



Roj: **STS 440/2023 - ECLI:ES:TS:2023:440**

Id Cendoj: **28079120012023100091**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2023**

Nº de Recurso: **5474/2020**

Nº de Resolución: **9/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Alicante, Sección 7ª, 04-06-2020,
STS 440/2023**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 9/2023

Fecha de sentencia: 19/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5474/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/01/2023

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección Séptima.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5474/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 9/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco



D. Vicente Magro Servet

D.^a Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 19 de enero de 2023.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados Dña. Macarena y D. Carlos Antonio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Séptima, de fecha 4 de junio de 2020, que los condenó por delito de apropiación indebida, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados, respectivamente, por la Procuradora Dña. Yolanda Sánchez Orts y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a de la Paz Alarcón Frasquet y por el Procurador D. Juan Carlos González González y bajo la dirección Letrada de D. Juan Bautista Llobat Ferrero, y las Acusaciones Particulares Dña. Noelia representada por la Procuradora Dña. Alicia Reynolds Martínez y bajo la dirección Letrada de D. Ángel Igual Alonso, y D. Baldomero representado por la Procuradora Dña. Rocío Marsal Alonso y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a del Pilar Igualador Pascual.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Torrevejea incoó Procedimiento Abreviado con el nº 51/2014 contra Macarena, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Séptima, que con fecha 4 de junio de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"El acusado Carlos Antonio, mayor de edad y sin antecedentes penales, y la acusada Macarena, mayor de edad y sin antecedentes penales, eran en la fecha de los hechos socios y administradores de las sociedades mercantiles "Dyazyaniz,SL" y "Crefinance 2006 SL" dedicadas a la gestión de bienes inmuebles. Los acusados, actuando de común acuerdo y con una unidad de fin, acordaron con Baldomero y con Noelia un negocio jurídico en virtud del cual Baldomero y Noelia entregarían a la empresa representada por los acusados "Dyazyaniz SL" el pleno dominio de sus viviendas sitas en la CALLE000 n.º NUM000 de la localidad de Torrevejea y en la CALLE001 n.º NUM001 de la localidad de Elda, así como 40.000 euros en efectivo a cambio de que los acusados formalizaran un contrato de reconocimiento de deuda y préstamo personal en cuya virtud Baldomero y Noelia recibirían en contraprestación una renta mensual de 1200 euros en concepto de intereses mensuales hasta el año 2020 en el que recibirían un pago único de 120.000 euros. De esta forma y siendo el día 29 de julio de 2009 Baldomero y Noelia procedieron a formalizar escritura pública notarial otorgando a la entidad "Crefinance SL" administrada por los acusados, poder para proceder a la venta de la vivienda sita en la CALLE001 n.º NUM001 de la localidad de Elda, que fue vendida por los acusado a un tercero por el precio de 35.000 euros. De la misma forma y siguiendo lo pactado, con fecha de 19 de noviembre de 2009 los acusados Carlos Antonio y Macarena, y de acuerdo con lo pactado, actuando los acusados como administradores y representantes legales de la sociedad mercantil "Dyazyaniz Inversiones SL" celebraron escritura pública de compraventa del inmueble sito en la CALLE000 n.º NUM000 de la localidad de Torrevejea con Baldomero y Noelia en calidad de vendedores, por el precio de 67.901,03 euros, haciendo constar en la escritura que los vendedores habían recibido 54.000 euros en metálico y que los restantes 13.901,03 euros debían destinarlo los acusados a la cancelación de la hipoteca que subsistía sobre el bien inmueble con la entidad bancaria "La Caixa". De la misma forma y de acuerdo con lo convenido, Baldomero y Noelia procedieron a entregar la cantidad de 40.000 euros a los acusados mediante transferencias bancarias en favor de la entidad "Dyazyaniz Inversiones SL" con fecha de 29 de abril de 2009, transfiriendo un importe de 10.000 euros; con fecha 4 de mayo de 2009 transfiriendo un importe de 10.000 euros; con fecha 6 de mayo de 2009 transfiriendo un importe de 5.000 euros y con fecha de 7 de mayo de 2009 transfiriendo un importe de 15.000 euros, procediendo los acusados a apoderarse de las sumas entregadas. Los acusados se fueron apropiando de todas estas cantidades y en vez de aplicarlas al pago de los intereses pactados y a la devolución a los perjudicados de 120.000 euros al cabo de un plazo de 10 años, lo emplearon en diferentes negocios propios, devolviendo en concepto de intereses al matrimonio Baldomero - Noelia únicamente 5.837 euros. Asimismo y siguiendo lo pactado entre las partes, el acusado Carlos Antonio, procedió a formalizar con fecha 1 de enero de 2010 un documento privado de reconocimiento de deuda en virtud de préstamo personal en favor de Baldomero y Noelia de acuerdo con el cual el acusado de Carlos Antonio reconocía adeudarles la suma de 120.000 euros que les serían entregados en único pago el día 1 de enero de 2020 y acordándose a su vez el pago de intereses anuales que el acusado Carlos Antonio realizaría en favor de Baldomero y Noelia por un importe de 12% anual, liquidándose del 1 al 10 de cada mes mediante transferencia bancaria a la cuenta de los mismos siendo por un importe mensual de 1.200 euros. A su vez, y tras haber procedido al pago de los intereses correspondientes al primer mes de febrero de 2010 de 1.200 euros mediante transferencia bancaria

a la cuenta de Baldomero y Noelia , y tras abonar 1.140 euros correspondientes a los intereses devengados en el mes de marzo de 2010, procedieron a abonar 1.100 euros con fecha 2 de julio de 2010, 1.100 con fecha 3 de agosto de 2010, 197 euros con fecha 13 de agosto de 2010 y 1.100 euros con fecha 7 de septiembre de 2010, y actuando con intención de obtener un ilícito beneficio, dejaron de abonar los intereses pactados a Baldomero y Noelia en los siguientes meses vencidos. Asimismo, los acusados Carlos Antonio y Macarena , debiendo proceder a entregar a la entidad bancaria "La Caixa" la cuantía de 13.901,03 euros a efectos de cancelar el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda sita en la CALLE000 de la localidad de Torrevieja, procedieron a apoderarse de dicha cuantía sin proceder a cancelar dicho préstamo hipotecario. A consecuencia de estos hechos los perjudicados Baldomero y Noelia sufrieron pérdidas patrimoniales en la cuantía de 234.163 euros que los mismos reclaman".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva: FALLAMOS:

"1º.- Que debemos condenar y condenamos a Carlos Antonio y a Macarena , como autores responsables de un delito de apropiación indebida en su modalidad agravada por ser de cuantía superior a los 50.000 euros, anteriormente definido, con la concurrencia en ambos acusados de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal atenuante de dilaciones indebidas muy cualificadas, a la pena a cada uno de ellos de 9 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 4 meses y 15 días, con una cuota día de seis euros con arresto sustitutorio de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagada y el pago de las costas del juicio, con inclusión de las causadas a la acusación particular. 2º.- Que en concepto de responsabilidad civil derivada de la infracción criminal, debemos condenar y condenamos solidariamente entre si y por iguales partes a Carlos Antonio y Macarena , y a las sociedades mercantiles "Dyazyaniz,SL" y "Crefinance,SL" como responsables civiles subsidiarias, a pagar a Baldomero y a Noelia la suma de en la suma de 214.163 euros con el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultante de deducir de la cantidad inicialmente debida (234.163 euros) las sumas consignadas durante el procedimiento: 10.000 euros consignados por Carlos Antonio y otros 10.000 euros consignados por Macarena . Notifíquese esta sentencia a las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de cinco días".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados Dña. Macarena y D. Carlos Antonio , 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 el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Macarena** lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de ley al amparo de lo establecido en el art. 852 de la L.E.Crim. en relación con el art. 5.4. de la L.O.P.J., al haberse visto infringido el derecho fundamental de presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 C.E. "En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional".

Segundo.- Infracción de ley al amparo de lo establecido en el art. art. 849. 1 de la Ley de Ritos Criminal. Se califican los hechos enjuiciados como un delito de apropiación indebida del art. 252 en relación con el art. 250.1.5º C.P., del que se considera autora a Macarena de forma errónea. La falta de participación de mi comitente, ello aún respetando el relato de hechos probados, es clara, amén de ser discutible el encuadre de su actuación en el tipo penal escogido en su redacción vigente en su momento. Un ilícito civil y no el penal hubiera sido más correcto jurídicamente.

Tercero.- Infracción de ley con amparo en el art. 849.1 de la L.E.Crim.

Cuarto.- Por infracción de ley con base en la norma del art. 849. 2 de la Ley de Ritos Criminal, ante la constatación de error en la apreciación de la prueba que se evidencia por documentos obrantes a la causa, concretamente y en orden a designar los particulares de los documentos que lo muestran, señalo los contratos obrantes a los folios 23, 26, 28, 30 y 32 de la causa. Por otra parte la certificación del Registro de la Propiedad de Elda que consta al folio 213 de las actuaciones.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Carlos Antonio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- En virtud de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim, por pura infracción de ley, por indebida aplicación del art. 252 en relación con art. 250.1.5º del CP.



Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim por inaplicación indebida de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP).

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim por indebida aplicación por infracción de los arts. 109 y 115 C.P.

Cuarto.- Por infracción de ley al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim al entender que existe error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos y que no resultan contradichos por otras pruebas.

Quinto.- Por quebrantamiento de forma al amparo del nº 1º del art. 851 LECrim al consignar la Sentencia como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

Sexto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, al haberse infringido el principio de presunción de inocencia del Sr. Carlos Antonio (art. 24.2 CE).

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose igualmente por instruidas las representaciones de las Acusaciones Particulares, quienes impugnaron y subsidiariamente inadmitieron los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 18 de enero de 2023, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por las representaciones de Carlos Antonio y de Macarena, contra la sentencia dictada con fecha 4 de junio de 2020 por la Sección nº 7 de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche.

RECURSO DE Carlos Antonio

SEGUNDO.- 1.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr., por indebida aplicación del art. 252 en relación con el art. 250.1.5º CP.

El recurrente señala que no se ha cometido el delito de apropiación indebida, sino que "dedicó el dinero a ofrecer garantías de solvencia a la entidad bancaria con la que trabajaban, -hecho que en ningún caso excedía las facultades conferidas por los denunciante en el contrato de uno de enero de 2010-" Y que "la no dedicación de los 13.901,03€ -retenidos en la compraventa del piso de Torrevieja en un pacto típico de compraventa con retención del art. 118 Ley Hipotecaria- a la amortización anticipada del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda adquirida por la sociedad de los denunciados no cabe ser considerada como un exceso de las facultades conferidas o una distracción de los fondos recibidos". Añade que el vencimiento del pacto de pago era muy posterior a la presentación de la denuncia. En definitiva, sostiene que lo ocurrido fue debido a los "vaivenes del sistema de la gestión inmobiliaria", pero que no hubo apropiación indebida.

Pues bien, al plantearse por error iuris el motivo esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la practica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.



En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Así, los hechos probados señalan que:

El acusado Carlos Antonio , mayor de edad y sin antecedentes penales, y la acusada Macarena , mayor de edad y sin antecedentes penales, eran en la fecha de los hechos socios y administradores de las sociedades mercantiles "Dyazyaniz,SL" y "Crefinance 2006 SL" dedicadas a la gestión de bienes inmuebles.

Los acusados, actuando de común acuerdo y con una unidad de fin, acordaron con Baldomero y con Noelia un negocio jurídico en virtud del cual Baldomero y Noelia entregarían a la empresa representada por los acusados "Dyazyaniz SL" el pleno dominio de sus viviendas sitas en la CALLE000 n.º NUM000 de la localidad de Torrevieja y en la CALLE001 n.º NUM001 de la localidad de Elda, así como 40.000 euros en efectivo a cambio de que los acusados formalizaran un contrato de reconocimiento de deuda y préstamo personal en cuya virtud Baldomero y Noelia recibirían en contraprestación una renta mensual de 1200 euros en concepto de intereses mensuales hasta el año 2020 en el que recibirían un pago único de 120.000 euros.

De esta forma y siendo el día 29 de julio de 2009 Baldomero y Noelia procedieron a formalizar escritura pública notarial otorgando a la entidad "Crefinance SL" administrada por los acusados, poder para proceder a la venta de la vivienda sita en la CALLE001 n.º NUM001 de la localidad de Elda, que fue vendida por los acusados a un tercero por el precio de 35.000 euros.

De la misma forma y siguiendo lo pactado, con fecha de 19 de noviembre de 2009 los acusados Carlos Antonio y Macarena , y de acuerdo con lo pactado, actuando los acusados como administradores y representantes legales de la sociedad mercantil "Dyazyaniz Inversiones SL" celebraron escritura pública de compraventa del inmueble sito en la CALLE000 n.º NUM000 de la localidad de Torrevieja con Baldomero y Noelia en calidad de vendedores, por el precio de 67.901,03 euros, haciendo constar en la escritura que los vendedores habían recibido 54.000 euros en metálico y que los restantes 13.901,03 euros debían destinarse a la cancelación de la hipoteca que subsistía sobre el bien inmueble con la entidad bancaria "La Caixa".

De la misma forma y de acuerdo con lo convenido, Baldomero y Noelia procedieron a entregar la cantidad de 40.000 euros a los acusados mediante transferencias bancarias en favor de la entidad "Dyazyaniz Inversiones SL" con fecha de 29 de abril de 2009, transfiriendo un importe de 10.000 euros; con fecha 4 de mayo de 2009 transfiriendo un importe de 10.000 euros; con fecha 6 de mayo de 2009 transfiriendo un importe de 5.000 euros y con fecha de 7 de mayo de 2009 transfiriendo un importe de 15.000 euros, procediendo los acusados a apoderarse de las sumas entregadas. Los acusados se fueron apropiando de todas estas cantidades y en vez de aplicarlas al pago de los intereses pactados y a la devolución a los perjudicados de 120.000 euros al cabo de un plazo de 10 años, lo emplearon en diferentes negocios propios, devolviendo en concepto de intereses al matrimonio Baldomero - Noelia únicamente 5.837 euros. Asimismo y siguiendo lo pactado entre las partes, el acusado Carlos Antonio , procedió a formalizar con fecha 1 de enero de 2010 un documento privado de reconocimiento de deuda en virtud de préstamo personal en favor de Baldomero y Noelia de acuerdo con el cual el acusado Carlos Antonio reconocía adeudarles la suma de 120.000 euros que les serían entregados en único pago el día 1 de enero de 2020 y acordándose a su vez el pago de intereses anuales que el acusado Carlos Antonio reñiazaría en favor de Baldomero y Noelia por un importe de 12% anual, liquidándose del 1 al 10 de cada mes mediante transferencia bancaria a la cuenta de los mismos siendo por un importe mensual de 1.200 euros.

A su vez, y tras haber procedido al pago de los intereses correspondientes al primer mes de febrero de 2010 de 1.200 euros mediante transferencia bancaria a la cuenta de Baldomero y Noelia , y tras abonar 1.140 euros correspondientes a los intereses devengados en el mes de marzo de 2010, procedieron a abonar 1.100 euros con fecha 2 de julio de 2010, 1.100 con fecha 3 de agosto de 2010, 197 euros con fecha 13 de agosto de 2010 y 1.100 euros con fecha 7 de septiembre de 2010, y actuando con intención de obtener un ilícito beneficio, dejaron de abonar los intereses pactados a Baldomero y Noelia en los siguientes meses vencidos.

Asimismo, los acusados Carlos Antonio y Macarena , debiendo proceder a entregar a la entidad bancaria "La Caixa" la cuantía de 13.901,03 euros a efectos de cancelar el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda sita en la CALLE000 de la localidad de Torrevieja, procedieron a apoderarse de dicha cuantía sin proceder a cancelar dicho préstamo hipotecario.

A consecuencia de estos hechos los perjudicados Baldomero y Noelia sufrieron pérdidas patrimoniales en la cuantía de 234.163 euros que los mismos reclaman.

Con ello, los elementos claves son:



- 1.- Los recurrentes son socios y administradores de las sociedades mercantiles "Dyazyaniz,SL" y "Crefinance 2006 SL" dedicadas a la gestión de bienes inmuebles.
- 2.- Los recurrentes, actuando de común acuerdo y con una unidad de fin, acordaron con Baldomero y con Noelia un negocio jurídico en virtud del cual Baldomero y Noelia entregarían a la empresa representada por los acusados "Dyazyaniz SL" el pleno dominio de sus viviendas sitas en la CALLE000 n.º NUM000 de la localidad de Torrevieja y en la CALLE001 n.º NUM001 de la localidad de Elda, así como 40.000 euros en efectivo a cambio de que los acusados formalizaran un contrato de reconocimiento de deuda y préstamo personal en cuya virtud Baldomero y Noelia recibirían en contraprestación una renta mensual de 1200 euros en concepto de intereses mensuales hasta el año 2020 en el que recibirían un pago único de 120.000 euros.
El operativo está claro: Entregan los perjudicados el dominio de dos inmuebles y dinero en efectivo a cambio de que se reciba una contraprestación de 1200 euros mensuales hasta el año 2020 con otro pago único de 120.000 euros. Existe, por ello, una entrega de dinerario y bienes con obligación de devolución.
- 3.- Los recurrentes venden los inmuebles, y en la segunda venta, pese a reconocerse la obligación en la escritura no cancelan el préstamo existente aunque se recibe el dinero para este fin, pero no se lleva a cabo.
- 4.- Los acusados se fueron apropiando de todas estas cantidades y en vez de aplicarlas al pago de los intereses pactados y a la devolución a los perjudicados de 120.000 euros al cabo de un plazo de 10 años, lo emplearon en diferentes negocios propios, devolviendo en concepto de intereses al matrimonio Baldomero - Noelia únicamente 5.837 euros.
- 5.- Con ello, los recurrentes destinan el importe recibido y los bienes a fines distintos de los encargados en el contrato suscrito entre ellos.
- 6.- El recurrente firma un documento privado de reconocimiento de deuda en virtud de préstamo personal en favor de Baldomero y Noelia de acuerdo con el cual el acusado de Carlos Antonio reconocía adeudarles la suma de 120.000 euros que les serían entregados en único pago el día 1 de enero de 2020 y acordándose a su vez el pago de intereses anuales que el acusado Carlos Antonio realizara en favor de Baldomero y Noelia por un importe de 12% anual, liquidándose del 1 al 10 de cada mes mediante transferencia bancaria a la cuenta de los mismos siendo por un importe mensual de 1.200 euros.
- 7.- Pagaron unas cantidades y luego dejaron de abonar los intereses pactados a Baldomero y Noelia en los siguientes meses vencidos.

Señala, pues, el Tribunal que "En los hechos que se exponen se aprecia una actuación fraudulenta, si bien como se abordará a continuación es constitutiva de un delito de apropiación indebida, en el tipo vigente al tiempo de los hechos (anterior a la Ley Orgánica 1/2015), dado que el dinero procedente de la compraventa debía destinarse, al menos en parte, a liberar la finca de la carga hipotecaria que afectaba a la propiedad vendida, obligación que fue dolosamente obviada por el vendedor, y fundamentalmente, a las inversiones necesarias, para poder pagar el importe de los intereses pactados durante 10 años, y una vez transcurridos estos, el pago de los 120.000 euros pactados en el contrato de fecha 1 de enero de 2010 (Folio 32).

Los hechos enjuiciados son constitutivos de este delito, en razón a las cantidades que recibieron los acusados Carlos Antonio y Macarena como administradores de las empresas "Dyazyaniz SL" y "Crefinance SL" provenientes de una entrega en efectivo de 40.000 euros por parte del matrimonio compuesto por D. Baldomero y Dña Noelia, de la venta del piso propiedad de los mismos, sito en la CALLE002 de Torrevieja, a la mercantil "Dyazyaniz SL" por un importe de 67.901,03 euros, de los cuales 54.000 se quedaron los acusados como así estaba pactado y los otros 13.901,03 euros, los retenía la compradora con el objeto de liquidar a "La Caixa" el resto de hipoteca que pesaba sobre la referida finca, y que nunca se realizó (Documento núm. 1, Folio 7). Y por último, el precio de la venta de un piso propiedad del matrimonio Baldomero - Noelia sito en la CALLE001 n.º NUM001 de Elda, que la mercantil "Credifinace SL" propiedad de los acusados vendió a un tercero con el consentimiento del matrimonio Baldomero - Noelia por 35.000 euros, cantidad que también quedó en propiedad de los acusados.

La finalidad de esta operación, era que como D. Baldomero y su esposa Noelia, no se encontraban bien de salud, decidieron irse a vivir a Barcelona, donde reside su familia y necesitaban contar con unos ingresos mensuales que se lo permitiese, por lo que concertaron con los acusados un negocio jurídico, por el que estos se quedarían con las cantidades que se habían obtenido de las referidas ventas (menos los 13.901,03 euros que debían destinar a la cancelación del préstamo hipotecario) y los 40.000 euros que les habían sido entregados en efectivo, a cambio de una renta mensual de 1.200 euros durante 10 años y una entrega al cabo de esos diez años de 120.000 euros por parte de los acusados. Todo lo expuesto se acredita no solo con la documentación aportada, sino también, por lo manifestado en Sala tanto por los acusados como por los testigos Baldomero y su esposa Noelia. Pero los acusados, y aquí radica el engaño, en vez de utilizar el dinero



recibido para realizar las inversiones necesarias para procurar el pago de esa renta mensual y la devolución final de los 120.000 euros pactados, lo emplearon en otras cuestiones no especificadas, lo que supuso que a los pocos meses dejaran de pagar la renta mensual pactada como intereses y que a la fecha de hoy no hayan devuelto los 120.000 euros pactados también en el contrato de fecha 1 de enero de 2010 (Documento núm. 8, Folio 32).

Los hechos declarados probados se subsumen en el mencionado tipo penal, de tal forma que los acusados no aplicaron las cantidades recibidas a liberar la carga hipotecaria que gravaba una de las propiedades vendidas, pero sobre todo, no la aplicaron al pago de los intereses pactados de 1.200 euros mensuales al matrimonio Baldomero - Noelia y mucho menos, a reintegrarles al cabo de 10 años, los 120.000 euros pactados. Desde esta posición, los dos acusados Carlos Antonio y Macarena, actuando de común acuerdo y como manifestó en su declaración el Sr. Carlos Antonio "participando conjuntamente de las pérdidas y las ganancias", independientemente de que se hubieran separado como afirma la Letrada de Dña. Noelia en el año 2009, continuaron beneficiándose de las cantidades recibidas, aplicando los fondos provenientes de la compraventa a otros usos. Los acusados pretextan para el caso del impago del préstamo hipotecario, que habían quedado que ellos se subrogarían en el préstamo del matrimonio Baldomero - Noelia, pero que La Caixa, no lo consintió. Afirmación, un tanto ingenua, pues lo que tenían que haber hecho, es pagar con esos 13.901,03 euros apartados del precio de la venta del piso de Torrevieja la parte del préstamo hipotecario que quedaba por amortizar, y teniendo la cantidad, no lo hicieron.

Eso supuso que La Caixa ejecutara el préstamo e intentara embargar su pensión al Sr. Baldomero. Y en cuanto al resto del montante, aducen que a principios del año 2010, el BBV les cancelo una póliza de préstamo y para cubrirlo, tuvieron que emplear el dinero que tenían. En cualquier caso, fueron conscientes de la obligación que se contraía con el matrimonio Baldomero Noelia, como así lo confirma el contrato firmado el 1 de diciembre de 2010, y que es el núcleo y resumen de todas las operaciones financieras entre el matrimonio perjudicado y los acusados, y que a los pocos meses de su firma dejaron estos de cumplir, haciendo desaparecer las mercantiles de las cuales los acusados eran administradores y socios."

Descarta el Tribunal con acierto la existencia del delito de administración desleal señalando que:

"En cuanto a la aplicación del tipo penal de apropiación indebida por gestión desleal en la Ley vigente al tiempo de los hechos, la apropiación significa la acción de incorporar al patrimonio propio la cosa que se recibió. En los casos en los que este comportamiento tiene por objeto el dinero, como bien fungible, su posesión convierte en propietario al poseedor, aunque si la entrega del dinero tiene una finalidad, incumplida por el receptor, el apoderamiento o desviación del dinero puede resultar igualmente punible. La jurisprudencia, en relación a ambos conceptos de distraer o apropiación tiene declarado que la apropiación significa la acción de incorporar al patrimonio propio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla y devolverla, lo que equivale a hacerla propia, recayendo normalmente la apropiación sobre cosas no fungibles. Como se recuerda en esta sentencia, lo que en principio pudiera suponer un acto de mero uso indebido del dinero, se convierte en un acto de apropiación una vez superada una situación, calificada en este precedente como "punto de no retorno" que distingue el uso indebido de un dinero, con su apropiación indebida una vez superado dicho punto, a partir del cual en un punto en el que ya no resulta posible la devolución del dinero o destinarlo al fin comprometido".

Concluye afirmando que "Los acusados recibieron del matrimonio Baldomero Noelia, 40.000 euros en efectivo, el importe de la venta del piso de su propiedad sito en Torrevieja a los propios acusados y con cuyo importe se quedaron estos; y, el importe de la venta que por poder llevaron a cabo los acusados, propiedad del matrimonio Baldomero - Noelia sito en Elda (35.000 euros) que también se quedaron los acusados. Si bien es cierto, que todas estas cantidades provenientes de uno u otro sitio, y que era su patrimonio, lo entregaron voluntariamente el matrimonio Baldomero - Noelia a los acusados, lo cierto también, es que fue con la condición de recibir por esa cantidad una renta mensual de 1.200 euros durante 10 años y 120.000 euros de una sola vez, al cabo de 10 años. En ningún momento, se intenta por parte de los acusados aplicar alguna de esas cantidades a la cancelación de las responsabilidades adquiridas, excepto unos pocos pagos en concepto de intereses que hacen los primeros meses. No consta que adoptaran cautela alguna respecto de estos fondos que debían destinarse al cumplimiento de los pactado en el contrato tantas veces nombrado de 1 de enero de 2010."

No se trató, pues, tan solo de una administración desleal. Se trató de una apropiación de dinero transmutando la entrega para un fin en apropiación de los importes recibidos.

Aplica, además, el Tribunal en el FD nº 4º "la agravante específica del número 5º del artículo 250.1 del Código Penal, en atención a la cuantía defraudada, que como se ha expuesto en la valoración probatoria, superó con mucho la cuantía de 50.000 euros, en concreto han sido 234.000 euros. Esta cantidad defraudada supera



los cincuenta mil euros que constituyen el límite económico del Código Penal vigente en el momento de los hechos.

Pues bien, en este caso concreto no existe un incumplimiento civil, sino un delito de apropiación indebida continuado por las cantidades ante el encargo y gestión recibido de realizar la entrega de las cantidades que se pactaron y constan en los hechos probados, no habiéndolo hecho y habiéndose quedado cantidades bajo la vía del punto sin retorno y con claro perjuicio económico evidente.

Los hechos probados no pertenecen al campo y territorio del incumplimiento civil, sino del ilícito penal, como acertadamente se ha concluido.

Como señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 394/2022 de 21 Abr. 2022, Rec. 4032/2020:

"No resulta ocioso pronunciarse sobre la aplicación que subyace en el motivo del principio jurídico penal de "intervención mínima". Para ello debemos recordar, lo ya expuesto, en sede teórica, de la distinción entre dolo penal y dolo civil. En SSTS 434/2014, de 3-6; 105/2017, de 21-2, se indicaba que: "la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa o apropiación indebida es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles..."

En definitiva, la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuridicidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y los principios de legalidad y de mínima intervención que lo inspira.

1.- Comportamiento típico en precepto penal.

El primero se dirige en especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente a su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside.

2.- Imposibilidad de utilizar otros instrumentos para resolver el conflicto.

El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados



"delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos."

Pero es que, además, no se trata de que el perjudicado hubiera podido acudir a una reclamación civil, sino que los hechos declarados probados, tal cual fueron desarrollados, constituyen un ilícito penal que determina la viabilidad del ejercicio de la acción penal con la responsabilidad civil es delito derivada del mismo y la reclamación por la acción civil dentro del procedimiento penal como se ha hecho en este caso.

Con respecto al delito de apropiación indebida ya exponemos en la Sentencia del Tribunal Supremo 375/2020 de 8 Jul. 2020, Rec. 4186/2018 que:

"Con respecto a los requisitos de la apropiación indebida recordar que esta Sala del Tribunal Supremo señaló en Sentencia 103/2020 de 10 Mar. 2020, Rec. 2415/2018 que:

"Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, ha entendido esta Sala que el delito de apropiación indebida requiere que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultara ilegítimo en cuanto que excediera de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; y que como consecuencia de ese acto se causare un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad de recuperación en relación al fin al que iba destinado.

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, precisamente por el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

La distracción, como modalidad típica a que se refiere el delito de apropiación indebida en el artículo 252 CP (al momento de los hechos), no se comete con la desviación orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (entre otras STS 622/2013, de 9 de julio).

Y como elementos de tipo subjetivo requiere que el sujeto conozca que excede sus atribuciones al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del autor, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

... Existe, además, el ánimo de apropiación definitiva, ya que retiene la suma declarada probada y es condenado al pago de la responsabilidad civil.

Respecto de los elementos del delito de apropiación indebida debemos considerar que el perjuicio es uno de ellos, pero veamos la relación de los concurrentes que se dan en el presente caso.

1.- *La quiebra de la lealtad.*

En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el autor no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición.

2.- *La quiebra del destino al bien.*

En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el autor no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición.

3.- *El ataque patrimonial.*

En la apropiación indebida el desplazamiento tiene su origen en el abuso a la confianza ya depositada en el sujeto activo, lo que conlleva que éste recibe el dinero o cosa apropiada de forma legítima, trasmutando dicha posesión legítima en disposición ilegítima, abusando de aquella confianza.

4.- *La forma de recibir el dinero o bien. Con engaño o sin él. Los actos posteriores a la recepción.*

En la apropiación indebida se cierra la mano para incorporar al patrimonio propio lo que se encontraba allí correcta pero transitoriamente, pero para hacerlo suyo. Hay intención de apoderamiento definitivo.

5.- *El dolo.*

En la apropiación indebida el dolo es de retener una vez ejecutado el acto que le permite el título de recepción del importe. El dolo conlleva incumplir la obligación de devolución del importe o bien sin engaño antecedente.

6.- *La acción desplegada.*

En la apropiación indebida el engaño no integra la acción ilícita, sino el acto de apropiarse cuando hay obligación de devolver, pudiendo existir el abuso de confianza.

7.- *La deslealtad.*

El engaño de la estafa o el apropiarse para sí o tercero de la apropiación indebida son especies de deslealtad, infidelidad o fraude, pero no por ello pueden ser sinónimos entre sí. El momento temporal de su ejecución diferencia uno y otro delito.

8.- *El perjuicio.*

El perjuicio de otro es evidente en el delito de apropiación indebida cuando existe esa obligación de devolver el dinero, o el bien, a la persona que entregó en cualquiera de los títulos exigidos en el tipo penal y el obligado a la devolución no lo hace, con lo cual el perjuicio tiene un reflejo y se transmuta de forma económica por la no devolución del bien o importe al titular del mismo que tenía facultad de recepción por la obligación de devolución del obligado a llevarlo a cabo, y que con su incumplimiento provoca el perjuicio en tercero y el beneficio propio.

Resulta evidente la concurrencia de todos ellos en el presente caso. Hay apropiación, y ello es un hecho evidente con respecto a las cantidades fijadas en los hechos probados y hay perjuicio porque no se ha devuelto las sumas al perjudicado, pese a los alegatos del recurrente que pretenden distraer la realidad de lo acontecido con otros operativos.

No había en modo alguno un derecho de retención de las cantidades entregadas por parte de los perjudicados ni de las obtenidas con la venta de los inmuebles.

Destaca también la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 316/2020 de 15 Jun. 2020, Rec. 3926/2018 que:

"La doctrina jurisprudencial exige para apreciar el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", que distingue el mero uso indebido, una modalidad de apropiación de uso no delictiva, de la apropiación indebida en sentido propio (STS 228/2012, de 28 de marzo). Como señala la STS 374/2008, de 24 de junio para entender que se ha consumado el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero "hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales". En el mismo sentido, la STS 513/2007 de 19 de junio, o la STS 938/98, de 8 de julio."

También, la sentencia del Tribunal Supremo 237/2019 de 9 May. 2019, Rec. 644/2018 se trató de un caso de apropiación indebida cometida por el abogado que, aprovechando una confianza previa, consigue que los perjudicados le entreguen un dinero con la finalidad de gestionarlo para obtener rendimientos con los que superar una mala situación económica y recomprar bienes perdidos, y en lugar de cumplir con lo pactado lo destina a su lucro personal:

"Cuando, como en este caso, la recepción del dinero responde a la gestión profesional de un determinado patrimonio, nuestra jurisprudencia venía sosteniendo que la distracción se explicaba como una disposición del dinero más allá de lo que autoriza el título de recepción y con vocación definitiva. Se mostraba así la "distracción" como una especie de gestión desleal, pero que hacía referencia al exceso respecto de lo que permite el título de recepción (STS 162/2013, 21 de febrero o 338/2014, de 15 de abril) y a su vocación de que la apropiación fuera permanente (SSTS 622/13, de 9 de julio o 691/14, de 23 de octubre), sin que debiera confundirse con la administración desleal del artículo 295 del Código Penal vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar, hoy artículo 252 del Código Penal, que entrañaba un abuso por los administradores (no una transgresión) de las funciones propias de su cargo. Decíamos en nuestra sentencia 279/09, de 11 de abril, que la administración desleal "puede revestir muy diferentes modalidades, como puede ser que terceros -o, normalmente, competidores- proporcionen al agente dinero o cualquier otro tipo de utilidad a cambio de faltar a los deberes propios de su cargo; o que se busque de ese modo una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra; o, incluso, pudieran comprenderse dentro de este concepto los



usos temporales ilícitos de bienes que con posterioridad son restituidos y que, por tanto, aún proporcionando beneficios a quien los disfruta, no representan una definitiva apropiación.

En consecuencia, no estamos ante una estafa, sino ante la gestión profesional de un determinado patrimonio, disposición del acusado del dinero que le fue entregado, más allá de lo que autoriza el título de recepción y con vocación definitiva de hacerlo suyo, lo que sin duda implica el delito de apropiación indebida por el que viene condenado.

Y en este caso concreto también se ha producido el advenimiento del punto sin retorno, ya que no se trata de un mero uso indebido de la cantidad entregada, (y bienes para tal fin devolutivo económico) sino de una apropiación definitiva, ya que en modo alguno se ha devuelto el importe, y queda constatada la retención de la cantidad sin justificación alguna.

Hay que señalar que después de todo el encargo realizado por los perjudicados a los recurrentes entre febrero y septiembre de 2010, abonaron 5.837 euros, dejando de abonar los siguientes meses vencidos. Ha habido punto sin retorno, y los recurrentes debieron llevar a cabo las actividades de gestión para devolver el importe pactado puntualmente, pero lejos de ello dejaron de pagar, siendo irrelevante que el vencimiento sea posterior, ya que cuando es evidente el impago previo el punto sin retorno acaece como incumplimiento de lo pactado.

El hecho probado señala que los recurrentes *actuando con intención de obtener un ilícito beneficio, dejaron de abonar los intereses pactados a Baldomero y Noelia en los siguientes meses vencidos. Asimismo, los acusados Carlos Antonio y Macarena, debiendo proceder a entregar a la entidad bancaria "La Caixa" la cuantía de 13.901,03 euros a efectos de cancelar el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda sita en la CALLE000 de la localidad de Torrevieja, procedieron a apoderarse de dicha cuantía sin proceder a cancelar dicho préstamo hipotecario.*

Por ello, se concluye que:

- 1.- No hay estafa porque no concurrió engaño como dolo antecedente.
- 2.- No hay administración desleal porque los hechos se subsumen con claridad en la apropiación de dinero, tanto el entregado físicamente, como el obtenido de la venta de los bienes inmuebles, el cual estaba destinado a pagar a los perjudicados una renta mensual y un pago único final, lo que no se ha producido y se ha procedido al punto sin retorno y apropiado el importe obtenido.
- 3.- Se ha producido un destino del dinero recibido a un fin distinto del pactado.
- 4.- El contrato entre las partes lo era por título que contenía 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, y ello no se hizo.
- 5.- Los recurrentes ejecutaron 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.
- 6.- Se ha causado un perjuicio en el sujeto pasivo señalado en los hechos probados.
- 7.- No consta que los acusados intentaran aplicar alguna de esas cantidades a la cancelación de las responsabilidades adquiridas, ni que adoptaran cautela alguna respecto de los fondos que debían de destinarse al cumplimiento de lo pactado en contrato.
- 8.- Incluso consta, en relación con la suma que deberían de haber destinado a la cancelación de la hipoteca, que la entidad bancaria ejecutó el préstamo.
- 9.- Se desarrolla en el FD nº 7 lo relativo al alegato del recurrente en relación al no vencimiento del contrato de las partes.

De alguna manera, lo que llevan a cabo los recurrentes es uno de los productos financieros o económicos que en la actualidad existen como la *hipoteca inversa, la renta vitalicia, la venta con alquiler*, con los perjudicados, nada más que con empleo de dolo al apropiarse de los importes obtenidos con las ventas de los inmuebles y con la cantidad entregada en efectivo al no pagar los plazos pactados y destinar los importes a otros fines distintos a los pactados. El cálculo en estos casos de la suma aplazada se lleva a cabo teniendo en cuenta el valor de la vivienda sobre lo que se calcula la renta mensual a percibir y, en algunos casos, un importe final global, pero en este caso pronto se vio que devenía inexistente el pago ante el punto sin retorno de las sumas recibidas y que se apropiaron los recurrentes al punto de que siguen sin devolverlo.

Como conclusiones de relevancia de este tipo de casos de entrega de dinero y bienes entre particulares para un fin concreto hay que especificar las siguientes:



- 1.- Había un fin concreto garantizando el objeto de la operación con los bienes y el dinero entregado.
- 2.- Había un compromiso de adscripción a un fin concreto.
- 3.- Con los bienes se garantizaba la devolución del dinero y no se hizo. Se alteró el fin pactado.
- 4.- No había, ni se pactó, una disposición libérrima del dinero recibido.
- 5.- No se daba una disposición absoluta, sino estrictamente "condicionada" a un fin que no se cumple.
- 6.- Este tipo de operaciones son bien diferentes al préstamo ordinario que vincula al prestatario al destino de la cantidad recibida y en este caso ello no se cumplió como claramente consta, el dinero no fue devuelto y apropiado en definitiva.
- 7.- Algún sector doctrinal trata, asimismo, en estos casos, incluso, de una administración fiduciaria referido a persona o entidad que es responsable del mantenimiento, desempeño y rentabilidad de los bienes del fideicomitente. Este último es el nombre con el que se conoce a las personas que destinan bienes a la administración por parte de terceros y que en este caso se alteró el fin previsto contractualmente con apropiación del dinero.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim por inaplicación indebida de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP).

Se alega que atendiendo a los hechos probados la cantidad apropiada indebidamente fue de 109.437 euros, por lo que el ingreso de 20.000 euros, realizado antes de la celebración de la vista, debería de considerarse suficiente para aplicar la circunstancia atenuante de reparación del daño.

Señala el Tribunal en el FD nº 7 que "Consta en la causa que el día 16 de septiembre de 2019, los acusados ingresaron en la cuenta de consignaciones correspondientes a este proceso la cantidad de 10.000 euros cada uno....

Lo trascendente para apreciar la atenuante es que la reparación pueda considerarse relevante en atención a las circunstancias del caso y del culpable, por lo que, en este caso, teniendo en cuenta que los acusados no han consignado si quiera el diez por ciento del importe total de la responsabilidad que se les exige, y la tardanza del mismo, a diez días del comienzo del juicio oral, consideramos que no debe admitirse tal atenuante."

Hay que tener en cuenta que la cantidad fijada en sentencia en el FD nº 9 es la de 234.163 euros. Señala el Tribunal que "En el presente caso, la responsabilidad civil, debe concretarse en el importe de las ventas de los pisos propiedad de los perjudicados y de cuyo importe se apropiaron los acusados, 40.000 euros que fueron entregado mediante cuatro transferencias por los perjudicados a los acusados, mas el importe de los intereses que dejaron de pagarles a los perjudicados durante los diez años, todo ello reflejado en el documento de fecha 1 de enero de 2010 y que asciende a la cantidad, una vez descontadas las cantidades por intereses que les pagaron a los perjudicados durante el año 2010, a 234.163 euros, cantidad de la que deberán responder los acusados de manera conjunta y solidaria, y subsidiariamente las mercantiles "Diazyaniz, Inversiones SL" y "Crefinace,SL" de las cuales eran administradores y socios."

El art. 110 CP comprende una triple consideración de la responsabilidad civil que gira sobre reparación, restitución y daños y perjuicios causados. Los perjudicados firmaron un acuerdo con los recurrentes que estos han incumplido. Y se ejecuta por la vía del art. 108 LECRIM.

Además, que no haya vencido el pacto firmado entre las partes es irrelevante, ya que se ha producido el "punto sin retorno" y no iba a haber devolución de lo pactado". Además, los inmuebles fueron vendidos y pagado su importe sea cual sea la referencia registral de uno de ellos que alega el recurrente. Hay venta, entrega de dinero y su apropiación. Y, además, inexistencia de cancelación de la hipoteca.

Consta en los hechos probados que: " Carlos Antonio reconocía adeudarles la suma de 120.000 euros que les serían entregados en único pago el día 1 de enero de 2020 y acordándose a su vez el pago de intereses anuales que el acusado Carlos Antonio realizaría en favor de Baldomero y Noelia por un importe de 12% anual, liquidándose del 1 al 10 de cada mes mediante transferencia bancaria a la cuenta de los mismos siendo por un importe mensual de 1.200 euros." Los recurrentes han incumplido el encargo que pactaron las partes y la perjudicada ejercita en el proceso penal la acción civil por daños y perjuicios causados que el recurrente pretende cuestionar. Se llegó a un pacto económico incumplido y que el tribunal, en virtud de la acción civil ejercitada en el proceso penal cuantifica en la suma indicada descontando la suma ya abonada que se fija en los hechos probados antes referida. Existe frustración de expectativas, entrega de bienes para un fin concreto y determinado que se plasmó en un contrato que no se llevó a cabo y se incumple por los recurrentes con



retención de las sumas recibidas por las ventas y no cancelación de la hipoteca. Los perjudicados pactaron la entrega de autorización de venta, no solo para la venta, sino para obtener una compensación económica puntual y estable para la subsistencia del día de mañana y por el periodo fijado en el contrato. Esto es lo que pactaron, pero lejos de ello los recurrentes venden y se apropian del importe, y, por ello, incumplen lo pactado.

La responsabilidad civil es la fijada por el daño y perjuicio sufrido por los recurrentes, precisamente por la apropiación de los importes recibidos en suma de 40.000 euros y la autorización de venta de inmuebles, que no lo fue para que les entregaran su importe, sino para que en su gestión pudieran cumplir lo pactado de entregarles las sumas periódicas y al final un único pago fijo, todo lo cual se ha incumplido.

Así, no es válida una escasa consignación de 10.000 euros por cada recurrente cuando nos encontramos ante un operativo de semejante magnitud económica, y no solo dineraria, sino también moral al haber dejado sin la expectativa de cobro a los perjudicados, por lo que de haber querido aplicar la atenuante debieron consignar la cantidad objeto de reclamación, ya el pago de la responsabilidad civil es una obligación en el caso de querer postular la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP, como también lo es en los casos de la suspensión de la ejecución de la pena del art. 80.2.3º CP para la concesión de la misma y el pago de la responsabilidad civil fijada en sentencia.

Pero lejos de ello, y con un perjuicio notable, se limitan los recurrentes al abono de 10.000 euros cada uno con un montante de responsabilidad civil en el que ello solo supone ni el 10% de la cantidad a pagar en su totalidad por los daños y perjuicios causados.

Con respecto a esta atenuante es preciso recordar que tiene especial significación para analizar si se aplica la misma en delitos patrimoniales con respecto a cuál es la suma entregada, ya que si se trata de delitos como estafa, apropiación indebida etc debe existir una adecuación máxima al perjuicio de la víctima económica y no al criterio de lo que quiera consignar el acusado en sede de "aproximación" cuantitativa. Nótese que hay un perjuicio económico objetivable al que debe ajustarse el acusado, lo que no es el caso.

Debemos atender, así, al tipo de delito cometido para apreciar la atenuante. Debe atenderse al tipo de delito cometido a la hora de valorar la concurrencia de la atenuante:

Robo con violencia frente a estafas, apropiaciones indebidas o hurtos: No es lo mismo reparar el daño en un delito de robo con violencia e intimidación, en el que se sustraen mil euros, que en uno de hurto, apropiación indebida o estafa, en el que el delincuente consigue apropiarse de esa misma cuantía. En el primero, de naturaleza pluriofensiva, se produce junto al quebranto patrimonial un ataque a la libertad y seguridad de la persona, cuyo daño no tiene vuelta atrás. No ocurriría lo mismo en el segundo grupo de delitos, en que la antijuridicidad material o lesividad del bien jurídico se resuelve y agota en el ataque al patrimonio privado.

Reparación total frente a reparación parcial: Indudablemente, tampoco podría considerarse de igual manera la restitución total, incluso con daños y perjuicios, que la que se hace parcialmente. La atenuación abarca a ambas posibilidades (intensidad de la restitución).

Grado del daño perpetrado a la víctima: También es posible aquilatar el grado del daño ocasionado y después reparado, desde el punto de vista de la víctima. No es lo mismo restituir a una persona humilde, que ha sido despojada de los únicos ahorros que poseía, que tal pérdida económica se haya producido a un empresario que, amén de su negocio, que sigue devengándole rendimientos, dispone de cantidades adicionales para invertir, como es el caso que nos atañe.

En cualquier caso, debe tratarse de un pago relevante del daño causado.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 117/2019 de 10 de enero de 2019, Rec. 1168/2018 que:

"Recordábamos en la STS 125/2018, de 15 de marzo que: La interpretación jurisprudencial de la atenuante de reparación prevista en el art. 21.5 del CP -decíamos en la STS 988/2013, 23 de diciembre-, ha asociado su fundamento material a la existencia de un actus contrarius mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril).

Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso.

Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la



legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTS 2068/2001, 7 de diciembre; 2/2007, 16 de enero; 1171/2005, 17 de octubre).

Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues dicho art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante.

Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, o de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio; 2/2007, 16 de enero; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras).

No obstante, también tenemos declarado que la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño solo es aplicable cuando la referida reparación es suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones fácticas, que únicamente pretenden buscar la minoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativa a la efectiva reparación del daño ocasionado (STS, 544/2016 de 21 de junio, entre otras).

Aunque la propia ley prevé como supuesto de atenuación de la responsabilidad la disminución del daño y, por lo tanto, su reparación parcial, ha de tratarse en todo caso de una contribución relevante (STS núm. 601/2008, de 10 de octubre; 668/2008, de 22 de octubre; 626/2009, de 9 de junio; y 251/2013, de 20 de marzo, entre otras), para lo que ha de tenerse en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor".

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 268/2016 de 5 de abril de 2016, Rec. 1343/2015 que:

"Hemos de tener presente que la atenuante resulta operativa como ordinaria, cuando se reparan parcialmente los daños o perjuicios causados a la víctima, aunque también es cierto que la reparación parcial ha de ser relevante y notoria, y no meramente simbólica".

Vista la suma consignada y la que era objeto de reclamación y la fijada en la sentencia, y tratándose de un delito de apropiación indebida y el componente fijado en los hechos probados en la mecánica operativa a los perjudicados es correcta y adecuada la desestimación de la atenuante.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim por indebida aplicación por infracción de los arts. 109 y 115 C.P.

Ante la queja por la determinación de la responsabilidad civil se ha dado respuesta en el fundamento precedente.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- POR INFRACCIÓN DE LEY al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim al entender que existe error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos y que no resultan contradichos por otras pruebas, señalando a estos efectos, ex art.855 párrafo segundo LECrim:

Habida cuenta que se articula por la vía del art. 849.2 LECRIM hay que señalar que esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;



- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Por ello, el contrato que se cita de 10 de junio de 2010 no tiene el carácter de lerosuficiente, además de quedar contradicho con otros elementos probatorios ya expuestos en la sentencia en orden a tener por acreditados los extremos fijados en los hechos probados. Nótese que pretende plantear el recurrente ante un delito de apropiación indebida la referencia al vencimiento anticipado, o no, de un contrato cuando consta probada la comisión de un delito de apropiación indebida del art. 252 CP al momento de los hechos.

La referencia reseñada carece de eficacia para alterar la valoración de la prueba de la sentencia.

Los documentos designados en nada afectan a la realidad de los datos reflejados en la sentencia. Los denunciados, en el año 2009, transmitieron dos pisos y una cantidad en metálico para asegurarse el cobro de una pensión hasta el año 2020 y lo único que consiguieron fueron unos abonos entre febrero y septiembre de 2010 inferiores a 6.000 euros. Los documentos designados no acreditan que los recurrentes, excepto los abonos en 2010 y 20.000 euros antes del juicio, efectuaran otros pagos a los denunciados, ni que hubieran procedido a cancelar la hipoteca del piso, ni que dedicaran parte del dinero a la finalidad a la que se habían comprometido, no pudiendo considerarse como tal el afianzar la solvencia bancaria de su compañía. Se trata de un hecho objetivo y declarado probado. Ha habido apropiación del dinero e infracción dolosa del encargo pactado con destino a fines distintos de las sumas recibidas, y claro perjuicio a quienes confiaban de los recurrentes que llevaran a cabo el encargo, pero lejos de ello lo incumplen dolosamente de inmediato.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Por quebrantamiento de forma al amparo del nº 1º del art. 851LECrim al consignar la Sentencia como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

Señala el recurrente que las expresiones "apoderarse" "apropiando" "en vez de aplicarlas" "negocios propios" "actuando con intención de obtener un ilícito beneficio" y "en vez de aplicarlas" del siguiente texto de los hechos probados suponen predeterminación del fallo:

...procediendo los acusados a apoderarse de las sumas entregadas. Los acusados se fueron apropiando de todas estas cantidades y en vez de aplicarlas al pago de los intereses pactados y a la devolución a los perjudicados de 120.000 euros al cabo de un plazo de 10 años, lo emplearon en diferentes negocios propios, devolviendo en concepto de intereses al matrimonio Baldomero - Noelia únicamente 5.837 euros. ...y actuando con intención de obtener un ilícito beneficio, dejaron de abonar los intereses pactados...

Debe desestimarse el motivo, habida cuenta que se trata de expresiones fundamentales para evitar que, luego, lo que alegue sea infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM por no poder subsumir los hechos probados en el tipo penal, lo que lleva a que de forma imperativa todo hecho probado de alguna manera deba determinar el fallo, ya que si no se utiliza el texto de los mismos que permite el proceso de subsunción la infracción sería otra.

Esta queja se refiere a la consideración de la jurisprudencia de esta Sala el empleo de frases, palabras o términos que supongan un anticipo o adelantamiento en el hecho probado de expresiones acusadoras o contenidas en la descripción del tipo penal y que son, en definitiva, más propias de los fundamentos de derecho que de los hechos probados, es decir, más propias de la fundamentación de la subsunción del hecho en la norma, lo que podría provocar indefensión en el acusado que podría ver por esta mecánica limitados sus medios impugnatorios.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha tratado esta cuestión y motivo impugnatorio en varias resoluciones. Entre ellas la STS 170/2016, de 2 de Marzo señala que: "Comenzando por la objeción relativa al uso de términos jurídicos en los hechos de la sentencia, hay que decir que la proscripción de semejante modo de operar responde a una exigencia de método derivada de la naturaleza misma de la jurisdicción penal. Esta función estatal -según es notorio- consiste en aplicar el derecho punitivo (únicamente) a comportamientos previstos en la ley como inculparables, en razón de su carácter lesivo de algunos bienes jurídicos relevantes; pero no a otros. Para que ello resulte posible con la necesaria seguridad, es preciso que las acciones perseguibles aparezcan previstas, de manera taxativa, en el Código Penal; pues sólo a partir de esta intervención del legislador, cabrá identificar con certeza las conductas merecedoras de esa calificación. Tal es la tarea que los tribunales deben



realizar en la sentencia, mediante la descripción de los rasgos constitutivos de la actuación de que se trate, como se entiende acontecida en la realidad, según lo que resulte de la prueba.

Solo en un momento ulterior en el orden lógico tendrá que razonarse la pertinencia de la subsunción de aquella en un supuesto típico de los del Código Penal.

Si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisorio, al carecer de un referente objetivo, se haría tautológico o circular y, por ello, arbitrario. Al fin de evitar que eso suceda responde la pretensión legal de que los hechos probados accedan a la sentencia a través de enunciados de carácter asertivo, que son aquellos de los que puede predicarse verdad o falsedad y, por eso, los adecuados para referirse a datos de naturaleza empírica. Y es por lo que la predeterminación del fallo, debida a la sustitución de hechos probados por conceptos jurídicos, constituye motivo de casación de la sentencia aquejada de ese vicio (art. 851.1º in fine, de la Ley de E. Criminal)."

No puede, con ello, adelantarse el resultado de los fundamentos de derecho en los hechos probados porque en la cadena descriptiva estos son los que suponen argumentación de unos hechos de carácter asertivo y con exclusión de enunciados jurídicos.

Los requisitos que deben observarse para la apreciación de este motivo casacional son los siguientes, según consta en la STS 39/2016, de 2 de Febrero:

- a.- Utilización en los hechos probados de conceptos que unitariamente describan una infracción delictiva, o de frases técnico jurídicas que engloben la definición de un concreto tipo punible, siempre que por ellas solas se llegue indefectiblemente al pronunciamiento decisorio acordado.
- b.- Que se trate de expresiones técnico jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.
- c.- Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común.
- d.- Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo.
- e.- Que suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el relato histórico son base alguna y carente de significado penal.

El vicio denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4-, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos.

Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente determinante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio in procedendo. (SSTS. 429/2003 de 21.3 249/204 de 26.2, 280/2004 de 8.3, 409/2004 de 24.3, 893/2005 de 6.7).

En esta dirección la STS. 7.11.2001, nos dice: "En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determina la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

En el presente caso las expresiones que se citan se hacen para "relatar" lo ocurrido y poder integrar el delito de apropiación indebida. Son expresiones básicas para permitir la integración del tipo penal en el proceso de subsunción.



El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, al haberse infringido el principio de presunción de inocencia del Sr. Carlos Antonio (art. 24.2 CE).

Señala el recurrente que "La obligación de restitución del principal no se había declarado vencida anticipadamente por el matrimonio acreedor, -ni lo ha solicitado en este procedimiento".

Articula por la vía de la presunción de inocencia que "no se ha tenido en cuenta naturaleza jurídica del reconocimiento de deuda y préstamo personal formalizado en los documentos de uno de enero y diez de junio de 2010".

Sin embargo, es preciso destacar que no es preciso estar a la espera del pacto firmado entre las partes ante la evidencia del incumplimiento y que los recurrentes se habían apropiado del importe entregado destinando el dinero a otros fines. Resultaría absurdo tener que exigir a la parte perjudicada a que esperara todo el periodo pactado sin percibir su importe para que pudiera concurrir el tipo de apropiación indebida.

No es preciso declarar el vencimiento de la obligación cuando la evidencia de la prueba en este caso constatada determina que los recurrentes se habían quedado el importe de las sumas percibidas y negado a pagar las mensualidades que constaban en el contrato. La prueba es que solo se ha producido una consignación que no llega al 10% del importe total ante la existencia del procedimiento judicial y con la intención de postular la atenuante del art. 21.5 CP que, además, ha sido denegada ante la insuficiencia de la suma consignada frente al total apropiado.

Hay que tener en cuenta que apropiarse es, pues, desviar definitivamente los bienes respecto a su fin hacia el propio patrimonio; distraer es hacerlo hacia el patrimonio de otro. Y esta conducta quedó probada y el desvío del dinero al patrimonio de los recurrentes.

Consta en los hechos probados que pese a existir el pacto de entrega de mensualidades y tras unos abonos puntuales "actuando con intención de obtener un ilícito beneficio, dejaron de abonar los intereses pactados a Baldomero y Noelia en los siguientes meses vencidos." Y que el pacto era que "recibirían en contraprestación una renta mensual de 1200 euros en concepto de intereses mensuales hasta el año 2020 en el que recibirían un pago único de 120.000 euros.". Pero nada de esto se hizo salvo una reducida entrega del *pago de los intereses correspondientes al primer mes de febrero de 2010 de 1.200 euros mediante transferencia bancaria a la cuenta de Baldomero y Noelia*, y tras abonar 1.140 euros correspondientes a los intereses devengados en el mes de marzo de 2010, procedieron a abonar 1.100 euros con fecha 2 de julio de 2010, 1.100 con fecha 3 de agosto de 2010, 197 euros con fecha 13 de agosto de 2010 y 1.100 euros con fecha 7 de septiembre de 2010. A partir de ahí nada más se pagó y los recurrentes se quedaron los importes recibidos incumpliendo lo pactado. Se apropiaron de las sumas y dejaron de destinar los importes al fin pactado. No hacía falta declarar técnicamente el vencimiento de un contrato civil ante la evidencia

Si se pacta en un contrato determinadas disposiciones y existe una apropiación de dinero, o que el recibido por el contratante se destina a fines distintos de los pactados, aunque el contrato no haya vencido, si el ilícito se comete ello lo es aparte del vencimiento del contrato, ya que la actuación típica, antijurídica, culpable y punible se ha producido con independencia de la cuestión del vencimiento contractual que no puede operar como una especie de eximente para la parte que ha cometido el ilícito penal de apropiación indebida. El delito se comete o no se comete. Y si se perpetra la apropiación y se da por probado que el autor se ha apropiado del dinero y dado un fin distinto al pactado con ánimo de hacerlo propio, como en este caso ha ocurrido, es típica la conducta. Al tiempo que ni tan siquiera se ha devuelto el importe, salvo la cantidad citada por mor del procedimiento judicial, lo que evidencia la subsistencia actual de la no intención de devolver salvo orden judicial.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Macarena

OCTAVO.- 1.- Por infracción de ley, al amparo de los arts. 852 LECr. y 5.4 LOPJ, por infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Señala la recurrente que "No existe en el acervo probatorio prueba que responsabilice a Macarena : aparece su nombre en el contrato de préstamo y reconocimiento de deuda de fecha 29 de abril de 2009 sin que conste su rúbrica sino el sello de la empresa Diazyaniz Inversiones, S.L. (Folio 23 de la causa), acuerdo que fue cancelado en fecha 1 de agosto de 2009 (Folio 26). Los contratos base del delito por el que resulta penada fueron firmados por D. Carlos Antonio , administrador de hecho y de Derecho de la sociedad".

Los hechos probados describen la conjunta actuación de las partes en los mismos. Y, así, señala que:



"El acusado Carlos Antonio , mayor de edad y sin antecedentes penales, y la acusada Macarena , mayor de edad y sin antecedentes penales, eran en la fecha de los hechos socios y administradores de las sociedades mercantiles "Dyazyaniz,SL" y "Crefinance 2006 SL" dedicadas a la gestión de bienes inmuebles.

Los acusados, actuando de común acuerdo y con una unidad de fin, acordaron con Baldomero y con Noelia un negocio jurídico en virtud del cual Baldomero y Noelia entregarían a la empresa representada por los acusados "Dyazyaniz SL" el pleno dominio de sus viviendas sitas en la CALLE000 n.º NUM000 de la localidad de Torrevieja y en la CALLE001 n.º NUM001 de la localidad de Elda, así como 40.000 euros en efectivo a cambio de que los acusados formalizaran un contrato de reconocimiento de deuda y préstamo personal en cuya virtud Baldomero y Noelia recibirían en contraprestación una renta mensual de 1200 euros en concepto de intereses mensuales hasta el año 2020 en el que recibirían un pago único de 120.000 euros."

A continuación describe el operativo llevado a cabo desde la pluralidad conjunta de intervención de la recurrente.

Recoge la sentencia que: "Los dos acusados Carlos Antonio y Macarena , actuando de común acuerdo y como manifestó en su declaración el Sr. Carlos Antonio "participando conjuntamente de las pérdidas y las ganancias", independientemente de que se hubieran separado como afirma la Letrada de Dña. Noelia en el año 2009, continuaron beneficiándose de las cantidades recibidas, aplicando los fondos provenientes de la compraventa a otros usos" añadiendo que: "Los acusados recibieron del matrimonio Baldomero Noelia , 40.000 euros en efectivo, el importe de la venta del piso de su propiedad sito en Torrevieja a los propios acusados y con cuyo importe se quedaron estos; y, el importe de la venta que por poder llevaron a cabo los acusados, propiedad del matrimonio Baldomero - Noelia sito en Elda (35.000 euros) que también se quedaron los acusados. Si bien es cierto, que todas estas cantidades provenientes de uno u otro sitio, y que era su patrimonio, lo entregaron voluntariamente el matrimonio Baldomero - Noelia a los acusados, lo cierto también, es que fue con la condición de recibir por esa cantidad una renta mensual de 1.200 euros durante 10 años y 120.000 euros de una sola vez , al cabo de 10 años. En ningún momento, se intenta por parte de los acusados aplicar alguna de esas cantidades a la cancelación de las responsabilidades adquiridas, excepto unos pocos pagos en concepto de intereses que hacen los primeros meses. No consta que adoptaran cautela alguna respecto de estos fondos que debían destinarse al cumplimiento de lo pactado en el contrato tantas veces nombrado de 1 de enero de 2010."

Al mismo tiempo, en el FD nº 4 respecto a la gravedad de la cantidad apropiada para configurar la agravación se recoge que: "Esta cantidad se alcanza tanto atendiendo a las cantidades que el matrimonio entrega a los acusados, proveniente de una cantidad en efectivo (40.000 euros) y el importe de la venta de los pisos de Torrevieja y Elda, que fue entregado a los acusados, para que estos los invirtieran y así pudieran cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato de 1 de enero de 2010."

Con ello, la intervención de los recurrentes se ha llevado a cabo desde el concierto en todo el operativo en base a la condición de ambos y que estos contratan con los perjudicados, no pudiendo "huir" la recurrente de la responsabilidad conjunta ante el concierto de voluntades para realizar los hechos y apropiarse de los importes recibidos y alterando los fines pactados.

Concreta el tribunal en el FD nº 6º la respuesta al planteamiento de la exoneración de responsabilidad de la recurrente señalando que:

"La prueba practicada demuestra de forma suficiente que Macarena fue también coautora de esta infracción penal. Así, basta ver el documento de compraventa del piso sito en la CALLE000 de Torrevieja, por parte de los perjudicados a la mercantil "Dyazyanez,SL" de fecha 19 de noviembre de 2009, donde la acusada como administradora de la citada sociedad es quien firma en su representación. Los perjudicados han declarado que Macarena participó y estuvo presente en las conversaciones entre los perjudicados y los acusados durante todo el tiempo que duraron los hechos aquí juzgados. Incluso el propio acusado Carlos Antonio , en un momento de su declaración, a preguntas del Ministerio Fiscal, afirmó, que "en las sociedades participaban tanto en las pérdidas como en las ganancias los dos". Difícilmente puede pretender la acusada Macarena ser ajena a esta distracción de dinero, cuando la misma no sólo estuvo presente durante las diversas operaciones que concluyeron con los hechos juzgados sino que, sobre todo, es administradora única de la sociedad Dyazyanez,SL", y socia de la otra sociedad propiedad de los acusados, "Credifinance,SL" a través de las cuales se fraguó toda la operación."

Interviene en representación de las sociedades, participa en las reuniones con los perjudicados, e incluso, directamente en uno de los contratos. No existe esa ajenidad a lo ocurrido y la prueba lo es de cargo y motivada para el dictado de la condena. Se trató de una responsabilidad personal por una actuación propia en la comisión de un ilícito penal. No se trata de una "responsabilidad derivada" por su condición, sino por su directa autoría en los hechos declarados probados. Hay que recordar que era la administradora única de la



sociedad "Dyazyaniz,SL" y socia de la otra sociedad propiedad de los recurrentes, "Crefinance, SL", entidades a través de las cuales se fraguó toda la operación; la recurrente firmó, como administradora de la mercantil Dyazyaniz, SL, el documento de la venta del piso; los denunciantes declararon que ella estuvo presente en las conversaciones durante todo el tiempo que duraron los hechos; y el anterior recurrente declaró que en las sociedades participaban los dos en las pérdidas y en las ganancias.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 2.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr en relación con el art. 252 en relación con el art. 250.1.5º C.P.

Este motivo ya ha sido tratado anteriormente en el FD nº 2 que se aplica directamente al presente y al que nos remitimos. El proceso de subsunción de hechos en el tipo penal es correcto. Se introducen elementos de prueba que deben quedar al margen del motivo y de la forma de participación, cuando no puede quedar al margen de su condición de coautoría por haber intervenido en los hechos con el anterior recurrente. No existen elementos o razones para degradar su responsabilidad. Intervino en concierto de voluntades con el anterior recurrente y en las operaciones llevadas a cabo para la comisión del delito como detallan los hechos probados y argumenta el tribunal.

Ya se ha tratado anteriormente que no se trató de una cuestión civil, sino un delito de apropiación indebida.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 3.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECr., por inaplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP.

Se ha analizado este motivo en el FD nº 3 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 4.- INFRACCIÓN DE LEY con base en la norma del art. 849. 2 de la Ley de Ritos Criminal, ante la constatación de error en la apreciación de la prueba que se evidencia por documentos obrantes a la causa.

Al analizarse el motivo por infracción de ley ex art. 849.2 LECRIM hay que recordar, como ya se expuso antes en el FD nº 5º que los documentos designados para limitar la responsabilidad de la recurrente no tienen naturaleza literosuficiente para provocar una rectificación de los hechos probados. Y en atención a la doctrina de la Sala ya expuesta en estos casos, en cualquier caso están contradichos por otros elementos probatorios que evidencian la realidad del ilícito penal cometido por ambos recurrentes, sin capacidad ni posibilidad de exoneración de su corresponsabilidad por la recurrente. Respecto a la revisión de la responsabilidad civil es inviable tratarla por esta vía, y en cualquier caso ha sido ya analizado en el FD nº 3º.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados Macarena y Carlos Antonio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Séptima, de fecha 4 de junio de 2020, que los condenó por delito de apropiación indebida. Condenamos a dichos recurrentes a pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Carmen Lamela Díaz

VOTO PARTICULAR



QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMO. SR. DON ANTONIO DEL MORAL GARCÍA Y EXCMA. SRA. DOÑA CARMEN LAMELA DÍAZ A LA SENTENCIA Nº 9/2023

Nuestra discrepancia con la sentencia mayoritaria, compatible con el máximo respeto a la bien trabada opinión que ha prevalecido, es nuclear, pero de plasmación sencilla: pensamos que los hechos probados no definen, ni con precisión ni sin ella, un título apto para dar vida al delito de apropiación indebida. Descartado por la Audiencia el dolo antecedente que podría servir de base a una condena por estafa, se diluye la relevancia penal de los hechos. Una venta que transmite el dominio y un préstamo de dinero que, igualmente, transmite el dominio no pueden sustentar la tipicidad del art. 253 actual (anterior art. 252). La conducta de apropiarse exige ineludiblemente la ajenidad del objeto del delito. Nadie puede apropiarse de lo que es suyo. Por definición.

El hecho probado proclama que los perjudicados entregaron a *la empresa representada por los acusados "Dyazyaniz SL" el pleno dominio de sus viviendas ... así como 40.000 euros en efectivo a cambio de que los acusados formalizaran un contrato de reconocimiento de deuda y préstamo personal* por virtud del cual se comprometían a abonarles una renta mensual de 1200 euros mensuales como intereses y 120.000 euros en 2020. El incumplimiento de ese compromiso no supone *apropiación*. Solo los títulos que transmiten la posesión, pero no el dominio, pueden alimentar esa tipicidad. Ni el préstamo ni la compraventa han sido jamás reconocidos en nuestra jurisprudencia como base habilitante para una condena por apropiación indebida. Tan solo si hay un encargo específico de destino (asimilable a un mandato) o si se entiende que la forma jurídica adoptada suponía una simulación que encubría otra realidad contractual (lo que -resultando probable, pues si no, no se entiende la lógica económica de la operación- no se refleja ni en el *factum* ni en la fundamentación de la sentencia) podríamos indagar sobre la incardinación de los hechos en esa modalidad delictiva. Pero no destinar a la devolución del préstamo lo que se recibe en ese concepto y no destinar un dinero a cancelar una hipoteca de una finca propia (pues se está adquiriendo), ni, por supuesto, dejar de pagar los intereses pactados de un préstamo, puede ser apropiación indebida, salvo que empujemos al Código Penal todos los impagos parciales o totales de créditos que se producen en la economía lo que supondría el colapso de la jurisdicción penal y una superpoblación reclusa que no sería absorbible por nuestro sistema penitenciario.

Probablemente se esconden algunos elementos fiduciarios en los negocios que describe el hecho probado. Pero no podemos construirlos o imaginarlos para forzar una tipicidad que cabalmente no aparece en la narración. Ni siquiera pueden deducirse de la fundamentación jurídica. No parece correcto forzar la tipicidad para la sanción, rompiendo con muchos años -siglos- de doctrina jurisprudencial que niega a esos títulos -préstamo simple; compraventa- aptitud para servir de presupuesto a un delito de apropiación indebida.

¿Cuál ha sido el objeto de apropiación? ¿la cantidad recibida como préstamo? ¿las fincas adquiridas? Los títulos enumerados en el art. 252 de forma ejemplificativa -depósito, comisión, administración- tienen un denominador común: transmiten la posesión, pero no la propiedad. No cualquier título que genere una obligación de devolver o entregar es apto para integrar esa tipicidad; solo aquellos que siendo traslativos de la posesión no transmiten a la vez el dominio. Por eso ni el préstamo o mutuo, ni el depósito irregular, por más que produzcan una obligación de devolver, podrán ser la base de una infracción penal incardinable en el antiguo art. 252. Autor ha de ser el poseedor no propietario. La primera condición para apropiarse de algo es no ser dueño. Nadie puede apropiarse de lo que ya le pertenece.

Procedía la estimación del recurso dictando a continuación sentencia absolutoria.

Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz