

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 23 May. 2003, rec. 396/2002

Ponente: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel.
Nº de Sentencia: 760/2003
Nº de Recurso: 396/2002
Jurisdicción: PENAL

APROPIACIÓN INDEBIDA. Cometida por el jefe de contabilidad de una empresa por medio de dos cheques librados contra la cuenta de la mercantil. DELITO CONTINUADO. Teorías: concepción natural de la vida, características del tipo penal en juego y unidad natural de acción. Existencia de dos acciones de apropiación diferentes: apreciación de la continuidad delictiva. FALSIFICACIÓN. Confección de un documento con la simulación de la firma de otro empleado para encubrir el traspaso patrimonial. Conducta desarrollada para dificultar el ejercicio de las acciones procedentes que debe valorarse como un perjuicio independiente de la apropiación. Condena. PENALIDAD. Determinación de la pena aplicable a los delitos patrimoniales continuados cuando concurre la agravante de especial gravedad: interpretación de las reglas contenidas en el artículo 74 del Código Penal, problemática, líneas jurisprudenciales. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración de la prueba por el Tribunal de instancia. Facultades judiciales en el trámite casacional. Suficiencia de la prueba de cargo. ERROR FACTI. Requisitos de apreciación.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a 23 May. 2003

En el recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL y las representaciones de LOWET LINTAS & PARTNERS, S.A., (Acusación Particular) y José Pablo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Octava), con fecha 26 Nov. 2001, en causa seguida contra José Pablo por Delito continuado de apropiación indebida y un delito de falsificación de documento privado, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Exmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente el MINISTERIO FISCAL, la acusación particular LOWET LINTAS & PARTNERS, S.A., representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y el acusado José Pablo representado por la Procuradora D.^a Angustias del Barrio León.

I. ANTECEDENTES

Primero. El Juzgado de Instrucción número dieciocho de los de Barcelona, incoó Diligencias Previas con el número 1294/00 contra José Pablo, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma ciudad (Sección Octava, rollo 28/01) que, con fecha 26 Nov. 2001, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«Se declara probado que el acusado José Pablo, mayor de edad y sin antecedentes penales, desempeñó el cargo de Jefe de Contabilidad desde el mes de junio de 1.983 hasta el mes de marzo del año 2000 en la Sociedad Ammiratis PurisLintas S.A. A finales del año 1999 la referida sociedad, se integró por un proceso de fusión en la llamada Lowe and Partners, perteneciente al mismo grupo financiero Interpublic, pasando a denominarse la nueva red de agencias de publicidad Lowe Lintas & Partners Worldwide. Como consecuencia de la tal fusión mercantil se llevó a cabo una reestructuración laboral que obligó a reducir la

plantilla del personal, por lo que en la delegación que la mencionada empresa tenía en Barcelona, en la Avenida Diagonal, primera planta, se rescindió el contrato a seis de los trece empleados, siendo uno de ellos el acusado, pactándose a favor del mismo el abono de la cantidad de 11.844.964 ptas. a razón de 45 días de salario por año trabajado-- en concepto de indemnización por despido, la cual se hizo efectiva el día 20 Mar. 2000 ante la Sección de conciliaciones individuales del Departamento de Trabajo de la Generalitat de Cataluña a través de un cheque nominativo núm. A contra Bankinter. El acusado, conocedor de la situación por la que atravesaba la empresa y por la suya personal guiado del propósito unitario de obtener un beneficio económico ilícito y, aprovechando la disponibilidad económica que tenía sobre las cuentas corrientes de la sociedad en las que tenía firma autorizada, expidió dos cheques a su favor como contable de la sociedad, uno con número 5.847.861 de fecha 23 Feb. 2000 por importe de 15.200.000 ptas., y otro, con número 5.847.862, de fecha 1 Mar. 2000 por importe de 22.800.000 ptas., talones que fueron cargados en la cuenta corriente de la entidad de Argentaria que figuraba a nombre de Ammiratti Puris Lintas S.A. Para el efectivo pago de los cheques por el Banco se requería, además de la firma del acusado, la de José Daniel, DIRECCION 000 de Ammiratti Puris Lintas en Barcelona. Para ello, el acusado se sirvió para su ilícito fin de los ya señalados cheques que José Daniel, ajeno a los propósitos del acusado, había entregado previamente a aquél, firmados en blanco, en lo que constituía una práctica común en la delegación de Lintas en Barcelona. Era habitual que José Daniel, dejara firmado algún cheque en blanco, que entregaba al acusado en su condición de Jefe de Contabilidad, para que éste, en ausencia de José Daniel dispusiera de los mismos para poder hacer frente a pagos imprevistos y en épocas de vacaciones. En tales casos el acusado expedía el cheque y añadía a la firma de José Daniel la suya propia también necesaria. Dichos talones fueron ingresados a través de compensación bancaria en la cuenta corriente núm. NUM 000 en la que el acusado era titular de la oficina de La Caixa de Cataluña, entidad de la Calle Travessera de las Cortes de Barcelona, si bien en fecha 6 Abr. 2000, unos días antes de interponerse la denuncia que motivó la incoación del presente procedimiento, procedió a efectuar un reintegro por treinta y ocho millones de pesetas, engrosando de la forma relatada su patrimonio personal, no habiendo restituido cantidad alguna e ignorándose cual ha sido el destino de la mentada cantidad. Asimismo, el acusado con afán de aparentar que el cobro de la referida cantidad de dinero respondía a una operación comercial lícita de la empresa para la que desempeñó sus funciones, confeccionó un documento con fecha 23 Feb. 2000 en el cual se hacía constar que Ammiratti Puris Lintas, S.A., había convenido con el mismo el pago de los 38 millones de pesetas en concepto de pacto de no concurrencia, en virtud del cual se obligaba como contrapartida, a no competir ni concurrir en modo alguno en actividad similar a la desarrollada por la empresa durante el período de dos años imitando a tal efecto la firma de José Daniel, a quien le hacía figurar que actuaba en representación de los intereses de la Compañía, documento que fue aportado a las presentes diligencias junto a un comprobante de Bancos donde se expresaba la tan mentada cantidad apareciendo también la firma de ambos en el momento en que fue citado el acusado a declarar en dependencias judiciales». (sic)

Segundo. La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

«FALLAMOS. Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado José Pablo como autor responsable de un delito continuado de Apropiación Indevida y un delito de Falsificación de documento privado precedentemente definidos sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal a la pena de DIECIOCHO MESES DE PRISION y MULTA DE DOCE MESES con una cuota diaria de MIL PESETAS, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal por el delito continuado de Apropiación Indevida y SEIS MESES DE PRISION por el delito de Falsedad, a las accesorias de Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales incluidas las de la Acusación Particular. Por la vía de responsabilidad civil abonará a la sociedad LOWELINTAS & PARTNERS, S.A., la cantidad de TREINTA Y OCHO MILLONES DE PESETAS, más los intereses legales hasta sentencia. Procédase sobre la solvencia de dicho acusado a fin de que remitan el auto a este fin dictó el Juzgado Instructor en el ramo correspondiente». (sic)

Tercero. Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Precepto Constitucional y de

Ley, por el MINISTERIO FISCAL y las representaciones de LOWET LINTAS & PARTNERS, S.A., (Acusación Particular) y José Pablo, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto. El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION:

Unico. Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denunciándose la incorrecta aplicación de las penas previstas en los artículos 252 en relación con el 250.4ª y 6ª y con el 74.2 del Código Penal.

Quinto. El recurso interpuesto por la representación de LOWET LINTAS & PARTNERS, S.A., (Acusación Particular) se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION:

Unico. Por infracción de Ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sexto. El recurso interpuesto por la representación de José Pablo se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

1. Por infracción de precepto Constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, en cuanto en él se recoge el derecho fundamental a la presunción de inocencia.
2. Por infracción de Ley, al amparo del número uno del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 252 y 250.4º y 6º del Código Penal.
3. Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del número dos del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Séptimo. Instruidas las partes recurrentes entre sí; quedaron conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo. Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 16 May. 2003.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia de instancia condenó al acusado como autor de un delito continuado de apropiación indebida y un delito de falsificación de documento privado a la pena de dieciocho meses de prisión y multa de doce meses, con cuota diaria de 1.000 ptas. por el delito continuado de apropiación indebida y seis meses de prisión por el delito de falsedad. Contra la sentencia se alzan el acusado, que formaliza tres motivos; y el Ministerio Fiscal y la acusación particular, que formalizan un solo motivo de idéntico contenido.

Examinaremos en primer lugar el recurso del acusado.

Recurso de José Pablo En el primer motivo del recurso alega la vulneración de la presunción de inocencia. Considera erróneo que la Audiencia no haya dado credibilidad a su versión en cuanto afirma que los dos cheques que ha cobrado, lo cual no niega, obedecían a un pacto de silencio encubierto bajo la apariencia de un acuerdo de no concurrencia.

Lo que en definitiva está planteando el recurrente no es exactamente la ausencia de actividad probatoria, el vacío probatorio al que se refieren algunas sentencias, sino si debió darse más credibilidad a su versión o a la de los testigos en relación a la justificación del cobro de los dos cheques por importe de 38.000.000 ptas., lo cual constituye un problema de valoración de una prueba personal que corresponde al Tribunal de instancia, que presencié directamente su práctica, sin que pueda ser sustituido por esta Sala, que no dispone de la intermediación que tuvo aquél.

Es evidente que, como ha reiterado en numerosas ocasiones la jurisprudencia de esta Sala, debemos partir de la inocencia del acusado hasta que la acusación demuestre su culpabilidad. También hemos dicho que el control sobre la valoración de la prueba se reduce a comprobar su estructura racional, sin alcanzar a una nueva valoración de pruebas personales no presenciadas, o del conjunto de la prueba cuando parte de ella esté constituida por tal clase de pruebas.

Efectivamente, el derecho a la presunción de inocencia, aparece consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución, e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley. Así se establece también en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ante la alegación de su vulneración nos corresponde comprobar que ha existido prueba de cargo; que tal prueba ha sido válidamente obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a las normas que la disciplinan, y que en su valoración el Tribunal de instancia ha respetado las reglas de la lógica, las enseñanzas de la experiencia y los conocimientos científicos cuando haya acudido a ellos. No es procedente, por el contrario, valorar nuevamente las pruebas que dependen de la percepción directa, pues este Tribunal carece de la intermediación de la que ha dispuesto la Audiencia Provincial que ha presenciado directamente la prueba.

La cuestión central que se plantea en el caso actual es si el documento en el que se acuerda entregar al acusado los dos cheques de la empresa por importe de 15.200.000 ptas. y 22.800.000 ptas. es auténtico o ha sido falsificado, pues la segunda conclusión constituye a su vez la prueba de la apropiación indebida. Para resolver esta disyuntiva el Tribunal de instancia ha oído la declaración del acusado y la de los responsables de la empresa, entre ellos, la de la persona concreta cuya firma aparece en el documento. Esta persona manifiesta que dejaba cheques firmados en blanco en poder del acusado para agilizar el funcionamiento de la empresa, llevado por la confianza en su forma de actuar, pero niega haber firmado dicho documento, y junto con otro de los responsables de la empresa, afirman la imposibilidad de que tal clase de acuerdo fuera suscrito por esas personas y en las oficinas en las que, según el acusado, tuvo lugar, pues las normas de funcionamiento y la propia organización de la empresa radicaban esa clase de responsabilidades en otras personas y en otros departamentos diferentes. Y así ocurrió en lo que se refiere a las cifras correspondientes a las indemnizaciones concedidas al acusado y a otros trabajadores como consecuencia de su despido a causa de la reestructuración de la empresa, que no fueron establecidas por los responsables de las oficinas en las que el acusado prestaba sus servicios, a uno de los cuales atribuye la autoría del acuerdo documentado.

Estas afirmaciones no se han visto desvirtuadas por prueba pericial sobre la autenticidad de la firma que aparece en el documento, pues resultó imposible su práctica a causa de su extremada simpleza, que la sitúa al alcance de cualquiera, a juicio de los peritos designados.

Ha existido, por lo tanto, prueba de cargo y el motivo se desestima.

SEGUNDO. En el segundo motivo de casación, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de los artículos 252 y 250.4º y 6º del Código Penal. En el desarrollo del motivo precisa que entiende que no concurren todos los requisitos de la apropiación indebida, los cuales enumera, pues existe prueba concluyente de que no se dan la concurrencia de dichos elementos, e insiste en su versión de los hechos, que no fue aceptada por el Tribunal. Posteriormente incorpora otras cuestiones, que deberían haber dado lugar a motivos diferentes. En primer lugar, sostiene que el delito enjuiciado no aparece cometido bajo la modalidad de delito continuado, pues la tipificación agravada del artículo 250.6º en consideración al valor de lo defraudado, debe de estimarse de aplicación prevalente. Y recuerda los requisitos del delito continuado en cuanto supone la comisión de múltiples actos. En segundo lugar sostiene que el delito de falsedad en documento privado ha debido de considerarse absorbido por la apropiación indebida y no sancionarse independientemente.

La primera de las cuestiones suscitadas en este motivo constituye en realidad una reiteración del contenido del primero, pues lejos de cuestionar argumentadamente la corrección de la subsunción realizada por el Tribunal, que es lo que cabría esperar dada la vía casacional elegida, insiste el recurrente en su versión de los hechos, conforme a la cual no habría existido apropiación indebida sino una entrega de dinero como compensación a un acuerdo de silencio encubierto bajo la apariencia de un pacto de no concurrencia. Esta alegación, desde esa perspectiva, ya ha sido analizada en el Fundamento Jurídico anterior con los resultados que constan en el mismo, desfavorables a la tesis sostenida en el recurso. Por otro lado, tal planteamiento es impropio de un

motivo por corriente infracción de ley que impone el respeto al relato fáctico, y no puede ser asumido. En este aspecto el motivo debe desestimarse.

La segunda cuestión se relaciona con la existencia de un delito continuado. La argumentación inicial del recurrente, en cuanto sostiene que la aplicación del artículo 250.6º es prevalente respecto del artículo 74, no puede ser aceptada, pues se trata de disposiciones independientes cuya aplicación se produce en virtud de la concurrencia de elementos fácticos diferentes. La agravación citada atiende al valor de la defraudación, con independencia de que la conducta se haya desarrollado en uno o varios actos, mientras que el delito continuado supone la comisión de varias acciones u omisiones, con independencia de que la cuantía total alcance los límites que justificarían la aplicación de aquella agravación. Dicho de otra forma, el delito continuado es una sola infracción integrada por varias acciones u omisiones, a la cual se aplicará o no la agravación prevista en el artículo 250.6º en función de la cuantía que alcance la defraudación. A su vez, la agravación es aplicable a cualquier hecho en el que concurren los requisitos, sea o no un delito continuado.

Sin embargo, aunque solo de forma indirecta, el recurrente suscita una cuestión de mayor interés en función del caso concreto, al referirse a la necesidad de que el delito continuado esté constituido por una pluralidad de acciones.

Se plantea si estamos ante varias acciones o ante una sola. Un sector doctrinal acude a la concepción natural de la vida para afirmar que estaremos ante una sola acción cuando se produzcan una serie de acontecimientos de significado unitario según el punto de vista social, siendo trascendente a estos efectos que estén engarzados por un único propósito y presenten una conexión espacio-temporal. Se apreciarán varias acciones cuando el propósito se manifieste en momentos temporales separados.

Para otro sector, debe acudir a las características del tipo penal en juego, siguiendo así un criterio jurídico para apreciar la unidad. La descripción típica es el marco que define el hecho o la acción, que, por tanto, queda configurada en atención a su relevancia para el derecho. En estos casos, la ley prevé la existencia de varios actos que son necesarios para integrar el tipo penal (STS núm. 1478/2000, de 30 Sep.).

También se considera que existe unidad de hecho o de acción en sentido amplio cuando en un breve período de tiempo, de forma sucesiva, se reitera la misma acción típica guiada por un propósito único. Se habla en estos casos de unidad natural de acción. Señala la STS núm. 1937/2001, de 26 Oct., y la STS núm. 867/2002, de 29 Jul., con cita de la STS núm. 670/2001, de 19 Abr., que el concepto de unidad natural de acción concurre cuando los mismos movimientos corporales típicos se reiteran en un mismo espacio y de manera temporalmente próxima (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de lesiones y varias penetraciones seguidas un único delito de violación) de manera que para un observador imparcial el hecho puede ser considerado como una misma acción natural, careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos (sentencias de 15 Feb. 1997, 7 May., 19 Jun. y 14 Jul. 1999, y 4 Abr., 2 y 18 Jul. 2000). Este criterio se ha aplicado ocasionalmente al delito de falsedad (STS núm. 705/1999, de 7 May.), respecto del cual, como han señalado las SsTS núm. 1937/2001 y la núm. 670/2001, de 19 Abr., antes citadas, cabría estimar que constituye unidad natural de acción inscribir dos firmas falsas en un mismo documento o suponer en un mismo acto la intervención de varias personas que no la han tenido, o incluso suscribir falsamente más de un documento en el curso de una única operación realizada simultáneamente o de modo inmediato. Como decía la STS núm. 1855/2000, de 4 Dic., «no se trata de que un solo hecho constituya dos o más delitos, sino de que nos encontremos ante una unidad de acción delictiva de tracto casi sucesivo que se concreta en una sola lesión al bien jurídico protegido, en función de la finalidad perseguida por el autor».

Para apreciar el delito continuado, es necesario sin embargo que en el relato fáctico quede establecido con claridad que existió una separación temporal o espacio-temporal entre las distintas acciones consideradas, que permita afirmar la independencia ontológica de unas respecto de las otras, las cuales son también producto de distintos impulsos o actitudes psicológicas o motivacionales. Todas ellas, aisladamente consideradas reúnen los requisitos del tipo. Estaríamos, en principio, ante varios delitos, es decir, varias acciones constitutivas de delito, que por aplicación del derecho, del artículo 74 del Código Penal,

vendrían a integrar un solo delito de carácter continuado, pues aquellos distintos impulsos formarían parte de un plan preconcebido o supondrían el aprovechamiento de idéntica ocasión.

Si esa separación entre unas y otras acciones no es posible, estaremos ante un supuesto de unidad de acción, que dará lugar a un solo delito.

En el caso actual, se dice en el hecho probado que el acusado expidió dos cheques a su favor, uno de fecha 23 Feb. y otro de fecha 1 Mar., ambos del año 2000, que fueron cargados en la cuenta corriente de la empresa. Asimismo, se declara probado que dichos cheques fueron ingresados a través de compensación bancaria en una cuenta de la que el acusado era titular. En principio, por lo tanto, se trata de dos acciones de apropiación diferentes, que tienen lugar en el momento en que cada cheque, de fechas diferentes, es cargado en la cuenta de la empresa e ingresado en la del acusado, pues es en ese momento cuando se produce el desplazamiento patrimonial. Esta interpretación de los hechos, que permite su calificación como delito continuado y no como un solo delito, es la aceptada por el Tribunal, que en la fundamentación jurídica señala que las apropiaciones se realizaron «mediante dos cheques, uno de fecha 23 Feb. 2000, por importe de 15.200.000 ptas. y otro de fecha 1 Mar. 2000, por importe de 22.800.000 ptas». El examen de la causa al amparo del artículo 899 de la LECrim, para comprobar si existen datos contrarios a tal apreciación del Tribunal que pudieran beneficiar al recurrente, no arroja resultados favorables a su tesis, pues la Sala ha podido comprobar que cada uno de los cheques fue presentado en el banco, cargado en la cuenta de la empresa y abonado en la del acusado, en su fecha, como implícitamente se ha aceptado en la sentencia.

También en este aspecto el motivo debe ser desestimado.

La tercera cuestión que se plantea es la relativa a la falsificación de documento privado, que el recurrente entiende que debe quedar absorbida por la apropiación indebida.

Decíamos en la STS núm. 1298/2002, de 4 Jul., que «Constituye una tendencia jurisprudencial invariablemente sostenida por esta Sala, que la falsedad en documento privado, que actúa como falacia o superchería para inducir a engaño al estafado, se halla inserta y consumida en tal delito, ya que el engaño es la misma falsedad y el perjuicio de tercero (tendencia finalística incluida en la descripción típica del art. 395: "para perjudicar a otro"), también lo incorpora el art. 248, como elemento configurador del tipo». Otra cosa sucede en los casos en los que el documento se falsifica cuando ya se ha producido el desplazamiento patrimonial, y está dirigido, por lo tanto, para producir en el tercero un perjuicio distinto.

Cuando el delito patrimonial es un delito de apropiación indebida, la falsificación del documento privado tiene otra finalidad distinta de provocar el error que da lugar al desplazamiento patrimonial, pues éste, por la propia naturaleza del delito, se ha producido sobre la base de la confianza, dando lugar inicialmente a una tenencia legítima, que se transforma en ilegítima por la acción del autor apropiándose o distrayendo lo recibido.

En estos casos es preciso comprobar si puede apreciarse que la falsificación está orientada a la producción de un perjuicio diferente de aquél de carácter patrimonial. En la mayoría de los casos, el perjuicio a que se refiere el artículo 395 será de naturaleza patrimonial, pero no puede excluirse un perjuicio de otra clase. Así lo ha entendido esta Sala en la STS núm. 2015/2001, de 29 Oct., que cita en el mismo sentido la STS núm. 1227/1998, de 17 Dic. También se recoge así en la STS núm. 343/1998, de 12 Mar., que cita la de 23 Mar. 1990 en la que se dice que «el perjuicio puede consistir en la lesión de cualquier bien, incluidos los de índole no económica y especialmente los morales».

En el caso actual, la confección de un documento que da cobertura a la apropiación, no está dirigida a actuar como medio para que la apropiación tenga lugar, pues ya se ha producido, sino que se orienta a facilitar al autor la posibilidad de ofrecer una resistencia documentada, apoyada en documentos, para el caso de que se tenga lugar una reclamación de la empresa perjudicada. No se trata, pues, propiamente del perjuicio patrimonial, que ya se ha consumado, sino de dificultar el ejercicio de las acciones que pudieran ser procedentes, lo cual no puede dejar de valorarse como un perjuicio. En estas condiciones, la

falsedad en documento privado resulta independiente de la apropiación indebida y no puede quedar absorbida por ésta.

El motivo, en sus distintos aspectos, se desestima.

TERCERO. En el tercer motivo del recurso, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim denuncia la existencia de error en la apreciación de la prueba. Sostiene que de los particulares de los documentos enumerados en el escrito de preparación del recurso se deduce que no debió tenerse por probado que el Sr. José Daniel dejaba cheques firmados en blanco y la no existencia del pacto de no concurrencia. El Jefe de contabilidad declara que no faltaba ningún cheque correlativo en el análisis de la contabilidad de la empresa, a pesar de que ambos cheques son expedidos en el mismo día. Asimismo carece de importancia que el Sr. Eloy ignorase que existía un pacto especial con el acusado.

En el escrito de preparación del recurso designó como documentos que evidenciaban el error del Tribunal una declaración de un testigo; la comparecencia de los peritos manifestando la imposibilidad de practicar prueba pericial desde el punto de vista técnico a causa de las características de la firma que se debía analizar; un documento en el que constan las previsiones de indemnizaciones, y el acta del juicio oral.

Los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 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; y 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 (Sentencias de 24 Ene. 1991; 22 Sep. 1992; 13 May. y 21 Nov. 1996; 11 Nov. 1997; 27 Abr. y 19 Jun. 1998; STS núm. 496/1999, de 5 Abr., entre otras).

La aplicación de esta doctrina conduce directamente a la desestimación del motivo. Las declaraciones no tienen el carácter de documento, pues se trata de pruebas personales documentadas. Tampoco la manifestación de los peritos acerca de la imposibilidad de practicar prueba pericial. Ni tampoco el acta del juicio oral en cuanto a la veracidad de lo declarado en dicho acto.

En cuanto al documento sobre previsión de indemnizaciones, en nada se contradice con los hechos que la Audiencia ha declarado probados, y aunque contiene un a mención de la indemnización que correspondería al acusado en ningún caso es cercana en su cuantía a los 38.000.000 ptas. que constan en los dos cheques cuyo importe ingresó en su patrimonio.

El motivo se desestima.

Recurso del Ministerio Fiscal En el único motivo de su recurso, el Ministerio Fiscal, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la incorrecta aplicación de las penas previstas en los artículos 252 en relación con el artículo 250.3 y 6 y con el artículo 74.2 del Código Penal, pues entiende que la pena procedente al delito continuado de apropiación indebida cuando ha concurrido abuso de firma ajena y la especial gravedad de las defraudaciones es la de la defraudación de mayor gravedad en su mitad superior. De ahí que, en este caso, la pena debe estar comprendida entre tres años y seis meses y seis años de prisión y la multa correspondiente.

Lo que plantea el Ministerio Fiscal es, en definitiva, cómo ha de entenderse lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal en orden a la determinación de la pena en los delitos continuados cuando se trata de delitos patrimoniales.

En este precepto se contienen dos reglas distintas para la determinación de la pena. En primer lugar, se dice en el apartado

primero que la pena será la correspondiente a la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior. Podría decirse que esta previsión supone un examen de las diferentes infracciones y de su penalidad con carácter previo a su integración en un solo delito continuado, con la finalidad de determinar la pena procedente. Se llega así a una penalidad superior a la que podría corresponder a la infracción más grave aisladamente considerada, pues es de tener en cuenta que al reproche que ésta merece se añade en el delito continuado el correspondiente a las demás infracciones integradas en él. En este sentido, numerosas sentencias de esta Sala han señalado que el delito continuado merece un mayor reproche que cada una de las distintas infracciones que lo integran aisladamente consideradas (Cfr. STS núm. 136/2002, de 6 Feb.).

La segunda regla se refiere específicamente a los delitos patrimoniales y establece que, en éstos, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado. La expresión empleada no es del todo afortunada, pues lo trascendente no es, en realidad, solamente el perjuicio, que puede venir integrado por distintos elementos, sino también el importe de lo hurtado o robado o de la defraudación o apropiación, de modo que deberá entenderse en este sentido (Cfr. artículos 235.3 y 250.6 CP). En esta clase de delitos se establece también que el Juez impondrá la pena superior en uno (obligatorio) o en dos grados (facultativo) en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. Se construye así un bloque legal especialmente dedicado a los delitos continuados de carácter patrimonial, en el que se establece el sistema para determinar la pena básica y los supuestos de agravación.

La primera previsión de este segundo apartado, que es la que ahora nos interesa en función del caso concreto que examinamos, supone, de alguna forma, la agrupación de las distintas acciones u omisiones con la finalidad de determinar la pena aplicable. No se atiende, por lo tanto, a las penas señaladas a cada una de ellas aisladamente considerada. Y tiene una justificación evidente. En los delitos patrimoniales, la cuantía de lo hurtado, robado, defraudado o apropiado es un elemento acumulable entre las distintas infracciones y puede tener trascendencia para la determinación del tipo y, con él, de la pena aplicable. Véanse en este sentido los artículos 234, 235, 241.1, 249, 250, 252 y 623 del Código Penal. Es por ello que si el delito continuado viene a ser una realidad jurídica integrada por conductas que por sí mismas constituirían varias infracciones, y que en virtud de la construcción legal constituyen una sola, es natural que para graduar su gravedad y con ella la entidad del reproche penal representado por la entidad de la sanción, se tenga en cuenta el total perjuicio causado, en terminología del Código Penal, para acudir a una u otra de las penalidades contenidas en las distintas figuras reguladas en él. Así, será posible considerar la existencia de un delito continuado cuando cada una de las infracciones aisladamente consideradas serían solamente constitutivas de falta y el total supere los límites legalmente establecidos; y será también posible calificar los hechos como una conducta de especial gravedad en atención a la cuantía total aun cuando tal calificación no fuera procedente respecto de cada una de las distintas infracciones, si fueran únicas. Ello sin perjuicio naturalmente de lo dispuesto en el artículo 66 del Código Penal para la individualización final de la pena.

La aplicación conjunta de los números uno y dos del artículo 74, supondría que en todo caso se ha de tener en cuenta el perjuicio total causado para determinar el precepto penal aplicable, y que, después, la pena en cada caso resultante debe imponerse en su mitad superior, lo cual conduce a resultados desproporcionados. Así, un delito continuado de apropiación indebida o estafa por un importe que no alcance la agravación de especial gravedad, sería siempre castigado con una pena comprendida entre dos años y tres meses a cuatro años, mientras que ese mismo delito cometido a través de una sola acción podría ser sancionado con una pena cuyo mínimo se situaría en seis meses. Pequeñas apropiaciones o estafas continuadas serían sancionadas con pena superior a la que podría corresponder al mismo importe o a una sustracción mucho mayor realizadas en un solo acto, aun cuando fuera merecedora de la agravación del artículo 250. En estos casos no existe infracción del principio non bis in idem, aunque sí puede verse afectado el principio de proporcionalidad.

La segunda regla, contenida en el apartado segundo del artículo 74, distinto e independiente del anterior, debe excluir a la primera, no solo para evitar esos efectos, sino principalmente por su especialidad, de modo que en los delitos patrimoniales no

es preceptivo imponer la pena en su mitad superior, una vez que se ha tenido en cuenta el perjuicio total causado para determinar cuál es el precepto aplicable y la pena procedente. Una línea jurisprudencial, que puede considerarse mayoritaria, ha venido considerando, según decíamos en la STS núm. 1510/2002, de 24 Sep., «la norma del artículo 74.2 CP como específica de las infracciones contra el patrimonio y que por ello desplaza la genérica del artículo 74.1, de tal modo que no es obligado imponer la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior cuando se trate de infracciones continuadas contra el patrimonio (SSTS 443/1999, de 17 Mar., 1247/1999, de 28 Jul., 1092/2000, de 19 Jun., 295/2001, de 2 Mar., 1085/2001, de 7 Jun., 2185/2001, de 21 Nov. 2001 ó 1271/2002, de 8 Jul.)». De la misma forma, otras muchas, entre ellas, además de las citadas en la anterior Sentencia, la STS núm. 2106/2002, de 12 Dic.; STS núm. 2028/2002, de 2 Dic.; STS núm. 1753/2002, de 22 Oct.; STS núm. 1297/2002, de 11 Jul.; STS núm. 807/2002, de 7 May.; STS núm. 746/2002, de 19 Abr.; STS núm. 368/2001, de 5 Mar.; STS núm. 1092/2000, de 19 Jun.; STS núm. 1424/2000, de 22 Sep. y STS núm. 1247/1999, de 28 Jul.

En este sentido se ha dicho que no es posible aplicar la agravación del apartado primero del artículo 74 cuando se trata de distintas faltas que, al ser consideradas en su conjunto (el perjuicio total causado), vienen a ser constitutivas de un solo delito continuado. Tampoco será posible hacerlo cuando infracciones que aisladamente consideradas no merecerían la agravación en atención a la especial gravedad (artículos 235.3 y 250.6) vienen a revestir ese carácter cuando se tiene en cuenta la cantidad total objeto del delito. En estos casos, se ha afirmado que la aplicación de la segunda agravación vendría a suponer una infracción, de un lado, del principio non bis in idem, al valorar en dos ocasiones el mismo dato con efectos agravatorios distintos, y de otro lado, como ya se dijo más arriba, del principio de proporcionalidad, pues en esos casos sería posible que una infracción de mayor gravedad en atención a la cuantía fuera castigada con pena inferior a la que correspondería a un delito continuado integrado por la suma de unas infracciones aisladamente constitutivas de falta (cfr., por ejemplo, la STS núm. 1424/2000, de 22 Sep.).

La cuestión puede plantearse con otros matices en los casos en los que cada una de las infracciones, aisladamente considerada, sea acreedora de la agravación por la especial gravedad. En esta materia se han mantenido criterios parcialmente diferentes, pues partiendo de la existencia de dos reglas distintas para la determinación de la pena del delito continuado, en ocasiones se ha entendido que, si bien en principio no es posible aplicar la regla del apartado primero en los casos de delitos continuados de carácter patrimonial, sin embargo tal posibilidad surge de nuevo cuando cada una de las infracciones aisladamente consideradas ya merecían la calificación de especial gravedad en atención a la cuantía. Así, en la STS núm. 482/2000, de 21 Mar., se dice lo siguiente: «En los delitos continuados contra el patrimonio, la jurisprudencia de esta Sala, en virtud de los principios antes señalados, ha entendido que la naturaleza de las conductas, plurales pero unificadas, posibilita que el resultado producido sea tenido como un conjunto de las distintas acciones, lo que permite bien la consideración de delitos lo que eran resultados típicos de falta, bien la consideración de especial gravedad (arts. 529.7 CP/1973 y 250.6 CP/1995) lo que hasta entonces, y teniendo en cuenta el resultado individualizado, no lo era. Esta previsión sobre la consideración conjunta del resultado permite satisfacer el mayor reproche derivado de la naturaleza continuada de las conductas (SSTS 23 Dic. 1998 y 17 Mar. 1999). En este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala II, de fecha 27 Mar. 1998, declaró que "en el caso de varios hurtos la calificación como delito o falta deberá hacerse por el total sustraído si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas". Consecuentemente, la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado. A lo anteriormente señalado se excepciona aquellos supuestos en los que las distintas conductas constitutivas de un delito continuado patrimonial individualmente analizadas son, por sí mismas, causantes de un perjuicio que permite aplicar el reproche previsto en la norma por su consideración agravada por su especial gravedad. Concretamente, en el delito de estafa si cada una de las conductas, aisladamente consideradas, determina un resultado de especial gravedad, el "plus" que supone su reiteración, aprovechando idénticas circunstancias o en ejecución de un plan preconcebido, merece la aplicación de la regla específica prevista en los párrafos primero de los arts. 69 bis o 74.1 de los

Códigos Penales pues la norma específica que estos artículos contemplan, la consideración del perjuicio total causado, no satisface en su integridad el contenido del injusto marcado en los presupuestos del delito continuado». En el mismo sentido la STS núm. 1284/2002, de 8 Jul.; 136/2002, de 6 Feb.; 1411/2000, de 15 Sep., y otras.

Otra línea jurisprudencial, como ya hemos visto, no distingue entre unos y otros supuestos. En estos casos, la individualización de la pena deberá hacerse conforme a las reglas del artículo 66 del Código Penal, es decir, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho, entre otras circunstancias valorables. Pero el Tribunal sentenciador puede recorrer toda la extensión de la pena legalmente marcada, sin estar constreñido por la exigencia imperativamente dispuesta en el epígrafe primero de fijar aquélla en su mitad superior (STS núm. 2028/2002, de 2 Dic.; STS núm. 1753/2002, de 22 Oct.; STS núm. 1510/2002, de 24 Sep., entre otras).

Por las razones antes expuestas, como complemento a las contenidas en las sentencias referidas, esta línea mayoritaria es la que se sigue en esta Sentencia, de forma que se entiende que, en los delitos patrimoniales de carácter continuado, la pena se determina conforme al apartado 2 del artículo 74, sin que sea de aplicación la norma del apartado 1. En el caso actual, el Tribunal ha valorado la cuantía total de lo apropiado para aplicar la agravación prevista en el artículo 250.6º del Código Penal, sin aplicar seguidamente el apartado primero del artículo 74 en cuanto obliga a imponer la pena en su mitad superior, por lo que ha actuado correctamente de acuerdo con la doctrina mayoritaria, lo que da lugar a la desestimación del motivo.

Es de tener en cuenta, sin embargo, que la valoración de la cuantía junto con la reiteración de la conducta, así como las demás circunstancias de los hechos, deben valorarse adecuadamente por el Tribunal de instancia en el momento de individualizar la pena en cada caso, con la finalidad de ajustar a cada conducta, considerada en su globalidad, el reproche que merece.

La facultad de individualizar la pena corresponde al Tribunal de instancia. Su revisión sólo es posible en trámite casacional en cuanto que no haya atendido correctamente a las reglas legales para la determinación de la pena, o bien, cuando dentro del grado correspondiente, haya acudido a criterios jurídicos extravagantes o notoriamente improcedentes, erróneos o arbitrarios, pues este Tribunal, dentro de su función revisora, debe corregir los errores o las arbitrariedades que resulten patentes (STS núm. STS núm. 458/1994, de 7 Mar.).

En este caso, la sentencia dictada por el Tribunal de instancia no contiene razonamiento alguno acerca de las razones existentes para imponer las penas en una determinada extensión. Incumple así la reiterada doctrina de esta Sala en cuanto a la necesidad de motivar la pena, aunque no podemos extraer consecuencias de ello, ya que el condenado no ha realizado alegación alguna en este aspecto. La decisión del Tribunal puede considerarse benévola en atención al importe total de la cantidad apropiada y a la existencia de otra agravación (artículo 250.3º), pero ha sido individualizada dentro de los márgenes que autoriza la ley, y no existen otros datos que permitan valorarla como arbitraria, lo que impide una modificación en sede casacional.

El motivo se desestima.

[Recurso de la acusación particular](#) El único motivo de su recurso es de contenido sustancialmente idéntico al del Ministerio Fiscal, por lo que debe ser desestimado por los mismos fundamentos que lo ha sido éste.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a los recursos de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL y las representaciones de LOWET LINTAS & PARTNERS, S.A., (Acusación Particular) y José Pablo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Octava), con fecha 26 Nov. 2001, en causa seguida contra José Pablo por Delito continuado de apropiación indebida y un delito de falsificación de documento privado.

Condenamos a LOWET LINTAS & PARTNERS, S.A., (Acusación Particular) y José Pablo al pago de las costas ocasionadas en sus

recursos, así como a la pérdida del depósito constituido por la acusación particular y su ingreso en el Tesoro Público.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, 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 Joaquín Giménez García Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Gregorio García Ancos

PUBLICACION.

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Exmo. Sr. D Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.