



Roj: **STS 1268/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1268**

Id Cendoj: **28079120012023100206**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2023**

Nº de Recurso: **3752/2021**

Nº de Resolución: **195/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 195/2023

Fecha de sentencia: 17/03/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3752/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/03/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3752/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 195/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 17 de marzo de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número **3752/2021**, interpuesto por **D. Gerardo** representado por el Procurador D. Eliseo Ferreira Menéndez bajo la dirección letrada de D. Jorge Raga Rodríguez contra la sentencia núm. 22/2021 de 28 de abril, dictada en el Rollo de Apelación núm. 20/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 5/2021 de 17 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, con Sede en Gijón, Sección Octava en el Rollo Abreviado 38/2019.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, la Procuradora D^a Aida Fernández-Paíno Díez en nombre y representación de la **FUNDACIÓN CASTELLANO LEONESA PARA LA TUTELA DE PERSONAS MAYORES "FUNDAMAY"** (que actúa a su vez como tutor y legal representante de la persona con discapacidad D^a Edurne), bajo la dirección letrada de D. Jesús Lozano Blanco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 4 de Gijón instruyó el Procedimiento Abreviado con el núm. 2224/2017 por delito de apropiación indebida, contra D. Gerardo, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Asturias, con Sede en Gijón, Sección Octava, en la que vista la causa dictó en el Rollo Abreviado 38/2019 sentencia num. 5/2021 de 17 de febrero, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"De lo actuado resulta probado, y así se declara que:

- 1.- Gerardo, en su condición de abogado, en el año 2010, junto con la también letrada Ana María Menéndez García llevaban, al 50%, la asesoría jurídica " DIRECCION000, C.B., sita en la CALLE000 N° NUM000 de Gijón.
- 2.-El 28 de julio de 2009, Millán, nacido el NUM001 de 1950, estando trabajando como oficial montador para la empresa "Grupo Rodio Kronsa" sufrió una parada cardio-respiratoria que pese a la atención médica prestada, tras ser dado de alta el 14 de junio de 2010, le dejó como secuelas afasia y hemiplejía derecha, generadoras de una grave discapacidad.

Ante las evidencias de las graves consecuencias del accidente laboral sufrido, el personal sanitario aconsejó a la mujer de Millán, Edurne, nacida el NUM002 de 1953, de bajo nivel intelectual, que se pusiera en manos de algún abogado para que le ayudara a tramitar todas las gestiones burocráticas que se iban a precisar para el cobro por su marido de las prestaciones de la Seguridad Social por incapacidad permanente a las que tuviera derecho y en su caso las indemnizaciones que le pudieran corresponder de las Mutuas o compañías aseguradoras.

Como quiera que Edurne era cliente de una tienda que regentaba la madre de Gerardo, acudió en mayo de 2010, desbordada por la situación, al despacho de abogados de éste y de su socia a quienes encomendó la realización de todos los trámites necesarios ante el INSS para el cobro de la pensión por incapacidad permanente y para la gestión de las indemnizaciones que le pudieran corresponder a su marido ante la discapacidad absoluta del mismo

3.-Fruto de dichas gestiones realizadas por ambos letrados del despacho " DIRECCION000 CB", el INSS reconocía con efectos económicos desde el 15 de junio de 2010 la prestación de incapacidad permanente en el grado de gran invalidez a Millán con un importe económico líquido de 2.847,03 euros mensuales, cantidad que se abonó por primera vez en la cuenta del Banco de Santander de la que eran titulares el matrimonio el 31 de diciembre de 2010, si bien hasta dicho mes Millán había seguido cobrando la nómina del "Grupo Rodio Kronsa S.L." y a su vez la Mutua de Accidentes Fremap como entidad colaboradora del INSS había efectuado una transferencia de 4.750 euros a favor de Millán en julio de 2010

Asimismo el 12 de octubre de 2010 la compañía aseguradora Allianz efectuó dos transferencias a la cuenta del matrimonio por importes de 40.000 y 45.000 euros

4.-En dichas fechas, Edurne y su marido se trasladaron a vivir a Valladolid, ya que la misma tenía familiares en dicha ciudad, para lo cual Gerardo y su socia les buscaron una residencia adecuada para Millán, dada su grave discapacidad (Residencia 3ª edad Barras-Ramírez), y a ella un piso de alquiler sito en la CALLE001, cercano a la residencia.

5.- Gerardo aconsejó a Edurne que les otorgara un poder a ambos letrados para que pudieran seguir realizando gestiones, reclamaciones y cobros pendientes en su nombre en relación con las aseguradoras.

Edurne, dado que hasta ese momento las gestiones que había encomendado a los referidos Letrados las habían resuelto satisfactoriamente, de hecho su marido ya tenía garantizado el cobro de la pensión de gran invalidez y las aseguradoras acababan de ingresar en su cuenta importantes sumas de dinero, para facilitar



cualquier trámite pendiente que hubiera de realizar y como quiera que se marchaba de Gijón, el día 22 de octubre de 2020, otorgó poder amplísimo a favor de los Letrados Ana María Menéndez García y Gerardo , que entre otras facultades comprendía la de ingresar o retirar fondos, realizar transferencias para pagos a terceros, etc., en las entidades bancarias en la que la poderdante, Edurne , fuera titular de cuentas corrientes.

6.-Fruto de dichas gestiones, el día 30/06/2011, ingresó en la cuenta bancaria del matrimonio la cantidad de 14.687,50 euros por transferencia de SANTANDER SEGUROS y REASEGUROS.

7.- Gerardo , al margen de su compañera de despacho y con desconocimiento de ésta, sabedor del importante incremento en los ingresos del matrimonio derivados del cobro de la pensión por gran invalidez y de las indemnizaciones derivadas del accidente laboral, de forma constante y sostenida durante años, procedió a abusar del poder otorgado de buena fe por Edurne , y sirviéndose del mismo comenzó -5 días después de ser otorgado- a hacer un uso indebido de éste en su beneficio exclusivo, de tal modo que las notables cantidades de dinero ingresadas en la cuenta bancaria que el matrimonio tenía en el Banco Santander (Nº NUM003) fueron desapareciendo de la misma con importantes y numerosas disposiciones en efectivo que Gerardo realizaba en Gijón, hasta el punto de quedar en números rojos algunos meses, siendo penalizada dicha cuenta con un cargo de 39 euros por saldo deudor cada vez que esto sucedía (ocurriendo por primera vez el día 28 de enero de 2014) y sufriendo sus titulares una penuria económica que llevó a Edurne a pedir limosna en la puerta de una iglesia, ya que en repetidas ocasiones Edurne acudía en Valladolid a sacar el dinero del banco para cubrir sus modestas necesidades -al margen de las domiciliaciones- y no lo podía hacer por no existir metálico.

Esta situación cesó cuando una persona se interesó por Edurne y la acompañó al despacho de la abogada de Valladolid Dña. Candida , la cual, apreciando que Edurne necesitaba ayuda, puso los hechos en conocimiento de la Fiscalía en junio de 2017, de lo que se enteró Gerardo , dejando en ese momento de hacer uso del poder.

El total del dinero con el que se quedó indebidamente el acusado asciende a la suma de 180.906,74 euros y ello pese a ser completamente consciente de que se estaba aprovechando de la confianza en él depositada por Edurne para la realización de pequeñas gestiones, relativas exclusivamente a pago de impuestos y gestión de alquiler del piso y residencia, y conocedor de que la misma, en algunos momentos pasaba penurias económicas -le llamaba pidiendo explicaciones- y consciente también de que el dinero que incrementaba su patrimonio personal estaba destinado a cubrir las necesidades de una persona con una gran discapacidad, Millán (sufre desde el accidente asafía, hemiplejía y desde el año 2013 encefalopatía anóxica), y las de la propia Edurne , persona de muy bajo nivel intelectual, sugestionable y muy vulnerable al no ser capaz de realizar por sí misma ninguna actividad mínimamente compleja, hecho que fue reconocido en sentencia de 9 de mayo de 2018 del Juzgado de 1ª Instancia Nº 10 de Valladolid que declaró su no capacidad para otorgar poderes, revocando el concedido a Gerardo , así como para otorgar testamento ni para administrar sus bienes.

En concreto, por años y días, Gerardo realizó las siguientes disposiciones dinerarias sin contraprestación alguna por su parte:

AÑO 2010

MES	DIA	CANTIDAD	DISPOSICIÓN
OCTUBRE	27	36.000,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
NOVIEMBRE	12	74,34€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN

AÑO 2011



MES	DIA	CANTIDAD	DISPOSICION
JULIO	01	14.000,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
AGOSTO	16	1.100,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
SEPTIEMBRE	14	500,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
OCTUBRE	05	20.000,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
NOVIEMBRE	07	500,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
NOVIEMBRE	17	5.000,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
NOVIEMBRE	18	15.000,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
DICIEMBRE	01	2.002,40€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
DICIEMBRE	02	5.000,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN

AÑO 2012

MES	DIA	CANTIDAD	DISPOSICION
ENERO	04	600,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
FEBRERO	01	300,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
MARZO	01	100,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
ABRIL	02	300,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
ABRIL	30	500,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
JULIO	07	350,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
JULIO	31	1.000,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
AGOSTO	31	1.000,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
SEPTIEMBRE	28	1.000,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
DICIEMBRE	31	1.000,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN

AÑO 2013



MES	DIA	CANTIDAD	DISPOSICION
ENERO	21	17.000,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
FEBRERO	05	1.000,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
MARZO	01	1.000,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
ABRIL	01	2.000,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
ABRIL	30	2.200,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
MAYO	31	1.300,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
JULIO	31	300,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
AGOSTO	30	1.000,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
SEPTIEMBRE	30	600,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
OCTUBRE	31	800,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
DICIEMBRE	31	500,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN

AÑO 2014

MES	DIA	CANTIDAD	DISPOSICION
FEBRERO	28	800,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
ABRIL	01	350,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
ABRIL	30	500,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
JULIO	01	700,00€	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
JULIO	31	700,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
AGOSTO	29	500,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
SEPTIEMBRE	30	600,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
OCTUBRE	31	600,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
DICIEMBRE	01	700,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
DICIEMBRE	31	700,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN

AÑO 2015



MES	DIA	CANTIDAD	DISPOSICION
ENERO	30	700,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
FEBRERO	27	650,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
ABRIL	01	950,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
ABRIL	30	700,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
MAYO	29	700,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
JUNIO	30	1.000,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
JULIO	31	1000,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
AGOSTO	31	1.000,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
SEPTIEMBRE	30	1.000,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
NOVIEMBRE	03	1.000,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
NOVIEMBRE	30	1.400,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
DICIEMBRE	31	950,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN

AÑO 2016

MES	DIA	CANTIDAD	DISPOSICION
FEBRERO	01	800,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
FEBRERO	29	960,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
ABRIL	01	600,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
ABRIL	29	1.800,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
MAYO	31	1.600,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
JUNIO	30	1.500,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
JULIO	29	1.200,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
AGOSTO	31	1.200,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
SEPTIEMBRE	30	800,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
OCTUBRE	07	1.000,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
OCTUBRE	31	2.660,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
NOVIEMBRE	30	2.660,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
DICIEMBRE	30	1.200,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN



AÑO 2017

MES	DIA	CANTIDAD	DISPOSICION
ENERO	31	2.700,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
MARZO	01	2.400,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
MARZO	31	2.700,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
MAYO	02	2.400,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN
MAYO	31	2.500,00 €	EN EFECTIVO EN LA OFICINA 7021 C/FLORENCIO RODRÍGUEZ DE GUÓN

8.- Gerardo , al conocer que Edurne había acudido a una abogada, se desplazó a Valladolid, y obtuvo de la misma su firma en numerosos recibos confeccionados por él mismo, con la única finalidad de justificar la supuesta entrega del dinero extraído de las cuentas a la perjudicada.

Entre los documentos cuya firma obtuvo figura un reconocimiento de deuda, fechado en Gijón el día 31 de julio de 2013, por el que Dña. Edurne reconoce adeudar al acusado la cantidad de 25.000 € más intereses. El citado documento que obra en el juicio monitorio número 355/2017, después transformado en juicio ordinario número 1129/2018, del Juzgado de Primera Instancia Número Uno de los de Valladolid, ha servido para que el acusado reclamara de dicha señora una condena al reintegro de la cantidad de 25.000 €, más sus intereses y costas. El citado procedimiento se encuentra suspendido por prejudicialidad penal por razón de esta causa.

9.- El 26/01/2021 Gerardo ingresó en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, en concepto de "Fianza responsabilidad civil", la cantidad de 4.000 euros".

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

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Gerardo como autor responsable de un DELITO CONTINUADO DE APROPIACIÓN INDEBIDA, de especial gravedad por la situación económica en la que dejó a sus víctimas, ya definido, con la concurrencia de la agravante de obrar con abuso de confianza, a las penas de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado durante el tiempo de la condena, y MULTA DE ONCE MESES, con una cuota diaria de 12 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, y, asimismo, a que en concepto de responsabilidad civil indemnice conjuntamente a Edurne y Millán en la suma de CIENTO OCHENTA MIL NOVECIENTOSSEIS EUROS CON SETENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (180.906,74 EUROS) por los perjuicios ocasionados y Edurne , además, en CINCO MIL EUROS por daños morales, con los intereses legales en todo caso.

No ha lugar a la declaración de nulidad del documento de reconocimiento de deuda interesada por la acusación particular, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en el procedimiento civil al que se ha aportado y al que obra unido documento.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Tribunal, para ante la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el plazo de diez días a contar desde la última de las notificaciones de la sentencia".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado Gerardo , dictándose sentencia núm. 22/2021, de 28 de abril por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el Rollo de Apelación núm. 20/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Eliseo Ferreira Menéndez, en nombre y representación de D. Gerardo , contra la sentencia, de fecha 17 de febrero de 2021, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Octava, con sede en Gijón, que se confirma en sus propios términos. Con imposición de las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación".



CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal del condenado, D. Gerardo, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECRIM en relación con el 5.4 LOPJ por infracción del derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 CE por concluir ilógicamente y sin prueba alguna que lo sustente las afirmaciones contenidas en el hecho octavo de la sentencia de instancia, y concretamente, que tras conocer mi representado que Julia había acudido a una abogada en Valladolid le llevó un conjunto de recibos confeccionados por él mismo para su firma.

Motivo Segundo.- Infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECRIM en relación con el 5.4 LOPJ por infracción del derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 CE por falta de valoración de prueba de descargo, subsidiariamente por ilógica valoración y conclusión de dicha prueba de descargo. concretamente de los recibos del banco (f. 839 a 877 y 582 a 620), facturas por servicios prestados (f. 121 y 539, 124 y 545, 779, 546, 547 y 549 a 553) y conformidades de saldo (785 a 787).

Motivo Tercero.- Infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECRIM en relación con el 5.4 LOPJ por infracción del derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 CE al hacer un análisis ilógico de parte de la prueba de descargo, concretamente de la hoja de encargo profesional.

Motivo Cuarto.- Infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECRIM en relación con el 5.4 LOPJ por infracción del derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 CE al hacer una ilógica valoración del material probatorio, indicando una conclusión ilógica en cuanto a la situación económica que dejó al matrimonio, existiendo elementos que no han sido tenidos en cuenta como que la propia Edurne manifestó que empezó a ir a Cáritas en 2016 y que fue dos veces además de las constantes extracciones de dinero que Edurne hacía mensualmente.

Motivo Quinto.- Infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECRIM por no aplicación de los artículos 74, 252, 130.6º y 131.1 CP en su versión de la lo 5/2010 debido al tiempo transcurrido entre los hechos así como teniendo en cuenta los acontecimientos ocurridos entre las disposiciones.

Motivo Sexto.- Infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECRIM por aplicación de la agravación de la pena establecida en el artículo 74.1 CP y no aplicación del subtipo agravado establecido en el artículo 250.1.5 CP, afectando a la individualización de la pena y empleando un criterio contrario a la constante jurisprudencia del tribunal supremo.

Motivo Séptimo.- Infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECRIM por aplicación de la agravante establecida en el artículo 22.6 CP en relación con lo dispuesto en el artículo 67 CP.

Motivo Octavo.- infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECRIM en cuanto a los artículos 216 LEC en relación con el deber de congruencia de las resoluciones dispuesto en el artículo 218 LEC refiriéndose el motivo a la condena por cantidades no solicitadas por las partes acusadoras, y, por otro lado, por el enriquecimiento injusto apreciado en la sentencia al condenar a mi representado al pago de una responsabilidad civil incluyendo unas cantidades justificadas.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la Procuradora Sra. Fernández Paíno Diez presentó escrito de impugnación; el Ministerio Fiscal interesa su inadmisión y subsidiariamente los impugna en los términos expuestos en su escrito de fecha 10 de noviembre de 2021; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 14 de marzo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en casación, la representación procesal de D. Gerardo la sentencia núm. 22/2021 de 28 de abril, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 5/2021 de 17 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Gijón, Sección Octava, donde se le condena como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida, de especial gravedad por la situación económica en la que dejó



a sus víctimas, con la concurrencia de la agravante genérica de obrar con abuso de confianza, entre otros pronunciamientos a la pena de cinco años de prisión.

1. Los cuatro primeros motivos, los formula por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim en relación con el 5.4 LOPJ por infracción del derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 CE:

i) por concluir ilógicamente y sin prueba alguna que lo sustente las afirmaciones contenidas en el hecho octavo de la sentencia de instancia, y concretamente, que tras conocer mi representado que Julia había acudido a una abogada en Valladolid le llevó un conjunto de recibos confeccionados por él mismo para su firma;

ii) por falta de valoración de prueba de descargo, subsidiariamente por ilógica valoración y conclusión de dicha prueba de descargo. concretamente de los recibos del banco (f. 839 a 877 y 582 a 620), facturas por servicios prestados (f. 121 y 539, 124 y 545, 779, 546, 547 y 549 a 553) y conformidades de saldo (785 a 787);

iii) al hacer un análisis ilógico de parte de la prueba de descargo, concretamente de la hoja de encargo profesional; y

iv) al hacer una ilógica valoración del material probatorio, indicando una conclusión ilógica en cuanto a la situación económica que dejó al matrimonio, existiendo elementos que no han sido tenidos en cuenta como que la propia Edurne manifestó que empezó a ir a Cáritas en 2016 y que fue dos veces además de las constantes extracciones de dinero que Edurne hacía mensualmente.

2. Alega que

i) No existe ningún tipo de prueba que acredite que el acusado viajó a Valladolid en septiembre de 2017 ni tampoco que todos los recibos se hayan firmado a la vez, cuestión, por otro lado, negada en todo momento por el acusado. Mucho menos es lógico concluir que consiguiese que en septiembre Edurne firmase un reconocimiento de deuda que ya estaba aportado en un procedimiento judicial desde el mes de mayo, y cuya firma ya existía.

ii) Los recibos bancarios (f. 839 a 877 y 582 a 620) aportados acreditan el ingreso en cuentas de terceros, concretamente la residencia, el alquiler y la luz, además de las comisiones que se tuvo que pagar. Explica que las razones por las que realizaba primero las extracciones de dinero y posteriormente los ingresos en efectivo en las cuentas corrientes de terceros era debido a problemas con el banco, que devolvía los recibos. Precisa que recibos bancarios obrantes a los folios 838 a 877 son ingresos en efectivo y no transferencias bancarias, de modo que son 23.709,77€ los gastos del matrimonio que paga en efectivo y no resultan computados.

Y en cuanto a las facturas por servicios efectivamente prestados, tanto la compañera de despacho D^a Ariadna como el declarado, coinciden con las declaradas en la Agencia Tributaria y las cobradas (por un importe total de 11.605,40€):

a) Minuta 11/10 de 29 de octubre de 2010; aportada por Doña Ariadna y obra al folio 539. Consta también declarada en la Agencia Tributaria en el reverso del folio 121. De modo que procede justificar la cantidad de 4.720€ que queda acreditado se corresponden con servicios efectivamente prestados y no cobrados mediante transferencia bancaria.

b) Minuta 11/11, de 1 de julio de 2011; facturas aportadas tanto por el acusado (f. 779), que presenta la copia que tiene en el despacho, como por Ariadna (f. 545), siendo el servicio que se presta "transacciones y gestiones de cobro de seguros VIDA BANESTO"; por lo que procede justificar la cantidad de 2.000€ habida cuenta que se corresponde con servicios efectivamente prestados y no cobrados.

c) Minutas 24/11, de 1 de diciembre de 2011 y 25/11 de 2 de diciembre de 2011; obran a los folios 546 y 547, están presentadas por la que fuera compañera de despacho y constan también declaradas a la AEAT (véase f. 124, reverso); por la primera procede justificar 621,80€ del importe que se corresponde con un viaje del acusado, acreditado con la correspondiente factura del hotel Kris Parque aportada al folio 574 de las actuaciones; y por la segunda procede justificar los 1.380,60€ por las gestiones del despacho para la recuperación de un plan de pensiones, consta que el 16 de noviembre de 2.011 se recibe en la cuenta del matrimonio la cantidad de 20.000€.

d) Resto de facturas obrantes a los folios 549 a 553; que indica Ariadna, que corresponden a efectivos servicios prestados y están cobradas; y que justifican 2.877€.

iii) De la hoja de encargo profesional obrante a los folios que obra a los folios 782 a 784, indica que no se pone en duda haber sido emitido en la fecha en que consta; y no es discutido por ninguna de las partes. Añade que yerra en su valoración la sentencia al no otorgarle eficacia probatoria, cuando continuó con los pagos a



terceros después de junio de 2015 además de la recepción de llamadas para consultas y otras cuestiones jurídicas; y los 400 euros mensuales es el fijado mediante el libre acuerdo de las partes.

iv) No existe prueba de que el matrimonio titular de la cuenta restara en la indigencia ni en una mala situación económica pues: a) Millán en ningún momento tuvo una situación económica de penuria pues se encontraba en una residencia ingresado y el acusado procedió al pago de todas las cantidades que corresponden de la residencia (vid. informe policial obrante a los folios 319 a 407); b) no existe ninguna prueba que acredite que Edurne haya pedido en Cáritas o en la Iglesia, pues no existe documental ni testifical al respecto, pues la testigo de referencia D^a Candida -abogada de Valladolid- refiere que conoce a Edurne a través de un cliente suyo, cuyo nombre se desconoce y no depuso ni se sometió a la debida contradicción para ser interrogado en la situación en que encontró a Edurne ; d) obra documentación bancaria que acredita que Edurne en la época en la que refiere haber pasado penurias económicas, año 2016, extraía dinero de la cuenta corriente, pudiendo observarse en los movimientos de cuenta en el informe policial, concretamente a los folios 377 a 389; cantidades en su mayoría destinadas a comer para una persona que vive sola con todos los demás gastos (alquiler, luz, agua, residencia,...) completamente pagados; y e) no hay ningún tipo de prueba que acredite que Doña Edurne haya ido al banco cuando la cuenta se encontraba en números rojos ni que la persona de la ventanilla le dijera que no había saldo.

3. La sentencia de apelación con remisión a la de instancia motiva racionalmente la valoración de la prueba que conduce al *factum* declarado probado; la prueba documental resultante del movimiento de la cuenta bancaria suministra un alto contenido incriminatorio, resulta además sumamente clarificada por el exhaustivo informe que sobre la misma realiza la sección de Delincuencia Económica de la Brigada de Policía Judicial; y a ello se suma las declaraciones de la víctima, de la ex socia en el bufete del acusado y de la letrada que asistió a la víctima en Valladolid, así como documentación complementaria de diversa procedencia. Acervo probatorio que permite concluir de modo inequívoco la existencia de las extracciones de la cuenta corriente del matrimonio Millán - Edurne , por parte del acusado, en beneficio propio.

Tanto más, cuando la declaración de Edurne sobre su situación de penuria y necesidades padecidas, aunque resultaran intermitentes y de escasa duración (hasta el ingreso de la siguiente mensualidad de la pensión) resulta refrendada, por las cuarenta y siete ocasiones en que la entidad bancaria carga comisiones por descubiertos en la cuenta, siendo esta la única fuente en la que extraía las modestas cantidades con que atendía a sus gastos de alimentación y otros pequeños gastos ordinarios, amén del testimonio de referencia de la letrada de Valladolid.

4. Ciertamente, el acusado, presentó documentación que afirmaba indicativa de que el dinero que había extraído en metálico, se había destinado a atender las necesidades del matrimonio; o se correspondían con honorarios no cobrados.

Prueba de descargo, que es así valorada:

Los documentos aportados por Gerardo , en un intento de justificar las supuestas entregas de dinero a Edurne , en mano y en la casa de ésta en Valladolid, no sirven a tal fin. A la innecesariedad de dichas operaciones y a la ausencia de rastro de los viajes de Gerardo a esa ciudad se añaden las irregularidades, errores e imprecisiones que evidencian dichos documentos

Así, por ejemplo, al folio 788 de la causa aparece un escrito, firmado por Edurne , con el que se pretende dar cobertura legal a cinco extracciones dinerarias efectuadas por el ahora acusado los días 30/06/2015, 31/07/2015, 31/08/2015, 30/09/2015 y 03/11/2015 que, como pudimos comprobar en los movimientos de la cuenta, se corresponden a cinco extracciones de 1000 € cada una, de los que, según el documento en cuestión, 600 € eran para Edurne y 400 € para pago de honorarios de arrendamiento de servicios. Dejando a un lado lo cuestionable que resulta el contrato de arrendamiento de servicios firmado el día 01/06/2015 (folios 782 a 784 de la causa) por el alto coste fijado para Edurne (400 € mensuales) por la larga duración prevista para el mismo (5 años), por la cláusula de penalización que contempla (*"la parte contratante se obliga al pago de un monto igual al de las mensualidades! restantes que faltase por cumplir conforme al periodo de vigencia del presente contrato y que en ningún caso será inferior a CUATRO MIL OCHOCIENTOS EUROS MIL EUROS <<sic>> -4.800€- más su IVA o impuesto análogo correspondiente, es decir el equivalente a doce mensualidades. Esta cantidad será aplicable en cualquier caso siempre que el contrato se renunciase de forma unilateral por D^a Edurne antes del plazo de finalización que en el mismo se fija"*) y por la ausencia de contenido real, pues las gestiones que en su momento precisaron Edurne y Millán ya estaban ejecutadas, lo que resulta ilógico de dicho "recibí" es que Gerardo extraiga 600 € durante cada uno de esos meses para entregarlos a Edurne de una sola vez cinco meses después de la primera extracción (el recibí está fechado el 12 de noviembre de 2015), conducta incomprensible en un actuar normal, máxime cuando el actuante es un abogado en ejercicio, lo que nos lleva



a) deducir que el escrito pudiera haberse confeccionado ad hoc para explicar unas extracciones en efectivo sin contrapartida alguna.

Deducción igualmente predicable de los "recibí" obrantes a los folios 789 a 808, los cuales presentan idéntica estructura y redacción, -incluso contienen todos ellos la misma errata (recibe "la" de este despacho)-, son genéricos (a excepción de las cantidades que se citan en cada uno) en cuanto no se menciona ni la persona que retiró el metálico ni la persona que se lo entrega a Edurne ("Por medio del presente escrito, Dña. Edurne recibe la de este despacho y en su caso de los letrados! Dña. Ariadna y D. Gerardo retirados en metálico por un representante de este despacho..."), en todos figura la localidad de Gijón (lo normal es que apareciera Valladolid, donde supuestamente se producía la entrega dineraria), por mucho que el escrito se hubiera confeccionado en el bufete de Gijón). Lo mismo ocurre con la otra serie de "recibí" que aparece en los folios 809 a 830 de la causa, en los que además y en todos, se menciona erróneamente el domicilio de Edurne ("con domicilio en la AVENIDA000 , NUM004 . De Gijón", cuando lo cierto es que Edurne ya vivía en Valladolid). Al folio 831 de la causa, aparece el documento con el que se pretende justificar la entrega en efectivo de 12.000 € supuestamente realizada el día 1 de Julio de 2011, diciéndose literalmente en el mismo: *"Esta cantidad procede de descontar de la cantidad de · catorce mil euros (14.000 €) retirados en la fecha cuyo justificante se adjunta cuatro mil euros más IVA en concepto de honorarios procedentes de los servicios! prestados por este despacho"*, · resulta obvio tras realizar tasi correspondientes operaciones aritméticas- que lo que se indica en ese[escrito no es posible, pues solamente de restar 4.000 € (sin añadir el IVA) de los 14.000 € sacados en efectivo la cifra resultante. es de 10.000 € por lo que no le pudo entregar 12.000 € a Edurne . Igualmente irregular resulta el documento que se dice -en Gijón- entregados a Edurne en metálico la; cantidad de 31.000 euros, de una extracción de 36.000 € realizada el 27-10-2010, fecha en la que Edurne y su marido ya se habían trasladado a Valladolid (el 21-10- 2010 aparece un pago del recibo de la Residencial donde fue ingresado Millán en Valladolid) y además, de las pequeñas disposiciones en efectivo, efectuadas en días anteriores en Valladolid, que aparecen en los movimientos de la cuenta (70 €, 70€, 180€) y que concuerdan con los hábitos de gastos del matrimonio, se deduce la ausencia de necesidad de metálico en Edurne ¿Para qué iba a necesitar 31.000 € en efectivo? Y si la supuesta entrega se efectuó el día 29 de octubre de 2010 ¿con qué motivo extrajo Gerardo tan elevada cantidad (36.000 €) con dos días de antelación? ¿Qué explicación tiene viajar supuestamente con 31.000 € en metálico pudiendo hacer la extracción en Valladolid? No hallamos explicación razonable alternativa a la de que Gerardo nunca le entregó el dinero a Edurne .

Mención aparte merece el documento que obra al Tomo I de la causa (con doble numeración, folios 29/22 Y 30/23), copia de un reconocimiento de deuda, encabezado como "CONTRATO DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA" y fechado el 31 de julio de 2013, en el que supuestamente Edurne reconoce adeudar a Gerardo la cantidad de 25.000 euros, sin referencia alguna al origen de dicha deuda ni detalle del adeudo. Con el original de tal documento, Gerardo instó demanda de reclamación de cantidad, fechada el 27-5-2017, por importe de 25.000 euros, que, tras sumar los intereses de los años 2014, 2015 y 2016, alcanza la suma de 27.854,48 euros, además de unas costas estimadas de 8.356,34 euros; demanda que dio lugar al Procedimiento Monitorio 355/2017 ante el Juzgado de Primera Instancia n.º. 2 de Valladolid, posteriormente transformado en Procedimiento Ordinario n.º. 1129/2018 y en la actualidad suspendido por prejudicialidad penal (folios 165 y 166 del Rollo de Sala). Tal documento de reconocimiento de deuda, valorado conjuntamente con el resto de la prueba, cabe apreciarlo como parte de la huida hacia adelante emprendida por Gerardo al saberse descubierto. Al margen de lo sospechoso que resulta la presentación de esa demanda con posterioridad a que Edurne acudiera al despacho de Candida (día 19-4-2017) y de lo insólito que nos parece que su todavía socia a la fecha del reconocimiento de deuda 31-7-2013, Ariadna , desconociera por completo la- existencia de la deuda (circunstancia que la! defensa del acusado trata de salvar alegando un error -otro más- en la fecha del documento que en realidad -dice- es de 2015), dicha deuda resulta incomprensible porque Gerardo tenía un poder otorgado por Edurne para el manejo de sus- cuentas desde el día 22-10-2010 y una hoja encargo profesional, de fecha 1-6-2015, en la que expresamente Edurne autorizaba a Gerardo a que sus honorarios pudieran ser detraídos por el Letrado de las cuentas corrientes del matrimonio (folios 782 a 784 de la causa), cosa que vino haciendo el acusado sin ningún problema, como se puede observar en los movimientos de la cuenta bancaria.

Finalmente, la última intentona de justificación articulada por Gerardo la, constituye la sonrojante conversación telefónica que mantuvo con Edurne , una vez iniciadas las actuaciones penales, grabada por él mismo y apreciable e insistentemente dirigida a que una vulnerable Edurne pronunciase lo que a él le convenía que quedara grabado (véanse los folios 1.068 a 1.070 de la causa). En dicha conversación, lo único espontáneo que Edurne deja patente es la confianza, que tenía en Gerardo (*"te he bordado un pañuelo y pone el nombre de Gerardo "* *"yo confiaba en ti fue lo que les dije"* *"yo les dije que siempre confiaba de ti, fue lo que le dije"* *"que me confiaba de ti"* *"porque tú eres abogado y sabes..."*)



En definitiva, el resultado de las pruebas practicadas no deja lugar a duda de que Gerardo , abusando de la confianza depositada en él por Edurne , nacida en 1953 y persona de bajo nivel intelectual, con dificultades de funcionamiento en tareas complejas y desbordada por la situación generada por el accidente laboral de su marido y siendo conocedor Gerardo -por ser su abogado- de las importantes sumas de dinero que habían entrado en la cuenta bancaria del matrimonio con motivo del referido accidente laboral, de manera constante y sostenida en el tiempo y sin justificación razonable, fue vaciando de dinero la cuenta bancaria del matrimonio hasta dejarla en números rojos en repetidas ocasiones.

En definitiva, resulta racionalmente explicado la nula eficacia probatoria de la documentación aportada por el acusado sobre recibies de diversas cantidades, conformidades de saldos, hojas de encargo intempestivas o reconocimientos de deuda, aunque aparezcan firmados por Edurne . Tanto más, cuando no resultan corroborados, aunque eran gastos facturables, más que un viaje (dos indica el propio recurrente) a Valladolid y porque los únicos pagos periódicos mensuales al despacho, que obran documentados con sus respectivas transferencias, corresponden cuatro al año 2011 y una a enero de 2012, harto anteriores a la data de la hoja de encargo.

4. No obstante, existe al margen de la documentación elaborada por el propio acusado, más documentación bancaria, que no se ha ponderado, acreditativa de que el acusado atendió diversos gastos del matrimonio, necesariamente con las cantidades que extraía de la cuenta; respaldo documental de origen bancario y además así informado en el detallado análisis realizado por la sección económica de la policía judicial; y así al folio 87 del informe se recoge: *Entre Octubre de 2015 y junio de 2017, el abogado Gerardo , realiza los siguientes pagos de gastos de Edurne y Millán mediante transferencia bancaria, gastos que ascienden a 23.283,77 € (sin incluir los 2 € de gasto correspondiente a cada transferencia) :*

FECHA	IMPORTE	CONCEPTO
oct-15	1464,23	PAGO A LA RESIDENCIA TRF 16-10-15
oct-15	350	FIANZA PISO CALLE RASTRO TRF. 01-10-15
oct-15	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF. 01-10-15
nov-15	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF. 06-11-15
dic-15	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF. 03-12-15
ene-16	150	GASTOS PISO CALLE RASTRO TRF. 07-01-16
ene-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF. 07-01-16
feb-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF. 01-02-16
mar-16	159,54	LUZ CALLE RASTRO TRF. 14-03-16
mar-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 14-03-16
abr-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 29-04-16 ABRIL
abr-16	400	AQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 29-04-16 MAYO
jun 16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 23-06-16
jun 16	200	GASTOS PISO CALLE RASTRO TRF. 23-06-16
sep-16	1465	PAGO A LA RESIDENCIA TRF 29-09-2016
sep-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 12-09-16 AGOSTO
sep-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 12-09-16 SETIEMBRE
oct-16	1465	PAGO RESIDENCIA TRF 18-10-16
nov-16	1465	PAGO RESIDENCIA TRF 09-11-2016
nov-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 09-11-2016 NOVIEMBRE
dic-16	1465	PAGO RESIDENCIA TRF 14-12-2016
dic-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 14-12-2016 DICIEMBRE
ene-17	1500	PAGO RESIDENCIA TRF 31-01-2017
ene-17	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 31-01-2017
mar-17	1500	PAGO RESIDENCIA TRF 01-03-2017
abr-17	1500	PAGO RESIDENCIA TRF 03-04-2017
abr-17	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 03-04-2017
may-17	1500	PAGO RESIDENCIA TRF 02-05-2017
jun-17	1500	PAGO RESIDENCIA TRF 02-06-2017
jun-17	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 07-06-17 ABRIL
jun-17	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 07-06-17 MAYO
jun-17	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 07-06-17 JUNIO
jun-17	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 07-06-17 JULIO

Listado, donde cada partida, resta respaldada por la documentación bancaria obrante a los folios 839 a 877 y 582 a 620; donde obra cada uno de los ingresos en efectivo (no transferencias como por error material se indica en el informe, al generar gastos bancarios) realizados por el acusado, a favor de los destinatarios indicados.



6. También presenta minutas, que indica obedecen a "servicios efectivamente prestados" que no se han abonado por transferencia y lógicamente, se entiende, que se abonaron con las extracciones que realizaba de la cuenta bancaria:

i) Minuta 11/10 de 29 de octubre de 2010, por importe de 4.720€, siendo el servicio por " *transacciones y gestiones de cobro de seguros de responsabilidad civil de la empresa Kronsa*"; acreditado como indica el hecho probado tercero, porque en fecha 12 de octubre de 2010 el matrimonio cobra la cantidad de 85.000 euros (ingresos en cuanta de 40.000 y 45.000) fruto de las gestiones efectuadas por el despacho de abogados.

ii) Minuta 11/11, de 1 de julio de 2.011, por importe de 2000 euros, donde el servicio que se presta es " *transacciones y gestiones de cobro de seguros VIDA BANESTO*". Y efectivamente obra por ingreso en cuanta de 30 de junio de 14.687,15 euros, por transferencia de Santander Seguros.

iii) Minutas 24/11, de 1 de diciembre de 2.011 y 25/11 de 2 de diciembre de 2.011; la primera por viaje a Valladolid, por importe de 621,80 euros; y la segunda por importe de 1.380,60€, donde el servicio afirmado es "tramitación recuperación plan de pensiones" que afirma se corresponde con los 20.000 euros ingresados en cuenta el 16 de noviembre de 2011; pero en realidad el movimiento indica "importe procedente cuenta a plazo" que corresponde con el vencimiento de la imposición realizada justo un año antes, el 16 de noviembre de 2010; es decir, a ninguna gestión obedece esa minuta.

iv) Resto de facturas obrantes a los folios 549 a 553. Aquí, las minutas 16/12, 47/12, 52/12 y 7/13, por importe de 300 euros más IVA, cada una de ellas, obedece a la serie trimestral del año 2012, que periódicamente se abonaban al despacho desde 2011 y que los trimestres anteriores se cobraron por medio de transferencia, considerándose justificadas.

Y la última, 8/13, por importe de 1.452 euros (1.200 más IVA), indica como concepto tramitación rescate seguro CIMA II Banesto, que justifica con el ingreso en la cuenta corriente del matrimonio de 25.197,85€, el 18 de enero de 2013. Que como en el caso anterior, ninguna gestión merecedora de esa minuta conllevaba, pues es la resultante de la inversión realizada también el 16 de noviembre de 2010, por importe de 25.000 euros. Rescate que en todo caso, hubiera sido innecesario si el acusado, no hubiera perpetrado las apropiaciones previas que desprovieron la referida cuenta.

Obran además de esas minutas, transferencias para abono de los servicios por el acusado en febrero de 2011, por 7.000 y por 7.109,88 euros, pero resultan justificados por la minuta 1/11, siendo el servicio "procesos sobre Incapacidad Permanente y prestaciones de carácter vitalicio"; también efectivamente prestadas.

En definitiva, salvo en el caso de las minutas 25/11 y 8/13, por importe respectivo de 1.380,60€ y 1.452€, se acreditan servicios (y algún gasto) efectivamente prestados (fundamentalmente porque su resultado fructífero, se revela en la cuenta corriente) donde las minutas presentadas, corroboradas también por su ex socia, no ha sido objeto de abono por transferencia, de modo que han resultado cobradas, como indica el recurrente, con cargo parcial del monto de las cantidades extraídas y apropiadas.

7. Consecuentemente, el motivo debe ser parcialmente estimado, lo que conlleva añadir a la declaración de hechos probados que con esas cantidades extraídas el acusado entre Octubre de 2015 y junio de 2017, realiza los siguientes pagos de gastos de Edurne y Millán mediante ingresos bancarios en efectivo que ascienden a 23.283,77 €; y asimismo con cargo a las cantidades extraídas, contando con autorización notarial para ello, se hizo abono de minutas, debidamente justificadas, por importe de 8.772,80; lo que además deberá tener su reflejo en el importe de la responsabilidad civil declarada.

SEGUNDO.- El quinto motivo lo formula por Infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim por no aplicación de los artículos 74, 252, 130.6º y 131.1 CP en su versión de la LO 5/2010 debido al tiempo transcurrido entre los hechos así como teniendo en cuenta los acontecimientos ocurridos entre las disposiciones.

1. Argumenta que entre las dos iniciales disposiciones declaradas injustificadas (el 27 de octubre de 2010 por importe de 36.000 y la segunda de 12 de noviembre de 2010), transcurrieron más de ocho meses y además entre esas dos fechas hizo uso del poder otorgado por D^a Edurne para hacerse pago por transferencia de dos minutas debidamente justificadas, por lo que entiende que se rompe completamente la continuidad delictiva y el dolo unitario; en cuya consecuencia, afirma, procede penar por separado el acto de disposición de 36.000€ de 27 de octubre de 2.010 así como el de 12 de noviembre de 2.010 y el resto de disposiciones realizadas; que conlleva, asevera, aplicar como más beneficiosa la LO 5/2010, como más beneficiosa, pues el límite cuantitativo indicado en el artículo 250.1.5º CP es de 50.000 euros, mientras que en la norma anterior 250.1.6 CP aunque no establecía límite cuantitativo, la jurisprudencia lo consideraba aplicable a partir de 36.000€; en cuya consecuencia, esa primera disposición resultaría penada en el art. 249 CP, hasta tres años, siendo entonces el plazo de prescripción del delito de 5 años conforme lo indicado en el artículo 131.1 CP (redacción



LO 5/2010), plazo que comenzaría a computar desde el día siguiente al que se hubiese cometido el delito (art. 132.1 CP), en el presente caso el 28 de octubre de 2010, de modo que prescribió el 28 de octubre de 2015.

2. El motivo debe ser desestimado por varios motivos; uno de los cuales, ya le fue indicado en la sentencia de apelación, que olvidaba que la sentencia de instancia indica que para las disposiciones efectuadas, *se sirvió de un poder que el acusado pidió a Edurne le otorgara, con amplísimas facultades, entre otras la de ingresar o retirar fondos de las cuentas de la que las víctimas eran titulares.* Y añade:

Es evidente que los hechos objeto de condena responden a una trama o plan preconcebido por el acusado, desde el inicio de la relación con D^a Edurne , que se fue materializando a través de las múltiples y reiteradas disposiciones de efectivo realizadas en su único y exclusivo beneficio, y que, en consecuencia, el dolo de conjunto o unitario que caracteriza al delito continuado debe irradiar a todas y cada una de las singulares operaciones bancarias ejecutadas, incluida las dos primeras de ellas, que ,pese a la aparente y relativa desconexión temporal con las siguientes, forman parte del mismo plan preconcebido por el acusado.

Siendo ello así, no es de recibo alegar prescripción de aquella primera disposición de efectivo, pues cuando se trata de delito continuado no comienza a transcurrir el tiempo de la misma sino desde el último de los actos típicos. La prescripción comienza cuando el delito termina. (STS 40/2018, de 25 de enero).

3. Efectivamente, en motivo sustentado en error iuris, no es dable prescindir de la narración declarada probada, donde se contiene: *Gerardo , al margen de su compañera de despacho y con desconocimiento de ésta, sabedor del importante incremento en los ingresos del matrimonio derivados del cobro de la pensión por gran invalidez y de las indemnizaciones derivadas del accidente laboral, de forma constante y sostenida durante años, procedió a abusar del poder otorgado de buena fe por Edurne , y sirviéndose del mismo comenzó -5 días después de ser otorgado- a hacer un uso indebido de éste en su beneficio exclusivo, de tal modo que las notables cantidades de dinero ingresadas en la cuenta bancaria que el matrimonio tenía en el Banco Santander*

Es decir, que en todas las disposiciones, se cumplimenta el requisito de "idéntica ocasión"; sin que dadas las circunstancias concurrentes (identidad de sujeto activo y pasivo, misma relación, misma operativa y sistemático aprovechamiento del poder otorgado) la diferencia temporal, dada la relevante identidad ocasional y aprovechamiento del plan preconcebido (al que nada obsta que alguna extracción de la cuenta corriente estuviera justificada) derivado de la obtención de poder que se utiliza fraudulentamente desde su inicio, en diversas cantidades, pero muy significativamente tras cada ingreso relevante que sucede en la cuenta, carece de relevancia para romper el continuum.

TERCERO.- El sexto motivo lo formula por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim por aplicación de la agravación de la pena establecida en el artículo 74.1 CP y no aplicación del subtipo agravado establecido en el artículo 250.1.5 CP, afectando a la individualización de la pena y empleando un criterio contrario a la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo.

1. Cuestiona la improcedencia de aplicación el subtipo agravado del art. 250.1.5 CP, pues la jurisprudencia ha excluido su aplicación cuando ninguna de las infracciones individualmente consideradas que conforman el delito continuado no supera los 50.000 euros; y entiende que se le ha aplicado porque "como es de ver en el fundamento séptimo de la sentencia de instancia, en cuanto que, la aplicación del artículo 74.1 CP supuso la aplicación de la pena en la mitad superior (3 años y seis meses a 9 meses de prisión y 9 a 12 meses de multa). Además, al existir una agravante, por aplicación del artículo 66.3º CP, se aplica la pena en la mitad superior de la mitad superior (4 años y 9 meses a 6 años de prisión y 10 meses y 15 días a 12 meses de multa), concretando la pena en 5 años -en la mitad inferior de la mitad superior de la mitad superior-".

2. Efectivamente se pena a través del art. 250 y no por el art. 249, porque concurre la gravante cuarta de su primer párrafo, al revestir especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deja a la víctima (o a su familia); y efectivamente aplica el art. 74.2 al computar el perjuicio total causado; pero expresamente rechaza aplicar el art. 250.1.5º, (que el valor de la defraudación supere los 50.000 euros) "*pues el importe total de la defraudación no puede servir a la vez para calificar los hechos de estafa agravada Y: como delito continuado, pues se vulneraría el principio non bis in idem y en este caso las infracciones aisladamente consideradas no superan en ningún caso los 50.000 euros*".

Pero precisamente, porque no se ha aplicado el art. 250.1.5º, nada obsta a la aplicación del art. 74.1 CP, pues estamos ante un delito continuado, donde la suma de las cuantías defraudadas no ha determinado la aplicación del art. 250, sino que ha sido la agravación específica prevista en el art. 250.1.4º; de donde efectivamente como consecuencia de encontrarnos ante un delito continuado de estafa del art. 250.1.4º, el marco punitivo es la mitad superior de la pena de una a seis años de prisión y multa de seis a doce meses



(prevista en el art. 250 CP); es decir, de tres años y seis meses a seis años de prisión y multa de nueve a doce meses.

Y sobre ese tramo, consecuencia de que se aprecia la agravante genérica del artículo 22.6ª del Código Penal ("*obrar con abuso de confianza*"), conforme a las previsiones del art. 66.1.3ª CP resulta un marco punitivo sobre el que debe proyectarse la individualización judicial, de cuatro años y nueve meses a seis años de prisión y multa de diez meses y quince días a doce meses, que la sentencia de instancia, en su fundamento séptimo concreta en cifras muy próximas al umbral mínimo: cinco años de prisión y multa de once meses.

El motivo se desestima.

CUARTO.- El séptimo motivo lo formula por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECRIM por aplicación de la agravante establecida en el artículo 22.6 CP en relación con lo dispuesto en el artículo 67 CP.

1. Alega la improcedencia de apreciar en autos, la agravante de abuso de confianza del artículo 22.6 CP; por cuanto forma parte del propio delito de apropiación indebida no existiendo en los hechos probados ningún tipo de plus que permita apreciarla.

Argumenta que no existe relación previa, como exige la jurisprudencia; que no se puede decir que el acusado abusase de la situación en la que llegó Edurne al despacho desbordada por el accidente de su marido, puesto que en los hechos probados se indica que cuando llega Edurne al despacho es en mayo de 2010 - realmente es en abril- desde entonces hasta que se otorga poder transcurren 5 ó 6 meses, por lo tanto, no se puede decir que Edurne estuviese desbordada, teniendo en cuenta que cuando decide Edurne marcharse a Valladolid, ya se había reconocido la incapacidad de Millán; que tampoco consta en los hechos probados que mi representado hubiera utilizado las características especiales de Edurne para conseguir que otorgase poder especial a su favor, puesto que en los hechos probados consta que mi representado consigue la confianza de Edurne por el éxito del previo encargo profesional recibido; y que en los hechos probados, en ningún momento se pone de manifiesto que el acusado hiciera uso de las especiales características de Edurne para apoderarse indebidamente de dinero, por lo tanto, no consta en los propios hechos probados que mi representado hiciera uso de algún tipo de cuestión que facilitara la comisión delictiva y que suponga un plus que permita la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.6ª CP.

2. Esta cuestión, igualmente planteada en apelación, recibió respuesta del Tribunal Superior, con remisión a la motivación de la sentencia de instancia: "La aplicación de esta agravante exige la existencia de un plus respecto del abuso ya ínsito en el delito de apropiación indebida, plus que en este caso apreciamos, no en las relaciones personales existentes entre el autor del delito y las víctimas (no se conocían antes del encargo profesional que Edurne hizo al bufete de Gerardo) ni tampoco en el prevalimiento o aprovechamiento de la credibilidad profesional de Gerardo (no consta), sino en la especial vulnerabilidad de las víctimas; una, Millán, sin capacidad de obrar ni consentir, y la otra, Edurne, con las características descritas en el informe Médico Forense (folios 733 y 734) y desbordada por la lamentable situación en la que los dejó el accidente laboral de su marido".

3. El argumento empleado no se acomoda estrictamente con el contenido de la agravante.

Recuerda la STS 919/2022, de 24 de noviembre, con cita de la 132/2021, de 15 de febrero y las que allí se mencionan que jurisprudencia 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 (SSTS 634/2007, de 2 de julio y 370/2010, de 29 de abril): "la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales 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 mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo,

En definitiva, como afirman las SSTS 813/2009, de 7 de julio, y 370/2010, de 29 de abril, "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".



No faltan posiciones en la dogmática que consideran tarea imposible intentar descubrir "dos" confianzas defraudadas: la genérica de toda estafa y otra superpuesta, determinante de la agravación. Pero el principio interpretativo de vigencia obliga a buscar un ámbito para este subtipo (art. 250.1.6º) expresamente querido por el legislador. Encontraremos ese espacio, tal y como enseña la jurisprudencia, exigiendo unas relaciones personales concretas y previas entre víctima y defraudador, de las que se abuse específicamente en la dinámica comisiva y que representen un mayor desvalor (STS 295/2013, de 1 de marzo).

Doctrina que la jurisprudencia proyecta tanto sobre la agravante específica del art. 250, como de la genérica establecida en el art. 22.6ª ; cuando efectivamente concorra (una "especial relación de confianza") y el sujeto activo se aproveche de esa situación, violando los deberes de lealtad y fidelidad hacia quien, por ese vínculo de especial confianza y fiabilidad recíproca, no activa las medidas de protección y permite al autor una mayor facilidad para ejecutar el delito; en estos casos, no encontramos óbice alguno para apreciar una mayor reprochabilidad en quien así actúa, que debe tener su traducción en el nivel de antijuridicidad y, consecuentemente, en la respuesta penológica por vía del art. 22.6 C.P (STS 371/2008, de 19 de junio).

4. No obstante, los hechos probados, sí que describen una relación de especial confianza, basada en la credibilidad profesional del autor previa a los hechos delictivos; en un primer momento efectivamente inexistente relación previa y no se conoce su quehacer profesional, acude la víctima a su consulta por la referencia de un conocido: *Como quiera que Edurne era cliente de una tienda que regentaba la madre de Gerardo , acudió en mayo de 2010, desbordada por la situación, al despacho de abogados de éste y de su socia a quienes encomendó la realización de todos los trámites necesarios ante el INSS para el cobro de la pensión por incapacidad permanente y para la gestión de las indemnizaciones que le pudieran corresponder a su marido ante la discapacidad absoluta del mismo.*

Pero tras diversos servicios, con el crédito profesional ganado, se prevalece del mismo para apropiarse de sus fondos:

Gerardo aconsejó a Edurne que les otorgara un poder a ambos letrados para que pudieran seguir realizando gestiones, reclamaciones y cobros pendientes en su nombre en relación con las aseguradoras.

Edurne , dado que hasta ese momento las gestiones que había encomendado a los referidos Letrados las habían resuelto satisfactoriamente, de hecho su marido ya tenía garantizado el cobro de la pensión de gran invalidez y las aseguradoras acababan de ingresar en su cuenta importantes sumas de dinero, para facilitar cualquier trámite pendiente que hubiera de realizar y como quiera que se marchaba de Gijón, el día 22 de octubre de 2020, otorgó poder amplísimo a favor de los Letrados Ariadna y Gerardo , que entre otras facultades comprendía la de ingresar o retirar fondos, realizar transferencias para pagos a terceros, etc., en las entidades bancarias en la que la poderdante, Edurne , fuera titular de cuentas corrientes.

[...] Gerardo , al margen de su compañera de despacho y con desconocimiento de ésta, sabedor del importante incremento en los ingresos del matrimonio derivados del cobro de la pensión por gran invalidez y de las indemnizaciones derivadas del accidente laboral, de forma constante y sostenida durante años, procedió a abusar del poder otorgado de buena fe por Edurne , y sirviéndose del mismo comenzó -5 días después de ser otorgado- a hacer un uso indebido de éste en su beneficio exclusivo, de tal modo que las notables cantidades de dinero ingresadas en la cuenta bancaria que el matrimonio tenía en el Banco Santander fueron desapareciendo de la misma con importantes y numerosas disposiciones en efectivo que Gerardo realizaba en Gijón, hasta el punto de quedar en números rojos algunos meses

El poder se entrega en virtud del crédito profesional ganado por el acusado; y es precisamente el abuso de ese poder con amplias facultades el que se utiliza para las sucesivas extracciones de dinero en beneficio propio. El otorgamiento de un poder con poderes tan amplios, revela necesariamente la especial confianza que el poderdante mantiene del mandatario. Es equivalente a darle copia de las llaves de la caja fuerte.

5. En definitiva, contamos con unos hechos probados que describen el sustento fáctico de la agravante; y una argumentación que niega esa confianza profesional y fundamenta la agravante en la especial vulnerabilidad de las víctimas.

De otra parte, la sentencia no explica por qué acude a la agravante genérica y no aplica por razón de especialidad la agravante específica del art. 250.1.6º CP

Sin embargo, no procederá estimación del motivo, dada su previsión fáctica en el relato declarado probado porque aun cuando no se estimara la agravante genérica, con estimación o no de la específica, el marco punitivo restaría entre tres años y seis meses a seis años de prisión y multa de nueve a doce meses; y en las tareas de individualización en todo caso habría que ponderar tanto la situación de especial vulnerabilidad de las víctimas, como el prevalimiento de sus previos logros profesionales para la obtención del amplio poder que denotaba



absoluta confianza y del que abusó para vaciar la cuenta corriente del matrimonio, tal como resultan descritos en los hechos probados, donde la concreción punitiva coincidiría con la impuesta.

QUINTO.- El octavo y último motivo lo formula por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim en cuanto a los artículos 216 LEC en relación con el deber de congruencia de las resoluciones dispuesto en el artículo 218 LEC refiriéndose el motivo a la condena por cantidades no solicitadas por las partes acusadoras, y, por otro lado, por el enriquecimiento injusto apreciado en la sentencia al condenar a mi representado al pago de una responsabilidad civil incluyendo unas cantidades justificadas.

1. Alude de nuevo a gastos del matrimonio y minutas cuyo importe en uno y otro caso satisfizo con parte del monto dinerario apropiado, que efectivamente debe estimarse en los términos explicitados en el primer fundamento; y además, afirma la improcedencia de la condena civil respecto de disposiciones que no habían sido objeto de acusación, ni estaban incluidos en los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y la Acusación Particular cuyo importe total asciende a 14.634,34€:

2.

FECHA	CANTIDAD
12/11/10	74,34€
14/09/11	500€
01/02/12	300€
04/04/12	300€
05/02/13	1.000€
30/08/13	1.000€
30/09/13	600€
01/04/14	350€
01/12/14	700€
31/12/14	700€
01/04/15	950€
01/02/16	800€
29/02/16	960€
31/08/16	1.200€
31/03/17	2.700€
31/05/17	2.500€
TOTAL	14.634,34€

2. En el recurso de apelación, la impugnación de la condena a esas cantidades la cifraba en la conculcación del principio acusatorio; cuestión que resolvió así el Tribunal Superior:

En el presente caso lo que cuestiona el apelante es si el Tribunal sentenciador al tener por probados una serie de reintegros atribuidos al acusado, por importe de 14.634,34 €, según resulta de la documental practicada, que por error u omisión, no fueron recogidos en los escritos de acusación, sobre un importe total de 180.906,74 € que se considera fueron objeto de indebida apropiación, es una modificación sustancial de los hechos objeto del proceso, con afectación del derecho de defensa y vulneración del principio acusatorio íntimamente vinculado al anterior.

En lo sustancial o esencial los hechos declarados probados por la sentencia apelada se ajustan a los de las acusaciones, pues, en síntesis, relatan que, el acusado, de forma constante y sostenida durante años, abusando del poder otorgado por la víctima, realizó importantes y numerosas disposiciones en efectivo de la cuenta bancaria que aquella y su marido tenían en el Banco de Santander, disponiendo del dinero en su



exclusivo beneficio, ocasionando a los titulares una penuria económica que llevó a la esposa a pedir limosna. Cifrando el total del dinero con el que se quedó indebidamente el acusado en la cantidad de 180.904,74€.

La circunstancia de que el detallado desglose que realiza ejemplar y exhaustivamente, la sentencia, conforme al resultado de la documental practicada, de los reintegros realizados por el acusado en diferentes años, no coincida exactamente con el contenido de los escritos de acusación, no supone un apartamiento de los hechos presentados por las acusaciones en sus aspectos fundamentales, que es lo que exige el principio acusatorio en lo concerniente a la vinculación fáctica, lo que no impide que la sentencia en el juicio histórico introduzca modificaciones puntuales o de detalle derivadas del resultado probatorio, en particular por la documental facilitada por el Banco de Santander, relativos a los movimientos de la cuenta de las víctimas .

En consecuencia, no se estima que se hubiera vulnerado el principio acusatorio ni que se haya causado indefensión al apelante.

Inalterados así los hechos probados y acreditado el importe de la cantidad indebidamente apropiada, hemos de concluir que tampoco se ha producido la infracción del principio de rogación en lo concerniente al "quantum" de la responsabilidad civil establecido por la sentencia impugnada. La responsabilidad civil da respuesta a una acción distinta de la penal, aunque acumulada al proceso por razones de utilidad y economía procesal, con la finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas. Sin embargo, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante otra jurisdicción, lo que implica que en su regulación el derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida desplace al derecho penal. Ello da entrada a al principio de rogación previsto en el artículo 216 de la LEC, que rige en relación al ejercicio de acciones civiles, de forma que el Tribunal no puede condenar a indemnizar en más de lo solicitado por alguna de las partes. Pero no es el caso, pues las acusaciones pública y particular solicitaron mayores indemnizaciones que la fijada por la sentencia. El Ministerio Fiscal solicitó una indemnización de 182.142,88 €, y la acusación particular pidió la misma cantidad más 5000 €, para cada una de las dos víctimas, por daños morales. La sentencia condena a 180.906,74 € por los perjuicios ocasionados, y 5000 € para Edurne , exclusivamente, por el concepto de daños morales. Evidentemente menos de lo solicitado por las acusaciones.

3. En definitiva, la acusación versa sobre las apropiaciones realizadas por el acusado, en beneficio propio, de la cuenta corriente bancaria del matrimonio Edurne - Millán , en el periodo que media entre octubre de 2010 y mayo de 2017 (incluido) abusando del poder que Edurne le había otorgado; que cifran en una concreta cantidad.

A través de la prueba practicada a propuesta de las partes, se depuran y concretan las múltiples extracciones indebidas realizadas por el acusado, concretadas en el factum, y que alcanzan en un monto menor al instado por las acusaciones.

Dada la acotación del hecho imputado, esa depuración, en modo alguno conculca el principio acusatorio (menos en las ocasiones que se trata de una mera corrección de la fecha), ni origina indefensión a la víctima, no desconoce el principio dispositivo o de rogación, ni troca la causa de pedir.

SEXTO.- De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de estimación del recurso, se impondrán de oficio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Declara haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación de D. Gerardo contra la sentencia núm. 22/2021 de 28 de abril, dictada en el Rollo de Apelación núm. 20/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 5/2021 de 17 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, con Sede en Gijón, Sección Octava en el Rollo Abreviado 38/2019; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3752/2021



Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 17 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número **3752/2021**, interpuesto por **D. Gerardo** representado por el Procurador D. Eliseo Ferreira Menéndez bajo la dirección letrada de D. Jorge Raga Rodríguez contra la sentencia núm. 22/2021 de 28 de abril, dictada en el Rollo de Apelación núm. 20/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 5/2021 de 17 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, con Sede en Gijón, Sección Octava en el Rollo Abreviado 38/2019, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, la Procuradora D^a Aida Fernández-Paíno Díez en nombre y representación de la **FUNDACIÓN CASTELLANO LEONESA PARA LA TUTELA DE PERSONAS MAYORES "FUNDAMAY"** (que actúa a su vez como tutor y legal representante de la persona con discapacidad D^a Edurne), bajo la dirección letrada de D. Jesús Lozano Blanco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la resolución de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución, con la siguiente adición a los hechos probados.

10.- Entre octubre de 2015 y junio de 2017, el acusado Gerardo, atendió a través de ingresos bancarios en efectivo, los siguientes gastos de Edurne y Millán por un importe total de 23.283,77€:



FECHA	IMPORTE	CONCEPTO
oct-15	1464,23	PAGO A LA RESIDENCIA TRF 16-10-15
oct-15	350	FIANZA PISO CALLE RASTRO TRF. 01-10-15
oct-15	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF. 01-10-15
nov-15	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF. 06-11-15
dic-15	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF. 03-12-15
ene-16	150	GASTOS PISO CALLE RASTRO TRF. 07-01-16
ene-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF. 07-01-16
feb-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF. 01-02-16
mar-16	159,54	LUZ CALLE RASTRO TRF. 14-03-16
mar-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 14-03-16
abr-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 29-04-16 ABRIL
abr-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 29-04-16 MAYO
jun-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 23-06-16
jun-16	200	GASTOS PISO CALLE RASTRO TRF. 23-06-16
sep-16	1465	PAGO A LA RESIDENCIA TRF 29-09-2016
sep-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 12-09-16 AGOSTO
sep-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 12-09-16 SETIEMBRE
oct-16	1465	PAGO RESIDENCIA TRF 18-10-16
nov-16	1465	PAGO RESIDENCIA TRF 09-11-2016
nov-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 09-11-2016 NOVIEMBRE
dic-16	1465	PAGO RESIDENCIA TRF 14-12-2016
dic-16	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 14-12-2016 DICIEMBRE
ene-17	1500	PAGO RESIDENCIA TRF 31-01-2017
ene-17	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 31-01-2017
mar-17	1500	PAGO RESIDENCIA TRF 01-03-2017
abr-17	1500	PAGO RESIDENCIA TRF 03-04-2017
abr-17	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 03-04-2017
may-17	1500	PAGO RESIDENCIA TRF 02-05-2017
jun-17	1500	PAGO RESIDENCIA TRF 02-06-2017
jun-17	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 07-06-17 ABRIL
jun-17	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 07-06-17 MAYO
jun-17	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 07-06-17 JUNIO
jun-17	400	ALQUILER PISO CALLE RASTRO TRF 07-06-17 JULIO

11.- Así mismo con cargo al efectivo extraído de la cuenta corriente del matrimonio, se hizo abono, como le autorizaba el poder otorgado a su favor por Edurne, de las siguientes minutas, debidamente justificadas, por importe de 8772,80 €:

i) Minuta 11/10 de 29 de octubre de 2010, por importe de 4.720€, siendo el servicio por " *transacciones y gestiones de cobro de seguros de responsabilidad civil de la empresa Kronsas*"; que dieron lugar a que en fecha 12 de octubre de 2010 se ingresara en la cuenta del matrimonio sendas cantidades de 40.000 y 45.000 euros.

ii) Minuta 11/11, de 1 de julio de 2.011, por importe de 2000 euros, donde el servicio que se presta es " *transacciones y gestiones de cobro de seguros VIDA BANESTO*", que dieron lugar al ingreso en la cuenta del matrimonio en fecha de 30 de junio de 2011, de la cantidad 14.687,15 euros, por transferencia de Santander Seguros.

iii) Minuta 24/11, de 1 de diciembre de 2.011 por viaje a Valladolid, por importe de 621,80 euros

iv) Minutas 16/12, 47/12, 52/12 y 7/13, por importe de 300 euros más IVA, cada una de ellas, que obedecen a la serie trimestral del año 2012, periódicamente abonadas al despacho desde 2011, en un inicio por medio de transferencia, consideradas justificadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con el fundamento jurídico primero de esta resolución, se entiende acreditado gastos del matrimonio atendidos en efectivo por el acusado por importe de 23.283,77€ y minutas dadas por cobradas que no lo fueron pro transferencia desde la cuenta bancaria por importe de 8.772,20 euros; lo que no altera la calificación delictiva, pero conlleva la minoración de la responsabilidad civil en esos importes.

FALLO



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

1º) Concretar el importe de la declaración de responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados en 148.850,17€ (en lugar de los 180.906,74€, declarados en instancia).

2º) Mantener íntegramente el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ