



Roj: **STS 5576/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5576**

Id Cendoj: **28079120012015100829**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/12/2015**

Nº de Recurso: **706/2015**

Nº de Resolución: **836/2015**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Diciembre de dos mil quince.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de Flor ejercida como **acusación particular**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Sección Primera) de fecha 7 de octubre de 2014 en causa seguida contra Onesimo y Adrian, por un delito de apropiación indebida, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, la recurrente representada por el procurador don Marcos Juan Calleja García y como parte recurrida Onesimo representado por la procuradora doña María Rodríguez Puyol; Adrian y UNICAJA BANCO SA representados por el procurador don Antonio Ortega Fuentes. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de instrucción núm. 6 de Almería, incoó procedimiento abreviado 131/2012 diligencias previas 4671/2011, contra Onesimo y Adrian y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería (Sección Primera) rollo de Sala 1017/2013 que, con fecha 7 de octubre de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Resultan probados, y así se declara expresamente a los efectos del art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los siguientes hechos:

1. *El acusado, Onesimo, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Flor contrajeron matrimonio canónico en Granada el día 5 de diciembre de 1982.*

2. *Según escritura pública otorgada el día 29 de diciembre de 1993 e inscrita al margen de la inscripción del matrimonio a 9 de febrero de 1994, modificaron el régimen económico matrimonial, de gananciales a separación de bienes.*

3. *El haber ganancial se repartía de la siguiente forma: un chalet en lo (sic) localidad de Aguadulce y un local en la calle Dr. Carracido de esta ciudad de Almería que se adjudicaba Flor, más la hipoteca del segundo inmueble, y el capital social de la mercantil Jocafri SL y dinero en metálico que se adjudicaba Onesimo.*

4. *Con posterioridad, Flor adquirió un inmueble en la CALLE000 NUM000 de Almería en 1996, un inmueble Macarena y un local comercial en Almería a 1997.*

5. *Mediante escritura pública otorgada el día 19 de octubre de 1999, inscrita en diciembre de ese año, Flor compró un bungalow sito en la CARRETERA000, finca registral NUM001, inscrita al tomo NUM002, libro NUM003, del Registro de la Propiedad nº 2 de Almería, por el precio de 16 de (sic) millones de pesetas.*

6. *Sobre dicho inmueble constituyó en dichas fechas hipoteca con la entidad Unicaja por importe de 14,5 millones de pesetas.*



7. El préstamo, con número NUM004 , estaba vinculado a la NUM005 , que fue aperturada el día 7 de abril de 2000 por Flor y Onesimo con disposición indistinta.
8. En dicha cuenta NUM005 constan el pago de nóminas y de préstamos, así como ingresos por alquiler y abonos por pagarés y otros títulos mercantiles de Jocafri SL.
9. La hipoteca quedó cancelada con constancia de nota de cancelación a 2 de octubre de 2009 por pago total.
10. A 18 de diciembre de 2009, Flor vendió la finca a la Gerencia Municipal de Urganismo (sic) del Excmo. Ayuntamiento de Almería, inscribiéndose la venta a 26 de febrero de 2010, a consecuencia de una expropiación.
11. El precio de la venta fue de 283.078,85 €, cobrados el día 18 de diciembre de 2009 mediante cheque abonado en la cuenta de Unicaja NUM005 .
12. A 31 de diciembre de 2009, Onesimo y Flor impusieron, con vencimiento fijo de 31 de diciembre de 2014, 100.000 €, con liquidación periódica anual, al 2,5, 2,7, 3, 6,2 y 3,7 %.
13. La imposición, con número NUM006 , contenía una condición de disposición indistinta por ambos impositores, y estaba vinculada a la cuenta NUM005 para abono de intereses.
14. Según la primera de las condiciones particulares de la imposición: "(...) no obstante, en caso de cancelación anticipada de esta imposición a plazo, los intereses correspondientes al período de interés que se encuentre en curso al momento de la cancelación anticipada se liquidarán en el momento de dicha cancelación calculados al tipo de interés nominal anual que, según la anterior tabla, corresponda al período de interés inmediato anterior, sin perjuicio de lo que se determina a continuación para los casos de cancelación anticipada en el primero o segundo período de interés. En caso de que la cancelación anticipada se produzca estando en curso el primero o segundo período de interés, el tipo nominal anula aplicable a estos efectos será del 1,5 %".
15. Según la condición particular 2, "en caso de cancelación anticipada no se devengará a cargo del titular la penalización referida en las condiciones generales".
16. Según la condición general quinta de dicho contrato: "(pluralidad de clientes) Si la cuenta se abre a nombre de varios clientes, deberá expresarse si es indistinta o mancomunadamente. Los clientes indistintos o solidarios se autorizan ampliamente para que cualquiera de ellos pueda ejercitar frente a Unicaja la totalidad de los derechos dimanantes de este contrato, lo que incluye la facultad de cancelar la cuenta. Si el régimen de cotitularidad de la cuenta es mancomunado, el ejercicio de todos los derechos derivados de la misma, impliquen o no disposición de efectivo, precisará el consentimiento de aquellos conforme al régimen de4 (sic) disposición pactado. En el supuesto de cotitularidad y régimen de disposición mancomunado, para la revocación o modificación de las facultades de las personas autorizadas o apoderadas será preciso que los cotitulares manifiesten tal voluntad de acuerdo con el régimen de disposición pactado".
17. Según la condición general sexta de dicho contrato: "(órdenes contradictorias (sic)) cuando diversos cotitulares, herederos o personas con derecho a disponer de la cuenta diesen instrucciones sobre la misma contradictorias entre sí, o en el caso de que un tercer facilitara motivadamente a Unicaja indicaciones respecto al destino que se hubiere de dar a los fondos depositaos, ésta podrá proceder al bloqueo de la cuenta, impidiendo la disposición de los fondos depositados en tanto no reciba instrucciones coincidentes y unánimes de todos ellos. En los casos descritos en el párrafo anterior, podrá Unicaja, asimismo, proceder a la consignación judicial o notarial de los fondos depositados en la cuenta, corriendo todos los gastos que se deriven de la misma a cargo del cliente (o, en su caso, del tercero interesado), que dando facultada Unicaja sobre adeudarlos en la cuenta vinculada o detraerlos del importe del depósito".
18. Según la condición general undécima de dicho contrato: "(vencimiento) este depósito tiene vencimiento fijo en la fecha convenida en su apertura, o en la que corresponda en el caso de prórroga, no pudiendo ser alterada tal fecha durante su vigencia. Llegado el vencimiento, se procederá a la liquidación del depósito, con abono de su importe en la cuenta vinculada, junto con los intereses que se hayan denegado, deducidas las retenciones o ingresos a cuenta que correspondan de acuerdo con la normativa fiscal en vigor. No obstante lo anterior, Unicaja, a solicitud del cliente, podrá acceder a cancelar anticipadamente el depósito, pudiendo aplicar, una vez liquidados los intereses que se hubiesen devengado hasta tal fecha, la penalización por cancelación anticipada que se recoge en las condiciones específicas de este contrato, calculada sobre el nominal de la misma, y por el período que medie entre la fecha de cancelación y el vencimiento pactado, sin que dicha penalización pueda exceder del importe de los intereses devengados desde el inicio de la operación".
19. En la cuenta NUM005 consta un cargo de 100.000 € para la imposición anteriormente indicada, y otro por el mismo importe para otra imposición a plazo fijo con el número NUM007 .
20. En julio de 2010 ocurrió una crisis matrimonial del matrimonio que formaban Onesimo y Flor .



21. No obstante, el día 15 de julio de 2010, Onesimo y Flor concertaron con Unicaja la imposición de 50.000 € en el fondo de inversión con número NUM008 .
22. A 24 de noviembre de 2010, la defensa de Flor comunicó a Onesimo su intención de aperturar negociaciones para separarse de mutuo acuerdo.
23. El día 4 de enero de 2011, Flor acudió a la oficina de Unicaja a cancelar la IPF NUM006 , a lo que el director de la oficina, el acusado Adrian , mayor de edad y sin antecedentes penales, le previno que lo reconsiderase con su marido, dado que la retirada implicaba el abono de liquidaciones de intereses en su contra.
24. No obstante, el día 19 de enero de 2011, Onesimo dispuso en su totalidad de la imposición, obteniendo al efecto la cantidad de 98.880 €.
25. Dicho importe fue ingresado en la cuenta NUM009 , cuyo titular es D. Onesimo , y cuyo primer aunque contable es el ingreso de 98.800 €, seguido de la operativa ordinaria de su actividad profesional.
26. A 25 de enero de 2011, Flor reclamó por dicha disposición a Unicaja, y, asimismo, la devolución del fondo de inversión de 50.000 € con número NUM008 . El día 21 le reclamó la devolución a Onesimo .
27. El fondo de inversión quedó rembolsado (sic) a favor de Flor a 1 de julio de 2011.
28. La representación procesal de Flor presentó demanda de divorcio contencioso contra Onesimo , admitida por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Almería mediante Decreto de 29 de julio de 2011, autos 1044/2011.
29. En dicho procedimiento consta sentencia 177/2012, de 8 de marzo, que dilucidó, además de la declaración de divorcio, la atribución del bien inmueble común del matrimonio, a favor de la esposa, se fijaba una pensión de alimentos a favor de los hijos de 375 € y se fijaba una pensión compensatoria a favor de la esposa de 300 €.
30. Durante la vida del matrimonio, Onesimo ha sido el gestor de la mercantil Jocafri SL.
31. En dicho período, Flor ha trabajado para dicha empresa (de 1990 a 1993), y estuvo de alta como autónoma de 1982 a 1985, de 1995 a 2000, y en el año 2007, llevando a cabo una actividad secundaria y vinculada con la mercantil Jocafri".

Segundo.- La Audiencia Provincial de Almería, Sección Primera, dictó sentencia núm. 219/2014 con el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS : Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Onesimo y Adrian de las pretensiones penales por las que venían siendo acusados.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas.

Queden sin efecto las medidas cautelares acordadas en las piezas de responsabilidad civil de los acusados.

Llévese el original de esta resolución al libro de sentencias y autos definitivos, dejando testimonio literal de la misma en las actuaciones.

Firme que sea esta resolución, y ejecutado lo acordado, procédase al archivo definitivo de las actuaciones, previas las inscripciones correspondientes en los libros registro de este Juzgado.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación que se formulará mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la recurrente, 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 legal de la acusación particular ejercida por Flor , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del Tribunal a quo. II.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por infracción de los arts. 249 , 250.5 y 6 del CP y de los arts. 1315 , 1325 , 1453.2 ° y 1435 a 1444 del CC .

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 2 de junio de 2015 evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

Sexto.- Por providencia de fecha 1 de diciembre de 2015 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.



Séptimo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 16 de diciembre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 219/2014, dictada con fecha 7 de octubre de 2014 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, absolvió a los acusados Onesimo y Adrian del delito de apropiación indebida por el que venían siendo acusados.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la acusación particular, ejercida por Flor. Se formalizan dos motivos. Ambos por infracción de ley. El primero de ellos, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, denunciando error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y demuestran la equivocación del juzgador. El segundo, con cita del art. 849.1 de la LECrim, sostiene error de derecho en la aplicación de un precepto penal de carácter sustantivo. Ambos motivos serán analizados de forma separada.

2.- La defensa del recurrente -como apunta el Fiscal en su escrito de impugnación- construye su discurso impugnativo a partir de una serie de documentos que, sin embargo, no son invocados para aspirar a una rectificación del hecho probado, sino para manifestar su discrepancia con las conclusiones probatorias proclamadas por el Tribunal *a quo*. No es éste, sin embargo, el significado casacional de la vía que habilita el art. 849.2 de la LECrim. Además, algunas de las inferencias que el recurrente sugiere son completadas por declaraciones personales que, como es sabido, son inhábiles para respaldar el error probatorio que exige el motivo.

A) En efecto, basta la lectura del desarrollo argumental que anima el recurso para advertir el énfasis que la defensa pone en el valor probatorio de las declaraciones del acusado Onesimo. Incluso se transcriben fragmentos de las respuestas de aquél al interrogatorio desarrollado ante el Juez de instrucción, en el marco de las DP 131/2012. Y se valora, además, la contradicción entre ese testimonio y lo que fue declarado en el plenario. Nada de esto es admisible en el marco del recurso de casación por infracción de ley que autoriza el art. 849.2 de la LECrim.

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación y la distancia de esta Sala respecto de las fuentes de prueba sobre las que se ha basado la respuesta jurisdiccional en la instancia, cierran la puerta a una revisión de la valoración probatoria suscrita por el Tribunal de instancia. Precisamente por ello, los estrechos límites que ofrece la vía casacional del art. 849.2 de la LECrim, sólo autorizan una alegación impugnativa basada en documentos que, por sí solos, sin necesidad de complementos ni añadidos probatorios que refuercen su virtualidad, permitan ofrecer a la consideración de la Sala una nueva redacción del hecho probado.

La doctrina de esta Sala -de la que las SSTS 1238/2009, 11 de diciembre, 936/2006, 10 de octubre y 778/2007, 9 de octubre, son elocuentes ejemplos-, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: a) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; b) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; c) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal (art. 741 LECrim); d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo; e) asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del *factum* derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del *factum* que no es un fin en sí mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Como puede apreciarse, el esfuerzo argumental emprendido por la defensa para lograr la estimación del motivo se aparta de los requerimientos técnicos inherentes a la interpretación jurisprudencial del art. 849.2 de la LECrim. Este defecto es también visible en las alegaciones mediante las que se pretende la condena de Adrian. Con ese objetivo, no llegan a citarse ni siquiera documentos genuinamente casacionales. Antes al contrario, el motivo se limita a invocar, en respaldo del supuesto error probatorio que se adjudica a los Jueces de instancia, las declaraciones del acusado (folios 90 a 93), ratificadas en el acto del juicio oral.



Sea como fuere, la Sala ha examinado los documentos invocados y ninguno de ellos, desde luego, es expresivo del error que se reivindica.

a) Es el caso, por ejemplo, de la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 29 de diciembre de 1993. Su examen -se razona por la defensa- permitiría concluir que el bungalow adquirido por Flor con fecha 19 de octubre de 1999, le pertenecía en exclusiva con carácter privativo.

Pues bien, la Audiencia no ha silenciado la titularidad de ese bungalow. Lo adjudica a la recurrente en el apartado 5º del juicio histórico. Así se desprendería de la escritura pública otorgada el 19 de octubre de 1999, inscrita en el mes de diciembre de ese mismo año, en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Almería, también valorada en la instancia. Pero concluye que el dinero obtenido con la hipoteca de ese inmueble, otorgada por la entidad Unicaja por importe de 14,5 millones de pesetas, se hallaba vinculado a la cuenta NUM005 , "... que fue apertura el día 7 de abril de 2000 por Flor y Onesimo con disposición indistinta".

Y es esta secuencia fáctica la que resulta luego decisiva para razonar la ausencia de delito en la conducta de ambos acusados.

b) La misma irrelevancia casacional tiene la invocación como documento de la sentencia firme recaída en los autos de divorcio contencioso 1044/2011, dictada por el titular del Juzgado de primera instancia núm. 6 de Almería, en sus fundamentos de derecho primero, segundo y tercero.

Con su cita se pretende desvirtuar la afirmación de la sentencia recurrida de que los cónyuges pactaron la separación de bienes para salvaguardar el patrimonio inmobiliario de los riesgos derivados de la actividad empresarial del acusado.

Más allá de la discutible relevancia que ese hecho tenga en la calificación del acto dispositivo que fue objeto de enjuiciamiento, no tiene razón el recurrente.

El objetivo de la vía impugnativa que ofrece el art. 849.2 de la LECrim , no es el de combatir las inferencias del Tribunal *a quo*, sino la proclamación fáctica que se formula en contraposición con documentos que, con carácter general, preexisten a la causa y que son autosuficientes para constatar el error valorativo del Tribunal.

De otra parte, la jurisprudencia más que consolidada de esta Sala, que niega a las sentencias dictadas en otro orden jurisdiccional el valor de documento a efectos casacionales. Hemos insistido en que las sentencias emanadas de otros órganos jurisdiccionales carecen de valor documental a efectos casacionales. Decíamos en las SSTS 76/2013, 31 de enero ; 456/2008, 8 de julio , que es doctrina reiterada que las sentencias no suponen documento válido para demostrar el pretendido error. Constituye doctrina jurisprudencial consagrada y pacífica: a) que los testimonios a certificaciones de resoluciones, más concretamente sentencias, dictadas por cualesquiera órganos judiciales, acreditan la realidad de su emisión, pero de ninguna manera, y frente a otros órganos judiciales, hacen fe del acierto y corrección jurídica de lo resuelto, ni de la realidad y veracidad de los hechos que le sirvieron de antecedente y determinaron su pronunciamiento; b) lo resuelto por un Tribunal, y excepto en el contenido y alcance propio que contornea la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro distinto, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como correcto lo ya resuelto, o, por el contrario, llegar a conclusiones dispares de las del primero; c) en consecuencia, no pueden extrapolarse las apreciaciones o valoraciones de los jueces recogidas en una determinada resolución; se incurriría en recusable interferencia en la función de apreciación racional y en conciencia de la prueba reservada inexcusablemente al Juez o Tribunal sentenciador; d) de ahí que se predique, cuando de error en la apreciación de la prueba se trata, la carencia de virtualidad suficiente de los fundamentos fácticos de sentencias o resoluciones antecedentes, a fin de que en proceso distinto y por Tribunal diferente se haya de estar forzosamente a las conclusiones adoptadas en aquéllas; y e) la jurisdicción penal, por su carácter sancionador y la naturaleza personal de las penas que pueden ser impuestas, requiere un máximo de rigor en la valoración de las pruebas (cfr. en el mismo sentido las SSTS 338/1992, 12 marzo y 450/1995, 27 marzo , entre otras muchas).

c) Mediante la certificación expedida por Unicaja, en la que aparece Flor como titular del préstamo hipotecario que gravaba el bungalow vendido al ayuntamiento de Almería, cancelado el día 31 de octubre de 2007, pretende acreditarse que fue la recurrente la que pagó con sus propios ingresos esa garantía inmobiliaria.

Sin embargo, ese documento -cuya realidad no ha sido ajena a la valoración de los Jueces de instancia- no puede entenderse sin las vicisitudes que siguieron a esa operación y de las que se hace eco la resolución recurrida.

Lo mismo acontece con el otro documento -extractos de las cuentas corriente abierta en Unicaja a nombre de ambos esposos y de la que era titularidad exclusiva del acusado- mediante las que se evidencia que el depósito o imposición a plazo fijo núm. NUM006 , no fue constituido para atender a las necesidades o gestión



del negocio de Onesimo , sino "... como ahorro personal de ella, como resulta propio e inherente a este tipo de producto financiero y que difiere totalmente del contrato de cuenta corriente, que sí está previsto para realizar cobros y pagos".

En definitiva, la Audiencia no prescindió de la valoración de ninguno de esos documentos. Tampoco obtuvo de su contenido inferencias probatorias extravagantes o ajenas a su literalidad.

B) Al margen de lo expuesto, conviene no olvidar que el examen de toda impugnación casacional que, por la vía del art. 849.2 de la LECrim , tenga por objeto dejar sin efecto una sentencia absolutoria y sustituirla por un pronunciamiento de condena, topa con el obstáculo de una jurisprudencia del TEDH, constitucional y de esta misma Sala, que ha contribuido a una ruptura histórica con el entendimiento tradicional del error de hecho en la valoración de las pruebas, cuando aquél se deriva de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del órgano decisorio.

Bien es cierto que esa misma jurisprudencia -decíamos en nuestras SSTS 161/2015, 17 de marzo ; 976/2013, 30 de diciembre y 91/2013, 1 de febrero - no ha contado con la uniformidad que habría sido deseable, sobre todo, en una materia de tanta repercusión e importancia en el desenlace de cualquier proceso penal. Inicialmente fueron las exigencias derivadas del principio de inmediación las que llevaron a rechazar la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ante el que no se habían desarrollado las pruebas personales pudiera valorar éstas para neutralizar el fallo absolutorio, sustituyéndolo por un pronunciamiento de condena (STC 142/2011, de 26 de septiembre ; 167/2002, de 18 de septiembre ; 213/2007, de 8 de octubre ; 64/2008, de 26 de mayo ; 115/2008, de 29 de septiembre ; 49/2009, de 23 de febrero ; 120/2009, de 18 de mayo ; 184/2009, de 7 de septiembre ; 215/2009, de 30 de noviembre y 127/2010, de 29 de noviembre). Otras resoluciones han completado esa línea argumental, acentuando la necesidad de excluir cualquier quiebra de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24 de la CE), que podrían verse afectados si quien ha resultado absuelto en la instancia es luego condenado en virtud de un recurso que no prevé su audiencia o si los medios de prueba personales valorados en la instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3 ; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1 ; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1 ; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2 ; 360/2006, de 18 de diciembre , FFJJ 3 y 4). Y la jurisprudencia del TEDH añade en su análisis -como recuerda la STC 45/2011, de 11 de abril - que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, *caso Constantinescu c. Rumanía* , § 55 ; 1 de diciembre de 2005, *caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía* , § 39 ; 18 de octubre de 2006, *caso Hermi c. Italia* , § 64 ; 10 de marzo de 2009, *caso Igual Coll c. España* , § 27 y 16 de diciembre de 2008, *caso Bazo González c. España* (§ 31), entre otras),

Los pronunciamientos que, con uno u otro matiz, definen el actual estado de cosas en el ámbito del recurso de casación, permiten algunas conclusiones que cuentan con un alto grado de aceptación y que inspiran buena parte de las resoluciones más recientes de esta misma Sala y del Tribunal Constitucional. La primera, que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo (cfr. STC 201/2012, 12 de noviembre ; 21/2009, 20 de abril y 29/2008, de 20 de febrero , entre otras). Así lo hemos proclamado en el reciente acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 10 de enero de 2013. En segundo lugar, que la revocación de un pronunciamiento absolutorio sin haber presenciado las pruebas personales practicadas durante el plenario contraviene elementales exigencias asociadas al principio de inmediación y puede menoscabar, en determinados casos, el contenido material de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

A partir de esas dos premisas, las consecuencias en el ámbito de la casación penal se proyectan de manera obligada sobre los motivos por infracción de ley que contempla el art. 849 de la LECrim .

En efecto, en aquellas ocasiones en las que por la vía que ofrece el apartado 1º de ese precepto se postule la rectificación de un erróneo juicio de subsunción que haya llevado en la instancia a la absolución del imputado, ningún obstáculo existirá para que, sin alterar la resultancia fáctica, los hechos encajables en un tipo penal indebidamente inaplicado, den pie a una sentencia condenatoria, casando y anulando aquella que erróneamente absuelva en la instancia al acusado. El debate jurídico sobre el que convergen líneas argumentales que se construyen a partir de la observancia del *factum* permite un desenlace condenatorio en casación sin que se resienta ninguno de los principios que presiden la valoración probatoria.

Cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la LECrim , esto es, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión ofrece otros matices. En efecto, la posibilidad de rectificar el hecho probado



con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que "... demuestran la equivocación del juzgador", ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado art. 849.2 de la LECrim. En él se exige que esos documentos no resulten "... *contradichos por otros elementos probatorios*". Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario. Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valorar pruebas personales -aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado- que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio.

Todo indica, por tanto, que sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (arts. 884.4 , 6 y 885.1 y 2 de la LECrim .

3 .- El segundo de los motivos, por la vía que habilita el art. 849.1 de la LECrim denuncia infracción de ley, indebida inaplicación de los arts. 252 , 249 , 250.5 y 6 del CP , así como los arts. 1315 , 1325 , 1453.2 y 1435 a 1444 del Código Civil .

Varias precisiones son obligadas.

La primera, que el recurso de casación por infracción de ley, error de derecho, sólo permite atacar el juicio de subsunción llevado a cabo por el Tribunal *a quo*. De ahí que su propio enunciado se refiera a la infracción de "... *un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal*" (art. 849.1 LECrim). Las referencias a distintos preceptos del Código Civil, por más que resulten decisivos para definir el régimen jurídico civil de las relaciones entre el acusado y su ex cónyuge, no tienen, en el presente caso, la trascendencia que se les atribuye respecto del juicio de tipicidad.

La segunda, que el motivo por infracción de ley, basado en el error de derecho, exige como presupuesto *sine qua non* que la impugnación se construya a partir del hecho probado. El recurrente ha de operar sin añadidos ni supresiones que moldeen el *factum* conforme a su personal estrategia defensiva.

A) Una primera consecuencia se desprende de lo anterior, a saber, la obligada desestimación del motivo referido al acusado Adrian , empleado de la entidad bancaria Unicaja a la que la acusación particular atribuye la condición de cooperador necesario del delito de apropiación indebida que adjudica a Onesimo . Y es que no existe en el juicio histórico secuencia fáctica alguna que permita afirmar la concurrencia de los elementos del tipo (art. 252 del CP) por el que se formula acusación. De hecho, el único fragmento en el que se menciona la aportación del acusado a los hechos se contiene en los apartados 23 y 24 del relato de hechos probados: " *el día 4 de enero de 2011, Flor acudió a la oficina de Unicaja a cancelar la IPF NUM006 , a lo que el director de la oficina, el acusado Adrian , mayor de edad y sin antecedentes penales, le previno que lo reconsiderase con su marido, dado que la retirada implicaba el abono de liquidaciones de intereses en su contra. (...) No obstante, el día 19 de enero de 2011, Onesimo dispuso en su totalidad de la imposición, obteniendo al efecto la cantidad de 98.880 euros*".

Como puede apreciarse, ninguno de los elementos de los tipos objetivo y subjetivo que integran el art. 252 del CP se dibuja con la nitidez precisa para entender que el Tribunal incurrió en un error en el juicio de subsunción. La desestimación resulta, por tanto, obligada (art. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

B) Cuestión distinta es la posible calificación de los hechos respecto del otro acusado, Onesimo .

La posibilidad de cometer un delito de apropiación indebida, en su modalidad de administración desleal, por aquel que distrae la totalidad o parte del metálico depositado en una cuenta corriente conjunta o en cualquier otro instrumento financiero de titularidad compartida, ha sido admitida por esta Sala. Es cierto que no faltan las oscilaciones jurisprudenciales, tal y como expone con precisión el Fiscal en su escrito de impugnación. La defensa del recurrente, por su parte, menciona en su recurso uno de los recientes pronunciamientos que se adscriben a esa línea jurisprudencial, en el que también se alude a la etapa histórica en la que esa posibilidad era cuestionada (cfr. STS 453/2009, 9 de octubre).



Sea como fuere, en la STS 45/2011, 20 de mayo , con cita esta última de la STS 949/1997, 27 de junio , afirmábamos que aunque los cotitulares de una cuenta bancaria ostentan facultades de disposición frente al banco, esto no significa que entre esos cotitulares exista un condominio sobre los fondos, sino que habrá que estar a las relaciones internas entre ellos. En la misma línea hemos señalado que en los supuestos de comunidad sobre un depósito de dinero, comete delito de apropiación indebida quien se queda con la parte que corresponde a otra u otras personas (cfr. SSTS 97/2006, 8 febrero 899/2003, 20 de junio y 97/2006, 8 de febrero).

Pues bien, la lectura del factum pone de manifiesto que el acusado Onesimo , con fecha 19 de enero de 2011, dispuso en su totalidad de la imposición referida al plazo fijo NUM010 , obteniendo así la cantidad de 98.880 euros. Este hecho, por sí sólo, con independencia del encomiable esfuerzo argumental del Letrado de la parte recurrente a fin de demostrar el carácter privativo o ganancial de los bienes inmuebles de cuya venta o gravamen procedía el metálico dispuesto, reúne los elementos del tipo que definen el delito de administración desleal tipificado en el art. 252 del CP . Apropiarse del dinero compartido en una cuenta corriente de titularidad conjunta o respecto de la que sólo existen facultades de disposición, integra el tipo. Encierra un acto de deslealtad frente al cotitular o frente a aquel que ha autorizado la disposición.

Sin embargo, un primer obstáculo impide proclamar el juicio de tipicidad. Y es que el relato de hechos probados acoge otra afirmación que convierte a la querellante en ejecutora de un acto compartido de deslealtad. Y es que, con fecha 25 de enero de 2011, Flor *"... reclamó (...) a Unicaja (...) la devolución del fondo de inversión de 50.000 euros con número NUM008 (...). El fondo de inversión quedó reembolsado a favor de Flor a 1 de junio de 2011"*. Se trata, en el presente caso y según precisa el factum en el apartado 21, de la imposición concertada con Unicaja por ambos esposos -querellante y querellado- por importe de 50.000 euros.

A ese dato se une otro que no puede pasar desapercibido en el momento de formular el juicio de tipicidad. Y es que en el FJ 23 puede leerse lo siguiente: *"... hasta el punto de que los pactos continúan entre la pareja: la otra imposición no consta cancelada, y sí que consta disposición mutua de fondos por ambas partes (98.000 euros el Sr. Onesimo y 50.000 euros la Sra. Flor). La Sala muestra su conformidad a las alegaciones del Letrado defensor en el sentido de que la cuestión de estas disposiciones ha de dilucidarse en un procedimiento de liquidación de régimen de matrimonio, y, de hecho, pudo ya haberse dilucidado en el que ya consta en las actuaciones (folios 22, 34 y 251 a 256 de las actuaciones, hechos 22, 28 y 29)"*.

No resulta fácil, desde luego, proclamar la tipicidad de los hechos declarados probados cuando en los mismos se describen dos actos cruzados de deslealtad, entendidos éstos como acciones unilaterales de disposición de fondos de una cuenta de titularidad conjunta. El problema se complica cuando además, como razona la Audiencia, siguen existiendo en la actualidad actos de disposición conjunta tolerados por la recurrente y el acusado. El delito de apropiación indebida no se dibuja con la nitidez exigida cuando la determinación de las cantidades indebidamente distraídas depende de un proceso previo de liquidación que defina la verdadera capacidad de disposición de aquel a quien se atribuye un acto expropiatorio del dinero u otra cosa fungible.

La jurisprudencia de esta Sala -decíamos en nuestras SSTS 661/2014, 16 de octubre y 162/2008, 6 de mayo - ha reconocido en numerosas ocasiones que la imposibilidad de fijación de una cuantía líquida y exigible, puede alzar un obstáculo insalvable a la tipicidad del hecho, en la medida en que podría llegar a desdibujar la concurrencia del dolo y la existencia misma de ánimo de lucro. La STS 142/2007, 12 de febrero , recuerda, confirmando lo que ya expresaran las SSTS 1546/2004, 9 de diciembre , 930/2003, 27 de junio , 173/2000, 12 de febrero y 1566/2001, 4 de septiembre que *"... en el caso de relaciones jurídicas complejas que se proyectan durante largo tiempo y en la que existe un confusiónismo de diferentes compensaciones de deudas y créditos, resulta imposible derivar a la jurisdicción penal, bajo el cobijo del delito de apropiación indebida, la resolución del conflicto "*.

C) Una última cuestión refuerza la imposibilidad de declarar probada la existencia de un delito de apropiación indebida, tal y como pretende el recurrente por la vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim .

No consta en la sentencia de instancia que las partes hayan alegado la previsión de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 del CP . Sin embargo, según aclara el apartado 28 del juicio histórico, *"... la representación procesal de Flor presentó demanda de divorcio contencioso contra Onesimo , admitida por el juzgado de Primera instancia núm. 6 de Almería mediante decreto de 29 de julio de 2011, autos 1044/2011"*.

Nótese que la fecha de presentación de la demanda es muy posterior al acto de disposición imputado a Onesimo , que se produjo el 19 de enero de 2011, varios meses antes de que se formalizara el proceso judicial de separación. Es cierto que el art. 268 del CP hace operativo el efecto exoneratorio de la excusa absolutoria que en el mismo se contiene a *"... los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio"*. Es decir, los actos expropiatorios ejecutados cuando la separación ya era un hecho y, por tanto, con anterioridad a la formalización de la demanda judicial,



no quedarían amparados bajo la cobertura de esa exención. En el caso que centra nuestra atención, según aclara el apartado 20 del juicio histórico, "...en julio de 2010 ocurrió una crisis matrimonial del matrimonio que formaban Onesimo y Flor ". No hay duda de que esa " *crisis matrimonial*", por el simple contraste de fechas, se produjo con anterioridad al acto dispositivo sobre el que la acusación construye el delito de apropiación indebida. Pero el laconismo del *factum* tampoco permitiría -si ello resultara decisivo- concluir si existía o no la separación de hecho que exige como presupuesto el art. 268 del CP para excluir el efecto exoneratorio. Es cierto que la separación de hecho suele ser subsiguiente a una crisis matrimonial, pero no toda crisis matrimonial desemboca en la separación de hecho. La equivocidad del término " *crisis matrimonial*", no identificable de forma necesaria con el de " *separación de hecho*" empleado por el art. 268 del CP , añade otra razón más al rechazo del motivo.

4.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas procesales a la recurrente, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim , con pérdida del depósito, si éste hubiera sido constituido.

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **Flor** contra la sentencia núm. 219/2014, dictada con fecha 7 de octubre de 2014 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería , en la causa seguida por el delito de apropiación indebida y condenamos a la recurrente al pago de las costas causadas y a la pérdida del depósito para recurrir si éste hubiera sido depositado.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Francisco Monverde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro D. Juan Saavedra Ruiz **PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gomez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.