

Roj: **STS 3806/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3806**Id Cendoj: **28079120012017100724**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/10/2017**Nº de Recurso: **559/2017**Nº de Resolución: **701/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 559/2017, interpuesto por **El Ministerio Fiscal** contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Alicante con fecha 22 de diciembre de 2016 . Ha intervenido como parte recurrida **Fincas Loarra, S.L.**, representado por la procuradora Dª Sonia Morante Mudarra, bajo la dirección letrada de D. Luis Guerra Ruiz, **D. Juan Alberto y Aliaga Promociones, S.L.**, representados por el procurador D. Armando García de la Calle, bajo la dirección letrada de D. Jose Antonio Doménech Barrancha, y **D. Dimas** , representado por la procuradora Dª Rocío Marsal Alonso, bajo la dirección letrada de D. Juan José Retuerta Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 7 de Alicante instruyó Procedimiento Abreviado nº 233/2014, contra D. Juan Alberto y D. Dimas , por un delito de apropiación indebida, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante que en la causa nº 23/2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«**ÚNICO.-** "Los acusados Juan Alberto Y Dimas , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, eran en Diciembre de 2006 administradores mancomunados de "Aliaga y Vidal Promocionales S.L.", la cual a su vez era propietaria de la vivienda correspondientes a la planta 3a, letra E, del edificio en promoción sito en la calle Dr. Santaolalla, número 19, esquina calle Cerdán Tato, de Alicante (finca registral 80.490 del Registro de la Propiedad nº 3 de Alicante).

Con fecha 20 de Diciembre de 2006 los acusados en su condición de administradores de la citada mercantil vendieron en virtud de documento privado de compraventa el referido inmueble a "Fincas Loarra SL", por el precio de 157.124'93 euros, más el 7% del IVA por importe de 10.998'74 euros, lo que hacía un total de 168.123'68 euros. De dicha cantidad 3000 euros se pagaron en efectivo el mismo día y el resto (165.123'68 euros) por medio de un pagaré con vencimiento en esa fecha. En el contrato se hacía constar que la vivienda estaría terminada y susceptible de ser habitada en Julio de 2007. Dicho inmueble estaba gravado con una hipoteca constituida por los acusados en fecha 16 de Marzo de 2006 a favor de la entidad "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid" en garantía de un préstamo por importe de 112.330 euros de principal.

El 28 de Agosto de 2009 se otorgó escritura pública de compraventa de la vivienda referida, acto al que compareció el acusado Juan Alberto en nombre y representación de la mercantil "Aliaga Vidal Promociones SL". En dicha escritura sí se hizo constar en el apartado de cargas sobre la finca, que estaba gravada con la hipoteca antes referida constituida a favor de la entidad "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid" en garantía de un préstamo por importe de 112.330 euros de principal. En la estipulación cuarta de dicho contrato la parte vendedora se obligaba a obtener la cancelación de la hipoteca antes del 31 de Diciembre de 2009.



El compromiso fue incumplido, resultando que la entidad "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid", ante el impago del préstamo hipotecario instó la ejecución hipotecaria y se adjudicó la titularidad de la vivienda en pública subasta.»

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

«PARTE DISPOSITIVA.- **LA SALA ACUERDA** : Que debernos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Juan Alberto Y Dimas del delito de Apropiación Indebida fundamento de la acusación. Se declaran de oficio las costas del procedimiento.»

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

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Único.- al amparo del art. 852 de la LECrim . por vulneración de los arts. 24.1 , 9.3 y 120.3 de la CE .

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 18 de octubre de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El Ministerio Fiscal formula un único motivo de su recurso. Reprocha a la sentencia que carece de un **razonamiento lógico sobre los hechos** que declara probados, lo que supone arbitrariedad y por tanto vulneración de la tutela judicial efectiva.

Según el motivo la razón de la absolución del acusado radica en un extremo: que no constaba en el documento privado de venta la obligación de destinar parte del precio recibido por el comprador al pago de la hipoteca.

Entiende el Ministerio Fiscal que es arbitrario por **ilógico, estimar que no existía esa obligación** por parte de los acusados vendedores.

Tanto más cuanto que, cuando se eleva a escritura pública, se recoge la obligación de vendedor de cancelar la hipoteca, que ya debería haber estado pagada.

2.- El derecho a la tutela judicial efectiva es aquí invocado por el Ministerio Fiscal, en el primero de los motivos de su recurso, desde la perspectiva de su específico contenido que garantiza el derecho a una resolución (razonablemente) motivada.

Por ello debemos comenzar por recordar la configuración de tal contenido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha sido reiteradamente acogida por este Tribunal Supremo. En primer lugar delimitándolo desde un punto de vista negativo. Es decir de lo que no garantiza ese derecho.

Como dijimos en nuestra STS 485/2016 de 7 de junio es constante la advertencia de que la exigencia de la motivación en Derecho de la resolución judicial no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales (SSTC 56/2013 ; 99/2015). Si bien el desacierto puede implicar, en su caso, que afecte a otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2 ; 82/2001, de 26 de marzo , FJ 2).

Desde una perspectiva positiva el derecho a la tutela, en su aspecto de derecho a una resolución motivada en derecho, decíamos en la misma sentencia, exige:

a) Que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, lo que implica que la argumentación no pueda ser tildada de manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente. 99/2015 de 25 de mayo.

b) Que no sea fruto de la arbitrariedad. Es decir que no sea fruto solamente de la voluntad de quien la dicta, porque la aplicación de la legalidad se reduzca a una pura apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3 ; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2 ; 87/2000, de 27 de marzo , FJ 6 ; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2 ; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6 ; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6 ; 213/2003, de 1 de diciembre , FJ 4). Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 101/2015 ; 215/2006, de 3 de julio).



c) Dada la funcionalidad de este derecho, la motivación ha de cumplir con la necesidad de permitir conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (STC 50/2014 de 7 de abril 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SSTC 101/2015 de 25 de mayo ; 119/2003, de 16 junio , 75/2005, de 4 abril y 60/2008, de 26 mayo).

3.- Desde la perspectiva de la actividad probatoria, el contenido de este derecho constitucional no implica que su invocación abra el camino, como si la casación, al igual que el amparo constitucional, fuera una nueva instancia, para proceder a un nuevo juicio sobre los hechos y a una nueva valoración de la prueba que sustituya la ya realizada por los órganos judiciales (SSTC 31/1981, de 28 de julio 55/1982, de 26 de julio , 164/1998, de 14 de julio , 174/1985, de 17 de diciembre , 136/1999, de 20 de julio y 40/2000, de 14 de febrero , así como AATC 30/1981, de 11 de marzo , 125/1982, de 24 de marzo , 294/1983, de 15 de junio , 436/1984, de 11 de julio , 484/1984, de 26 de julio , y 345/1991, de 15 de noviembre).

Exige eso sí, el acceso al medio de prueba. Porque la temática probatoria, aunque esté garantizada por un específico derecho, no deja de estar afectada ni protegida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 50/1988 , 357/1993 , 246/1994 y 110/1995 , 189/1996 de 25 de noviembre).

E implícitamente en tal aspecto exige también la valoración, sin arbitraria prescindencia, de la prueba practicada.

Y, por otra parte, obliga a dilucidar si las inferencias lógicas llevadas a cabo no han sido irracionales, arbitrarias, erróneas o absurdas. Aspecto en el que cabe dar por reproducir el canon que expusimos en relación a la motivación en Derecho. Cuando no se dan esas infracciones, la credibilidad concedida por el órgano judicial a un determinado instrumento probatorio se sitúa en un plano ajeno al de esta garantía constitucional (STC 207/2001 de 22 de octubre).

Ahora bien, cuando de sentencias absolutorias se trata, ese control de la valoración, si no se da aquel componente de arbitrariedad, no puede amparar el reclamo de que se apadrinen conclusiones de valoración como fundamento de una condena pretendida pero no recaída, pretensión que se asemeja más a la denuncia de vulneración de una inaceptable presunción de inocencia invertida. Y es que no existe el derecho a la condena, como sí existe el derecho de libertad que implica la absolucón, cuando el resultado probatorio lleva al espacio de la duda, incluso siendo razonable la conclusión pretendida por la parte que insta la condena.

4.- Se trata pues de saber si la fundamentación de la sentencia merece el reproche que le atribuye el Ministerio Fiscal.

La cuestión consiste pues en determinar si el dato de que el acusado asumía la obligación de dedicar el precio recibido a la extinción de la hipoteca es una afirmación implícita en lo que se declara probado, aunque no se expresara en el documento privado de venta y tal como cabe colegir de que sí se hiciera constar al otorgar la escritura pública.

El Ministerio Fiscal no solicita que se modifique en casación lo que se declara probado en la instancia. Solamente que se determine que tal declaración es arbitraria y, como consecuencia se formula la pretensión casacional se circunscrita a pedir la nulidad de la sentencia y que se ordene al tribunal que la dictó que dicte otra nueva con la conclusión *en cuanto al hecho* propuesta

Pero la acusación particular se adhirió al recurso añadiendo el argumento de que tal arbitrariedad surge también por no concluir *en derecho* que tal premisa constituye base fáctica para estimar cuando el delito de apropiación que se imputa.

Lo que obliga a considerar otra cuestión: si la obligación de abonar la deuda garantizada con hipoteca, aunque no constituye un dato fáctico, unida al hecho de que el acusado hizo suyo el precio de la venta, es base suficiente para estimar cometido el delito imputado.

En cuanto a la denuncia del Ministerio Fiscal hemos de concluir que la sentencia de instancia no niega que el acusado tuviera la obligación de satisfacer la deuda garantizada con hipoteca. Eso estuvo en todo momento fuera de discusión. Lo que la sentencia recurrida dice es que el dinero que recibió el acusado le fue entregado en concepto de precio de la vivienda vendida.

Por otra parte en el momento de tal entrega (diciembre de 2006) la vivienda aún no había sido construida. Pero sí se había constituido la hipoteca, tras la declaración de obra nueva (marzo de 2006). Según deriva de la documentación obrante en la causa.

Tampoco se imputa al acusado que el dinero recibido como precio no fuera invertido en sufragar los gastos de la construcción de la vivienda, dentro de la promoción de las nueve previstas para el inmueble.



En la STS 887/2016 de 24 de noviembre dijimos: *La entidad PROMOCIONES COVISA S.A. recibió las cantidades del querellante como pagos a cuenta del precio total de la construcción: un título traslativo del dominio y no de la mera posesión. No existe base para estimar que la entrega se hacía con el encargo específico de levantar la carga hipotecaria precisamente con esos fondos. Era esa una obligación sí del vendedor; pero no ligada a la recepción del precio que no se transmitió con ese singular mandato pactado. Ni el préstamo ni la compraventa son títulos idóneos para dar vida al delito de apropiación indebida por cuanto convierten al receptor en propietario del dinero. Mal puede apropiarse de algo quien ya es su propietario. Nótese por otra parte, y este argumento es secundario, que la modalidad distraer ya no aparece en la formulación típica del art. 253 actual. Y el art. 252 habla de patrimonio ajeno.*

Como en aquella sentencia tampoco ahora consideramos arbitraria tal construcción argumental.

Y a ella se pliega la sentencia de instancia aquí recurrida. El dinero constituía el precio. Al recibirlo el vendedor, tal dinero quedó integrado en su patrimonio dado el título de tal entrega. No se incorporó, ni tenía que hacerlo, a ninguna suerte de «patrimonio separado» ni el dinero quedaba *ex voluntate* ni *ope legis* vinculado al cumplimiento de una finalidad específica.

El vendedor no contrae la obligación añadida de dar finalidad específica a dicho dinero recibido como precio. La compraventa no es, como con acierto dice la recurrida, uno de aquellos títulos que dan lugar a la situación jurídica en la que el vendedor asuma obligaciones no ya de devolución de lo recibido, sino ni siquiera de aplicación determinada. La obligación es la de entregar la cosa vendida, por más que libre de cargas, pero cualquiera que sea la fórmula por la que tal liberación tenga lugar. Ahora bien el incumplimiento de esta obligación no tiene sanción penal, por ser en ese aspecto atípica, de no darse los presupuestos de otros tipos penales, como los de eventual estafa.

Por ello el motivo y el recurso se desestima.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas derivadas del recurso.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por **El Ministerio Fiscal** contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Alicante con fecha 22 de diciembre de 2016 . **Declarar de oficio** las costas derivadas del presente 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.