

Roj: **STS 4085/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4085**Id Cendoj: **28079120012014100647**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/10/2014**Nº de Recurso: **243/2014**Nº de Resolución: **655/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 19287/2013,**
STS 4085/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil catorce.

En los recursos de casación por Infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por el **Ministerio Fiscal**, al que se ha adherido la representación de **Ibercaja, S.A.**, y la representación de **José**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVI, por delito continuado de estafa o administración desleal, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo parte recurrida Ibercaja Banco S.A., Comunidad de Usuarios del Aparcamiento DIRECCION000, Ana y Carlos María, representados por los Procuradores Sr. Ganuza Ferreo, Sr. Rego Rodríguez y Sra. Fernández de la Cruz Martín.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 36 de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado nº 1930/11, seguido por delito continuado de estafa o administración desleal, contra **José, Ana y Carlos María**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVI, que con fecha 2 de Diciembre de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declara probado que durante el período comprendido entre diciembre de 2009 y enero de 2011 en el que el acusado José, mayor de edad y con antecedentes no computables a efectos de reincidencia, ejercía la administración de la Comunidad de Usuarios del Aparcamiento sito en la DIRECCION000 NUM000 de Madrid constituida por más de 800 propietarios de las plazas de aparcamiento, sustituyendo al también acusado Carlos María, mayor de edad y sin antecedentes penales-, el cual había ejercido la administración a través de ADMINISTRACIONES GARFIN, S.L.-, mediante la entidad DIRECCION001 COMUNIDAD DE BIENES-, que había sido constituida por el mismo José, y la igualmente acusada Ana, mayor de edad y sin antecedentes penales-, y teniendo en su poder los talonarios de cheques de la cuenta n.º NUM001 - de la cual aquella Comunidad es titular en la entidad IBERCAJA-, expidió, sin la autorización de ésta, diversos cheques del referido talonario obrantes a los folios 422-432 y 448 de la Causa, todos ellos librados al portador.- Algunos de los mencionados cheques fueron firmados únicamente por el acusado José, en concreto, los obrantes a los folios 422-432, con la especificación de dos de los obrantes en el primer folio y dos en el segundo, y que los que constan a los folio 430 y 448 del Procedimiento, uno del primer folio, lo fueron solamente por el acusado Carlos María, este último con la creencia de que hacían falta para hacer pagos urgentes de la Comunidad a instancias del referido acusado José. Todo ello pese a que la Junta Directiva de la Comunidad exigía dos firmas, una de ellas necesariamente perteneciente a un vocal de la citada Junta.- El citado acusado José hacía efectivos los referidos cheques efectivos a través del sistema interbancario de compensación electrónica, lo que imposibilitaba el control de las firmas.- La disposición indebida de fondos sin la autorización de la Comunidad por parte del mencionado



acusado José llegó a dejar a ésta, aproximadamente, sin al menos 30.000, 00 euros.- El referido acusado José hizo a la Comunidad un reintegro de 2000 euros.- La entidad IBERCAJA en fecha 19 de julio de 2011 reintegró en la cuenta de la Comunidad la cantidad de 83520'40 euros.- No ha resultado probado que los acusados Carlos María y Ana hubieran llevado a cabo acción alguna de acuerdo con el acusado José ". (sic)

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

"FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a los acusados José como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito societario de administración desleal, ya definido, sin concurrencia de circunstancias, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con la obligación de abonar el pago de un tercio de las costas procesales causadas, incluidas la de la Acusación Particular.- Y que debemos absolver y absolvemos a Carlos María y a Ana de los hechos objeto de acusación, con declaración de oficio de dos tercios de las costas procesales causadas". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el **Ministerio Fiscal** y la representación de **José** , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el **Ministerio Fiscal** basó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1º LECriminal .

SEGUNDO: Al amparo del art. 849 1º LECriminal .

TERCERO: Al amparo del art. 849.1 LECriminal .

La representación de **José** , formalizó su recurso en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal .

SEGUNDO: Al amparo del art. 849.1º LECriminal .

Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 8 de Octubre de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 2 de Diciembre de 2013 de la Sección XVI de la Audiencia Provincial de Madrid , condenó a José como autor de un delito societario de administración desleal, a la pena de seis meses de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que José , a la sazón administrador de la comunidad de propietarios/ usuarios del aparcamiento de la c/ DIRECCION000 de Madrid, constituida por 800 propietarios, teniendo en tal condición talonarios de cheques de dicha comunidad, expidió diversos cheques sin autorización de ésta, todos ellos librados al portador, los que hizo efectivos y a su favor a través del sistema interbancario de compensación electrónica lo que imposibilitó el control de firmas.

El total de dinero del que resultó perjudicada la comunidad fue de, al menos 30.000 ?, de los que José efectuó un reintegro de 2.000 ?.

Se han formalizado dos recursos de casación de sentido contrario, uno por parte del condenado, y otro por parte del Ministerio Fiscal, al que se ha adherido la representación de la entidad Ibercaja.

Pasamos seguidamente al estudio de los recursos formalizados comenzando por el del propio condenado José .

Segundo.- Recurso de José .

Su recurso está formalizado a través de **dos motivos** .

El **primer motivo** , por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la vulneración del derecho al *principio acusatorio* por estimar que la sentencia recurrida ha condenado al recurrente como autor del delito societario de administración desleal del delito del art. 295 del Cpenal .



Se alega por el recurrente que dicha calificación fue introducida en el Plenario por el Ministerio Fiscal en el trámite de las conclusiones definitivas como tesis alternativa a la calificación provisional que estimó la concurrencia de un delito de estafa.

El Tribunal sentenciador razonó en el f.jdco. segundo de la sentencia que no existió delito de estafa porque *"...no apreció la existencia de un engaño previo..."*, sin el cual no puede existir la estafa ya que este tipo penal se vertebra alrededor de un *engaño antecedente, causante y bastante* que justifica el empobrecimiento de la propia víctima que actuó engañada por el agente.

Consiguientemente, en el *factum* no se describe tal engaño. En esta situación el Tribunal sentenciador aceptó con la *tesis alternativa introducida en conclusiones definitivas* –y por tanto al concluir el Plenario– por parte del Ministerio Fiscal que interesó como tesis alternativa –insistimos– la existencia del *delito societario de administración desleal del art. 295 del Cpenal*.

Estima el recurrente que tal calificación, introducida en las conclusiones definitivas, le provocó una efectiva indefensión porque ha sido condenado sobre hechos respecto de los que no ha podido defenderse tanto en los aspectos fácticos como jurídicos, alegando que la propia sentencia, al justificar la condena por tal calificación se refiere a jurisprudencia relativa al delito de apropiación, delito del que ninguna de las acusaciones efectuó referencia alguna.

La doctrina de la Sala, en relación al *ámbito y contenido del principio acusatorio es clara*.

Con la sentencia 1396/2011 de 28 de Diciembre puede decirse que:

"... El principio acusatorio en el proceso penal , aunque no está expresamente reconocido con tal denominación en el art. 24 C.E ., es un presupuesto básico de todo enjuiciamiento y, en esencia consiste en el derecho a ser informado de la acusación formulada, y de dicha información se deriva un deber de congruencia entre la acusación formulada y el fallo de la sentencia. Ello implica tres proyecciones de dicho principio :

a) En primer lugar el Tribunal queda vinculado a los hechos vertebradores de la acusación sin introducir otros distintos, pues caso contrario, se produciría una indefensión para el imputado que podría ser condenado por hechos distintos de los que fue acusado, y, obviamente, de los que no pudo defenderse.

b) En segundo lugar existe una vinculación del Tribunal a la calificación jurídica que efectúa la acusación, vinculación que con limitaciones puede modularse en virtud de la teoría de la pena justificada, siempre que exista una homogeneidad de bien jurídico atacado y

c) Finalmente existe una tercera vinculación del Tribunal en el campo punitivo, constituida por la imposibilidad de imponer pena superior a la mayor de las calificaciones acusatorias existentes. En este sentido resulta relevante citar el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 20 de Diciembre de 2006 que acordó que:

"...El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento en el que se sustancie la causa...".

Dicho Acuerdo puso fin a la anterior doctrina del Tribunal Supremo que permitía superar la pena máxima en concreto pedida, siempre que estuviese dentro de la previsión legal doctrina que quedó reflejada en el Pleno de 14 de Julio de 1993.

La doctrina del Tribunal Constitucional es clara en el sentido de que "nadie puede ser condenado en un proceso penal si no se ha formulado precisamente contra él una acusación suficientemente determinada por quien puede iniciar el proceso y mantener la pretensión acusatoria" -- STC 302/2000 --. Igualmente prohíbe los escritos de calificación imprecisos, vagos o insuficientes, debiéndose rechazar las acusaciones tácitas o implícitas.

Retenemos de la STC 249/2006 de 23 de Octubre con la cita de otras sentencias anteriores que:

"No es conforme con la Constitución, ni la acusación implícita ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos claros que no sean absolutamente vagos e imprecisos...".

De esta Sala, se pueden citar, entre otras muchas, SSTS 1954/2002 ; 368/2007 ; 513/2007 ; 435/2010 y 474/2011 , entre otras muchas.

Ahora bien, de lo expuesto no puede deducirse que el Tribunal debe efectuar una redacción de los hechos en los mismos términos de las acusaciones.

El Tribunal no es un amanuense que escriba al dictado de la acusación , y por tanto, con respeto a los hechos, puede efectuar la redacción del juicio de certeza fáctico al que haya llegado c on su propio estilo y redacción respetando los hechos vertebradores de la acusación , y por tanto añadiendo detalles periféricos.



Como se recoge en las SSTS 1328/2009 de 30 de Diciembre , 523/2010 de 1 de Junio y 572/2011 de 7 de Junio "...no se produce tal vulneración (del principio acusatorio) cuando el Tribunal sentenciador se limita a concretar o detallar algunos hechos que se integran en un relato más amplio que el de las acusaciones sin que ello suponga la introducción de hechos nuevos, sino su concreción con más detalle, y ello porque tal posibilidad puede encontrar su origen, precisamente, en los debates del Plenario, porque caso contrario quedaría amputada en gran medida su virtualidad....".

En idéntico sentido SSTS 203/2012 , 358/2012 , 33/2013 ó 235/2013 , entre otras.

En definitiva lo que condiciona el contenido de la sentencia es la acusación con la que se debe corresponder, debiendo atenerse a la que resulte de las *conclusiones definitivas* así formuladas en el acto del juicio oral, aunque difiera de las provisionales anteriormente presentadas, *siempre que se mantenga la identidad esencial de los hechos* sobre los que recae la acusación y se someten a enjuiciamiento y exista una homogeneidad en la calificación jurídica. Si así fuere, no se producirá vulneración del principio acusatorio ni puede aducirse indefensión, ya que el acusado está perfectamente impuesto e informado de lo que se le imputa y puede ejercer su defensa sin restricción alguna. En este sentido se manifiesta la doctrina de esta Sala, como es buen exponente la sentencia 1/1998, de 12 de Enero de 1998 , en la que se expresa que "*es doctrina consolidada*" – se recuerda en sentencia de esta Sala de 11 de Noviembre de 1992 , con cita de las SSTC de 10 de Abril 1981 y 16 de Mayo de 1989 y de las de esta misma Sala de 19 de Junio 1990 y 18 de Noviembre 1991 –. El verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, por lo que la sentencia debe resolver sobre ellas y no sobre las provisionales. La posibilidad de que en las conclusiones definitivas de la acusación se operen cambios, incluso relevantes, se deduce con toda claridad del art. 788.4 LECriminal que concede al Juez o Tribunal, "*cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos, o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución, o circunstancias de agravación de la pena*", la facultad de "*conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes*". En este mismo sentido, la STS 47/2005 de 28 de Enero , así como la STS 1440/2003, de 31 de Octubre , y más recientemente la STS 435/2010 de 3 de Mayo , así como la STS 33/2013 .

En conclusión, la doctrina de la Sala sobre el ámbito, contenido y límites del principio acusatorio es clara :

Dos son los elementos que tienen eficacia como delimitadores del objeto del proceso:

- a) El hecho imputado con su grado de perfección y participación así como circunstancias concurrentes y
- b) La calificación jurídica de la misma.

Como límite que define el principio acusatorio se encuentra la *teoría de la pena justificada* que permite la condena por delito diferente del que es objeto de la acusación, siempre que tal cambio *no suponga una penalidad superior* a la del delito acusado y exista *homogeneidad* entre ambas figuras, bien entendido que tal homogeneidad *no* se refiere a la ubicación de ambos delitos en el mismo título o capítulo, es decir *no* debe ser homogeneidad sistémica, sino más bien *homogeneidad estructural* , es decir, la derivada de la propia estructura y naturaleza de los hechos típicos – STS 1580/1997 de 19 de Diciembre –, y en relación a esta homogeneidad estructural que garantiza la *identidad* de hechos, se han ido produciendo las resoluciones de la Sala en relación a los casos concretos en los que se ha estimado, o no, la identidad estructural, porque no puede olvidarse que *el concepto de homogeneidad es un concepto normativo, apreciado por esta Sala en su labor de último intérprete de la legalidad penal ordinaria, pero tiene una proyección claramente procesal al afectar a uno de los principios vertebradores del derecho al proceso debido, ya que el deber de congruencia entre lo acusado y lo condenado forma parte del núcleo del proceso debido* – STS 290/2014 de 21 de Marzo –.

Como recuerda la STS 781/2003 de 27 de Mayo , el cambio de calificación jurídica admisible exigiría identidad en los hechos y una respuesta punitiva más beneficiosa que la que les hubiera correspondido de mantener la calificación jurídica sostenida por la acusación, en este concreto escenario la reiterada doctrina tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional –STC 12/1981 – estimó compatible tal modificación jurídica sin quiebra de los derechos del acusado.

De acuerdo con lo expuesto, y con independencia de lo que se dirá en el estudio del recurso del Ministerio Fiscal, reduciéndonos al *concreto debate sobre la vulneración del derecho al principio acusatorio* por haberse añadido en el trámite de conclusiones definitivas como tesis alternativa la calificación de delito societario en la modalidad de administración desleal, hemos de decir que *no existió tal vulneración* porque la defensa pudo hacer uso –y no lo hizo– de las facultades que le concede el art. 788-4º LECriminal .

Procede el rechazo del motivo .



Tercero.- Por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia como *indebidamente aplicado el delito de administración desleal* del art. 297Cpenal y por falta de aplicación del art. 295 del mismo texto que determina qué debe entenderse por administradores de una sociedad, delito por el que ha sido condenado el recurrente al haber acogido el Tribunal la tesis alternativa de las conclusiones definitivas, al delito de estafa del que se acusó en conclusiones provisionales.

El recurrente, en la argumentación del motivo nos dice que él fue un *simple administrador de fincas*, profesión liberal que tiene por cometido prestar los servicios correspondientes a comunidades de propietarios y vecinos, con los que les une un arrendamiento de servicios, pero que en modo alguno, ni las comunidades de propietarios son sociedades ni mercantiles ni civiles, ni el administrador de las mismas, puede ser estimado como administrador de la sociedad, máxime si se tiene en cuenta que en el art. 297 existe una *definición legal de sociedad* a los efectos del delito de administrador desleal.

En el presente caso, se nos dice, se está ante una comunidad de usuarios, ni siquiera de propietarios, y que al efecto, ninguna de las partes aportó el acta de constitución de la comunidad de usuarios.

La argumentación del recurrente es irreprochable, y el propio Ministerio Fiscal al formalizar su recurso de casación contra la sentencia, *lo reconoce* claramente. De su recurso, al que luego aludiremos, retenemos los motivos primero y segundo en los que dice que se ha infringido la Ley en la medida que se ha condenado por el delito de administración desleal –que fue introducido por el propio Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas– cuando, nos dice el Ministerio Fiscal de esta Sala Casacional, que el recurrente condenado no administra la comunidad de propietarios/usuarios, esta es administrada por la junta de propietarios, y el administrador de la comunidad se limita a dar cumplimiento a lo acordado por la propia comunidad. Obviamente ninguna comunidad de propietarios o usuarios –como es el caso– tiene por misión participar de modo permanente en el mercado, como se dice expresamente en el art. 297 Cpenal .

En el art. 297 del Cpenal da una definición legal de qué ha de entenderse por sociedad a los efectos del delito de administración desleal, y se nos dice en dicho art. que por sociedad debe entenderse:

"...Toda Cooperativa, Caja de Ahorros, Mutua, entidad financiera de crédito, Fundación, Sociedad Mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado...".

Es obvio que una comunidad de propietarios –o de usuarios de un aparcamiento, como es el caso– *no se encuentra incluida en dicha definición legal*, por otra parte, el término "*administrador*" que tiene un sentido equívoco tampoco se aviene al cargo del recurrente que ciertamente era administrador pero lo era de una comunidad de propietarios/usuarios, y tampoco su función era la que se describe en el art. 295 Cpenal .

El administrador –en el sentido amplio al que se refiere el tipo– de la sociedad a que se refiere el art. 295 Cpenal , ya sea de hecho o de derecho debe actuar con un *abuso de las funciones* que le corresponden en el organigrama de la sociedad concernida, y desde esa situación *disponer fraudulentamente* de los bienes o capital de la empresa con el consiguiente *perjuicio* para ésta.

En definitiva, *los tres elementos del tipo de administración desleal*, están constituidos por la condición del:

- a) El *sujeto activo* debe ser administrador de hecho o de derecho –o los socios–, es decir con facultades de gestión con capacidad de obligar a la sociedad por el cargo que ocupa en la sociedad.
- b) Que exista un quebrantamiento del deber de lealtad, el tipo penal habla de abuso de sus funciones, es decir el acto *basta con que sea abusivo, no es preciso que el acto sea ilegal* porque lo abusivo y lo ilegal son dos cosas distintas – STS 91/2010 –.
- c) Que como delito de resultado *exista un perjuicio evaluable*, perjuicio que aunque el tipo no exige que sea directamente a la sociedad, ya que se refiere a los socios, depositarios, cuentas, participes, etc. etc., no cabe duda que tal concreción, integra y comprende un perjuicio a la sociedad concernida, y
- d) Finalmente, se ha de originar como consecuencia de toda esta actividad un *beneficio* para el sujeto activo del delito o un tercero.

Obviamente, tampoco esta es la situación del recurrente.

Por tanto, desde el respeto a los hechos probados, hay que declarar la *incorrecta* subsunción jurídica de los hechos declarados probados por el Tribunal en el citado art. 295 Cpenal .

Procede la *estimación del motivo* y consiguiente absolución del recurrente del delito del que viene condenado.

Procede la estimación del motivo .



Cuarto.- Recurso del Ministerio Fiscal.

Aparece formalizado su recurso a través de **tres motivos** .

En el **primer motivo**, por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente *inaplicado* por la sentencia el delito de estafa del que acusó el Ministerio Fiscal como petición principal, y en el **segundo motivo** , también por idéntico cauce denuncia como indebidamente *aplicado* el delito de administración desleal del art. 295 del Cpenal , que, recordemos, fue incluido por el propio Ministerio Fiscal en la instancia en el trámite de conclusiones definitivas.

Abordamos, *conjuntamente* , ambos motivos ya que ambos están íntimamente relacionados en la medida que constituyen la razón de ser del recurso del Ministerio Fiscal.

En relación a la condena por el delito de estafa, hay que recordar que tal calificación ya fue rechazada por el Tribunal sentenciador al no estimar el engaño antecedente, causante y bastante por parte del recurrente.

Absuelto de este delito en la instancia, la posibilidad de que en esta sede casacional se condene por el mismo, resulta técnicamente imposible por la especial rigidez que tienen los pronunciamientos absolutorios ya que para poder convertir el pronunciamiento absolutorio en condenatorio resulta necesario *volver a escuchar los testimonios de las partes implicadas, y en concreto del recurrente* , para dar cumplimiento a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional desde la trascendental sentencia del Pleno nº 167/2002 , lo que además es *imposible en el marco del recurso de casación* dada su naturaleza de recurso extraordinario por más que para responder a la exigencia del derecho a la segunda instancia ex art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Diciembre de 1966, esta Sala debe estudiar la concurrencia de prueba de cargo suficiente, así como la motivación de la pena impuesta. En todo caso hay que recordar que el *Pleno no Jurisdiccional de Sala de fecha 19 de Diciembre de 2012* ya declaró improcedente abrir un periodo de prueba en el seno de la tramitación del recurso de casación dada su naturaleza de recurso extraordinario.

Por ello *la tesis* que se sostiene en el primero de los motivos de *condenar al recurrente por el delito de estafa no puede prosperar* .

En relación a la *improcedencia de mantener la condena del recurrente por el delito de administración desleal tal petición es totalmente correcta* como ya se ha razonado en el estudio del recurso del propio recurrente que ya hemos estimado.

Considera el Ministerio Fiscal que para el caso de estimarse por esta Sala Casacional que debe mantenerse la absolución por el delito de estafa –lo que así es, en efecto–, *solicita* que al haberse condenado en la instancia por el delito de administración desleal, procedería, *in extremis la condena por el delito de apropiación indebida, tipo que estima homogéneo en relación al delito de administración desleal* , toda vez que esta Sala tiene declarado que ambos tipos penales actúan como *círculos secantes* , ya que cuando el administrador de la sociedad actúa *al margen* de sus facultades como administrador societario en el sentido amplio del art. 295 Cpenal , entonces *no* procede la sanción por el delito de administración desleal, pero sí procedería por el delito de apropiación indebida -- SSTS 841/2006 ; 279/2007 ; 518/2007 ó 121/2008 --.

La tesis, ciertamente sugestiva, es *inadmisible* .

De entrada, hay que recordar que los *delitos de estafa y apropiación indebida no son homogéneos* ya que estructuralmente se vertebran en *hechos distintos* -- SSTS de 28 de Febrero 1990 ó 821/2010 , y las en ella citadas--.

En la estafa se opera con un engaño antecedente, causante y bastante injertado por el agente en la víctima que le hace a ésta realizar un acto que redundará en su propio empobrecimiento precisamente por el engaño en el que ha caído.

En el *delito de apropiación indebida* del art. 252 Cpenal , se vertebra en un acto de deslealtad en la confianza depositada por el perjudicado en el agente, que recibe dinero o efectos o con muebles en virtud de depósito, comisión o administración u otro título que conlleve el deber de devolución o entrega y el agente a posteriori se la apropia, "*cierra la mano*" en la expresión clásica.

Por otra parte, siendo cierta la proximidad entre los delitos de administración ilegal y apropiación, lo relevante es que esa pretendida homogeneidad tiene como *punto de apoyo* que el sujeto activo es administrador de hecho o de derecho de una sociedad en el sentido del art. 297 del Cpenal , *extramuros* de sus facultades que tiene en la sociedad concernida.

En el *caso presente, ya hemos dicho que el recurrente es simplemente un administrador de una comunidad de propietarios/usuarios de plazas de aparcamiento* . No estamos en el mundo societario, y en esta situación no puede hablarse de homogeneidad entre el delito del art. 295 y el de apropiación indebida ex art. 252. Se trata de



delitos con una *estructura diferente*, como también ocurre entre el delito de estafa y el de apropiación y a mayor abundamiento *también sería necesario oír al recurrente* para por esta vía oblicua pudiera ser condenado pues en ningún momento se le han imputado hechos susceptibles de ser tipificados como delito de apropiación, por lo que la condena que se postula, le ocasionaría una evidente indefensión por quiebra del principio acusatorio.

Procede el rechazo del segundo motivo.

El **tercer motivo**, ya queda sin contenido pues se refiere a las responsabilidades civiles *ex delicto*, que obviamente no proceden cuando se declara la inexistencia del delito del que según el Ministerio Fiscal se lesionan tales pronunciamientos civiles.

Quinto.- El rechazo del recurso del Ministerio Fiscal en cuanto a la doble petición de condena por el delito de estafa o por el delito de apropiación indebida, *arrastra igualmente al recurso del adherido –Ibercaja–* que se adhiere al recurso del Ministerio Fiscal y que se fije la responsabilidad civil *ex delicto* en los términos que se interesa en su escrito.

Procede el rechazo de la adhesión.

Sexto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar de oficio las costas causadas por el recurso del condenado dada la estimación de su recurso, y asimismo se declaran de oficio las costas del recurso del Ministerio Fiscal, condenando al adherido a las costas a que hubiese lugar por su recurso adherido.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **José** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVI, de fecha 2 de Diciembre de 2013, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por el **Ministerio Fiscal** y del adherido, **Ibercaja S.A.**, contra la referida sentencia, condenando a ésta a las costas a que hubieran podido causarse por su adhesión.

Notifíquese esta sentencia y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVI, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Jose Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gomez Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 36 de Madrid, Procedimiento Abreviado nº 1930/11, seguida por delito continuado de estafa o administración desleal, contra José, con D.N.I. NUM002, nacido en Madrid con fecha NUM003 de 1965, hijo de Enrique y Crescencia; contra Ana, con D.N.I. NUM004, nacida en Madrid el NUM005 de 1970 e hija de Mauricio y Ofelia y contra Carlos María, con D.N.I. NUM006 nacido en Madrid el NUM007 de 1968, hijo de Mauricio y Ofelia; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo**, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos contenidos en la sentencia casacional, debemos absolver con todos los pronunciamientos favorables al condenado en la instancia, José, del delito del que fue acusado con declaración de oficio de las costas de la instancia.



III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a José del delito societario de administración desleal con todos los pronunciamientos favorables y con declaración de oficio de las costas de la primera instancia.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García José Manuel Maza Martín Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gómez Carlos Granados Pérez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO