

Roj: **STS 74/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:74**Id Cendoj: **28079120012019100019**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/01/2019**Nº de Recurso: **2915/2017**Nº de Resolución: **711/2018**Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 2915/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 711/2018**

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 16 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción ley y quebrantamiento de forma número 2915/2017, interpuesto por **D. Bartolomé y D.ª Melisa** representados por la procuradora D.ª María Esther Centoira Parrondo bajo dirección letrada de D. Arturo Silva Cabaleiro contra la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava.

Interviene como parte recurrida, **Seguros Catalana Occidente, S.A. de Seguros y Reaseguros**, representada por la procuradora D.ª Katuska Marín Martín, bajo dirección letrada de D. Jorge Calsamiglia Blancafort; **D.ª Raquel y D.ª Remedios**, ambas representadas por el procurador D. Pablo Sorribes Calle bajo dirección letrada de D. Albert Torra i Juanola.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 9 de Barcelona incoó Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado nº 1630/2013 por delito continuado de apropiación indebida contra **D. Bartolomé y D.ª Melisa**; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Octava (Rollo de P.A. núm. 48/2017) dictó Sentencia en fecha 15 de noviembre de 2017 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Los acusados Melisa, con DNI nº NUM000, administradora de fincas colegida en el Col.legi d'Administradors de Finques de Barcelona i Lleida y abogada con ejercicio en Barcelona y su esposo Bartolomé con DNI nº NUM001, mayores de edad y sin antecedentes penales, venían desde al menos el año 2006, tras



jubilarse el padre de la primera, D. Teofilo (para el que ya trabajaba como empleado el segundo acusado), encargándose conjuntamente de la gestión de la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 , núm. NUM002 de Barcelona, en el despacho profesional sito en la Plaza Maragall, núm. 22 de dicha ciudad, bajo el nombre comercial de "MUÑOZ MUÑOZ FINQUES". Concretamente y entre otras funciones, ambos acusados se encargaban de la administración de los gastos e ingresos de dicha Comunidad de Propietarios, y de otras Comunidades de Propietarios de esta ciudad, percibiendo las cuotas ordinarias y extraordinarias fijadas para cada propietario en las oportunas Juntas de Propietarios.

Dicha administración se ejercía mediante el sistema de "caja única", sistema ya seguido por el padre de la acusada, consistente en que se mezclaban los fondos de las distintas Comunidades de propietarios y/o fincas urbanas administradas.

En la Junta de la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 n° NUM002 , de fecha 17 de junio de 2011, se acordó aprobar el presupuesto de la instalación del ascensor en dicha finca en favor de la empresa ASCENSORES ENINTER,SL., por importe de 79.317,00 + Iva, así como los presupuestos para la nueva instalación de la cometida de gas, y electricidad, a consecuencia de la instalación del ascensor, a realizar por la empresa MANINTER BAJA TENSIÓN SL, por importes de 7.468,00 Iva incluido, la partida correspondiente al gas, y 15.066,00 euros, Iva incluido, la correspondiente a la electricidad. Y para hacer frente a los gastos de instalación del ascensor de las referidas instalaciones, los propietarios asistentes acordaron pasar al cobro una derrama de provisión de fondos sobre una base de 100.000 euros durante 18 meses, por coeficiente de propiedad, según el detalle siguiente: Tienda 1: 475,00 euros; Tienda 2, 475 euros; del Pral. 1 al 4-2: 393,00 euros; 5-1 y 5-2: 338,00 euros cada recibo., f. 483 y 484 de la causa.

En el año 2012, además de las cuotas ordinarias de gastos de la comunidad, los propietarios iniciaron la aportación de la derrama acordada en la Junta de 17.6.2011.

Todos los ingresos de los propietarios se realizaron en las cuentas bancarias de la administración de fincas o en pagos en efectivo, ya que D^a Melisa y D. Bartolomé se hacían cargo de la gestión del pago a las empresas contratadas de las obras, así como del pago de algunos gastos generales de la comunidad como suministro de agua o electricidad.

En la Junta de la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 núm NUM002 , de fecha 20 de febrero de 2012, en la que asistió el acusado D. Bartolomé de parte de la Administración de fincas MUÑOZ, adoptó un acuerdo, votado por todos los propietarios presentes, para que el saldo a favor de la referida Comunidad, -que a 31, de diciembre de 2011 era de 32.856,02 euros-, no debía estar en poder del Administrador de fincas sino ingresado en la cuenta comunitaria ya existente, (f. 230, 230 vuelto, o 485 y 486 de la causa) sin que los acusados, a fin de lograr un injusto y común beneficio patrimonial a costa de la propiedad ajena, hayan llevado a efecto dicho acuerdo, efectuando el traspaso del saldo existente de la Comunidad en la cuenta bancaria de Finques Muñoz a la cuenta comunitaria, que en la liquidación efectuada por los acusados en fecha 30.4.2013, ya ascendía a 48.580,92 euros, a favor de la Comunidad en ningún momento, haciéndolo suyo, a pesar de contar la cuenta bancaria de la Administración de MUÑOZ MUÑOZ FINQUES de Melisa NUM003 del Banco de Sabadell en fecha 3.4.2012 con un saldo positivo de 116.270 euros, (f. 846 de la causa), en fecha 3.7.2012 con un saldo positivo de 141.540,92 euros, (f. 862), en fecha 3 de octubre de 2012 con un saldo positivo de 158.876,40 euros, (f. 881) y en fecha 4.1.2013 con un saldo positivo de 93.295,26 euros, (f. 895), requiriéndose últimamente por el Presidente de la Comunidad D. Ildefonso , (en base a la Junta General Extraordinaria de 11 de marzo de 2013, (f. 238 y 238 vuelto) que acordó la destitución del actual administrador de fincas a D^a Melisa , Fincas Muñoz Muñoz, para que hiciera entrega de la liquidación detallada y estado de cuentas con cierre a fecha 31.3.2013, haciendo entrega inmediata del saldo económico de la comunidad y "*el ingreso del saldo existente de esta comunidad que deberá hacerlo en la cuenta NUM004 titularidad de la comunidad*", f. 242, por burofax enviado en fecha 4.4.2013, (f. 239 y ss. de la causa), obteniendo sólo por respuesta la liquidación de fecha 30.4.2013, obrante en el documento suscrito por el acusado por orden de Melisa y con el sello de la misma como Administrador de fincas colegiado, de fecha 11 de junio de 2013, (f. 482 y 482 vuelto), con un saldo a favor de la Comunidad de 48.580,92 euros pendiente de abono por parte de Da Melisa , que nunca ha pagado.

La actual Presidenta de la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 n° NUM002 de Barcelona, D^a Alejandra comunicó por correo electrónico de fecha 25.5.2015 al letrado D. Albert Torra de la Acusación particular de autos que había recibido la transferencia del Departamento d'Etica 1 Intrusisme del Col.legi d'Administradors de Finques de Barcelona-Lleida 'por importe de 6.527'43 euros abonada el día 30.4.2015 (Doc. Ib presentado en el juicio oral por la acusación particular). De este modo resulta un saldo a favor de la comunidad de 42.053,49 euros.

En la fecha de los hechos la acusada Melisa se hallaba colegiada, para el ejercicio de su actividad profesional tanto en el Colegio de Abogados de Barcelona como en el Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona



y Lérida, teniendo este último contratada una póliza de responsabilidad civil que cubría su responsabilidad civil profesional con la compañía aseguradora SEGUROS CATALANA OCCIDENTE, S.A., SEGUROS Y REASEGUROS (póliza nº NUM005, f. 1021 a 1039 de la causa)".

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

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a D^a Melisa y a D. Bartolomé, mayores de edad, como autores responsables criminalmente de un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252 y 249 y 74.2 del CP en la redacción del CP en el periodo de los hechos sin la concurrencia circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos, de VEINTIDÓS MESES DE PRISIÓN, y accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a Melisa, además, la pena de inhabilitación especial para su profesión de administradora de fincas, durante el tiempo de la condena, y a indemnizar ambos acusados a la Comunidad de propietarios de la AVENIDA000 nº NUM002 de Barcelona en la cantidad de 42.053,49 euros, sin perjuicio de las imputaciones que deberán hacerse a nivel interno entre los copropietarios afectados, y al pago de los intereses legales calculados sobre la citada cantidad, desde la fecha de la liquidación, 11.6.2013 hasta su pago.

De dicha cantidad es responsable civil directa la compañía aseguradora CATALANA OCCIDENTE SA, que deberá pagar sólo ella los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980. Y se absuelve a la compañía CASER al haber retirado la acusación la Acusación particular y el Fiscal".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Bartolomé y de D^a Melisa que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

D.^a Melisa

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECr., y 5.4º LOPJ, por infracción del art. 25 CE, que garantiza el derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa (principio non bis in ídem).

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 2 CE, que determina la indebida aplicación de los art. 252, 249 y 74.2 CP.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por indebida aplicación de los art. 252 y 249, en relación con el 74.2 CP.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por inaplicación del art. 732 LECr.

Motivo Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por indebida aplicación de los artículos 109 y 110 CP.

Motivo Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Tribunal.

D. Bartolomé

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECr., y 5.4º LOPJ, por infracción del art. 25 CE, que garantiza el derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa (principio non bis in ídem).

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 2 CE, que determina la indebida aplicación de los art. 252, 249 y 74.2 CP.

Motivo Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECr., por cuanto la sentencia condenatoria no expresa clara y terminantemente los hechos probados constitutivos de apropiación indebida por los que ha sido condenado el recurrente.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por indebida aplicación de los art. 252 y 249, en relación con el 74.2 CP.

Motivo Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por inaplicación del art. 732 LECr.



Motivo Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por indebida aplicación de los artículos 109 y 110 CP.

Motivo Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Tribunal.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de D.^a Raquel y D.^a Remedios impugnó los recursos interpuestos solicitando la desestimación de todos los motivos; el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 29 de enero de 2018 impugnó todos los motivos de ambos recursos de conformidad con las consideraciones expuestas en el mismo; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 8 de noviembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Melisa

PRIMERO.- El primer motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECr., y 5.4º LOPJ, por infracción del art. 25 CE, que garantiza el derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa (principio non bis in ídem).

1. Argumenta que el reproche que se le formula es no haber reintegrado el saldo de los fondos de la Comunidad de Propietarios, tal y como se le requirió en Abril de 2013, considerando ambas acusaciones que se había apropiado indebidamente de dicho saldo, lo que origina un quiebro acusatorio que desgraciadamente ha sido por la Sala sentenciadora para fundamentar la sentencia condenatoria, intentando justificar así que los hechos por los que se acusaba en este procedimiento no eran los mismos por los que la recurrente había sido ya juzgada previamente, donde se pronunció, primero una resolución de sobreseimiento libre, y luego una sentencia absolutoria, amén de un tercer pronunciamiento de sobreseimiento provisional, todos ellos firmes, de tal manera que, más allá de la garantía del non bis in ídem, ahora ha sido juzgada materialmente por cuarta vez por los mismos hechos, desafortunadamente en este caso con un pronunciamiento condenatorio.

2. Recuerda la sentencia núm. 659/2017, de 6 de octubre, con cita de varios precedentes, que el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por los mismos hechos, principio "non bis in ídem" o excepción de cosa juzgada, ha sido reconocido, como se refleja en el auto recurrido, en diversos textos internacionales: art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966); art. 4 del Protocolo nº 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950); art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (14 de junio de 1985). En la Constitución Española no tiene reconocimiento expreso pero se ha considerado comprendido en el principio de legalidad proclamado en el art. 25.

Respecto a la determinación de los elementos configuradores de la cosa juzgada en el ámbito del proceso penal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la garantía consagrada en el art. 4 del Protocolo nº 7 de la Convención entra en juego cuando los hechos de los dos procedimientos son idénticos o son en sustancia los mismos (SSTEDH. 17 de febrero de 2015, *Boman c. Finlandia* ; 23 de julio de 2015, *Butnaru y Beja-Piser c. Rumania*).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 18 de julio de 2007, caso *Kraaijenbrink* , entre otras varias) ha manifestado que "el único criterio pertinente a efectos de la aplicación del artículo 54 del CAAS es el de la identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas" (26); "el artículo 54 del CAAS sólo podrá aplicarse si el tribunal que conoce del segundo procedimiento penal comprueba que los hechos materiales, en virtud de sus vínculos en el tiempo y en el espacio así como por su objeto, forman un conjunto indisoluble" (28); "En cambio, si los hechos no forman tal conjunto, la mera circunstancia de que el tribunal que conoce del segundo procedimiento compruebe que el presunto autor de tales hechos ha actuado con una misma intención criminal no es suficiente para afirmar que existe un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas que esté comprendido en el concepto de "los mismos hechos" a efectos del artículo 54 del CAAS" (29).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas resoluciones sobre el principio "ne bis in ídem", incluido en el ámbito protector del art. 25.1 CE (SSTC. 139/2012, 2 de julio; 112/2015, 8 de junio; 23/2016, 15 de febrero). Se ha destacado la necesidad de una identidad fáctica, no siendo apreciable la vulneración aunque el segundo hecho hubiera podido quedar comprendido en el delito continuado del primero (STC 126/2011, 18 de julio).



El Tribunal Supremo, por su parte, ha mantenido el mismo criterio (SSTS 1677/2002, 21 de noviembre; 309/2015, 22 de mayo). En la STS 18/2016, 26 de enero, tras examinar las doctrinas jurisprudenciales en el ámbito nacional e internacional, se decía que "no impide que el Estado que procede al enjuiciamiento en segundo lugar considere, en el uso de su competencia, que no existe identidad fáctica, por concurrir en una conducta compleja que conlleva una sucesión de acciones diferentes, determinados elementos fácticos que no han sido incluidos en los hechos enjuiciados por el Estado que ha actuado en primer lugar".

Además es igualmente doctrina de esta Sala que los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en materia penal, la identidad del hecho y de la persona inculpada. En este sentido, se han pronunciado, entre otras, las sentencias 1606/2002, de 3 de octubre, la de 29 de abril de 1993 y la de 23 diciembre 1992, cuando afirman que han de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la cosa juzgada material en materia penal, que constituyen, a su vez, los límites de su aplicación. Tales elementos y límites son dos: identidad de hecho e identidad de persona inculpada. El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó -o absolvió- en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente. Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que se dirigió la acusación en la primera causa y ya quedó definitivamente absuelta o condenada, que ha de coincidir con el imputado en el segundo proceso. A los fines aquí examinados carece de significación cualquier otro dato: ni la identidad de quienes ejercitan la acción -sujeto activo-, ni el título por el que se acusó, o precepto penal en que se fundó la acusación. Y la sentencia 111/1998 de 3 de febrero, declara que para que opere la cosa juzgada es preciso que haya: a) Identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso; b) Identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas; y c) Resolución firme y definitiva en que haya recaído un pronunciamiento condenatorio o excluyente de la condena. Se consideran resoluciones que producen cosa juzgada las sentencias y los autos de sobreseimiento libre firmes.

Y como recuerda la STS 1333/2003, de 13 de octubre, la excepción de cosa juzgada, específicamente contemplada en el proceso penal como uno de los artículos de previo pronunciamiento, el previsto en el nº 2º del art. 666 de la LECr, que constituye una consecuencia inherente al principio "non bis in idem", el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE, como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del sancionado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 10.2 de la CE, en relación con el art. 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13.4.77, según el que nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país.

3. Las resoluciones precedentes invocadas, son:

a) El Auto de archivo de 18 de mayo de 2016, del Juzgado de Instrucción núm. 29 de Barcelona, en D.P 1943/2014, por denuncia del Presidente de la *Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM006 de Barcelona* contra la Administración Muñoz Muñoz Finques y su propietaria Melisa y su esposo Bartolomé , por apropiación de 7.253,71€.

b) Sentencia de 5 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado 426/2014, en el que el Ministerio Fiscal había efectuado acusación contra Melisa y su esposo Bartolomé por apropiación de la devolución de la *fianza de Incasol*, que había sido pagada por Dª Macarena y Dª Mariola .

c) Auto de fecha 3 de mayo de 2017, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, que resolvió el recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona de continuación del Procedimiento Abreviado, por denuncia de la empresa Basse Empresarial SL, Administradora de la Comunidad de Propietarios de la CALLE001 , contra Melisa y su esposo Bartolomé , por *apropiación de unas aportaciones para un fondo de obras para la instalación de un ascensor por importe de 7.704,60 € efectuado por la Comunidad de Propietarios de las CALLE001 NUM007 de Barcelona* ; donde se decreta el *sobreseimiento provisional* de las actuaciones..

Pues bien, concorde la jurisprudencia invocada, la prohibición de sancionar dos veces un mismo hecho, requiere: de un lado, la existencia de una sentencia o un auto de sobreseimiento libre y firmes, y de otro, que en ambos procesos concorra la identidad objetiva, o del hecho punible, y la identidad subjetiva pasiva, esto es la del condenado o imputado.

Presupuestos, que como bien se argumenta en la resolución recurrida y concordantemente informa el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, no se cumplimentan en autos.



Efectivamente, tanto el Auto de 18 de mayo de 2016 como el Auto de fecha 3 de mayo de 2017, son autos de sobreseimiento provisional, y en consecuencia no despliegan la eficacia preclusiva de la cosa juzgada material. El Auto de la Audiencia Provincial de 3 de mayo de 2017 ya negó expresamente la existencia de cosa juzgada material, respecto a los hechos investigados en su procedimiento, al Auto de 18 de mayo de 2016 y a la Sentencia absolutoria de 5 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona.

Pese a las aseveraciones del recurrente, el Auto de 18 de mayo de 2016, recaído tras denuncia por desviaciones en la administración de la *Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n° NUM006* de Barcelona no integra un sobreseimiento libre. Se decretó el archivo de las actuaciones por no aparecer justificada la perpetración del delito que es la fórmula legal del sobreseimiento provisional del nº1 del art. 641 LECr.

En relación a la Sentencia de 5 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona, verifica la ahora recurrida que el pronunciamiento fue *absolutorio por imposición del principio acusatorio*, porque el *Ministerio Fiscal retiró la acusación* y los hechos se referían a la apropiación por los acusados Melisa y Bartolomé, de la suma de 750 euros recibidos en concepto de devolución de una fianza que habían depositado D^a Macarena y D^a Mariola, cuando en septiembre de 2008 suscribieron un contrato de arrendamiento de una vivienda.

Pero además, vistos los hechos en cada caso enjuiciados, tampoco concurre la exigencia de identidad objetiva entre los procedimientos; y no porque ahora con torcimiento indebido, como alega el recurrente, enjuiciemos la falta de liquidez sobrevenida por fallo del sistema de caja única seguido por la Administración de Fincas, sino porque el hecho de autos es diverso al contemplado en los procedimientos anteriores, referido ahora a la continuada desviación de los fondos de la *Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 NUM002*, administrada por los acusados.

SEGUNDO.- El segundo motivo que formula es por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 2 CE, que determina la indebida aplicación de los art. 252, 249 y 74.2 CP.

1. La recurrente argumenta que la prueba de cargo que esgrime la Sentencia no colma los cánones de suficiencia probatoria para alcanzar un fallo condenatorio, pues no llega a explicar, ni tan siquiera mínimamente, en qué consiste la presunta apropiación indebida por la que se condena, más allá de la simple incapacidad civil para devolver el saldo de una relación contractual, lo que a los ojos de esta defensa, no se ha explicado de qué se ha apropiado mi representada, ni cómo ha cometido tal presunta apropiación; que la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, no colma los requisitos de racionalidad y razonabilidad exigibles, y colisiona con pruebas de descargo y elementos de conindicio, que ni tan siquiera han sido objeto de valoración por parte del órgano judicial; que no se ha acreditado que estos se apropiaran de cantidad alguna ni tampoco que destinaran los fondos a finalidades distintas de la propia de la Administración de Fincas; e insiste en que seguían el sistema de caja única que permitía que siempre fueran atendidos los pagos de las Comunidades Administradas en beneficio de éstas.

2. Dado el contenido de las alegaciones, conviene recordar los diversos apartados de la declaración de hechos probados:

i) Los acusados Melisa, administradora de fincas colegida y su esposo Bartolomé venían desde al menos el año 2006, tras jubilarse el padre de la primera, D. Teófilo (para el que ya trabajaba como empleado el segundo acusado), encargándose conjuntamente de la gestión de la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000, núm. NUM002.

ii) Entre otras funciones, ambos acusados se encargaban de la administración de los gastos e ingresos de dicha Comunidad de Propietarios, y de otras Comunidades de Propietarios; administración que ejercían mediante el sistema de "caja única".

iii) En la Junta de la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000, núm. NUM002 de fecha 17 de junio de 2011, se acordó pasar al cobro una derrama de provisión de fondos sobre una base de 100.000 euros durante 18 meses para hacer frente a los gastos de instalación del ascensor y nuevas acometidas de gas, y electricidad. En 2012, los propietarios junto a los gastos ordinarios, iniciaron la aportación de la derrama.

iv) Todos los ingresos de los propietarios se realizaron en las cuentas bancarias de la administración de fincas o en pagos en efectivo, ya que D^a Melisa y D. Bartolomé se hacían cargo de la gestión del pago a las empresas contratadas de las obras, así como del pago de algunos gastos generales de la comunidad como suministro de agua o electricidad.

v) En la Junta de la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 núm. NUM002, de fecha 20 de febrero de 2012, en la que asistió el acusado D. Bartolomé de parte de la Administración de fincas MUÑOZ, adoptó



un acuerdo, votado por todos los propietarios presentes, para que el saldo a favor de la referida Comunidad, - que a 31 de diciembre de 2011 era de 32.856,02 euros-, en vez de estar en poder del Administrador de fincas estuviere ingresado en la cuenta comunitaria ya existente sin que los acusados, a fin de lograr un injusto y común beneficio patrimonial a costa de la propiedad ajena, hayan llevado a efecto dicho acuerdo.

vi) El saldo existente de la Comunidad en la cuenta bancaria de Fincas Muñoz a la cuenta comunitaria, conforme a la liquidación efectuada por los acusados en fecha 30.4.2013, ya ascendía a 48.580,92 euros, haciéndolo suyo, a pesar de contar la cuenta bancaria de la Administración de MUÑOZ MUÑOZ FINQUES de Melisa en el Banco de Sabadell, saldo positivo en diversas fechas.

vii) Requiriéndose por el Presidente de la Comunidad D. Ildelfonso, en base a la Junta General Extraordinaria de 11 de marzo de 2013 que acordó la destitución de la referida administración de fincas, entrega de la liquidación detallada y estado de cuentas con cierre a fecha 31.3.2013, la entrega inmediata del saldo económico de la comunidad, solo obtuvo por respuesta la liquidación de fecha 30.4.2013, obrante en el documento suscrito por el acusado por orden de Melisa y con el sello de la misma como Administrador de fincas colegiado, de fecha 11 de junio de 2013 (f. 482 y 482 vuelto), con un saldo a favor de la Comunidad de 48.580,92 euros pendiente de abono por parte de D^a Melisa, que nunca ha abonado.

Documental, exhaustiva testifical e incluso por medio de la propia confesión de los acusados, resultan acreditados prácticamente todos los apartados siendo únicamente discutido, la aseveración de que los acusados hicieran suyo el saldo y el alcance del acuerdo del 20 de febrero de 2012 sobre traspaso del saldo a una cuenta de la Comunidad.

3. El sistema de administración de caja única, informa la acusación particular, ha sido denunciado por la Asociación de Presidentes y Administradores de Fincas (APAF), organización profesional de ámbito nacional que integra administradores de fincas, por ser la mecánica más propensa al fraude en la propia administración de Fincas y que destaca por su opacidad, no sabiendo los vecinos a ciencia cierta el saldo de su comunidad, además para que las cuentas bancarias de las comunidades queden asociadas a la cuenta única centralizada, deben de contar con el acuerdo de la junta de propietarios y no consta que la Comunidad de Propietarios concernida consintiera esa práctica, finalmente, al mezclarse todos los ingresos y gastos de las distintas comunidades se pueden utilizar los ingresos de unas comunidades para cubrir los gastos de otras originando un desvío de fondos no autorizado por el presupuesto aprobado por las Comunidades administradas y derramas innecesarias para los vecinos que de facto y sin conocimiento del administrador se ven obligados a pagar los gastos de otras comunidades ajenas, que además estarían pagando más cuota de la necesaria, convirtiéndose la cuenta única en algo confuso y complejo sin ningún control financiero real.

En autos, acreditado está que al menos hasta febrero de 2012, consentían que el titular de la cuenta bancaria donde se efectuaban los ingresos de la Comunidad, fuera la cuenta bancaria de la Administración de fincas, pues como indican los hechos probados "todos los ingresos de los propietarios se realizaron en las cuentas bancarias de la administración de fincas o pagos en efectivo"; pero efectivamente, no aparece consentimiento expreso al sistema de caja única. Tampoco se infiere tácito, pues solicitar constase el saldo de la *cuenta de la Caixa a nombre de la comunidad de Propietarios* (Junta del 20 de febrero de 2012), lógicamente para controlar que no se hubiera dispuesto de sus ingresos para otros bienes, carecía de sentido si se hubieran admitido la amalgama constante con ingresos de otras Comunidades.

Dicho sistema de cuenta única, ciertamente tiene esos graves inconvenientes, es minoritario en nuestro país y en la actualidad es desaconsejado; y aunque de otra parte, permite aminorar notablemente las comisiones bancarias, disponer en caso de urgencia de una concreta Comunidad de un saldo añadido sin costes financieros para pagos puntuales y es mayoritario entre los administradores de fincas europeos, paralelamente es exigida la obligación de contar con seguro, caución financiera o similar instrumento que garantice los fondos que el administrador posee en nombre de terceros. Y siempre y en todo caso, debe contar con la autorización y consentimiento de la Comunidad.

La efectiva utilización de tal sistema en autos, resulta acreditado por el movimiento de las cuentas bancarias de la administración referida, a la vez que una absoluta conmixión de todos los ingresos allí existentes y un destino indiscriminado a cualquier gasto de cualesquiera de las Comunidades administradas. Aunque ciertamente no se ha acreditado ni siquiera se ha practicado prueba al respecto, que se incorporaran cantidades al propio patrimonio de los administradores.

Es decir, no resulta acreditado que los administradores los "hicieran suyos", sino que disponían de los ingresos realizados por la Comunidad, como si lo fueran, entregándolo a terceros, o mejor a satisfacer servicios y suministros adeudados por terceros. Matiz en el resultado probatorio, que no tiene incidencia en el apartado dispositivo, pues igualmente se colma el tipo al actuar ilícitamente sobre el dinero recibido por la Comunidad denunciante, disponiendo indebidamente de él como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de



las limitaciones ínsitas en el título de recepción, establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron.

Inclusive, también los propios administradores declaran que con esos ingresos (y los provenientes de otras Comunidades) se atendía a cubrir deudas del negocio existentes desde 2006: y así la recurrente, expresamente, explica la existencia de "un agujero importante de 600.000 euros que adeudaba su padre en 2006 y que consiguió reducir con su trabajo a la mitad", lo que reitera el escrito de defensa, que centra la minoración de la deuda, como derivada de la propia gestión de su actividad en la Administración de Fincas.

Pero eran fondos recibidos en administración, sin que conste autorización expresa ni tácita para su utilización diversa al destino propio de los propios gastos y servicios de la Comunidad a que pertenecen los comuneros que la ingresan; autorización cuya existencia no resulta en lógica alguna entenderla viable, cuando no se cuenta con caución, seguro o medio alguno que garantizase los fondos de la sociedad y menos aún, si ello implica que esos ingresos (conjuntamente con los de otras Comunidades) vayan a servir para enjugar deudas pretéritas de tal entidad.

Es decir resulta plenamente acreditado que se utilizó el dinero de la Comunidad como si fuera propio, para fines ajenos a los propios gastos de la misma; total o principalmente para atender deudas generadas por la Administración de fincas en su gestión, ya pretérita o bien presente, de otras Comunidades, sin autorización alguna para ello de la Comunidad denunciante, y en extralimitación obvia del título en virtud del cual recibieron los ingresos de la Comunidad.

De modo que contamos con unos ingresos de la Comunidad de Propietarios para atender a los gastos ordinarios y a la derrama del ascensor, de los cuales; admiten los propios acusados y así lo notifican a la Comunidad, 48.580,92 euros no fueron destinados a estos fines; sino diversos, definitivamente perdidos y consecuentemente sin devolución cuando la referida administración cesó.

4. En cuanto al alcance del Acuerdo de la Junta de 20 de febrero de 2012, al ser objeto también de impugnación del art. 849.2 LECr, para mejor comprensión, se analizará tras el examen del error facti formulado.

TERCERO.- El sexto motivo, lo formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Tribunal.

1. Argumenta que media error por parte de la Audiencia al entender que se había adoptado válidamente un acuerdo por el que se exigía un determinado cambio de cuenta para los fondos de la Comunidad de Propietarios, lo que no se corresponde con la realidad, pues ni se adoptó dicho acuerdo, ni cualquiera de ese tenor que se hubiera pretendido sería válido, ni nadie tampoco lo tuvo realmente por adoptado, pues nadie exigió su cumplimiento.

2. La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECr, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

3. Pues bien, en el documento que sustenta el motivo, el Acta de la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 núm. NUM002, de fecha 20 de febrero de 2012, en la que asistió el acusado D. Bartolomé de parte de la Administración de fincas *Muñoz Muñoz*, en su apartado 5, obra (énfasis ahora adicionado):

*El representante del 5-1 informa que está en desacuerdo con diversos puntos del estado de cuentas realizado por la administración de fincas: 1º.- Considera que el saldo de la cuenta de la "la Caixa" a nombre de la Comunidad de Propietarios debe estar reflejado en el mencionado estado de cuentas. 2º.- que en la liquidación constan los honorarios de administración (que considera muy elevados) y además una partida denominada "trámites administrativos", entiende que esta última debería estar incluida en la primera y estar gravada con el IVA de rigor durante el ejercicio. 3º.- que los cargos de presidente y vicepresidente no deben estar remunerados, puesto que, según él, representa fraude a la Hacienda Pública. 4º.- que **el saldo de la Comunidad no debe estar en poder del Administrador de fincas sino ingresado en la cuenta comunitaria.***

*Por parte del representante de la administración de fincas se informa sobre casa un de estos puntos:... 4º.- **Se somete a votación y los asistentes votan a favor de dicha propuesta.***

4. Por tanto, con atención exclusiva al documento, como exige el motivo, no puede negarse el acuerdo; y de su autarquía, la conciencia de obligatoriedad que el mismo originase en los diversos comuneros asistentes a la Junta, no deviene posible concluirlo; además viene contradicho por prueba testifical de los propios comuneros;



y tampoco el motivo sirve ni autoriza una revisión genérica de la valoración probatoria, complementado el documento con explicaciones adicionales o agregaciones de otros medios probatorios.

Menos para cuestionar una validez por su inclusión fuera del orden del día, pues aunque ello fuera indebido (art. 16.2 LPH y 553-25 del Libro V del Código Civil de Cataluña), la sanción es de anulabilidad (STS, Sala Primera 1143/2006, de 20 de noviembre) y no consta impugnado en el plazo estricto de caducidad establecido en el art. 18.3 LPH.

El motivo se desestima.

5. En sede de presunción de inocencia, igualmente el tenor literal del acuerdo y los testimonios de los comuneros, acreditan el alcance efectivo del Acuerdo sobre el traspaso del saldo; pero en modo alguno que equivalga a cesación de hecho de la administración de los acusados, como se indica en elemento factual, dentro de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida.

En la Junta de 20 de febrero de 2012, se acordó, no que la administración cesase, sino que la titular de la cuenta donde obrasen los ingresos de la Comunidad, fuere la propia Comunidad, y no la Administración de fincas contratada y que constase también en la liquidación, el saldo de la cuenta bancaria.

En absoluto, conllevaba el fin de las funciones propias de la administración referidas a gastos e ingresos de la Comunidad, especialmente las establecidas normativamente (entre ellas, efectuar los cobros y pagos que correspondan, concorde el art. 553-18 del Libro V del CC catalán) que debían de seguir siendo atendidas por los recurrentes. Nada permite concluir que dejaron de ser administradores ese día. Es en la Junta extraordinaria de 11 de marzo de 2013 de la referida Comunidad de AVENIDA000 NUM002 , cuando se acuerda la destitución de la administradora y se devolvieron los libros.

Es decir, seguían de derecho, pero también "de hecho", en el ejercicio de la administración conferida, pues en otro caso, no seguirían con la tenencia de los libros de la misma. Ni los propietarios hubieron seguido realizando ingresos en las cuentas de los administradores, como resulta que el saldo abonado por la administración incrementase.

El Acuerdo, tampoco fue seguido de requerimiento alguno, que ciertamente era innecesario, pero al menos debería constar una cuenta concreta donde hacer el traspaso; como media tras el cese de marzo de 2013, con el consecutivo burofax de 4 de abril de 2013. Y aunque mediaba la obligación de su observancia, era puntualización que no integraba consecuencia del título por el que se habían recibido los fondos, en cuanto que no concluía la administración.

En cuanto esta afirmación factual del cese fáctico no se encuentra en el apartado de hechos probados, no precisa su corrección, pero en cuanto analizado el alcance del acuerdo de febrero de 2012, era conveniente avanzar la carencia probatoria que lo sustente, en cuanto conlleva consecuencias en la calificación delictiva.

6. Por tanto, a febrero de 2012, inexistente la cesación fáctica que sirve sustento a la inferencia de un punto de no retorno, adelantamos ya, no es posible aseverar la voluntad expropiatoria definitiva del saldo distraído en esa fecha, cuando además la cuantificación del mismo, siempre es comunicada por la propia administración sin ambages; mientras que la posibilidad o imposibilidad de hacerlo, sin pericial ni aclaración testifical de los movimientos bancarios, precisaba una mayor acreditación. Únicamente existente a partir del bloqueo de las cuentas bancarias de la administración en enero de 2013, lo que provoca a su vez el seguido cese de la administración

Pues debe relativizarse la existencia de un saldo positivo en la cuenta para hacer frente a la liquidación de la Comunidad denunciante, en cuanto pretendiera entenderse como efectivamente disponible, pues del examen de los extractos, si bien contable y ocasionalmente constan cifras de un montante superior en cuatro ocasiones, obran en la misma o inmediata data, cargos que hacían inviable una efectiva disposición de esos picos de saldo, solo posible tras el resultado del mecanismo compensatorio propio de la cuenta bancaria (que nunca es momento a momento y raramente cronológicamente ordenada), donde además la efectiva consolidación del ingreso, suele producirse con alguna data de vacatio.

7. El motivo se desestima, en tanto los hechos probados no resultan alterados, aunque se corrijan extensiones factuales incorporadas fuera de ese apartado; y en el entendimiento equivalente de la expresión de *hacer suyo* a la de *disponer como si fuera suyo*.

CUARTO.- El tercer motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida aplicación de los arts. 252 y 249, en relación con el 74.2 CP.

1. Niega el recurrente que concurren los elementos objetivos y subjetivos necesarios para que pueda apreciarse el delito de apropiación indebida.



Cita en su sustento el Auto de sobreseimiento (que aquí también califica de libre) dictado por el Juzgado de Instrucción nº 29 de Barcelona: *de acuerdo con reiterada jurisprudencia apropiarse significa incorporar al patrimonio propio la cosa que se ha recibido en posesión con obligación de entregarla o devolverla, mientras que distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado, recayendo la apropiación sobre cosas no fungibles, mientras que la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero ... la distracción requiere una vocación de permanencia, por lo que las modalidades de "distracción" no siempre suponen administración desleal, que en todo caso requiere que se emplee o gaste el dinero administrado dándole de modo definitivo un destino distinto del acordado.*

Resolución que con cita a su vez de la STS 476/2015, de 13 de julio concluye que el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción debe suponer que el sujeto activo dispone con carácter definitivo del dinero que se le entregó en administración, actuando con vocación de permanencia y sin visos de retorno; y entiende que esta doctrina cobra especial referencia en el sistema de administración por caja única.

El recurrente también asevera, sin atenerse escrupulosamente al relato de hechos probados que "no ha hecho suya cantidad alguna, ni ha distraído tampoco los fondos de la Comunidad de los denunciantes, desviándolos de la finalidad y el uso con los que fueron entregados, pues dichos fondos se entregaron obviamente para subvenir a los gastos de la Comunidad, lógicamente, pero haciéndolo precisamente dentro del sistema de caja única de la Administración de fincas, de tal manera que nada se ha desviado, pues solo se han atendido gastos de las Comunidades administradas, y ninguna otra cosa, lo que no solo no se ha probado, sino que ni tan siquiera se ha llegado a insinuar por parte de las acusaciones, ni se refleja en sentencia, pues nada se dice sobre la supuesta distracción que pudiera haberse producido, indicando algún acto concreto en el que la supuesta distracción pudiera haberse materializado, pues nada ha habido a ese respecto".

A la vez que añade, ahora sin declaración probada ni sustento probatorio que tanto los denunciantes como el conjunto de las Comunidades administradas, aceptaron siempre el sistema de caja única, que es netamente eficaz y beneficioso para las Comunidades de Propietarios; modelo de gestión seguido por la recurrente.

Y concluye, sin que pueda reprocharse a la recurrente ningún acto de apropiación ni de distracción de fondos, pues es de destacar que no se ha distinguido ni señalado, ni una sola disposición de fondos que se haya salido de su aplicación a las utilidades de la Comunidades de propietarios administradas, lo que ya de por sí obliga a descartar la apropiación indebida que se reprocha.

2. Esta Sala Segunda, entre otras varias resoluciones, en su sentencia 438/2018, de 3 de octubre, esclarece la interpretación de esta tipicidad:

El artículo 252 CP , al tiempo de los hechos castigaba a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. La jurisprudencia que interpreta este precepto es amplísima y no siempre uniforme, refiriéndose en muchos casos al significado de los términos "apropriaren" y "distrajeren"; pero, siguiendo una u otra teoría, nunca ha excluido la condena para aquellos que, habiendo recibido dinero por uno de los títulos típicos, luego lo hiciera suyo, incorporándolo a su patrimonio o invirtiéndolo en atenciones personales; o dispusiera de él, como si fuera suyo, entregándolo a terceros; o bien lo destinara con vocación de permanencia a una finalidad distinta de aquella para la que le fue entregado, causando en todos los casos un perjuicio al patrimonio afectado.

En la STS núm. 406/2017, de 5 de junio , se decía que "En la STS núm. 915/2005 , que recogía el sentido de la jurisprudencia anterior y que ha sido reiterada en otras posteriores, se decía que "...cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada". Por lo tanto, es necesario que el autor, una vez que ha recibido una cantidad de dinero con una finalidad establecida por el título de recepción, proceda dolosamente a darle otra distinta con vocación definitiva, superando lo que se ha llamado el punto de no retorno, y causando de esta forma un perjuicio al titular de ese patrimonio. Esta conducta tiene así un significado apropiativo equivalente al de la apropiación clásica de



cosas muebles y distinto de las conductas de mero uso perjudicial, características de la administración desleal recogida en el artículo 295 del C. Penal aunque exclusivamente para el ámbito societario".

En sentido similar, en la STS núm. 31/2017, de 26 de enero, se señalaba que en "la STS núm. 700/2016, de 9 de setiembre, con cita de la STS 163/2016, 2 de marzo, se hace referencia a la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253.

En definitiva, se entiende que constituirán delito de apropiación indebida los actos ejecutados sobre los bienes recibidos por alguno de los títulos típicos, que tengan significado o valor apropiativo, mientras que constituirán delito de administración desleal aquellos otros que supongan un uso inadecuado de los bienes sobre los que se tienen facultades para administrar, mediante un exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas que cause un perjuicio al patrimonio administrado. En este sentido, recogiendo las anteriores, la STS núm. 906/2016, de 30 de noviembre y la STS núm. 476/2015, de 13 de julio, entre otras".

Finalmente, la cuestión radica en la identificación del título por el que se recibe; en las obligaciones de entregar o devolver que incorpora, y, con infracción de las mismas, en destinar lo recibido al propio patrimonio o al de terceros.

3. En autos, el título en que los encausados reciben los ingresos de los comuneros, en metálico y por abono en cuenta, es en concepto de administración, en su condición precisamente de "administradores de fincas"; cuyas funciones legalmente establecidas concorde el art. 553-18 del Libro V del Código Civil de Cataluña en su redacción inicial, la vigente en el momento de autos, eran:

- a) Tomar las medidas convenientes y hacer los actos necesarios para conservar los bienes y el funcionamiento correcto de los servicios de la comunidad.
- b) Velar por que los propietarios cumplan las obligaciones y hacerles las advertencias pertinentes.
- c) Preparar las cuentas anuales del ejercicio precedente y el presupuesto.
- d) Ejecutar los acuerdos de la junta de propietarios y efectuar los cobros y pagos que correspondan.
- e) Decidir la ejecución de las obras de conservación y reparación de carácter urgente, de todo lo cual debe dar cuenta inmediatamente a la presidencia.
- f) Pagar, con autorización de la presidencia, los gastos de carácter urgente que pueden correr a cargo del fondo de reserva.
- g) Las demás funciones que expresamente le sean delegadas por la junta de propietarios o atribuidas por la ley.

Consecuentemente, no media obligación de devolución alguna, sino la dedicación a esas funciones, entre cuyos gastos, correspondientemente aprobados, también obran sus honorarios. Es lógicamente el momento de la resolución o cese la ligazón de servicios contratada entre Comunidad y administradores, si el saldo fuera positivo a la Comunidad, cuando media la obligación de devolución.

Y la pérdida definitiva de las cantidades distraídas, pese al alegato del recurrente, resulta narrada y evidenciada, en momentos muy próximos al cese con la nula disponibilidad del saldo (de ahí que las resoluciones que invoca, no impiden sino que corroboren la conclusión de comisión típica).

Mientras que el título en virtud del cual administraban los acusados los ingresos percibidos de la Comunidad denunciante, no autorizaban las disposiciones realizadas para atender gastos y servicios ajenos, aunque fueran propios de la gestión de administración de fincas, generados por otras Comunidades.

4. Por tanto, de conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta, los hechos deben ser subsumidos en un delito de apropiación indebida del dinero que recibido en administración para sufragar gastos de la Comunidad, no ha sido empleado a este fin, sino en otras atenciones como las referidas a otras Comunidades que también administraban; y ello, en forma incontestada y con el conocimiento al menos de la probable insuficiencia para liquidar adecuadamente con todas ellas, hasta su pérdida definitiva, pues extinguida la administración conferida y mediando un saldo de 48.580,92 a favor de la Comunidad, para la misma, ha operado ya una



definitiva expropiación de esa cantidad. Ello, lógicamente al margen de las indemnizaciones por dicho perjuicio al cabo del tiempo se perciban, con exclusiva incidencia en vía de responsabilidad civil.

5. Nada obsta a la calificación establecida, la reforma operada en esta materia por la LO 1/2015. Conforme indica esta Sala en la STS 272/2018, de 16 de junio, se establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. Tras la reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253 (STS nº 700/2016, de 9 de setiembre, 163/2016, 2 de marzo, etc.).

6. Si bien la expansión que experimenta en la reforma la actual administración desleal, la aproxima en mayor medida a la apropiación indebida, de ahí la misma penalidad; así en el caso de autos, las disposiciones indebidas del patrimonio ajeno, como si fuera propio de los administradores, se han producido durante todo el decurso de la administración en la conciencia de su eventual pérdida definitiva, pero la acreditación de la imposibilidad de su devolución, resulta muy próxima, casi coincidente temporalmente al cese, con el bloqueo de sus cuentas; y en la configuración de la actual administración desleal, la acción típica generalmente vendrá evaluada retrospectivamente, cuando el patrimonio administrado ha sufrido un detrimento y ello sea consecuencia de que el administrador no ha cumplido adecuadamente las obligaciones de su cargo, aunque no haya actuado con ánimo de provecho propio, ni dispuesto como suyo del patrimonio administrado.

7. Consecuencia de la carencia probatoria de mediar cesación fáctica en la administración en febrero de 2012, antes explicada, no pudo afirmarse la existencia de dos infracciones diversas de apropiación indebida; la definitiva pérdida de los fondos administrados se produce en un momento previo pero próximo al cese, donde manera casi abrupta, coinciden la falta de disponibilidad de fondo alguno con que retornar las indebidas disposiciones y la extinción del contrato de administración.

De modo que no resulta viable la calificación de continuidad delictiva, apartado en el que es estimado el recurso.

QUINTO.- El cuarto motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, por inaplicación del art. 732 LECr.

1. Se queja de la forma en la que se produjo la modificación de las conclusiones provisionales por parte del Ministerio Fiscal, que afirma, tuvieron lugar en el transcurso del juicio oral, pero sin que dicha modificación se plasmara debidamente por escrito.

2. Motivo necesariamente ha de ser desestimado, pues el primer antecedente de hecho de la resolución recurrida obra:

En trámite de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal, modificó sus conclusiones provisionales, aportando el correspondiente escrito de fecha 8 de noviembre de 2017, sólo en la primera conclusión fáctica, añadiendo: *"En fecha 20.2.2012 en Junta General extraordinaria la comunidad de propietarios adoptó un acuerdo para que el saldo de la comunidad dejara de estar en una cuenta bancaria de la administración de fincas y se traspasara a una cuenta a nombre de la comunidad, sin que los acusados hayan efectuado el traspaso en ningún momento"*. Y *"en cuanto a la Responsabilidad civil se adhiere a lo interesado por la Acusación Particular"*. Y mantuvo el resto de conclusiones provisionales.

Luego el trámite fue cumplimentado; la norma invocada de carácter estrictamente procesal no posibilita invocar este motivo; y en cuanto se ha desestimado que el acuerdo de la Junta tuviera incidencia para añadir una infracción apropiatoria más, carece en todo caso de objeto.

SEXTO.- El quinto motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por indebida aplicación de los artículos 109 y 110 CP

1. Alega que más allá del crédito propio que se reconoce a cada uno de los denunciados acusadores, se condena a la recurrente a indemnizar por un saldo superior que no ha sido ni tan siquiera reclamado por quien tenía derecho a ello, como sería la propia Comunidad de Propietarios, que no actúa como tal, o en su caso, los restantes copropietarios no denunciados ni reclamantes como perjudicados, lo que significa que la condena por responsabilidad civil no puede extenderse a sumas que no han sido ni tan siquiera reclamadas.



2. El motivo debe ser desestimado, pues tanto el Ministerio Fiscal, como la acusación particular, solicitó por responsabilidad civil la cantidad de 42.053,49 euros, a favor de la Comunidad de propietarios de la AVENIDA000 n° NUM002 de Barcelona, a quien ha sido concedida.

Nada obsta que no haya perjudicados personados, ni siquiera que el Ministerio Fiscal instara pronunciamiento sobre responsabilidad civil cualitativa o cuantitativamente superior a la que solicitasen los propios perjudicados, mientras no medie renuncia expresa; pues claros los términos del art. 108 LECr:

La acción civil ha de enablararse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.

El Ministerio Fiscal solicitó esa indemnización para perjudicada en la cantidad que obra en los hechos probados: *un saldo a favor de la Comunidad de 48.580,92 euros pendiente de abono por parte de Da Melisa, que nunca ha pagado*; a cuyo tenor debe estarse dado el motivo elegido, por lo que ningún quebranto normativo existe.

Recurso de Bartolomé

SÉPTIMO.- Los motivos primero, quinto, sexto y séptimo que formula este recurrente, coinciden exactamente con los ya examinados en el recurso de Melisa, por lo que en aras de estériles reiteraciones nos remitimos a lo ya expresado, para concluir igual suerte desestimatoria.

OCTAVO.- El tercer motivo lo formula por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECr., por cuanto la sentencia condenatoria no expresa clara y terminantemente los hechos probados constitutivos de apropiación indebida por los que ha sido condenado el recurrente

1. Afirma que en la sentencia condenatoria no se expresan con la debida claridad y separación los hechos probados achacables al recurrente que se consideren constitutivos de la apropiación indebida por la que se le condena. Argumenta en su sustento que el recurrente no era administrador de fincas ni tampoco puede ser considerado colaborador necesario.

2. La jurisprudencia de esta Sala Segunda, de la que es ejemplo la STS 307/2016 de 13 de abril y las que allí se citan, sobre el vicio procesal relativo a la falta de claridad de los hechos probados (art. 851.1 LECr), reitera que la sentencia debe anularse, prosperando por lo tanto este motivo, cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de la descripción fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que imposibiliten saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que genere dudas acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no.

Pero en modo alguno ampara este motivo, errores de valoración de prueba ni tampoco, obviamente de subsunción.

En el relato probado, se describe con claridad de modo perfectamente comprensible la conducta atribuida al acusado. La discrepancia sobre que hubiera acontecido así o que esos hechos declarados probados no integran conducta delictiva, son cuestiones que exceden del ámbito de este motivo.

NOVENO.- El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 2 CE, que determina la indebida aplicación de los art. 252, 249 y 74.2 CP; y el cuarto por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida aplicación de los arts. 252 y 249, en relación con el 74.2 CP

1. En ambos motivos, el recurrente reitera los argumentos y planteamiento del recurso de Melisa, desde cuya consideración igualmente ahora deben ser desestimados, con la excepción sobre la calificación de continuidad delictiva, que igualmente ahora se estima.

2. La única adición que expresa este recurrente es su condición de simple empleado de la Administración, que no tenía disposición de fondos, ni estaba obligado a rendir cuentas, y que su intervención fue prescindible y sustituible.

El relato de hechos probados indica que la acusada Melisa era Administradora colegiada y, a continuación que la acusada y su esposo, el ahora recurrente Bartolomé, se encargaban conjuntamente de la gestión de la Comunidad de Propietarios y, entre otras funciones, ambos acusados se encargaban de la administración de los gastos e ingresos de dicha Comunidad y de otras. Más adelante, narran que el acusado, de parte de la Administración de fincas Muñoz, asistió a la Junta de la Comunidad el día 20 de febrero de 2012 en que



se tomó el acuerdo referido y fue también el acusado quien suscribió el documento de 11 de junio de 2013, reconociendo la liquidación a fecha 30 de abril de 2013.

En el apartado de la fundamentación se indica:

(la acusada) reconoció que también era abogada y que compatibilizaba las dos profesiones, sin que los propietarios apenas la vieran, siendo el acusado el que trataba en realidad con ellos y el administrador de hecho de la comunidad de autos, pues la acusada reconoció que su marido administraba la Comunidad.

Como es sabido el delito de apropiación indebida es un delito especial, pues sólo puede ser cometido por quien ostenta la posesión de los bienes, es decir, el título jurídico de entregar o devolver, siendo el autor del mismo, quien administra la Comunidad, pudiéndose afirmar que ambos acusados la administraban, pero incluso de no aceptarse la autoría directa del acusado, sería innegable su participación como cooperador necesario del autor cualificado

En definitiva, resulta acreditado documental y testificalmente (intervención en las actas, trato con los administrados y configuración de saldos) que al menos en un período relevante el recurrente, al margen de la condición titulada de la esposa y la concreta actividad que esta desarrollara, actuaba como efectivo administrador o coadministrador de hecho; y así se recoge en los hechos probados e incluso admite la acusada que en periodo de su enfermedad la sustituía su marido en la administración y que su condición de mero empleado fue antes de jubilarse su padre (en 2006); y también el recurrente afirma que en determinadas épocas su esposa no trabajaba. Administrador de hecho que cumplimenta además todos los requisitos de la conducta típica exigida.

El motivo se desestima.

FALLO

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

1º.- **Declarar HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Melisa** , contra la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2017, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su rollo de Procedimiento Abreviado 48/2017, seguido por delito de apropiación indebida; y en su virtud, casamos y anulamos parcialmente la Sentencia dictada por dicha Audiencia; ello, con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

2º.- **Declarar HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Bartolomé** , contra la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2017, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su rollo de Procedimiento Abreviado 48/2017, seguido por delito de apropiación indebida; y en su virtud, casamos y anulamos parcialmente la Sentencia dictada por dicha Audiencia; ello, con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y la que seguidamente se dicta e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2915/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet



En Madrid, a 16 de enero de 2019.

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, Procedimiento Abreviado nº 48/2017, proveniente del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Barcelona, seguido por delito continuado de apropiación indebida, contra D^a Melisa y D. Bartolomé, en la que se dictó sentencia en fecha 15 de noviembre de 2017 que ha sido casada y anulada parcialmente por sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo expresado en el cuarto motivo de nuestra sentencia casacional, debemos dejar sin efecto la continuidad delictiva declarada en la sentencia de instancia y ser considerado un solo delito de apropiación indebida del artículo 252 CP, previo a la reforma operada por LO 1/2015, en cuya consecuencia, dada la falta de concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y en atención a los criterios de individualización establecidos en la sentencia que condujeron a la imposición punitiva próxima al umbral mínimo del marco resultante, procede ahora concretar la pena de privación de libertad para cada uno de los acusados en ocho meses de prisión.

FALLO

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

1º. Condenamos a D^a Melisa y a D. Bartolomé, mayores de edad, como autores responsables criminalmente de un delito de apropiación indebida de los arts. 252 y 249 del CP en la redacción del CP en el periodo de los hechos sin la concurrencia circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos, de **OCHO MESES DE PRISIÓN.**

2º. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia dictada en apelación no afectados por el presente, como los referidos a pena de inhabilitación, accesorias, responsabilidad civil, intereses y costas.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Andres Palomo Del Arco Vicente Magro Servet