



Roj: **STS 1181/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1181**

Id Cendoj: **28079120012016100215**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2016**

Nº de Recurso: **1026/2015**

Nº de Resolución: **227/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3320/2015,**  
**STS 1181/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 23 de abril de 2015. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, Remedios, representada por la procuradora Sra. González Díez y como parte recurrida, la acusación particular Manufacturas y Transformaciones S.L. representada por el procurador Sr. Vázquez Guillén.

Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

### **I. ANTECEDENTES**

**1**.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Sabadell, instruyó diligencias Previas con el número 2132/2011, por presunto delito de estafa o de apropiación indebida, contra Remedios y, concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Vigésimo Segunda, dictó sentencia en fecha 23 de abril de 2015, en el rollo de Sala número 89/2014, con los siguientes hechos probados: *"Único.- Ha quedado probado y así de declara que el día 7 de mayo de 2009, Remedios, mayor de edad y sin antecedentes penales, junto con su marido Valeriano, ya fallecido, vendió mediante escritura pública, a la mercantil Manufacturas y Transformaciones S.L., dos fincas copropiedad del matrimonio, recibiendo como precio la cantidad de 242.000 euros, por cada una de ellas, sujetando tal operación de mutuo acuerdo al impuesto sobre el Valor Añadido (I.V.A.), recibiendo por tal concepto para el abono del referido impuesto la cantidad de 77.440 euros. Posteriormente, la mercantil compradora fue informada por la Agencia Tributaria, en fecha 27 de diciembre de 2010, que la reseñada operación de compraventa no podía estar sometida al régimen de impuesto sobre el valor añadido por lo que, la citada empresa compradora requirió, a través de acta de notificación notarial, el día 1 de marzo de 2011 y por burofax el día 27 de abril del mismo año, a la citada Remedios, para que procediera a la devolución de la cantidad antes citada de 77.440 euros, sin que hasta la fecha presente la citada acusada haya ingresado en la Agencia Tributaria tal cantidad, ni la haya devuelto a la mercantil Manufacturas y Transformaciones, S.L. ignorándose el destino del dinero recibido por la acusada en concepto de pago del IVA, que asciende a la cifra antes señalada de 77.440 euros"*.

**2**.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: *"Condenamos a Remedios, como autora de un delito de apropiación indebida, a la pena de dos años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de dicha condena y a la pena de nueve meses de multa, con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de dieciocho meses de privación de libertad en caso de impago de la referida multa"*.



Condenamos, como responsable civil directo, a Remedios a que indemnice a la mercantil Manufacturas y Transformaciones, S.L. en la cantidad de setenta y siete mil cuatrocientos cuarenta (77.440) euros, cantidad que devengará los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Condenamos a Remedios , al pago de las costas procesales causadas durante la tramitación del presente procedimiento, excluidas las de la acusación particular".

3 .- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Remedios , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación procesal de la recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de Ley. Segundo.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de Ley, al no aplicarse la ley más favorable, pues entiende esta parte que los hechos, de ser punibles serían subsumibles en el art. 254 del C.Penal . Tercero.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de Ley. Entendemos que dado el principio de "ultima ratio" del derecho penal, los hechos deberían haberse sustanciado por las normas del derecho privado, o en su caso, en el ámbito del derecho administrativo. Cuarto.- Al amparo del art. 842.2 de la LECrim . error en la apreciación de la prueba. Quinto.- Al amparo del art. 842.2 de la LECrim .: error en la apreciación de la prueba. Sexto.- Al amparo del art. 842.2 de la LECrim .: error en la apreciación de la prueba. Séptimo.- Al amparo del art. 851.3º de la LECrim ., no se han resuelto en sentencia todos los puntos que han sido objeto de la defensa. Octavo.- Al amparo del art. 852 de la LECrim . por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 24 CE , con relación a la tutela judicial efectiva y del art. 25 de la CE por lo que respecta a la vulneración del principio de legalidad penal en relación a la aplicación de la norma más favorable.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y la acusación particular, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 10 de marzo de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero . Al amparo del art. 849,1º Lecrim , bajo los ordinales primero, segundo y tercero del escrito del recurso, se ha denunciado infracción del art. 252 Cpenal , por entender que no se da el supuesto de hecho de este precepto; que en todo caso habría concurrido el del art. 254 Cpenal ; pero que, además, considerando que la reacción penal debe operar como *ultima ratio* , el asunto objeto de la causa tendría que haberse tratado procesalmente como cuestión civil.

En apoyo de esta triple afirmación se dice también que la recurrente no estaba obligada a la devolución del dinero percibido, porque la deuda del vendedor se habría contraído con la Agencia Tributaria y nunca con el comprador; también porque la liquidación del impuesto de la que se derivaría la inexistencia de la deuda tributaria sería solo provisional. Se argumenta asimismo que no es aplicable la agravación específica del art. 250,6ª Cpenal , al no haberse dado ningún abuso de relaciones personales. Y, en fin, se postula el carácter civil, en todo caso, del conflicto suscitado.

El Fiscal y la acusación particular se han manifestado contrarios a la estimación de los tres motivos.

Los hechos de referencia son bien simples: la ahora recurrente y su esposo (ya fallecido) vendieron dos fincas, recibiendo de la entidad compradora, aparte del precio pactado, el importe del IVA que entendieron gravaba la operación. Luego, a pesar de haber tenido conocimiento de que esta estaba exenta del pago de este impuesto, la vendedora no ha devuelto la cantidad correspondiente.

Es un tópico jurisprudencial plenamente consolidado (en múltiples sentencias de esta sala, como ya la de 25 de febrero de 1991 , importante por su claridad) que lo denotado como "apropiación indebida", ahora en el art. 252 Cpenal , son dos distintas formas de comportamiento antijurídico. Una primera, que se ajusta al tenor más literal del sintagma, es la que, de forma paradigmática, se produce cuando quien ha recibido una cosa mueble por un título que comporta la obligación de entregarla o devolverla, llegado el momento, no lo hace, por haber dispuesto de ella ilícitamente como dueño, por propia decisión. La otra, también en su versión más emblemática, tiene lugar cuando lo entregado, con determinado fin, es una cantidad de dinero que, bien fungible por excelencia, no se está obligado a conservar en su identidad física, sino a darle, como valor, el destino pactado; lo que finalmente no se produce, también por una decisión autónoma del receptor, que lo adscribe a otra finalidad. Siempre, en ambos casos, es obvio, con pérdida y en perjuicio de otro.



Pues bien, el supuesto a examen -sobre cuyas connotaciones antijurídicas la sala de instancia ha discurrido con rigor encomiable- es ciertamente arquetípico. En efecto, pues la vendedora recibió la cantidad de que se trata con la afectación que asimismo consta, que implicaba la atribución a esta de un destino exclusivo: la cancelación de la deuda tributaria. Por tanto, el cumplimiento de tal finalidad era la única causa de legitimación de esa tenencia. Y así, desaparecida aquella, la única alternativa posible era la devolución de ese importe a la vendedora.

En consecuencia, acreditada la ausencia de la obligación del pago del IVA y constando probada la retención ilegítima de la cantidad correspondiente, no puede ser más claro que se está ante un supuesto de distracción punible, del art. 252 Cpenal , correctamente aplicado por tanto.

También hay que considerar correcta la subsunción de la conducta enjuiciada en el subtipo agravado del art. 250,6ª Cpenal , en su redacción anterior a la reforma de la LO 5/2010, porque la elemental razón de que la cantidad distraída supera con mucho el umbral de los 36.000 euros en que jurisprudencia de esta sala -a la que igualmente se refiere la sentencia de instancia- cifraba la concurrencia de la especial gravedad por razón del importe de lo defraudado y del perjuicio; y el de los 50.000 euros en que se ha concretado en la reforma introducida por aquella ley.

El supuesto descrito en los hechos no tiene encaje en el art. 254 Cpenal , entonces vigente. En efecto, pues el supuesto allí contemplado es el de la concurrencia de un error en el que - *unilateralmente* - habría incurrido la persona que transmite a otra dinero o alguna cosa mueble, de modo que el que la recibe, sin actuación ilegítima por su parte en ese momento, convierte su actitud en penalmente antijurídica cuando se niega a devolver lo indebidamente recibido ( SSTS 1416/2004, de 2 de diciembre , 44/2007, de 29 de enero , 677/2008, de 4 de noviembre ). Pero ocurre que, en este caso, ni la entrega ni la recepción pueden considerarse *indebidas* , en cuanto fundadas en la creencia, compartida al contratar, de que la operación estaba sujeta a IVA.

En fin, la última objeción, en presencia de un supuesto de hecho claramente tratado en el Código Penal, está por completo fuera de lugar.

En consecuencia, los tres motivos alegados tienen que desestimarse.

*Segundo* . Bajo los ordinales cuarto, quinto y sexto del escrito, se ha alegado la existencia de error en la apreciación de la prueba derivado de documentos que acreditarían la equivocación del juzgador, no desvirtuado por otras pruebas. Como documentos se señala el del folio 18 de las actuaciones, del que se seguiría la voluntariedad del sometimiento del contrato al impuesto, y se insiste en la provisionalidad de la resolución administrativa de la que se derivaría inexistencia de la obligación de pago del IVA por la compraventa celebrada entre las partes en causa.

El Fiscal y la acusación particular se han opuesto a la estimación de estos motivos.

Como es sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849,2º Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde "documento" es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

Pues bien, es claro que el contenido del documento invocado no desvirtúa en absoluto el fundamento fáctico de la *ratio decidendi* de la sentencia, puesto que de él lo único que se sigue es que los contratantes, a partir de la convicción de que la operación estaba sujeta a IVA, pactaron lo que consta en los hechos. Tratándose de un acuerdo claramente condicionado a la existencia de esa obligación con el fisco. Por eso, en su ausencia, la simple constancia de aquel pacto no puede legitimar en absoluto la retención del dinero por la vendedora.

Por lo demás, ni siquiera de seguirse a la recurrente en su modo de argumentar en los dos últimos motivos que se examinan, podría dársele la razón. En efecto, pues la alegación relativa a la provisionalidad de la resolución administrativa no tiene encaje en el marco de precepto del art. 849,2º Cpenal . Y, además, porque, en último extremo, difícilmente podría hablarse de provisionalidad cuando aquella data de diciembre de 2010, y no consta que haya sido revocada.

En definitiva, tampoco estos motivos pueden ser acogidos.

*Tercero*. El reproche, bajo el ordinal séptimo, es de quebrantamiento de forma, de los del art. 851,3º Lecrim , porque, se dice, la sala no habría resuelto todos los puntos sometidos a su consideración. En concreto la consistente en la doble afirmación de que la reclamación debería haberse formulado por la querellante, en



primer lugar devolviendo la factura y solicitando la factura de rectificación; y de que el legitimado para reclamar o emitir la resolución al respecto sería la Agencia Tributaria, dada la provisionalidad de la liquidación del importe del impuesto.

El Fiscal y la acusación particular se han opuesto al motivo, en ambos casos con el argumento de que lo que la recurrente trata de presentar como pretensión lo que no es más que uno de los argumentos de apoyo de la hipótesis defensiva. Y están en lo cierto, pues sucede que lo realmente postulado por aquella era la legitimidad de la retención de la cantidad a que se estimó ascendía el importe del IVA, ya se ha dicho, y se explica bien en la sentencia, realmente inexistente, y por eso lo injustificado de su conducta, ciertamente punible.

Siendo así, el motivo, es claro, que la sala sí ha resuelto acerca de lo sometido a su consideración, y el motivo debe desestimarse.

*Cuarto* .- Lo objetado, al amparo del art. 852 Lecrim , es la vulneración del principio de legalidad, por la no aplicación de la norma más favorable. El argumento es que la querellante debería haber canalizado su reclamación por la vía administrativa, en lo que es una simple reiteración del motivo anterior.

Además, se dice que, no obstante la falta de alegación, la sala tendría que haberse pronunciado sobre la existencia de dilaciones indebidas. Sin más consideraciones.

La inconsistencia del planteamiento de esta segunda objeción desmiente la pretendida obviedad de la afirmación que la constituye, haciendo patente que el fundamento de este aspecto del motivo no debió ser tan obvio cuando la defensa no lo tuvo en consideración en su momento. Pero, además, ocurre que la pena impuesta lo ha sido en la mitad inferior de la prevista, con lo que, ni siquiera en la hipótesis de la apreciación de la existencia de dilaciones experimentaría ninguna variación.

El motivo es, pues, inatendible.

### III. FALLO

Se desestima el recurso interpuesto por la representación procesal de Remedios , contra la sentencia de fecha 23 de abril de 2015, dictada por la Sección Vigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona . Condenando a la recurrente al pago de las costas causadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez