostiene que el acusado como representante legal primero de ABA Navarra y luego AVA Asesores de Navarra, y siendo además socio y administrador se dedicaba a captar dinero para inversiones, asesorar a los inversionistas, realizando la colocación o inversión de las cantidades confiadas por medio de la agencia de valores, a la que debía dar las ordenes oportunas.

Si atendemos a los informes de los interventores de la suspensión de la agencia de valores se puede concluir que las inversiones se transfirieron por parte del Sr. Ignacio a dicha agencia, reconociéndose en la intervención judicial un importe global de 1.079.406,35 euros.

Por tanto si las inversiones se hicieron el responsable de las mismas es la Agencia de Valores no el Sr. Ignacio .

Y así en concreto, en relación a las inversiones de Domingo en su propio escrito de acusación se dice que el total del dinero entregado al acusado Ignacio , socio y administrador de ABA Navarra, quien lo remitió a B&T. Posteriormente cuando B&T dejó de operar como agencia de valores, remitió todo el dinero a AVA Agencia de Valores, extremo corroborado por la pericial Don. Rodrigo , abonándose en la cuenta 874 de la contabilidad de esta última, por lo que es ésta la responsable de su gestión y administración y no el recurrente quien según el testigo Sr. Armando , Consejero Delegado de AVA Asesores de Valores, Agencia de Valores SA, dada la naturaleza de cuenta "contable" el acusado no podía disponer u ordenar inversiones.

Asimismo se aduce en el motivo que la sentencia pese a atribuir un especial valor probatorio al informe de los interventores judiciales de AVA, Agencia de Valores olvida descontar las cantidades reconocidas en la cartera de valores en la suspensión de pagos de AVA Agencia de Valores SA.

Y por ultimo el propio Ministerio Fiscal en cuanto a las indemnizaciones a favor de la familia Rebeca Luis Antonio Baldomero -señala en sus conclusiones- que se deberá descontar la cantidad de 205.649.663 Ptas. (634.967 E), que es lo reconocido en la cartera de valores a la suspensión de pagos, por lo que si las indemnizaciones fijadas en la sentencia ascienden a 608.859,55 E, la apropiación indebida no se ha cometido.

El motivo debe ser desestimado.

Como hemos dicho en STS. 9/2008 de 24.1 es doctrina de esta Sala, como son exponentes las sentencias de 12.5.2000, 19.9.2003, 2.11.2004, 8.6.2005, 11.4.2007, 19.9.2007, y 16.10.2007, la que el actual art. 252 CP., sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: la que consiste en la "apropiación" propiamente dicha que comete el poseedor legítimo que incorpora a su patrimonio las cosas muebles ajenas con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y la legalmente caracterizada como "distracción" o gestión desleal que se comete perjudicando patrimonial a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

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

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

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

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

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

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

Esta consideración de la apropiación indebida del art. 252 del Código penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, desde antes del Código Penal de 1995, (SSTS. 31.5.93, 15.11.94, 1.7.97, 26.2. y otras), que conforman una dirección jurisprudencial consolidada (SSTS.7.11.2005, 31.1.2005, 2.11.2004 y las que citan), ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que "en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron". STS 31.1.2005.

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

Por ello cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente 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 resulta 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.

Consecuentemente en este supuesto la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio - puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada- sino en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto (STS. 2339/2001 de 7.12). Naturalmente si el tipo objetivo del delito se realiza, cuando se trata de la distracción de dinero u otros bienes fungibles, de la forma que ha quedado expresada, el tipo subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse la cantidad recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación o entrega del dinero o, dicho de otra manera, en la deslealtad con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero. La concurrencia, en cada caso, de este elemento subjetivo del delito tendrá que ser indagada, de la misma forma que se indaga el ánimo de lucro en la modalidad delictiva de la apropiación, mediante la lógica inferencia que pueda realizarse a partir de los actos concretamente realizados por el receptor y de las circunstancias que los hayan rodeado y dotado de una especial significación.

DECIMO PRIMERO: La aplicación de la precedente doctrina permite apreciar que la sentencia de instancia ha rechazado correctamente la subsunción de los hechos probados en el tipo de la apropiación indebida.

En efecto hemos de partir de que la vía casacional del art. 849.1 LECrim. obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre los hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim., (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECrim.

En esta dirección la STS. 121/2008 de 26.2, dice que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir este motivo una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un motivo de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la legalidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Pues bien en el relato fáctico: a) en su apartado A en relación a la familia Florencio Olegario se recoge expresamente -con la modificación operada por el auto de aclaración: " *El acusado recibió un total de 60.095.580 Pts (415.272,80#) para su gestión y administración que debía invertir a través de su representada AVA, ASESORES DE VALORES, AGENCIA DE VALORES, S.A, cuya intervención judicial el 27 de Marzo de 1998 ha reconocido una cartera al coste en la cuenta de Florencio , a su favor de 48.591.636 Pts (292.041'61 #) más 133.229 Pts (800'72#).* Asimismo se detallan entregas por parte del acusado el 12- 1-1998 la cantidad de 618.700 Pts (3718' 46#), y el 23 de noviembre de 1998 que pudo ser cobrado, para concluir que *el perjuicio total causado a la familia Florencio Olegario asciende a 8.418.235 Ptas. (50.594,61 E), tras el auto aclaratorio 15.851.965 Ptas. (95.272,23E).*

Consecuentemente si el acusado recibió unas cantidades para su gestión y administración a través de una agencia de valores, esto es con un destino determinado y no obstante ello, parte de las cantidades recibidas no constan hayan tenido esa inversión, sin que el acusado haya podido justificar su destino final, el delito del art. 252 CP. se ha cometido.

B) En el apartado B respecto a la familia Montserrat Domingo Herminio se destaca como el acusado contactó con Domingo y le propuso realizar diversas operaciones de inversión, realizándose éstas tanto en su propio nombre como en el de sus hijos Herminio y Montserrat, y su mujer Encarna y en concreto se especifica dos entregas de 9.000.000 Pts y 19.900.000 Pts (119.601' 41 #) respectivamente, de las que 4.500.000 Pts (27.045 '54#) fueron retiradas por Domingo... La familia Montserrat Domingo Herminio realizó los diversos contratos de gestión limitada de cartera de valores a través de "ABA, Navarra, S.A." como después a través de AVA ASESORES DE VALORES NAVARRA, S.A., realizándose las inversiones a través primero de B&T, ASOCIADOS FINANCIEROS, S.A. y después "AVA, ASESORES DE VALORES AGENCIA DE VALORES S.A.". En Mayo de 1.998 en la intervención judicial de "AVA, Asesores de Valores, Agencia de Valores S.A." en suspensión de pagos, donde debían encontrarse las cantidades gestionadas por el acusado, sólo se les reconoció aproximadamente 1.921.360 Pts (11.547'61#), no constando el destino que el acusado dio a 20.721.276 Pts (124.537'37 #) de acuerdo con la pericial efectuada.

Del anterior relato fáctico los elementos del delito de apropiación indebida aparecen suficientemente acreditados.

La tesis exculpatoria del recurrente en relación a la naturaleza contable de la cuenta número 874 y su imposibilidad de disposición de la misma es analizada por la sentencia de instancia, (Pág. 35 y 36), no considerándole creíble. Razonamiento correcto a la vista de la declaración de los interventores judiciales en el plenario en el sentido de que tal cuenta era a la que iban las inversiones era de ABA Navarra -después AVA, Asesores de Valores de Navarra SA.- sociedad de la que el acusado era representante legal, socio y administrador, y de la que esta traspasaba a la cuenta de la Agencia de Valores, dando las instrucciones concretas de la inversión, siendo significativo que el testigo Sr. Armando, consejero delegado de la Agencia de Valores no pudo explicar los traspasos de dinero resultante de las ventas de valores y vencimientos de seguros a la cuenta nº 874 de ABA, y que los Administradores judiciales de la Agencia de Valores señalaron que el titular de esa cuenta podía retirar los fondos cuando quisiera.

En consecuencia el recurrente se apropió indebidamente de parte del dinero entregado por la familia Montserrat Domingo Herminio para un destino concreto, bien incorporándolo a su patrimonio o bien con una gestión desleal ignorándose su destino, pero en todo caso, el delito del art. 252 CP. se habría cometido.

C) Por último en el apartado c) en relación con los servicios financieros mantenidos con Baldomero, Luis Antonio y Rebeca y Estela tras relatar las entregas de dinero efectuadas por éstos, 620.500.000, 12.710.534, 31.714.700, 49.914.906 Ptas. y 10.000.000 Ptas. para su gestión y administración, y las cantidades retiradas 10.000.000, 1.000.000, 5.000.000 Ptas. se destaca que: Ignacio primero como socio y administrador de "ABA Navarra, S.A." y después de "AVA, ASESORES DE VALORES NAVARRA, S.A.", como representante de "B&T, Servicios Financieros S.A." primero y después de "AVA, ASESORES DE VALORES, AGENCIA DE VALORES, S.A." no dio a estas cantidades el destino pactado, poniéndose de relieve con motivo de la suspensión de pagos de ésta última en Marzo de 1998, que a nombre de estos inversores se reconocieron en dicha suspensión unas cantidades muy inferiores, a Baldomero 8.678.201 pesetas (52.157,04 #), a Rebeca 5.260.581 pesetas (31.616,73 #), a Luis Antonio 5.149.380 pesetas (30.948,40 #), a Estela 1.075.750 pesetas (6.465,39 #), a Edificios Tudela Mai S.L. 190 pesetas (1,14 #). El acusado en su propio nombre y en el de "AVA, Asesores de Valores de Navarra", reconoció adeudar a Baldomero 25 millones (153.253 '02 euros), haciéndolo en escritura pública de 7-5- 1998, obligándose a destinar el precio de una venta de una finca sita en "El Viso", término municipal de Arges (Toledo) al pago. Asimismo en escrituras públicas de esa fecha reconoció a favor de Rebeca una deuda de 6 millones (36.060'73 euros), a favor de Luis Antonio tres millones -(18.030'36 euros), a Estela 28 millones (168.283'38 euros) y a Edificios Tudela Mai S.L. diez millones (60.101,21 euros) entregando el acusado diversos pagarés para el pago de las mismas, si bien llegado el vencimiento no fueron hechos efectivo por falta de fondos.

DECIMOSEGUNDO: El recurrente cuestiona estos reconocimientos de deuda pretendiendo que estaríamos ante el incumplimiento de una obligación civil pero que no habrá incurrido en el grado de ilicitud que requiere el delito de apropiación.

Argumentación inatendible.

En efecto en la doctrina reciente se ha puesto en duda que el "animus de devolución pueda excluir el animus rem sibi habendi que caracteriza el tipo subjetivo del delito del art. 252 CP.

Por lo tanto, hay que establecer con precisión qué se debe entender por animus rem sibi habendi en el delito de apropiación indebida. El análisis de este concepto permite descubrir que éste ánimo se caracteriza por dos elementos: a) la voluntad (al menos eventual) de privar de forma definitiva al titular de los bienes de

los mismos mediante sustracción; y b) la voluntad de incorporar las cosas a su patrimonio, por lo menos, en forma transitoria, o de distraer los bienes (STS.143/2005 de 10.2).

En consecuencia, a partir de esta doble premisa no cabe eliminar, sin más, el efecto excluyente del "animo de devolución", toda vez que éste viene a demostrar, en principio, que el autor no había tenido voluntad de privar definitivamente al titular (en forma al menos eventual) de la posibilidad del ejercicio del derecho de propiedad sobre los bienes.

En efecto la jurisprudencia ha declarado que el momento consumativo del delito de apropiación indebida tendrá lugar, tratándose de la distracción del dinero por no darle el destino convenido, en la fecha en que debió darse tal destino pactado, si se incumple la obligación y se retiene la posesión de dinero o bienes en provecho del poseedor (SSTS. 448/2000, 1248/2000 de 12.7), precisándose que con la conducta del autor, cuando se trata de dinero o bienes fungibles, se incumplan definitivamente las obligaciones de devolver o entregar a un tercero impuestas como complemento inseparable del acto de entrega. No basta pues la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (SSTS. 8.7.98, 11.7.2005).

Como se ha dicho en SSTS. 712/2006 de 3.7 y 219/2007 de 9.3, "en el delito de apropiación indebida la potencial disponibilidad o posibilidad de disponer, como criterio decisivo para determinar la consumación, hemos de hallarlo en el momento en que el agente hace propio (o tiene posibilidad de hacerlo) lo que tiene obligación de poner a disposición del partícipe".

En nuestro caso, nos hallaríamos ante un delito de apropiación indebida de dinero, cuyo momento comitivo hay que fijarlo en el instante en que el autor no le da el destino pactado, incumpliendo la obligación y reteniendo su posesión, y en los supuestos de posesión clandestina -en el sentido de que nadie tiene conocimiento de ella, aparte del agente- el nudo crucial es el llamado por la jurisprudencia "punto sin retorno", hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales. Naturalmente habrá de examinarse ponderadamente cada caso para conocer el instante en que se habría producido la consumación del hecho.

Parece claro -dice la STS. 143/2005 de 10.2 - que si la apropiación es descubierta o denunciada (reclamación previa de la cosa, ejercicio de acciones judiciales...) dicho momento se ha cumplido y el agente no quedaría libre de responsabilidad criminal si restituyera la cosa (o el dinero) a partir de tal instante.

Situación que sería la contemplada en autos en el que el reconocimiento de deuda y compromiso de pago no sólo se efectuó en fecha posterior al informe de los interventores judiciales en la suspensión de pagos de la agencia de valores que reconoció cantidades muy inferiores a las entregadas para su inversión, sino que fue incumplido en su totalidad.

En consecuencia el valor dado a aquellos reconocimientos en orden a determinar el montante de las cantidades apropiadas resulta correcto.

En efecto hay que distinguir el reconocimiento de deuda con valor constitutivo e independiente de la causa, es decir, modalidad del llamado negocio jurídico abstracto, cuya admisión es discutible en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, al establecer el art. 1277 Cc. Que aunque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, sienta nuestro Código Civil una presunción general de la causa (existencia y licitud) para todos los negocios jurídicos que así despliegan su eficacia porque este elemento esencial (art. 1261) existe siempre para el legislador con independencia de que se exprese o no su concurrencia mientras en el previo negocio abstracto no puede oponerse la inexistencia o la irregularidad de la causa, precisamente porque los efectos jurídicos de aquél se producen con total desvinculación de ésta, en nuestro Derecho si puede hacerse mediante la prueba cumplida de cargo de quién lo alega. Por tanto lo que el art. 1277 Cc. Admite no es la posibilidad de negocios abstractos en sentido propio, sino otra cosa distinta, que es la abstracción procesal de la causa cuyo efecto sustancial consiste en invertir la carga de la prueba, en el sentido de que el acreedor no debe probar la existencia y regularidad de la causa y el deudor no puede decir que carezca de causa la obligación que contrajo por no haberse expresado ésta, pero sin alegar la inexistencia o irregularidad causal suministrando prueba suficiente que desvirtúe la presunción legal del art. 1277 Cc.

En definitiva, no es propio de nuestro ordenamiento jurídico -y así lo declaró la STS. Sala 1ª de 28.3.83 - atribuir valor constitutivo al reconocimiento de deuda con independencia de que la causa exista o no, fundándose en la atribución de carácter abstracto al negocio jurídico de que se trate.

Cabe, en segundo lugar, hablar de reconocimiento de deuda, dentro de la categoría de los negocios jurídicos causales, como negocio o contrato de fijación, cuando existiendo una relación jurídica preexistente incierta o controvertida, se manifiesta el reconocimiento como una voluntad de querer fijar definitivamente una relación anterior, a fin de eliminar para siempre toda incertidumbre o controversia que exista o pueda surgir. En tal caso el reconocimiento de deuda, entendido como contrato de fijación, se aproxima al contrato transaccional, aunque se diferencia de él por su estructura, al tener carácter unilateral.

Y cabe finalmente, fuera del ámbito de los negocios jurídicos, ya sean abstractos o causales, admitir el reconocimiento de deuda, entendido como actos en el que la declaración manifiesta no es de voluntad sino exactamente de conocimiento o creencia. En tal caso no se persigue la producción de un efecto jurídico consistente en la creación de una deuda, sino la mera constatación de la ya existente, la deuda reconocida no nace así del acto de reconocimiento sino que precede a éste, y con el reconocimiento tan solo se crea un instrumento para la demostración que en el campo de la prueba permite acreditar la deuda reconocida, cuyo título será, sin embargo, el contrato de que se trate cuando lo reconocido es una obligación contractual. En definitiva esa clase de reconocimiento de deuda se sitúa en la esfera de lo probatorio, y particularmente en la prueba documental cuando el reconocimiento es escrito, en relación con la llamada confesión extrajudicial a que se refiere el art. 1239 Cc.

En esta dirección la jurisprudencia de la Sala Primera Tribunal Supremo tiene declarado que los estados negociables de reconocimiento de deuda son válidos y lícitos como figura jurídica comprendida dentro del principio de autonomía de la voluntad sancionado en el art. 1255 Cc., tanto en su aspecto de facilitar a la otra parte un medio de prueba como a dar por existente una situación de débito contra el que la reconoce, quedando vinculado a la misma, que alcanza efectos constitutivos si se expresa su causa justificativa (SS. 27.11.91, 30.9.93, 20.10.94, que cita otras, entre ellas 9.4.80, 3.11.81, y en igual sentido S. 29.7.94), rigiéndose por lo dispuesto en el art. 1277 Cc. que comporta una inversión de la carga probatoria en cuanto a la existencia de causa (SS. 20.11.92 y 4.3.94), en base a lo cual el reconocimiento exime al actor de probar la causa subyacente, sin perjuicio de que el demandado pueda demostrar que no existe o es ilícita, acreditando el verdadero origen de la obligación (SS. 23.3.94 y 21.7.94) de forma que el art. 1253 Cc. exige la vinculación de las partes al contenido del reconocimiento, siendo el demandado quien debe probar la versión contenida en la contestación, ya que si su contenido no queda desvirtuado por otras pruebas, ha de protegerse lo dispuesto en aquél, estimando la acción ejercitada (S. 13.7.94), siendo de considerar, de otro lado que -como concluyó la STS. 20.11.92 - una vez averada la autenticidad de un documento ha de estarse a su contenido, no pudiendo pedir que se parta de una realidad contraria a lo que el mismo expresa, lo que implicaría aplicar una presunción contraria a la prueba directa sin base fáctica alguna que lo aconseje conforme a la sana crítica o a la máxima de experiencia.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso que nos ocupa es claro que los reconocimientos de deuda efectuados por el recurrente en su nombre y en el de AVA Asesores de Valores de Navarra, traen su causa en las inversiones realizadas por el Grupo Torres, lo que supone un reconocimiento vinculante en el que se expresa su causa justificativa con efecto constitutivo, pues queda evidenciada la razón determinante de su otorgación y aunque no se dotara al acto de reconocimiento de autonomía y conforme a la otra corriente doctrinal, se le atribuyera una eficacia puramente procesal, tendría cuando menos el efecto de invertir la carga de la prueba, de modo que sería el reconociente el que habría de probar la ausencia de licitud de la causa y en todo caso cualquier hecho impeditivo, extintivo o excluyente; esto es, del reconocimiento surge, al menos, una presunción de que la deuda existe y es lícita, quedando por ello relevado de probar este hecho constitutivo la otra parte.

DECIMOTERCERO: El motivo décimo al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del nº 7 del art. 250.1 CP .

Se argumenta en el motivo que la aplicación del tipo agravado se produce cuando el delito se comete con **abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador** y basta ver las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal y el informe pericial del Sr. Rodrigo para observar que las inversiones se refieren a Encarna , Herminio y Montserrat , esposa e hijo de Domingo , por lo que si la sentencia aplica la circunstancia agravatoria en base a las relaciones habidas entre el recurrente y éste último, dado que no es víctima, ni perjudicado, ni ofendido, dicha circunstancia agravatoria no se puede aplicar.

La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del art. 250.1.7º del C. Penal que se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas -abuso de relaciones personales -, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda -abuso de la credibilidad empresarial o profesional-, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en

las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21-4 y 813/2009 de 7-7).

Y también ha incidido en la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida como el engaño que define el delito de estafa, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, 2 de julio). De modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (SSTS. 997/2002 de 28.5, 925/2006 de 6.10).

También tiene dicho esta Sala que la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba, es decir, ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS. 1753/2000 de 8.11, 2549/2001 de 4.1.2002, 626/2002 de 11.4, 383/2004 de 24.3, 1169/2006, de 30.11, y 96/2008, de 18-1).

La traslación de la doctrina precedente al caso ahora enjuiciado nos lleva a desestimar el motivo de casación que propiamente no cuestiona esa especial relación entre el Sr. Domingo y el recurrente que la sentencia de instancia recoge en el apartado B de los hechos probados en los siguientes términos: *El acusado, contactó con Domingo, con quien mantenía una relación de amistad y confianza desde hacía bastantes años, pues además de haber sido el segundo profesor de Derecho, tenían amigos en común y ya había realizado inversiones financieras aconsejadas por el acusado sin problemas, razón por la que le envió una carta proponiéndole operaciones de inversión...*, sino la condición de perjudicado o víctima del delito en el Sr. Domingo, olvidando que en el propio relato fáctico, cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim. se hace referencia a que las diversas operaciones de inversión se realizaron *tanto en su propio nombre*, es decir en nombre de Domingo como en el de sus hijos Herminio y Montserrat y su mujer Encarna ..., que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones elevadas a definitivas la indemnización de 124.537,38 euros la estableció a favor de D. Domingo o alternativamente dicha cantidad a favor de D. Domingo, D^a Encarna y sus hijos Herminio y Montserrat; que la acusación particular de D. Domingo, en igual trámite solicitó la condena a indemnizar a D. Domingo por los daños y perjuicios ocasionados en la cantidad de 124.537,38 euros (20.721.276 Ptas.) más interés del 11% anual desde junio de 1996 o alternativamente abonará a D^a Encarna la cantidad de 19.199.178 Ptas. y a D. Herminio y D^a Montserrat en la cantidad de 760.062 Ptas. a cada uno de ellos; y que la sentencia, en definitiva, condena al acusado a indemnizar a D. Domingo, D^a Encarna, D. Herminio y D^a Montserrat en la cantidad de 20.721.276 Ptas. (124.537,38 euros).

Siendo así la condición de perjudicado, ofendido o víctima del delito del Sr. Domingo no puede ser cuestionada y siendo evidente y reconocida por el acusado esa estrecha relación que mantenía con aquél, la aplicación de la agravación del art. 250.1.7 CP. debe ser mantenida.

DECIMOCUARTO: El motivo undécimo al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 115 CP., por cuanto la sentencia pese a reconocer, Pág. 19, que Domingo no es perjudicado, ya que reconoce esa condición a su esposa Encarna y a sus hijos Herminio y Montserrat en el fallo determina la obligación de indemnizar a Domingo, lo cual ni es congruente ni legalmente correcto desde el cumplimiento del art. 115 CP.

El motivo carece de fundamento.

La sentencia impugnada, tal como se ha razonado en el motivo primero, admite la personación de Encarna, Herminio y Montserrat, en el acto del juicio, como perjudicados, pero sin excluir tal condición al esencial querellante pues "en definitiva se clarifica la situación -incluida la procesal- de los perjudicados, **a resultados, por supuesto, de lo que resulte en el juicio**".

Y en el relato fáctico -cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim. se afirma que Domingo realizó con el acusado operaciones de inversión "tanto en su propio nombre como en el de sus hijos Herminio y Montserrat y su mujer Encarna" considerando acreditado que las entregas de dinero que hizo Domingo las hizo en parte con dinero propio o de la sociedad de conquistas que tenía con la esposa, en parte con dinero de sus hijos y siempre como gestor de los intereses familiares.

DECIMOQUINTO: El motivo duodécimo al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida del art. 115 CP. pues la sentencia pese a reconocer, Pág. 4 , que los contratos se realizaron a nombre de Florencio el 15.11.95, de María Angeles el 18.1.96, y de Luis Carlos el 30.12.95, en el fallo determina la obligación de indemnizar a favor de Olegario , lo cual no es congruente ni es legalmente correcto desde el art. 115 CP.

El motivo en su desarrollo reitera las alegaciones de los motivos primero y segundo articulados por infracción preceptos constitucionales, art. 24.2 CE, derecho a un proceso con todas las garantías, por lo que debe seguir igual suerte desestimatoria, desde el momento en que en los hechos probados se recoge como fue D. Olegario quien suscribió contrato de servicios financieros con el Sr. Ignacio añadiendo que "todas las operaciones y entregas de dinero para su gestión por el acusado fueron realizadas por Olegario **bien a su nombre**, o en el de sus familiares como lo venía realizando desde 1990", y en la fundamentación jurídica que "queda acreditado por dichas manifestaciones- se refiere a las del propio Olegario , las de su hermano Florencio y las del acusado, sin que haya razones lógicas para dudarle que, en definitiva, quien llevaba la gestión de todas las inversiones que con dinero de uno u otro (Olegario , Florencio o María Angeles) se hacían era Olegario , por lo que cabe aceptar la fórmula que plantea el Ministerio Fiscal y considerar perjudicados a los tres en la cantidad que se indicará sin perjuicio de que la individualización cuantitativa la resuelvan entre los tres perjudicados".

DECIMOSEXTO: El motivo decimotercero al amparo del art. 852 LECrim . y del art. 5.4 LOPJ . por infracción del art. 24.2 CE . que reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en relación con la indebida aplicación del art. 21.6 CP., por cuanto los hechos de los años 1.994 y 1.995 han sido juzgados en el mes de octubre de 2.007 y la sentencia con fecha 30.12.2008, ha sido notificada a las partes entre los meses de febrero y marzo de 2.009.

Ciertamente el art. 24 CE. proclama el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, como igualmente se declara en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al afirmar que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable, y en el art. 14.3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, al disponer que toda persona tiene derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala han venido reafirmando tal derecho constitucional como son exponentes las sentencias del Tribunal Constitucional 43/85 y 133/88, en las que se declara el "derecho a un proceso que se desenvuelva en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción". Y las sentencias de esta Sala de 20 de septiembre de 1993 y 26 de junio de 1992, entre otras, expresan que "tan notoria dilación infringe abiertamente el derecho, constitucionalmente consagrado en el artículo 24.2, a un proceso sin dilaciones indebidas. El Tribunal que juzga más allá de un plazo razonable, cualquiera que sea la causa de la demora, incluso por carencia estructurales que surgen con el aumento del número de causas, está juzgando a un hombre -el acusado- distinto en su circunstancia personal, familiar y social y la pena no cumple ya o no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y de rehabilitación o reinserción social del culpable que son los fines que la justifican".

Los criterios a tener en cuenta para determinar si se han producido o no dilaciones indebidas pueden ser variados, recogiendo como tales: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes y e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles.

Los remedios que se han considerado pertinentes cuando consta una dilación que puede reputarse indebida o excesiva han sido diversos. Si bien esta Sala se ha inclinado, tras el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 21 de mayo de 1999, por compensarla con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del art. 21.6 del Código Penal

Este último criterio ya ha sido recogido en Sentencias de esta Sala como es exponente la sentencia 934/1999, de 8 de junio, en la que se expresa, entre otros extremos, que la cuestión de la reparación judicial de la vulneración del derecho fundamental a ser juzgado sin dilaciones indebidas ha resultado particularmente controvertido cuando éstas se producen en el curso de un proceso penal en el que no ha operado la prescripción. El Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo había establecido en su sesión del 2-10-92 que tal reparación no era posible en el marco del Poder Judicial y que la comprobación de dilaciones indebidas sólo debía servir de fundamento para solicitar el indulto y, eventualmente, una indemnización en favor del acusado. En el reciente Pleno del 21-5-99, la Sala de lo Penal ha considerado necesario modificar este punto de vista. Al menos tres razones sugieren una nueva orientación en esta materia:

a) En primer lugar, es preciso reconocer que desde un punto de vista institucional los Tribunales del Poder Judicial deben tener la capacidad de reparar la lesión de un derecho fundamental, pues precisamente cuando un Tribunal juzga que se han producido lesiones de derechos, debe hacer ejecutar lo juzgado y ello implica necesariamente que debe establecer cuál es la reparación de la lesión jurídica constatada. Desplazar esta facultad al Ejecutivo, por lo tanto, resulta difícilmente compatible con el art. 117 CE y podría vulnerar el principio de división de poderes en el que se asienta la Constitución.

b) Asimismo, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art., 24.1 CE) se comprueba que el derecho de acceder a un Tribunal se vería prácticamente anulado, si ese Tribunal carece de la facultad de reparar la lesión jurídica.

c) Después de la primera decisión del Pleno de la Sala se produjo la reforma de la ley penal en la que el legislador no ha dado una solución expresa a esta cuestión.

En efecto, el nuevo Código Penal ha introducido una disposición de difícil interpretación en el art. 4º.4 que, en verdad, no se refiere a la reparación de la lesión jurídica, sino que autoriza la suspensión de la ejecución de la pena impuesta en la sentencia, si el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y hubiere mediado petición de indulto. Como resulta claro no es la ejecución de la pena lo que puede determinar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sino la duración irrazonable de la situación procesal del acusado. La ejecución de la sentencia dictada en un proceso de duración irrazonable, en realidad, sólo agotaría la lesión jurídica, pero ésta ya tuvo lugar antes de la conclusión del proceso, precisamente cuando se produjo el retardo injustificado.

El art. 4º.4 CP., por lo tanto, no contiene una norma que establezca la reparación judicial de la lesión jurídica, sino una simple autorización de suspensión de la ejecución de la sentencia. Ello es así porque ningún acusado tiene un derecho a ser indultado; el indulto no es ejercicio de una potestad jurídica sino del derecho de gracia y como tal discrecional. El rechazo de una solicitud de indulto no puede ser recurrido ante ningún Tribunal; ni siquiera existe un derecho a que se dicte una resolución favorable o no sobre una petición de indulto.

Si bien no contiene una norma sobre la reparación, el art. 4º.4 CP., contiene, de todos modos, un criterio sobre las posibles soluciones jurídicas que ha podido adoptar el legislador. En efecto, en la medida en la que se autoriza, bajo ciertas condiciones, la suspensión de la ejecución de la sentencia, la ley parte de la ejecutabilidad de la sentencia recaída en un proceso con dilaciones indebidas. Es decir, que nuestro derecho no admite considerar que el proceso sin dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez de la sentencia. Con ello deja fuera de consideración el punto de vista de una parte de la doctrina que sostiene que la duración irrazonable del proceso determina la nulidad del proceso mismo.

Por lo tanto, la cuestión de la reparación de la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas queda abierta a cualquier otra modalidad que parta de la validez de la sentencia recaída en un proceso en el que tal derecho ha sido infringido. Especial atención se debe prestar, en este sentido, a los precedentes del TEDH, que ha decidido en el caso Eckle (STEDH de 15-7-82) que la compensación de la lesión sufrida en el derecho fundamental con una atenuación proporcionada de la pena - como ha realizado el Tribunal a quo en la sentencia recurrida- constituye una forma adecuada de reparación de la infracción del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En dicha sentencia el TEDH se pronunció favorablemente sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en la que éste sostuvo que "la duración excesiva de un procedimiento penal puede constituir una circunstancia atenuante especial" (BGHST 24, 239) y que, por lo tanto, el ámbito en el que debía tener lugar la reparación de la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no era el del sobreseimiento de la causa, sino el de la individualización de la pena. Igual criterio acaba de adoptar el TJCE en el caso "Baustahlgewebe".

Resumidamente expuesto el fundamento de esta solución es el siguiente: el derecho positivo reconoce ciertas circunstancias posteriores a la comisión del delito, que al implicar un reconocimiento de la vigencia de la norma realizado por el autor del delito con posterioridad a la comisión del mismo, compensan (al menos en parte) la culpabilidad por el hecho (art. 21, 4ª y 5ª CP.). Teniendo en cuenta que la pena constituye, exteriormente considerada, una pérdida de derechos fundamentales, se ha considerado por la doctrina más moderna, que las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos, es decir, una situación que es análoga a la de las circunstancias posteriores a la consumación del delito que prevén los N.ºs. 4 y 5 del art. 21 CP. Este efecto compensador, como lo señala la STS de 2-4-93, también se deduce directamente del art. 1º CE, dado que, siendo la justicia uno de los valores superiores del orden jurídico, se deben computar en la pena los males injustificados que el acusado haya sufrido a causa de un proceso penal irregular, pues es un imperativo de justicia que el autor no reciba por el delito una pérdida de derechos mayor al equivalente a la gravedad de su culpabilidad. Dicho con otras palabras: la privación de bienes y derechos que produce la pena no debe ser de superior gravedad que la gravedad de la lesión jurídica causada por el autor.

Admitido este punto de vista se requiere establecer de qué manera se debe efectuar la compensación, es decir cuánto se debe considerar extinguido de la culpabilidad por la lesión jurídica sufrida por el acusado. El legislador no ha proporcionado reglas específicas, pero si se trata de circunstancias posteriores a la comisión del hecho que operan extinguiendo parte de la culpabilidad es indudable que tienen un efecto análogo a todas las que operan de la misma manera y que aparecen en el catálogo del art. 21 CP. (N.ºs. 4 y 5). Contra esta afirmación no cabe oponer que los N.ºs. 4 y 5 del art. 21 CP. sólo se refieren al "actus contrarius" del autor y que en el supuesto de la lesión del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas tal "actus contrarius" no se da. En efecto, como hemos visto, la filosofía de la ley penal emerge claramente de los arts. 58 y 59 CP. y pone de relieve que lo decisivo es la pérdida del derecho porque comporta un adelanto parcial de la reducción del status jurídico del autor que debe ser abonada en la pena para mantener la equivalencia entre la gravedad de ésta y la gravedad de una culpabilidad en parte extinguida por dicha anticipación parcial de la pena. Es indudable, entonces, que existe una analogía que permite fundamentar la aplicación del art. 21.6º CP. porque todos los hechos posteriores que tienen un efecto compensador de la culpabilidad deben operar como atenuantes de la pena. Lo importante es el significado, no la morfología de la circunstancia.

Por otra parte, la reconducción de la cuestión a la cláusula abierta del art. 21.6ª CP. tiene una consecuencia práctica altamente importante, toda vez que somete la atenuación de la pena al régimen general de su individualización de la pena. De esta manera se excluye todo riesgo de arbitrariedad en el manejo de los principios aquí establecidos. La pena aplicable junto con la pérdida del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas habrá respetado la proporción adecuada entre el hecho y su sanción, dentro de los límites en los que el legislador ha considerado que ello debe tener lugar para no frustrar la estabilización de la norma infringida".

Ahora bien esta Sala también tiene dicho que este derecho fundamental no se identifica sin más con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos procesales, al tratarse las dilaciones indebidas de un concepto indeterminado debe exigirse que la parte recurrente señale los puntos de dilación en la tramitación y la justificación de su carácter indebida. Así se pronuncian la STS. 581/2009 de 2.6, "para la apreciación de la atenuante analógica no es suficiente su mera alegación, sino que es necesario que quien la reclama, explicita y concrete las demoras, interrupciones o paralizaciones que haya sufrido el proceso, a fin de que esta Sala pueda verificar la realidad de las mismas, evaluar su gravedad y ponderar si están o no justificadas.

Como recuerda la STS. 1373/2002 de 23.7 "Sin perjuicio de que una excesiva prolongación del procedimiento, se reconozca o no la existencia de dilación indebida, puede valorarse en la individualización de la pena conforme a las reglas generales, hay que señalar que aquélla no opera abstractamente, es decir, no basta con señalar que la duración del procedimiento no ha sido razonable con independencia de aducir las situaciones procesales concretas que deben tenerse en cuenta para alcanzar la conclusión de la vulneración del derecho".

En el caso presente el recurrente se limita en cuanto a la fase instructora, intermedia y deliberación del juicio oral a señalar que los hechos sucedieron entre 1994 y junio 1995 -olvidando que en cuanto al examen de las circunstancias de la causa el TEDH, sentencia de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas c. España, ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades

encargadas de perseguir los delitos. (STS. 6.3.2007, 11.12.2006, 5.10.2006, 27.12.2004), que la causa se inició en 1.998 y el juicio no se celebró hasta octubre 2.007, destacando que en los procedimientos que fueron acumulados, procedimiento abreviado 261/01 del Juzgado Instrucción nº 1 de Pamplona, la acusación particular formuló sus conclusiones el 15.11.2001, y en las diligencias previas 2712/98 del Juzgado Instrucción nº 3 de Pamplona, la acusación particular las formuló el 10.4.2000, pero no señala que concretos retrasos y si fueron o no justificados se produjeron a partir de tales fechas que posibiliten la concurrencia de la atenuante que no fue alegada en la instancia.

DECIMOSEPTIMO: No obstante si debe estimarse esa dilación injustificada -como apoya el Ministerio Fiscal de forma parcial- en el periodo transcurrido entre la celebración del juicio oral 23.10.2007, hasta el dictado de la sentencia 30.12.2008, y su notificación a las partes -al recurrente el 1.2.2009 -, este retraso si es significativo y aparece injustificado toda vez que la formación de la voluntad colegiada requiere una cercanía temporal entre el juicio, la deliberación y el pronunciamiento de la sentencia, que la Ley cifra en 10 ó 5 días, según el procedimiento, y que en circunstancias especiales, puede alargarse. El retraso para dictar sentencia es injustificado y debe compensarse con la aplicación de la atenuante analógica con el correspondiente efecto en la extensión de la pena, aplicable igualmente a los coacusados que se encuentren en la misma situación, art. 903 LECrim. con el alcance que se fijará en la segunda sentencia.

Esta Sala, SS. 204/2004 de 23.2, 325/2004 de 11.3, considera, por el contrario que toda demora carente de justificación procesal es indebida. Por otra parte, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas alcanza inclusive a la sentencia de la instancia, dado que sin ella no hay decisión y que la decisión sea dentro de un plazo razonable es a lo que tiene derecho el acusado. Esta Sala no ignora que puedan haber existido causas estructurales de la organización de la justicia que pueden haber incidido en esta demora. Pero ellas no tienen efecto justificante de la lesión de derechos fundamentales.

Nos encontramos, por tanto, como dice la STS. 534/2006 de 17.5, con una dilación en el plazo para dictar sentencia que no aparece justificado no en la complejidad de la causa ni en alguna razón expuesta en la sentencia que pudiera hacer entender que la demora temporal fuera debida, y ese retraso en el ejercicio de la función jurisdiccional perjudica al acusado que durante ese tiempo espera la resolución de un conflicto en el que ha proclamado su inocencia, cuya valoración depende de un tribunal que debe proceder a la resolución de forma inmediata, en términos generales, a la celebración del juicio y deliberación de la sentencia, sin que conste que esta última se hubiera retrasado para facilitar un examen de la causa y circunstancias concurrentes.

En el mismo sentido, SSTs. 1445/2005 de 2.12, 217/2006 de 20.2, 323/2006 de 22.3. Ahora bien, la consideración de muy calificada, frente a los efectos simples de la atenuación, depende de la concurrencia de una especial intensidad, que en este caso no concurren a la vista del razonamiento que la propia sentencia explícita en el antecedente de hecho noveno para justificar parcialmente tal retraso.

DECIMO OCTAVO: El motivo decimocuarto al amparo del art. 852 LECrim . y del art. 5.4 LOPJ . por infracción del art. 24.2 CE . que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la regla 1ª del art. 66 CP. del nº 3 del art. 120 CE . por cuanto la sentencia impugnada impone la pena de 6 años -máxima pena imponible- sin la más mínima motivación y sin entrar a valorar el hecho de que hubiera sido condenado, años atrás, por hechos prácticamente idénticos que bien pudieron haber sido juzgados en un único procedimiento.

Como hemos dicho en SSTs. 150/2010 de 5.3, 665/2009 de 24.6, 620/2008 de 9.10, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero.

"...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E ., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E . --conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo; 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003 de 10 de Febrero; 170/2004, de 18 de Octubre; 76/2007, de 16 de Abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003, de 10 de Febrero; 148/2005, de 6 de Junio; 76/2007, de 16 de Abril)."

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión...."

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11 - que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, nº 599/2007), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

En este sentido, el art. 66, regla primera, del Código Penal, disponía que: «cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurran unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia». Esta es la redacción hasta la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que retocó dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta, y si bien es cierto que desaparece el aserto: «razonándolo en la sentencia», no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del art. 120.3 de la Constitución Española y el art. 72 del Código penal, modificado por LO 15/2003, de 2.11, aclara ahora que para verificar tal individualización penológica, se razonará en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta.

En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho

real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim. para la infracción de Ley.

Ante una ausencia de motivación de la individualización de la pena, caben tres posibles remedios, como recuerda, entre otras, la STS. 13.3.2002:

- a) Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado;
- b) Subsanan el defecto en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada;
- c) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.

La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el art. 240.2 párrafo 21 LOPJ. en su redacción dada por la LO. 19/2003 de 23.12 (" *en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal*"). La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del art. 66 CP. y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado. En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena.

DECIMO NOVENO: En el caso presente, la sentencia recurrida (FJ. 11), acepta la pena interesada por el Ministerio Fiscal, 6 años de prisión y 12 meses de multa porque "dado el carácter continuado del delito, unido a la concurrencia de varios perjudicados y a la importancia de las cantidades apropiadas resulta adecuada y proporcional a los hechos".

Motivación que debe ser revisada por cuanto la concurrencia de varios perjudicados determina la continuidad delictiva y la importancia de las cantidades apropiadas, la agravación específica del art. 250.1.6 CP.

Respecto la compatibilidad entre el delito continuado y la figura agravada del art. 250.1.6, la jurisprudencia de esta Sala (SS. 1236/2003 de 27.6, 605/2005 de 11.5, 900/2006 de 27.9, 918/2007 de 20.11, 8/2008 de 24.1), tiene declarado que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250.1.6 CP. ésta debe ser considerada como agravante de todo

el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio non bis in idem.

Incluso respecto a la hipótesis más controvertida doctrinalmente, cuando las distintas cuantías defraudadas fueran individualmente insuficientes para la cualificación del art. 250.6.1, pero sí globalmente consideradas, el Pleno de esta Sala Segunda de 30 de octubre de 2007, tomó el acuerdo de que cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.6, cuando los delitos, aun inferiores a 36.060,73 E, en conjunto sí superan esa cifra, si bien no se aplica el párrafo 1º del art. 74, sino el segundo, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1, y no la del art. 249 CP.

En este sentido es significativa la STS. 950/2007 de 13.11, que acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el artículo 74.2 CP. De manera que si la suma de ese perjuicio es superior a 36.060,73 euros, la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.6º y si es inferior a esa cifra la del artículo 249, o en su caso, la correspondiente a la falta.

Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del apartado 1 del artículo 74 vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al artículo 250.1.6ª, con la consiguiente elevación de la pena (o para convertir varias faltas en un delito) y de otro se valoraría para acudir al artículo 74.1, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión.

Por lo tanto, la regla del artículo 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tenida en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado, ambas en su mitad superior (pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado.

En el supuesto enjuiciado como no es la suma de las defraudaciones la que determina la aplicación del art. 250.1.6, por cuanto cada una de ellas individualmente consideradas ya posibilitaría la concurrencia del tipo cualificado, al ser superiores a 36.060,73 euros, deberán aplicarse conjuntamente el art. 250.1.6 y el art. 74.1, siendo por ello, preceptiva la imposición de la pena en la mitad superior, esto es de 3 años y 6 meses a 6 años prisión y multa de 9 a 12 meses, marco penológico en el que la Sala de instancia debió razonar y motivar porqué optó por el máximo de 6 años prisión y multa 12 meses.

Siendo así debería realizarse una nueva individualización de la pena teniendo en cuenta la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, que conforme a la regla 1ª del art. 66.1 CP. implica la imposición de la pena en la mitad inferior, esto es de 3 años y 6 meses a 4 años y 9 meses de prisión y de 9 meses a 10 meses y 15 días de multa, y dentro de este marco penológico habrá de valorarse, de una parte, la concurrencia de la agravante específica del art. 250.1.7ª, pues aun cuando el Código .salvo la concurrencia de las circunstancias 6 ó 7 con la 1ª- no prevén que en el caso de concurrir varias, las que no sirvan para conformar el tipo cualificada, operen como genéricas para una ulterior agravación de la pena, conforme a las reglas del art. 66 CP. dentro del marco penal definido en el art. 250.1, ello no impide que puedan tenerse en cuenta como factor de individualización en la concreta determinación penológica; y de otra parte, la circunstancia señalada en el motivo de que el recurrente fue condenado por la misma Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra y mismo Ponente, en sentencia de 18.9.2001, casada parcialmente por la STS. de 17.3.2003, como autor de un delito de apropiación indebida, arts. 252 y 250.1.6, a las penas de 2 años y 6 meses prisión y 10 meses multa, y cuyos hechos probados son prácticamente idénticos a los presente, al referirse a inversiones también realizadas en AVA, Asesores de Navarra SA, en el año 1997, por un perjudicado, por lo que pudieron haber sido juzgados en un único procedimiento en virtud de las reglas de conexidad de la LECrim. con la

consecuencia de que la calificación más grave posible si se hubieran enjuiciado con los tres "hechos" del presente proceso, hubiera sido la de delito continuado con la pena máxima imponible de 6 años prisión, que es la impuesta en la sentencia recurrida -la posibilidad de alcanzar la mitad inferior de la pena superior en grado para la continuidad delictiva, se introdujo por la LO. 15/2003 de 25.11, que entró en vigor el 1.10.2004, es decir con posterioridad a los hechos, por ello se considera por el recurrente que, al resultar injusto que por el hecho puntual de no haberse acordada en su día la acumulación de todas las causas -como si se hizo con las tres enjuiciadas en el presente proceso- se deban cumplir dos penas, esta circunstancia debe tenerse en cuenta como criterio para valorar en la individualización de la pena, descontando de la pena resultante la pena que se impuso en su día.

Argumentación que debe ser parcialmente estimada.

La cuestión que plantea ha sido objeto de anteriores pronunciamientos en esta Sala, STS 18.10 y 20.4 de 2004 y 23.11.2005. De estos pronunciamientos destaca la doctrina que aplicaremos a este supuesto. Se parte de que la pena tiene como función principal compensar la culpabilidad por el hecho, de ahí, que en atención al grado de dicha culpabilidad debe fijarse una pena proporcionada -principio de proporcionalidad- que compense la culpabilidad restableciendo así el ordenamiento jurídico vulnerado.

A la hora de extraer las consecuencias penológicas de la intervención en un hecho delictivo calificado de continuado, cuando por hechos similares ya ha sido condenado también por delito continuado, de manera que, de haberse tramitado conjuntamente, se hubiera dictado una única sentencia por delito continuado, comprensiva de todos los hechos unificados en la continuidad. En estos casos la pena que le corresponde por su intervención en los hechos ahora enjuiciados no puede exceder de la señalada por el Código al delito. De este modo, como dice la última de las Sentencias citadas: a) Se declara la autoría de todos los hechos en los que realmente ha intervenido. b) Se extraen las consecuencias en el campo de la pena que procedan de su intervención en tales hechos. c) Se tiene en cuenta para el cumplimiento efectivo de la pena, la que se le impuso en aquel previo proceso.

En este sentido, podemos citar la STS 751/99 de 11 de mayo de 1999, que en una situación semejante a la analizada -gestor que se apropia del dinero entregado por su principal para el pago de obligaciones fiscales, hecho por el que fue condenado, y, posteriormente fue juzgado por aprovechamiento del dinero entregado por el mismo principal para el pago de cuotas de la Seguridad Social-, declaró la improcedencia de la aplicación del instituto de la cosa juzgada, y juzgó los hechos cometidos con posterioridad al previo enjuiciamiento de otro hecho semejante, excluyendo el enjuiciamiento global de todos como delito continuado dado el previo enjuiciamiento de uno de ellos, lo que impedía la aplicación de la continuidad.

La misma doctrina viene a sostenerse en la STS de 24 de enero de 2002 -núm. 2522/01 - en la que se concluye afirmando que "...la doctrina jurisprudencial uniforme y pacífica niega la posibilidad de delito continuado cuando no hay unidad de proceso y es imposible la acumulación por existir ya sentencia firme en uno de ellos...", concluyéndose que en estos casos no cabe la excepción de cosa juzgada en la medida que no hay identidad fáctica.

Esta solución es similar a la que se ha adoptado jurisprudencialmente en los supuestos de concurrencia de sanciones administrativas y penales respecto a un mismo hecho, en los que la sentencia penal ha de tener en cuenta la sanción administrativa impuesto para que el rigor sancionatorio, penal y administrativo, no supere la medida de la culpabilidad contemplada en la norma.

La cuestión deducida no se resuelve sólo con la exposición del principio, sino que es preciso determinar cuál sea el límite penológico para no comprometer la proporcionalidad de las penas. Pueden haber dos soluciones, y las dos han sido adoptadas por Sentencias de esta Sala. Una primera, es la de establecer que en la segunda sentencia se descuente la pena impuesta en la primera, solución que se adopta en la STS de 20.4.2004 "de suerte que fijada la pena que le correspondería por su intervención en los hechos ahora enjuiciados, se le descuente la pena que se le impuso en aquella sentencia porque bien pudo haberse enjuiciado todo en un único procedimiento". Otra solución fue la adoptada en la STS 18.10.2004, en la que se declara que en estos supuestos el límite sancionador no debe verse superado por la previsión normativa prevista en el Código penal, esto es, las penas impuestas en las sentencias condenatorias no deben superar el marco penal correspondiente al hecho delictivo, por cuanto desde el punto de vista material, en una consideración ex post, se infringiría el principio de legalidad, tipicidad, prohibición de arbitrariedad, *non bis in idem*, si no se hiciera, en trance de individualización de la pena, una consideración conjunta de todo el complejo continuado.

Esta segunda solución es la que adoptamos al considerar más respetuoso con el principio de proporcionalidad en cuya virtud las penas impuestas, no puedan superar el marco penal previsto por el legislador penal en el ejercicio de sus competencias legislativas, fijando una ordenada evaluación de los intereses en conflicto.

En este caso el recurrente ha sido condenado por un delito continuado de apropiación indebida agravado por la notoria cantidad defraudada y el abuso de confianza y lo fue con anterioridad por otro delito de apropiación indebida agravado por la notoria cantidad apropiada.

Consecuentemente, hemos de atener a las previsiones legislativas que fijan el marco penal abstracto correspondiente al hecho delictivo.

En este supuesto tenemos en cuenta las previsiones penológicas tanto del delito enjuiciado con anterioridad como el delito continuado objeto del presente proceso. En ambos en abstracto la pena podría ascender hasta los 6 años de prisión, que sería el tope de pena que no debería superarse.

Por ello la pena adecuada y proporcionada al caso ha de ser la de 3 años y 6 meses prisión, pena que le corresponde, de una parte, con la resultante de descontar de aquel máximo, la ya impuesta en el proceso anterior; y de otra es la mínima que correspondería a un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252, 250.1.6 y 7, concurriendo la atenuante analógica 21.6, de dilaciones indebidas.

VIGESIMO PRIMERO: El motivo décimo quinto al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación de los arts. 123 y 124 CP . , por cuanto la sentencia no hace una correcta distribución de las costas al no establecer con exactitud la cuota correspondiente a la declaración de las costas de oficio ni en la parte correspondiente a las costas del acusado.

Se sostiene en el motivo que la presente causa se ha dirigido contra el recurrente Ignacio , Zaida y Angustia , el primero fue acusado de 5 delitos, Zaida de 3 y Angustia de 2, por tanto habiendo 10 delitos de los que han sido acusados en total las tres personas, las costas deben dividirse entre 10, y como el recurrente de los cinco delitos de los que venía acusado, ha sido condenado por uno y absuelto de los cuatro restantes; Zaida ha sido absuelta de los tres delitos al igual que Angustia de los dos por los que era acusada, la decisión correcta en el fallo tiene que ser condenar al Sr. Ignacio al pago de 1/10 parte de las costas y declarar de oficio las 9/10 restantes, limitación que debe operar en el delito de apropiación indebida.

El motivo en la conclusión que pretende no debe ser estimado.

En materia de costas, ningún problema se plantea cuando existe un solo procesado al que se acusa de un único delito. La cuestión se complica cuando se acusa de varios delitos y se condena por alguno y se absuelve de otros: y la complicación se acrecienta cuando los procesados son varios y corren distinta suerte, y más aún cuando existiendo distintas acusaciones particulares alguna de ellas imputen delitos a personas no acusadas por el resto de las acusaciones.

En línea de principio hay que entender que la condena en costas deberá alcanzar a las de las acusaciones particulares, salvo que su intervención haya sido notablemente perturbadora y sin peticiones absolutamente heterogéneas en relación con las acogidas en la sentencia (STS. 12.4.2004). Cuando la acusación particular haya sido rechazada por el Tribunal, absolviendo a los procesados, únicamente se impondrán a la misma las correspondientes costas procesales cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en dicha acusación.

Por lo demás, -hemos dicho en STS. 716/2008 de 5.11 -, cuando se acusa por varios hechos delictivos y la sentencia condena por unos y absuelve por otros, es preciso distribuir las costas entre el número de aquéllos y obrar en consecuencia, imponiendo las costas de aquellos que hayan determinado la condena del procesado y declarando de oficio las correspondientes a aquellos otros en que se haya dictado resolución absoluta.

Cuando de los delitos hayan sido acusados varios procesados, las costas correspondientes a cada delito deberán distribuirse entre los distintos acusados y luego operar en consecuencia, de modo que a los que resulten condenados se les impondrán las correspondientes a los hechos por los que han sido condenados y se declararán de oficio las correspondientes a los procesados absueltos (SSTS. 15.5.91, 5.6.91, 25.6.93, 7.4.94, 939/95 de 30.8, 519/2000 de 31.3, 1380/2005 de 2.12, 575/2006 de 17.5).

Finalmente cuando existan distintas acusaciones particulares habrá que individualizarse cada una de ellas distinguiendo qué delitos y a qué personas se acusaba a efectos de comprobar si han sido estimadas o no en su totalidad sus pretensiones.

En el caso presente la sentencia recurrida (Fundamento Jurídico 10º) se limita, de conformidad con el art. 123 CP, a imponer al condenado Ignacio las costas causadas por el delito que viene condenado - apropiación indebida- incluidas las de las acusaciones particulares, declarándose de oficio el resto de las costas causadas por los restantes delitos por los que viene absuelto, así como las costas causadas por las otras dos acusadas absueltas.

Pronunciamiento éste que debe ser precisado conforme a la doctrina expuesta, así existen dos acusaciones Domingo y Florencio , que, coincidiendo con el Ministerio Fiscal, solo acusaron por el delito de apropiación indebida y únicamente al recurrente Sr. Ignacio , siendo ésta la calificación aceptada por la sentencia: consecuentemente nos encontraríamos en el primer supuesto: un solo procesado al que se acusa de un único delito, por lo que las costas causadas a dichas acusaciones en relación al referido delito deben serles impuestas en su totalidad a éste acusado.

Distinta ha de ser, desde la perspectiva expuesta, el pronunciamiento respecto de las costas causas por la acusación particular de la familia Rebeca Luis Antonio Baldomero única acusación que imputó al recurrente 5 delitos: apropiación indebida; alzamiento de bienes; delitos societarios; estafa y quebrantamiento de condena, a Zaida un delito de estafa y alternativamente un delito de apropiación indebida, un delito societario y un delito de alzamiento de bienes y a Angustia un delito de estafa y alternativamente un delito de apropiación indebida y un delito societario.

Hay que partir del número de delitos objeto de su acusación, que han sido cinco. Corresponderá por tanto, un quinto de las costas por cada uno de los correspondientes hechos delictivos.

Como quiera que de cuatro delitos han sido absueltos todos los acusados, las 4/5 costas correspondientes a los mismos deberán declararse de oficio, y como del delito de apropiación indebida han sido absueltas los otros dos acusados, deberán declararse de oficio las 2/3 del quinto restante, esto es las 2/15 partes, por lo que la condena del recurrente con referencia a las costas de ésta acusación particular deberá limitarse al 1/15 parte restante.

VIGESIMOSEGUNDO: Estimándose parcialmente el recurso las costas se declaran de oficio, art. 901 LECrim.

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación**, interpuesto por **Ignacio** , contra sentencia de 30 de diciembre de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS meritada sentencia dictando nueva sentencia más conforme a derecho, con declaración de oficio de las costas del recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Jose Ramon Soriano Soriano **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca** D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Jose Antonio Martin Pallin

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Marzo de dos mil diez.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Pamplona, y fallada posteriormente por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pamplona; y que fue seguida por delito continuado de apropiación indebida, contra Ignacio , nacido el 27.9.1949, con DNI. NUM003 , hijo de José Luis y de Jacinta , con antecedentes penales no computables en esta causa, solvente parcial y en libertad provisional por esta causa, otros; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero.- Dando por reproducidos los fundamentos jurídicos 16 y 17 de la sentencia precedente concurre la atenuante analógica de dilaciones indebidas, art. 21.6, dado el retraso en dictarse la sentencia de 1ª instancia.

Segundo.- Conforme lo razonado en los fundamentos jurídicos 18, 19 y 20 debe procederse a una nueva individualización penológica resultando proporcionada la pena de 3 años y 6 meses prisión y multa de 9 meses con cuota diaria de 12 euros.

Tercero.- Reiterando lo argumentado en el fundamento jurídico 21, en cuanto a las costas, se imponen al recurrente las causadas en cuanto al delito de apropiación indebida, incluyendo las de las acusaciones particulares de Domingo y Olegario .

Y en cuanto a las causadas a la acusación particular de Baldomero y otros, se le condena al pago de 1/15 parte, declarándose de oficio las restantes.

III. FALLO

Que manteniendo el esto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pamplona, de fecha 30 diciembre 2.008 , se modifica la misma en el sentido de estimar concurrente la atenuante analógica de dilaciones indebidas, imponer al acusado **Ignacio , las penas de 3 años y 6 meses prisión y multa 9 meses con cuota diaria de 12 euros**, y condenarle al pago de las costas incluyendo las de las acusaciones particulares de Domingo y Olegario , y a 1/15 parte de las causadas a la acusación particular de Baldomero y otros, declarando de oficio las restantes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Jose Ramon Soriano Soriano **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Jose Antonio Martin Pallin

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.