



Roj: **STS 3096/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3096**

Id Cendoj: **28079120012022100720**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2022**

Nº de Recurso: **4862/2020**

Nº de Resolución: **707/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Barcelona, Sección 3ª, 04-05-2020 (proc. 50/2019),
STS 3096/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 707/2022

Fecha de sentencia: 12/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4862/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/07/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

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

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4862/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 707/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 12 de julio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 4862/2020, interpuesto por **Pedro Jesús**, representado por la procuradora D^a. Paloma Rabadán Chaves, bajo la dirección letrada de D. José María Martínez Martínez; y por **Amalia**, representada por el procurador D. Fernando Miguel Martínez Roura, bajo la dirección letrada de D^a. María Luisa Manzano Recio, contra la sentencia nº 135/2020, de fecha 4 de mayo de 2020, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 50/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: Agustín, Alexander, Apolonia, Ascension, Andrés, Juan Enrique, Aquilino, Bibiana, Armando, Avelino, Carolina, Bernardo, Borja, y Calixto, representados por el procurador D. Juan Antonio Velo Santamaría, bajo la dirección letrada de D^a. Rosanna Extremera Cuartero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Terrasa instruyó Diligencias Previas nº 647/2014, contra Pedro Jesús, y contra Amalia, por un delito de apropiación indebida y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 50/2019, dictó sentencia nº 135/2020, de fecha 4 de mayo de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<PRIMERO.- El acusado Pedro Jesús, mayor de edad, sin antecedentes penales conocidos, administrador de fincas colegiado, se venía ocupando de la administración de diversas comunidades de propietarios de la localidad de Terrasa (que luego se detallarán) a título personal o utilizando el nombre comercial de "Immogrup AF". El 29/04/2010 se constituye la mercantil "MACIA ADMINISTRADORS, SL" (inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona el 17/06/2010) como sociedad unipersonal cuya única socia y administradora única es la coacusada Amalia, sin antecedentes penales, esposa del anterior en ese momento (el matrimonio se disolvió por divorcio a finales de 2011), que a partir de su constitución asumió la administración de aquellas comunidades de las que hasta entonces se ocupaba el Sr. Pedro Jesús. A pesar de no tener participación en la sociedad ni ostentar cargo alguno en la misma, éste siguió ocupándose en la práctica de tal actividad, asistiendo a la mayoría de las juntas de propietarios, asesorando legalmente a las mismas y encargándose también de las liquidaciones.

La Sra. Amalia, que en aquella época se dedicaba en exclusiva a las labores del hogar familiar, accedió a constituir la sociedad a ruego de su esposo, quien le comunicó que pasaba por una complicada situación económica y precisaba encauzar su actividad de administración de fincas a través de una mercantil en la que él no figurara. La actividad se mantuvo sin embargo de la misma forma y sin solución de continuidad, hasta el punto de que muchos de los propietarios ni tan siquiera tuvieron conocimiento del cambio. La única novedad trascendente fue que a partir de ese momento se gestionaron todos los ingresos y pagos a través de una única cuenta bancaria a nombre de "MACIA ADMINISTRADORS, SL" en la que el Sr. Pedro Jesús no tenía firma pero a la que accedía telemáticamente a través de las claves que su propia esposa le proporcionó.

SEGUNDO.- Con relación a los ejercicios correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012, y mediante diversos mecanismos (bien dejando de hacer frente a diversos pagos que en las liquidaciones aparecían como abonados, bien no haciendo entrega del saldo favorable a la comunidad que constaba en las liquidaciones), los acusados se apropiaron o distrajeron las siguientes cantidades:

- Respecto del inmueble sito en la CALLE000, NUM000 de Terrasa, 1.360,58 euros destinados al pago de la tasa de vado y 361,60 euros de la tasa de la boca de incendios correspondientes al año 2010; así como de 536,43 euros de la tasa de vado de 2011. Cantidades todas ellas entregadas por la comunidad de propietarios a tal fin y que no fueron abonadas al Ayuntamiento a pesar de que se hicieron constar como pagadas en la liquidación.

- Del inmueble sito en la CALLE001, NUM001 de Terrasa, la cantidad de 8.239,17 euros, resultante de la diferencia entre la cantidad recibida como provisión de fondos a través de derramas extraordinarias para la realización de unas obras de mejora y la verdaderamente percibida por la empresa "Jordi Reformas y Construcciones SLL" encargada de las mismas, que reclamó tal cantidad a la comunidad de propietarios por vía judicial.

- En relación con el inmueble sito en la CALLE002, NUM002 de Terrasa, 539 euros correspondientes a la factura de suministro de electricidad de fecha 21/10/2011 y 260 euros de la de 21/12/2011, así como 437 euros correspondientes a la factura emitida por la empresa "Ascensores EBYP SA" de fecha 01/10/2011.



Cantidades todas ellas ingresadas para tal fin y que no fueron abonadas a pesar de contar como pagadas en la liquidación.

- En cuanto a la comunidad de propietarios DIRECCION000 de Terrassa, la cantidad de 2.703,56 euros correspondiente al saldo positivo resultante para la comunidad de la liquidación del ejercicio 2011/2012 que no ha sido entregado.

- Respecto del parking sito en la CALLE003 , NUM003 de Terrassa, 772,89 euros correspondientes al saldo positivo resultante para la comunidad correspondiente a la liquidación final, que no ha sido entregado; así como 267,50 euros de la tasa de vado de 2011 entregada por la comunidad de propietarios a tal fin y que no fue abonada al Ayuntamiento a pesar de que se hizo constar como pagada en la liquidación.

- Del inmueble sito en la CALLE004 , NUM004 de Terrassa, 812,23 euros, cantidad resultante de la diferencia entre el saldo positivo correspondiente al ejercicio 2011/2012 que ascendía a 2.712,23 euros y del que sólo entregaron 1.900 euros.

- Del inmueble sito en la CALLE005 , NUM005 de Terrassa, 3.651,57 euros correspondientes al saldo positivo resultante para la comunidad de la liquidación del ejercicio 2011, que no ha sido entregado.

- Del inmueble sito en la CALLE005 , NUM006 de Terrassa, la cantidad total de 2.994 euros correspondientes a diversas facturas emitidas por la empresa "Ascensores EBYP SA" Cantidades todas ellas ingresadas para tal fin y que no fueron abonadas a pesar de contar como pagadas en la liquidación.

-Igualmente, y de la misma forma, la cantidad total de 2.994 euros correspondientes a diversas facturas emitidas por la empresa "Ascensores EBYP SA", ingresada por la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE006 , NUM007 de Terrassa, ingresadas para tal fin y que no fueron abonadas a pesar de contar como pagadas en la liquidación.

- Del inmueble sito en la CALLE002 , NUM008 de Terrassa, la cantidad de 465,52 euros correspondiente a la diferencia entre el saldo final del ejercicio 2009/2010 y el saldo inicial del ejercicio 2010/2011.

- En cuanto al parking sito en la CALLE007 , NUM009 de Terrassa, 467,02 euros destinados al pago de la tasa de vado de 2010 y 285,36 euros de la tasa de la boca de incendios del mismo año. Cantidades todas ellas entregadas por la comunidad de propietarios a tal fin y que no fueron abonadas al Ayuntamiento a pesar de que se hicieron constar como pagadas en la liquidación. Así como la cantidad de 5.443,78 euros que figuraba como saldo favorable para la comunidad en la liquidación final y no ha sido entregada.

- Con respecto a la finca sita en la CALLE008 , NUM010 de Terrassa, los acusados dispusieron mediante varias operaciones bancarias de la cantidad total de 6.801 euros sin justificación alguna.

- Del inmueble sito en la CALLE006 , NUM011 de Terrassa, la cantidad de 2.916,28 euros correspondientes al saldo positivo resultante para la comunidad de la liquidación del ejercicio 2011/2012, que no ha sido entregado.

- Del inmueble sito en la CALLE009 , NUM012 de Terrassa, la cantidad de 3.312,08 euros correspondientes al saldo positivo resultante para la comunidad de la liquidación del ejercicio 2010/2011, que no ha sido entregado.

TERCERO.- Las presentes actuaciones fueron incoadas por auto de fecha 7 de abril de 2014 por el que el juzgado de instrucción admitía a trámite la querrela interpuesta por la acusación particular y ordenaba la incoación de las correspondientes diligencias previas, habiéndose enjuiciado los hechos el 4 de marzo de 2020, sin que en su tramitación se hayan producido periodos de paralización que en su conjunto superen los tres años. >>

SEGUNDO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debemos condenar y condenamos a Pedro Jesús , como autor criminalmente responsable de un delito CONTINUADO de APROPIACIÓN INDEBIDA, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de PRISIÓN DE DOS AÑOS y las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena y para el ejercicio de la profesión de administración de fincas por igual periodo.

Que debemos condenas y condenamos a Amalia , como autora, en cuanto cooperadora necesaria, criminalmente responsable de un delito CONTINUADO de APROPIACIÓN INDEBIDA, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO, NUEVE MESES y UN DÍA y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena.

Ambos acusados deberán indemnizar, de forma conjunta y solidaria, a las comunidades de propietarios perjudicadas en las siguientes cantidades:



- A la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE000 , NUM000 de Terrassa en la cantidad de 2.258,61.
- A la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE001 , NUM001 de Terrassa en la cantidad de 8.239,17 euros.
- A la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE002 , NUM002 de Terrassa en la cantidad de 1.236 euros.
- A la comunidad de DIRECCION001 de Terrassa en la cantidad de 2.703,56 euros.
- A la comunidad de propietarios del parking sito en la CALLE003 , NUM003 de Terrassa en la cantidad de 1.040,39 euros.
- A la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE004 , NUM004 de Terrassa en la cantidad de 812,23 euros.
- A la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE005 , NUM005 de Terrassa en la cantidad de 3.651,57.
- A la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE005 , NUM006 de Terrassa en la cantidad de 2.994 euros.
- A la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE006 , NUM007 de Terrassa en la cantidad de 2.994 euros.
- A la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE002 , NUM008 de Terrassa en la cantidad de 465,52 euros.
- A la comunidad de propietarios del parking sito en la CALLE007 , NUM009 de Terrassa en la cantidad de 6.196 euros.
- A la comunidad de propietarios de la finca sita en la CALLE008 , NUM010 de Terrassa en la cantidad de 6.801.
- A la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE006 , NUM011 de Terrassa, la cantidad de 2.916,28 euros.
- A la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE009 , NUM012 de Terrassa en la cantidad de 3.312,08 euros.

Cantidades todas ellas que se verán incrementadas con el interés legal correspondiente.

Declaramos la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil "MACIA ADMINISTRADORS, SL" en cuanto al pago de las mismas.

Condenamos asimismo a ambos acusados a satisfacer las costas procesales, INCLUIDAS las de la acusación particular, por mitad. >>

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

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

Motivos aducidos en nombre del recurrente Pedro Jesús :

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECr, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional previsto en el art. 24 de la Constitución, al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, relativo a un proceso con todas las garantías, derecho de defensa, presunción de inocencia y vulneración del principio non bis in idem del art 25. 1 de la CE.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECr, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional previsto en el art. 24 de la Constitución, al vulnerar el derecho a la presunción de inocencia.

Tercero.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del núm. 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del núm.1 del artículo 849 de la Ley de enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 248.1 del Código Penal en relación con el art. 250.6 del mismo texto punitivo.



Motivos aducidos en nombre de la recurrente Amalia :

Primero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, en relación con el art. 53.1 CE.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, al haberse infringido arts. 252 CP vigente en el momento de producirse los hechos en relación el art. 5, 14.1 y 28 b) CP.

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 6 de julio de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Pedro Jesús

PRIMERO.- El motivo primero al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y vulneración del principio non bis in idem, art. 25.1 CE.

Argumenta que existen dos sentencias firmes que absuelven al recurrente -aportadas al inicio del juicio oral- del mismo delito continuado de apropiación indebida. Por ello, volver a juzgarlo supondría eliminar el art. 74 CP, difuminándolo de tal forma que fuera irreconocible.

Esta cuestión fue planteada en la instancia y resuelta en el fundamento de derecho dedicado a las cuestiones previas en relación a la excepción de cosa juzgada planteada por ambos acusados, aportando fotocopias de dos sentencias dictadas el 5-10-2018 y 12-12-2018 por las que se condenó a la coacusada Sra. Amalia por un delito continuado de apropiación indebida y se absolvió a este recurrente por hechos similares.

El Tribunal desestimó la excepción planteada argumentando que en las distintas resoluciones había habido identidad de los acusados, pero que los hechos, aunque similares eran distintos, ya que se referían a conductas que habían afectado a comunidades de vecinos diferentes y que los perjudicados también habían sido distintos.

El motivo, se adelanta, deberá ser desestimado.

1.1.- La eficacia de la cosa juzgada, como hemos destacado en SSTS 730/2012, de 26-9; 974/2012, de 5-12; 772/2017, de 29-11, y en la muy reciente 616/2022, de 22-6, consiste en aquélla que producen las sentencias de fondo y otras resoluciones a ellas asimiladas (como los autos de sobreseimiento libre) por la cual no pueden ser atacadas en otro proceso posterior relativo al mismo objeto antes enjuiciado y ya definitivamente solventado (STS. 1375/2004 de 30.11).

Una doble condena o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. y también el art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental que sanciona el principio de legalidad.

En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 3154/90 de 14.10), y la jurisprudencia de esta Sala (SS. 29.4.93, 22.6.94, 17.10.94, 20.6.97, 8.4.98) que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio "non bis in idem", el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE., como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito.

Ahora bien, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, ésta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (otra cosa son las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. De la L.E.Cr.) todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

Asimismo en STS. 338/2015 de 2 de junio hemos recordado, como el Tribunal Constitucional por todas, sentencia 91/2008 de 21.7, ha reiterado que el principio non bis in idem se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva



impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La procesal o formal proscribiera, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento. Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión. Asimismo debe destacarse que este Tribunal Constitucional tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hecho y fundamento, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, comparando los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial.

La sentencia Tribunal Constitucional 69/2010 de 18.10 insiste en que la prohibición de incurrir en bis in idem procesal o de un doble proceso penal con el mismo objeto ha sido encuadrada por este Tribunal en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), concretándose dicha garantía en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada, ya que en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme, y se arrojaría sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento (SSTC 159/1987, de 26 de octubre; 2/2003, de 16 de enero; 249/2005, de 10 de octubre; 23/2008, de 11 de febrero; 60/2008, de 26 de mayo; 91/2008, de 21 de julio).

El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en bis in idem, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como, en lo que a este recurso de amparo interesa, de la proscripción de ulterior enjuiciamiento, cuando el mismo hecho ya ha sido enjuiciado en un primer procedimiento, en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos (art. 14.7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966; art. 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1984) [STC 249/2005, de 10 de octubre].

Asimismo esta Sala casacional -por todas STS. 505/2006 de 10.5-, recuerda la única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona (STS. 24.4.2000), pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio "non bis in idem", y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 en relación con el artículo 10-2 de la Constitución Española y 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13.4.77, según el cual "nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país".

Sin embargo, y según la misma doctrina, para que opere la cosa juzgada, siempre habrán de tenerse en cuenta cuales son los elementos identificadores de la misma en el proceso penal y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos. STS. de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995, 17 octubre y 12 de diciembre 1994, 20 junio y 17 noviembre 1997, y 3 de febrero y 8 de abril de 1998.

Por tanto, los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal:

- 1) identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.
- 2) identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas.

El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.



Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que dirigió la acusación en la primera causa y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta) que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso.

Situación que no se da en el caso presente, por cuanto el que un hecho haya sido juzgado aisladamente y con posterioridad al resto, ello no justifica la aplicación del instituto de la cosa juzgada porque los hechos de la presente causa no han sido juzgados por ser hechos distintos, y por tanto no hay riesgo de vulneración del non bis in idem (STS 500/2004, de 20-4).

1.2.- En conclusión, hemos dicho en STS 505/2006, de 10-5, la doctrina jurisprudencial uniforme y pacífica niega la posibilidad de delito continuado cuando no hay unidad de procesos y es imposible la acumulación por existir ya sentencia firme en uno de ellos y que, como consecuencia de ello, no admite en estos casos la excepción de cosa juzgada en la medida en que no hay identidad fáctica (SSTS. 751/1999, de 11 mayo, o 934/1999, de 8 junio), y la misma sentencia 500/2004 de 20.4, citada que precisa que el previo enjuiciamiento separado e individualizado de los hechos analizados en la primera sentencia, impide que en aquellos hechos ya enjuiciados se integren o se injerten otros de idéntica factura pero que son enjuiciados con posterioridad y que por ello, no obstante la posible continuidad inicial que podría haberse contemplado, ésta ha quedado rota por aquel previo enjuiciamiento, concluyendo que la razón de no existir tal excepción de cosa juzgada es doble, una de tipo procesal y otra de tipo sustantivo. De tipo procesal porque el previo enjuiciamiento efectuado por la primera audiencia impide la continuidad delictiva respecto de los hechos enjuiciados con posterioridad, aunque en sede teórica todos, unos y otros podrían haber sido objeto de un enjuiciamiento único. De tipo sustantivo, porque los hechos posteriores no son idénticos a los anteriores.

Consecuentemente, no procede la aplicación de la cosa juzgada, desestimándose la primera petición del recurrente.

SEGUNDO.- El motivo segundo al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ, por infracción de precepto constitucional previsto en el art. 24 CE al vulnerar el derecho a la presunción de inocencia.

Considera que la condena al recurrente se ha producido sin que haya existido en el juicio prueba de cargo obtenida con todas las garantías sobre los hechos que se le imputan, dado que el hecho de que fuera la misma sede física de la administración de fincas y de la mercantil no era un indicio; que la coimputada era quien tenía firma para disponer del dinero y su cuñada solo recordó lo que favorecía a la acusada; que el acusado solo reconoció que había asistido a algunas Juntas de Propietarios y lo había hecho en su condición de abogado; que se había justificado la condena por un artículo periodístico; que no se había practicado ninguna pericial, y no hay individualización alguna respecto del hecho delictivo, fecha, lugar, modo y circunstancias.

2.1.- Respecto al alcance en casación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia -en procedimientos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma Ley 41/2015, con la introducción del previo recurso de apelación- doctrina jurisprudencial reiterada (vid. SSTS 480/2012, de 29-5; 434/2014, de 3-6, 105/2017, de 21-2; 817/2017, de 13-12), establecía que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas



condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

- En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean



conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminadora para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En consecuencia, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediatez de que dispuso, inmediatez que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas – SSTs de 10 de Junio de 2002, 3 de Julio de 2002, 1 de Diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de Junio- y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

2.2.- En el caso presente la sentencia recurrida analiza en el fundamento de derecho primero las pruebas que tiene en cuenta para declarar probado que el acusado, administrador de fincas colegiado, primero a título personal y después a través de una sociedad, de la que era socia y administradora única su esposa -y también acusada y condenada- en relación a los ejercicios de los años 2010 a 2012 y mediante diversos medios -hacer constar en las liquidaciones como abonados pagos que no lo habían sido, no entregar a las comunidades los saldos favorables- se apropió o distrajo de catorce comunidades o parkings de un total de 42.626,41 €, cantidades individualizadas y detalladas en la sentencia.

Así, valora las declaraciones del propio recurrente, que admitió haberse encargado de la administración de las fincas hasta el año 2010, en que asumió tal actividad su esposa Amalia, a través de la mercantil "Macia Administradors SL".

La Sala no acepta tal versión y considera que el recurrente continuó siendo quien se ocupaba de la administración de las fincas y era el verdadero administrador de hecho de esa sociedad, señalando para ello una serie de indicios como: la sede física de la administración de fincas y de la mercantil había sido la misma; la esposa y los empleados no tenían cualificación adecuada para la tarea realizada; el acusado siguió yendo a las juntas de propietarios, constando en la mayoría de las actas con la condición de administrador de fincas; los presidentes de las comunidades declararon que recordaban que había habido un cambio de nombre, pero no de administración; que en artículos de prensa constaba que el acusado seguía atendiendo a sus clientes y negociaba con los afectados; que la acusada declaró que su esposo le dijo que constituía la mercantil porque tenía problemas económicos, pero que siguió siendo el administrador y que ella le facilitó las claves para operar con el Banco telemáticamente; que la testigo Enriqueta, cuñada que trabajó en la entidad, corroboró la declaración de la acusada; que constaban en los extractos bancarios traspasos de la cuenta que gestionaba la administración de las distintas comunidades a una personal del acusado, siendo el más significativo una transferencia de 159.000 euros de la que el acusado no dio razón alguna. En cuanto a la determinación de la realidad y determinación de las cantidades apropiadas, el Tribunal ha manifestado que no se había practicado una prueba pericial, pero que las declaraciones de los que eran presidentes de las comunidades y la documental, habían constituido prueba suficiente para acreditar las cantidades apropiadas.

Pruebas suficientes para tener por acreditadas las apropiaciones realizadas a diversas comunidades y que el autor principal fue el acusado.

2.3.- En efecto, en relación a la declaración de la coimputada, la jurisprudencia ha establecido con reiteración (SSTs 1290/2009, de 23-12; 84/2010, de 18-2; 60/2012, de 8-2) que es prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia, al tratarse de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su



testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (STC 68/2002, de 21-3; STS 1330/2002, de 16-7).

Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no aparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

Por ello el Tribunal Constitucional (SSTC 102/2008, de 28-7; 91/2008, de 21-7) viene declarando que "la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no solo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena, si no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas. Las reglas de corroboración se concretan, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima, y por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

En definitiva, la doctrina del TC y de esta Sala Segunda podemos resumirla en los términos siguientes:

- a) Su fundamento se encuentra en que las declaraciones de los coacusados solo de una forma limitada pueden someterse a contradicción, habida cuenta de la facultad de no declarar que estos tienen por lo dispuesto en el art. 24.2 Ce que les reconoce el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, lo que constituye una garantía instrumental del más amplio derecho de defensa en cuanto que reconoce el derecho a no contribuir a su propia incriminación.
- b) La consecuencia que de esta menor eficacia probatoria se deriva es que con solo esta prueba no cabe condenar a una persona salvo que su contenido tenga una mínima corroboración.
- c) Tal corroboración aparece definida como la existencia de cualquier hecho, dato o circunstancia externos apto para avalar ese contenido en que consisten las declaraciones concretas de dichos coacusados.
- d) Con el calificativo de "externos" entendemos que el TC quiere referirse a algo obvio, como lo es el que tal hecho, dato o circunstancia se halle localizado fuera de esas declaraciones del coimputado y que sirva para atribuir verosimilitud a esas declaraciones.
- e) Que ese elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado (STC 57/2009, de 9-3).

En este caso este requisito aparece cumplido por cuanto la declaración inculpativa de la coacusada aparece corroborada por las testificales de los Presidentes de las Comunidades, extractos bancarios reflejando transferencias del acusado a su cuenta y el resto de indicios a que se ha hecho referencia anteriormente.

2.4.- En cuanto a la fuerza acreditativa de los indicios, esta Sala, SSTS 487/2006, de 17-7; 56/2009, de 3-2; 877/2014, de 22-12; 86/2018, de 19-2, ya ha descartado el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan respectivamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS. 14.2 y 1.3.2000). Es decir no resulta aceptable analizar cada uno de aquellos elementos y a darles otra interpretación, o bien a aislarles del conjunto probatorio extrayendo sus propias e interesadas conclusiones, pues la fuerza convectiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los indicios probados, a su vez, por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser nuevamente revisados y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden ser, en sí mismos, cada uno de ellos, insuficientes a los efectos que resolvemos (porque en caso contrario sobraría su articulación referencial) pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que despega del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre la que esta Sala casacional únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (STS. 19.10.2005).

Insistiéndose en las SSTS. 33/2011 de 26.1, 5883/2009 de 8.6, 527/2009 de 25.5, que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que



el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

En este sentido la STS. 412/2016 de 13.5, rechazó las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional, advirtiendo el Tribunal Constitucional (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado..." la fragmentación del resultado probatorio para analizar seguidamente cada uno de los indicios es estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar el cuadro probatorio (SSTS. 631/2013 de 7.6, 136/2016 de 24.2).

Bien entendido -hemos dicho en SSTS. 732/2013 de 16.10, y 700/2009 de 18.6- que es claro "desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal a quo, que no toda inferencia que vaya del hecho conocido al hecho ignorado ofrece, sin más, la prueba de éste último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis éste dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante".

2.5.- Consecuentemente, el motivo debe ser desestimado y no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia, que se basó en pruebas documentales y personales válidamente obtenidas y practicadas, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y ponderación exigibles, quedando extramuros de la competencia de la Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante una valoración alternativa y subjetiva del recurrente del significado de los elementos de pruebas personales disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho de presunción de inocencia del hoy recurrente, quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas con apoyo en sus propias manifestaciones exculpativas y en su subjetiva interpretación de las distintas testificales, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11- "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

TERCERO.- El motivo tercero por error en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 LECrim, designando como documentos:



1.- Folio 484 vuelto de las actuaciones, Tomo II, apreciado en su conjunto, y en particular los conceptos de préstamos y transferencia a D. Pedro Jesús en relación al traspaso de 159.000 € de la cuenta que gestionaba la administración de las distintas comunidades a una personal de aquél.

2.- Folio 413 de las actuaciones, sobre la existencia de cuentas a favor de D. Pedro Jesús en el Banco Sabadell.

De los citados documentos se desprende, según el motivo, que en el año 2010 el Sr. Pedro Jesús canceló todas las cuentas, excepto la que tenía con su esposa. Y la cantidad de 159.000 € le fue traspasada a aquel para saldar deudas y para ello, como manifestó la Sra. Amalia en el plenario, pidieron un préstamo hipotecando su casa, según se desprende de la anotación bancaria, de la suma de más de 238.000 € en concepto de préstamo.

3.1.- El motivo no debería prosperar.

Como con reiteración ha declarado la jurisprudencia, por todas STS 49/2018, de 30-1, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad según reiterada jurisprudencia de esta Sala -por ejemplo STS 936/2006, de 10-10, 778/2007 de 9-10; 1148/2009, de 25-11- la concurrencia de los siguientes elementos:

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 a 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 del dato contradictorio así acreditado documentalmente era 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 supuestos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para no modificarlos (STS. 693/2015 de 12.11).

4) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.

Así la STS. 911/2013 de 3.12, recuerda "... dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posterioridad sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan".

Por otra parte, el error debe tener directa relación con lo que es objeto principal del juicio, aunque también hay que tener en cuenta que si sobre el punto respecto del cual se alega el error se hubieran llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce entonces al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento o en los documentos especialmente traídos a colación, sino la que ofrece ese otro o esos hechos probatorios. **De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del Tribunal de casación, lo que está vedado.**

Y concluye la expresada resolución "la contradicción en fin, ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completado aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultado de otros medios de prueba también disponibles por el Tribunal de instancia, que justificaron la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación, al menos evidente mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS. 6 y 24.9.2011).

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se reduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva relación del factum que no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y por consiguiente para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

3.2.- En el caso presente, tal como señala el Ministerio Fiscal en su informe impugnando el recurso, la sentencia, entre otros indicios de cargo, hace referencia a traspasos (en plural) a la cuenta del acusado -el documento del folio 484 solo comprende los movimientos de la cuenta desde el 4-2-2010 al 5-3-2010, y la constitución de la mercantil Macia Administradors SL se constituyó el 29-4-2010, y las apropiaciones tuvieron lugar en los ejercicios 2010, 2011 y 2012, y respecto a la transferencia de 159.000 € de 26-2-2010 se razona que el acusado no dio razón alguna.

Siendo así, los documentos designados no pueden entenderse literosuficientes, dado que los datos reflejados en los mismos no han sido la única prueba acreditativa del delito cometido, ni acreditan, por sí solos, la explicación ofrecida en el recurso sobre la causa de la transferencia a favor del recurrente.

CUARTO.- El motivo cuarto por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 248.1 en relación con el art. 250.6 (sic) ambos del Código Penal.

Parte el motivo de que en base al precedente deben desaparecer del apartado hechos probados cualquier referencia a "De otra forma tampoco se explicarían los traspasos de la cuenta que gestionaba la administración de las distintas comunidades de propietarios a una personal del Sr. Pedro Jesús , el más significativo de ellos acreditado en el extracto bancario obrante como documental al folio 584" (debería decir 454) vuelto de la causa, en el que figura una transferencia de 159.000 € respecto de la que el acusado no ha dado razón alguna, lo que apunta a una confusión patrimonial de carácter instrumental para la comisión del delito". Perdiendo, así, sentido las argumentaciones condenatorias en lo que se refiere a D. Pedro Jesús .

4.1.- Con independencia de que los preceptos penales que se dicen infringidos -arts. 248.1 y 250.6, relativos a la estafa, no son los que han sido objeto de acusación y aplicados en la sentencia -art. 252- vigente en el momento de producirse los hechos, actual art. 253, en relación con el art. 249, relativos a la apropiación indebida, desestimado el motivo por error en la apreciación de la prueba e incólume el relato fáctico, en el que



en la cantidad total apropiada, 42.626,41 €, no se incluyen, por tanto, los 159.000 €, el presente motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria.

En efecto, en los hechos probados se recoge como "con relación a los ejercicios correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012, y mediante diversos mecanismos (bien dejando de hacer frente a diversos pagos que en las liquidaciones aparecían como abonados, bien no haciendo entrega del saldo favorable a la comunidad que constaba en las liquidaciones), los acusados se apropiaron o distrajeron las siguientes cantidades...".

De estos pasajes del relato fáctico se desprende la concurrencia del delito de apropiación indebida. En efecto, para solventar el problema que planteaba la apropiación del dinero, la jurisprudencia de esta Sala, ss. 438/2019, de 2-10; 712/2021, de 22-9, vino diferenciando dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal: apropiarse y distraer, con notables diferencia en la estructura típica. En las SSTs. 9.5.2014 y 2.3.2016, recordamos que, en definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor.

La doctrina del TS. SS. 513/2007 de 19.6, 218/2012 de 28.3, 664/2012 de 12.7, entre otras muchas, resumió la interpretación jurisprudencia de este delito proclamando que el art. 252 de 1995, sancionaba dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro o que niega haberlas recibido y la distracción de dinero o cosas fungibles cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darles un destino específico.

Es doctrina de esta Sala -entre otras SS. 2182/2002 de 24 de mayo, 1289/2002 de 9 de julio, 1708/2002 de 18 de octubre y 1957/2002 de 26 de noviembre- que, en el delito de apropiación indebida, como sostiene acertadamente la sentencia impugnada, el título por el que se recibe la cosa ha de originar la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario. Esa jurisprudencia también ha establecido que la obligación surge cualquiera que sea la relación jurídica que la genere, pues los títulos que el precepto relaciona específicamente, como el depósito, la comisión y la administración no constituyen un *numerus clausus* sino una fórmula abierta como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto ("o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos"), de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionada "incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver.

El delito de apropiación indebida se caracteriza, en suma, por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos. En el iter criminis se distinguen dos momentos, el inicial cuando se produce la recepción válida y el subsiguiente cuando se produce la apropiación con ánimo de lucro, de lo recibido, lo que constituye deslealtad o incumplimiento del encargo recibido, como ocurre en el caso paradigmático de la comisión, que colma el "tipo de infidelidad" que, tras una importante evolución doctrinal y jurisprudencial, es una de las modalidades de apropiación indebida (STS. 4.2.2003).

Y en cuanto al dinero, por mucho que haya desaparecido la voz distracción del art. 253 CP actual, y por mucho que el Preámbulo de la LO. 1/2015 quiera desviar siempre su tipicidad a la administración desleal es evidente que sigue siendo posible la apropiación indebida de dinero.

En efecto esta Sala, SSTs 163/2016 de 2 marzo, 700/2016 de 9 septiembre, 962/2016 de 23 diciembre, compendia respecto del delito de apropiación indebida, el actual estado de la jurisprudencia, a raíz de la reforma operada por LO. 1/2015 de 30.3 -que tendría efectos retroactivos en lo que favorezca al acusado-, al tiempo que rechaza aquellas opciones interpretativas que, no sólo se apartan del criterio jurisprudencial proclamado reiteradamente por esta Sala, sino que alentarían espacios de impunidad como consecuencia de un mal entendido criterio de subsunción. La transcripción literal de algunos de sus pasajes resulta más que conveniente. Allí puede leerse lo siguiente: "...desde otra perspectiva podría examinarse si la admisión a trámite del recurso puede fundamentarse en la modificación realizada en la regulación del delito de apropiación indebida por la LO 1/2015, y en su eventual aplicación retroactiva en beneficio del reo.

La exposición de motivos de la LO 1/2015, señala que "la reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador



facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error".

En consecuencia, la reforma excluye del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero, pero mantiene en el ámbito del tipo de apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos en que el acusado se apropiare para sí o para otros del dinero que hubiera recibido en depósito, comisión, o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido. En efecto la nueva redacción del tipo incluye expresamente en el art 253 el dinero entre los bienes que pueden ser objeto de apropiación indebida, al establecer clara y paladinamente que " 1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero , efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido".

Algún sector doctrinal, que siempre ha mantenido una posición contraria a la apropiación indebida de dinero, calificándola en todo caso como un supuesto de administración desleal indebidamente inserto en el tipo de la apropiación indebida, pretende ahora enmendar la plana al Legislador y sostener que pese a la mención expresa del dinero en el art 253 CP, la apropiación de dinero, por su naturaleza fungible, no puede sancionarse como delito de apropiación indebida (diga lo que diga el Legislador) sino que debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido, y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio). Otros sectores mantienen que la mención del dinero en el art 253 solo puede referirse a los supuestos en los que el dinero se ha entregado como cosa cierta (identificando la numeración de los billetes y especificando que la devolución debe realizarse sobre los mismos billetes entregados).

Este no es el criterio seguido por esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art 252 CP como "distracción", constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta específica de "distracción" ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Por el contrario, esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 430/2015, de 2 de julio (apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal), STS 414/2015, de 6 de julio (apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015, de 7 de julio (apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015, de 16 de julio, (apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015, de 5 de octubre, (apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa), STS 615/2015, de 15 de octubre (apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre, (apropiación de dinero por apoderado), STS 732/2015, de 23 de noviembre (apropiación indebida de dinero



por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015, de 1 de diciembre (apropiación indebida de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (apropiación indebida de dinero por intermediario), STS 65/2016, de 8 de febrero (apropiación indebida de dinero por agente de viajes), STS 80/2016, de 10 de febrero, (apropiación indebida de dinero por el patrono de una fundación), STS 89/2016, de 12 de febrero (apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc. etc.

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

Como ha señalado la STS 18/2016, de 26 de enero, " la admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales, por su naturaleza fungible, pero sin entrar ahora en debates más complejos es necesario constatar que el Legislador ha zanjado la cuestión en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art 253 CP.

Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida de dinero es que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", es decir que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución (STS 513/2007 de 19 de junio, STS 938/98, de 8 de julio, STS 374/2008, de 24 de junio, STS 228/2012, de 28 de marzo".

Este criterio jurisprudencial plenamente consolidado trae causa de anteriores precedentes en los que ya fueron abordados los efectos asociados al nuevo régimen jurídico instaurado por la LO 1/2015, en el que la reforma de los arts. 252 y 253 del CP fueron algo más que una simple recolocación sistemática. Con posterioridad se han sucedido nuevos pronunciamientos en la misma dirección. Es el caso de la STS 244/2016, de 30 de marzo, en la que se señala que "...así como en la apropiación de cosas no fungibles la incorporación al patrimonio ajeno es instantánea exteriorizador del "animus rem sibi habendi", en la distracción de dinero se requiere que se dé un destino distinto y definitivo, de suerte que hasta que ese destino no se ha objetivado cabría la existencia de un mero uso indebido del dinero, que no supusiera el despojo definitivo del mismo por parte del infractor hasta que no se haya superado lo que se denomina el "punto de no retorno" que distingue el mero uso indebido situado extramuros del sistema penal, de la apropiación en sentido propio . De igual modo en la STS 216/2016, de 15 de marzo, con citas de las SSTS 370/2014 y 905/2014. Por ello, la reforma operada por LO 1/2015, nada ha alterado desde esta pacífica jurisprudencia, aunque sea cuestionado por un sector doctrinal (cfr. STS 414/2016, 17 de mayo)".

RECURSO Amalia

QUINTO.- El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ por infracción del derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 en relación con el art. 53.1 CE.

Argumenta que no existe prueba directa que durante los ejercicios 2010, 2011 y 2012 llevara a cabo los mecanismos y técnicas de apropiación a que se refiere el hecho probado segundo, es decir, alterara las liquidaciones no entregando el saldo o dejara de hacer frente a diversos pagos de las comunidades de perjudicadas apropiándose de las cantidades de ésta.

Alega que el análisis realizado en la sentencia de instancia carece de racionalidad, dado que si bien creó la sociedad y facilitó a su esposo las claves de la cuenta bancaria de la misma para que pudiera operar, pero las apropiaciones fueron llevadas a cabo de forma exclusiva por el acusado y los traspasos de la sociedad iban exclusivamente a la cuenta de ésta, sin beneficio para esta recurrente.

5.1.- El motivo debe ser desestimado.

La sentencia recurrida, partiendo de las propias declaraciones de la acusada, considera probado que ésta accedió a constituir la sociedad en abril de 2010, tras comunicarle su esposo -del que se divorció a finales del 2011- que pasaba por una complicada situación económica y que necesitaba encauzar su actividad de administración de fincas a través de una sociedad en la que él no figurara y que la acusada le proporcionó las claves para que accediera telemáticamente a la cuenta de la sociedad.



Referida conducta entiende la Audiencia que constituye una cooperación necesaria para la comisión del delito por parte de su marido, ya que era la única socia y administradora de la mercantil que formalmente administraba las fincas, accedió a la creación de la sociedad conociendo los motivos que tuvo el acusado para ello, facilitó las claves para el acceso telemático del acusado a la cuenta y era razonable pensar que las cantidades apropiadas pasaron a engrosar la economía familiar. En esta dirección Amalia en su declaración en el juicio oral admitió que su esposo le había manifestado que ya en el año 2009 estaba arruinado, con un desfaldo de más de 100.000 €, y que aunque no preparaba las liquidaciones, emitía los cheques y firmaba lo que le presentaba su cuñada Enriqueta que ya trabajaba para la primera sociedad Immogrup SL y continuó haciéndolo en la nueva "Macia Administradors SL":

Si esta conducta puede o no calificarse de cooperación necesaria es cuestionado en el motivo segundo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim.

SEXTO.- El motivo segundo por infracción de ley, al amparo del núm. 1 del art. 849 LECrim, al haberse infringido los arts. 252 CP vigente en el momento de producirse los hechos en relación a los arts. 5, 14.1 y 28 b) CP.

Considera que la actuación de la recurrente es extraña en lo que a la apropiación se refiere. Se trata en todo caso de una participación accidental, de carácter secundario y menor entidad, al no constar que personalmente se hubiera apoderado del dinero existente en la cuenta de la sociedad, ni que los actos de participación que se le imputan sean indispensables y necesarios para la comisión del delito objeto de revisión.

6.1.- El motivo se desestima.

Hemos de partir que la recurrente no ha sido condenada como coautora sino por cooperación necesaria, que supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse, diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta, pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros.

Se ha dicho en SSTS 776/2011, de 20-7; 927/2013, de 11-12; 158/2014, de 12-3; 23/2015, de 4-2; 487/2015, de 20-7; 519/2015, de 23-9; 415/2016, de 17-5, que la diferencia entre la coautoría y la cooperación o la participación, radica en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría, y se concreta que "existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido, cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo, o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito.

La STS 604/2017, de 5-9, recuerda que los cooperadores necesarios, aparentemente, al igual que los coautores tendrían el dominio funcional del hecho, pues si se trata la suya de una aportación imprescindible para la producción del mismo, su retirada impediría que se llevara a cabo. Ellos nos obligaría a concluir que la distinción entre coautores y cooperadores necesarios es prácticamente imposible, y dogmáticamente innecesaria.

Sin embargo, la diferencia legal necesariamente ha de tener una proyección en el plano dogmático, y así la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala han puesto de relieve que el dominio del hecho no solo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce. Por esta razón, el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el ámbito de la preparación, sin participar luego directamente en la fase ejecutoria, no tiene, en principio, el dominio del hecho, pues cuando ésta se desarrolla la comisión del delito ya está fuera de sus manos. Consecuentemente si la aportación necesaria se ha producido en la etapa de preparación, el agente que la protagonizó será un partícipe necesario, pero no coautor. De esta manera se explica que la distinción entre cooperador necesario y cómplice no deba ser apoyada en la noción de dominio de hecho. Lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia (la relevancia) de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores.

Y desde el punto de vista subjetivo, se exigen asimismo dos elementos: un doble dolo, según ha explicado con plasticidad en la doctrina y en pronunciamientos esta Sala -vid. SSTS 64/2014, de 11-2; 442/2014, de 2-6- aunque su significado no se corresponda con una exigencia de intensidad. Significa una doble proyección de la tipicidad subjetiva del partícipe. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos de un modo consciente a la realización de aquel. En la STS 1531/2002, de 27-9, se afirma que es suficiente con que el dolo del cooperador sea de carácter eventual respecto del resultado que puede seguir a la acción voluntaria que ejecuta el autor, a cuyo éxito encamina el



partícipe su aportación. De otro lado, es necesario un concierto para colaborar que eso sí, puede ser anterior, coetáneo o sobrevenido y puede adoptarse expresa o tácitamente.

Por ello, cuando se trata de cooperador, el dolo eventual deberá manifestarse en el conocimiento, de un lado, de la probable intención del autor principal y, además, de otro lado, en el de las probables consecuencias de la aportación respecto a la ejecución por el autor principal de un hecho mínimamente determinado. Es esta identificación del hecho del autor, directamente relacionada con la aportación del cooperador, lo que permite considerar que se trata de peligro concreto. Por lo tanto, el cooperador debe conocer que existe el peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal y que su aportación, reflejada en el nivel de incremento del riesgo, determinará la imputación como cooperador necesario o, en su estrato inferior como cómplice (STS 503/2008, de 17-7).

6.2.- En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida, fundamento de derecho tercero, razona que aunque "a la acusada Sra. Amalia no se le pueden imputar las conductas directas que produjeron la efectiva apropiación o distracción de las cantidades recibidas, pero ella era la única socia y administradora de la mercantil que tenía formalmente atribuida la administración de las fincas, la única titular autorizada en la cuenta que sirvió de instrumento para el fin delictivo, por lo que el pretendido desconocimiento de la conducta de su esposo sólo podría explicarse como una ignorancia deliberada que además resulta muy dudosa si tenemos en cuenta que accedió a la creación de la sociedad conociendo los motivos que impulsaron a su esposo a tal solicitud. Si a todo ello añadimos que facilitó las claves de acceso para poder operar telemáticamente en la cuenta bancaria y que es razonable pensar que las cantidades indebidamente apropiadas pasaron a engrosar la economía familiar, su conducta supone, cuando menos, una cooperación absolutamente necesaria para la comisión del delito, por lo que ha de tener también la consideración de autora en los términos previstos en el art. 28 b) CP."

Es decir, aunque el coacusado Sr. Pedro Jesús fuese el autor material de los hechos y la recurrente no tomara parte en la ejecución, aportó una condición sin la cual el delito no se hubiera cometido y en cualquier momento hubiera podido interrumpir su comisión.

Siendo así, su consideración como cooperadora necesaria del delito continuado de apropiación indebida debe ser mantenida.

SÉPTIMO.- Desestimándose los recursos, procede condenar en costas 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

1º) Desestimar los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Pedro Jesús ; y de Amalia , contra la sentencia nº 135/2020, de fecha 4 de mayo de 2020, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 50/2019.

2º) Imponer a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura