

Roj: **STS 3889/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3889**Id Cendoj: **28079120012016100686**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/07/2016**Nº de Recurso: **1621/2015**Nº de Resolución: **683/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP ZA 247/2015,**
STS 3889/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Julio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el acusado Onesimo contra Sentencia de fecha 10 de julio de 2015 de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1ª; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la EXCMA. SRA. DÑA. Ana Maria Ferrer Garcia; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando el recurrente Onesimo representado por el Procurador D. Manuel Francisco Ortiz de Apodaca García.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO .- El Juzgado de Instrucción número 6 de Zamora, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 38/14, contra **Onesimo** y, una vez concluso, lo remitió a la **Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª)** que, con fecha 10 de julio de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

Aparece probado y así se declara, valorando las pruebas practicadas en el juicio oral, que:

A mediados de julio de 2011, Doña Sacramento, como consecuencia de una serie de circunstancias personales, se trasladó a vivir a Zamora, manifestando a su círculo de conocidos que tenía intención de quedarse a vivir en esta ciudad y que, a tal fin, le gustaría adquirir una vivienda.

Con dicha finalidad se le puso en contacto con el acusado, D. Onesimo, mayor de edad, casado y con antecedentes penales cancelables, con quien después de varias reuniones suscribe el 29 de septiembre de 2012 un contrato privado en virtud del cual D. Onesimo se comprometía a vender a Doña Sacramento el inmueble sito en la C) DIRECCION000, Portal NUM000, Piso NUM001 o NUM002 planta, por precio de 40.000 euros y libre de toda carga o gravamen. Se establecía como condición imprescindible para la compra de dicho inmueble el proceder a la venta del apartamento que Doña Sacramento tenía en Torrevieja, por precio de 30.000 euros. Igualmente se establece como condición resolutoria que el plazo para llevar a efecto dichas operaciones sería de 60 días desde la suscripción del contrato, quedando sin efecto en otro supuesto al primer requerimiento. Doña Sacramento en ese mismo acto entregó a D. Onesimo 10.000 euros a cuenta del precio de la venta, acordándose que el resto se entregaría al momento de elevarse la venta a escritura pública.

Con fecha 17 de abril de 2013, se acordó por las partes la prórroga del contrato hasta el día 30 de junio de 2013, permaneciendo inalterables el resto de los términos de aquél. En ese acto Doña Sacramento entregó a cuenta del precio del inmueble otros 2.000 euros.



En fecha 22 de mayo de 2013, la Sra. Sacramento otorgó Poder Notarial a D. Onesimo apoderándole para vender el apartamento de Torrevieja por precio de 26.000 euros. Dicha transmisión se perfeccionó al día siguiente, 23 de mayo de 2013, otorgándose escritura pública de la venta por precio de 26.000 euros, suma que se pagó a D. Onesimo de la siguiente manera: -En fecha 24 de noviembre de 2012 se le entregaron 1.000 euros en efectivo; - El 30 de abril 4.000 euros mediante ingreso en la cuenta Sabadell titularidad del acusado y el día 21 de mayo de 2013 entrega en efectivo de la suma de 1.000 euros; -Los otros 20.000 euros restantes mediante transferencia a la cuenta del Banco Sabadell titularidad de D. Onesimo .

El 13 de julio de 2013, D. Onesimo firma un documento privado en el que reconoce que Doña Sacramento , tenía satisfecha la totalidad del precio de adquisición de la vivienda situada en DIRECCION000 , incluidos los gastos de formalización de escritura pública de compraventa, por importe total de 40.015,76 euros.

Requerido el acusado en numerosas ocasiones, alguna de ellas a través de letrado, para el otorgamiento de escritura pública del NUM001 de DIRECCION000 , el mismo va dando largas sin llegar a efectuarse la operación. Pasado un tiempo sin que se procediera al otorgamiento de la escritura pública y sin que D. Onesimo se aviniera a resolver el contrato con devolución de las cantidades recibidas o a la entrega de la vivienda, Doña Sacramento , aconsejada por su abogado, acude al Registro de la Propiedad para solicitar una Nota Simple del inmueble objeto de la venta. La Nota Simple se obtuvo en fecha 8 de noviembre de 2013, comprobándose en ese momento que la vivienda objeto de transmisión tiene una carga hipotecaria junto con la edificación de la que forma parte por importe de tres millones novecientos mil euros de capital. Dicho edificio es propiedad de la entidad Salamanca Zamora Mercados 21, S.L.

Ante esta situación el acusado se compromete a venderle otra vivienda de similares características, concretamente vivienda sita en la C) DIRECCION001 n° NUM003 , Planta NUM004 , letra NUM004 , de Zamora, libre de cargas y gravámenes. Consultado el Registro de la Propiedad resulta que dicha vivienda se encuentra gravada con cargas hipotecarias, siendo su titular D. Nicolas .

A día de la fecha D. Onesimo ni ha entregado la vivienda comprometida ni ha devuelto las cantidades percibidas que ascienden a la suma de 40.015,76 euros, importe que no consta haya salido de su patrimonio.

Doña Sacramento es pensionista, percibe una pensión por importe de 616,80 euros y vive en un piso de alquiler cuya renta mensual asciende a 250 euros al mes.

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

Que debemos condenar y condenamos al acusado Onesimo , como autor penalmente responsable de un delito de apropiación indebida agravada, en los términos ya definidos, y sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de cuatro años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a multa de doce meses, con la cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de insolvencia, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; así como al pago de las costas judiciales causadas incluidas las derivadas de la actuación de la acusación particular, y debiendo en concepto de responsabilidad civil reintegrar a Doña Sacramento la suma de 40.015,76 euros, más los intereses legales previstos en la ley hasta su completo pago.

TERCERO .- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por **el acusado** 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 .- Las representaciones procesales de Onesimo basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

PRIMER MOTIVO.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim , infracción de ley por aplicación indebida del artículo 252 en relación con el 250 CP .ç

Al amparo de lo previsto en el artículo 851.3 en relación con el 852 LECrim , infracción de ley por omisión de pronunciamientos en la sentencia y vulneración de la presunción de inocencia al amparo del artículo 5.4 y 10 LOPJ y 24.2 CE y por infracción del principio de legalidad contenido en el artículo 9 CE .

Al amparo de lo previsto en el artículo 852 LECrim , infracción de precepto constitucional por vulneración de los principios que informan el Derecho Penal en relación con los principios de tutela judicial efectiva, derecho a la defensa y presunción de inocencia contenidos en el artículo 24 CE .

SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim , infracción de ley por aplicación indebida del artículo 250.1, 1º y 4º CP .

TERCER MOTIVO y CUARTO MOTIVO.- Desarrollados en el primer motivo.



QUINTO MOTIVO.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim , infracción de ley por vulneración de los artículo 239 y ss de la LECrim, en relación con el 123 y 124 CP y por analogía en el 394 LECrim .

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 3 de noviembre de 2015, evacuando el trámite que se le confirió, interesó la inadmisión y subsidiariamente impugna los motivos de dicho recurso.

SEXTO.- La Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para deliberación y decisión el día 19 de abril de 2016, que se ha prolongado hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Zamora dictó sentencia el 10 de julio de 2015 por la que condenó a Onesimo a la pena de cuatro años de prisión, como autor de un delito de apropiación indebida del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y por D^a. Sacramento como acusación particular.

La sentencia recurrida, en síntesis, declaró probado que con el fin de adquirir una vivienda que le sirviera de domicilio habitual, el 29 de septiembre de 2012 D^a Sacramento suscribió un contrato con el acusado D. Onesimo , en virtud del cual éste se comprometía a venderle el inmueble sito en la DIRECCION000 , Portal NUM000 , Piso NUM001 o NUM002 planta de Zamora, libre de toda carga o gravamen, por un precio de 40.000 euros, previa venta de un apartamento que ella tenía en Torreveja por importe de 30.000 euros que se destinaría íntegramente a sufragar la nueva adquisición. A la firma de tal contrato la Sra. Sacramento entregó al Sr. Onesimo 10.000 euros a cuenta del precio de la venta. Posteriormente el 17 de abril de 2013 entregó otros 2.000 euros.

En fecha 22 de mayo de 2013 la Sra. Sacramento otorgó Poder Notarial a D. Onesimo apoderándole para vender el apartamento de Torreveja por precio de 26.000 euros. Dicha transmisión se perfeccionó al día siguiente, 23 de mayo de 2013, otorgándose escritura pública de la venta por la citada cantidad, que fue cobrada por el Sr. Onesimo .

El 13 de julio de 2013, D. Onesimo firmó un documento privado en el que reconoció que D^a. Sacramento tenía satisfecho la totalidad del precio de adquisición de la vivienda situada en DIRECCION000 por importe total de 40.015,76 euros, que incluían los gastos de formalización de escritura pública de compraventa. Sin embargo, pasado un tiempo y pese a que fue reiteradamente requerido para ello, el Sr. Onesimo ni realizó la operación de venta mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura ni se avino a resolver el contrato que había suscrito con la Sra. Sacramento , con la correspondiente devolución de las cantidades recibidas.

Según nota simple del Registro de la Propiedad obtenida el 8 de noviembre de 2013, el inmueble de la DIRECCION000 es propiedad de la entidad Salamanca Zamora Mercados 21, S.L y tenía una carga hipotecaria junto con la edificación de la que forma parte por importe de tres millones novecientos mil euros de capital.

Ante esta situación el acusado se comprometió a venderle otra vivienda de similares características, concretamente vivienda sita en la C) DIRECCION001 n° NUM003 , Planta NUM004 , letra NUM005 , de Zamora, libre de cargas y gravámenes. Consultado el Registro de la Propiedad resulta que dicha vivienda se encuentra gravada con cargas hipotecarias, siendo su titular D. Nicolas .

Hasta la fecha del juicio el Sr. Onesimo ni ha entregado la vivienda comprometida ni ha devuelto las cantidades percibidas que ascienden a la suma de 40.015,76 euros, importe que no consta haya salido de su patrimonio.

D^a. Sacramento es pensionista, percibe una pensión por importe de 616,80 euros y vive en un piso de alquiler cuya renta mensual asciende a 250 euros al mes.

Por el acusado Onesimo se interpuso recurso que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal, que pasamos a analizar.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso aglutina tres quejas distintas. Por una parte se invoca el artículo 849.1 LECrim para denunciar indebida aplicación de los artículos 252 en relación con el 250 ambos del CP ; al amparo del artículo 851.3 LECrim se esgrime falta de pronunciamiento respecto a las alegaciones efectuadas por la defensa en relación al principio de intervención mínima en el proceso penal, así como sobre nulidad de actuaciones en la instrucción determinantes en el resultado del proceso; finalmente, por cauce del artículo 852 se introduce la vulneración de la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, en particular en lo referente al principio acusatorio y la carga de la prueba en el proceso penal.

Desde el punto de vista legal nuestro análisis ha de comenzar por los motivos por quebrantamiento de forma. Sólo a continuación y en el caso de haber fracasado esos deben analizarse los motivos de fondo (art. 901 bis a) y bis b) LECrim), por lo que en primer lugar hemos de abordar la queja que se instrumentalizó por cauce



del artículo 851.3º LECrim , por no haberse resuelto en sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.

El vicio denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva" o también "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada. Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, por lo que no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la contestación a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión.

El derecho a la tutela judicial efectiva incluye, en palabras del Tribunal Constitucional, "el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja imprejuzgada alguna de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal, se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental" (STC 67/2001, de 17 de marzo).

Esta Sala ha seguido la misma línea y ha precisado que para que pueda prosperar un motivo de casación por quebrantamiento de forma basado en incongruencia omisiva, es necesario que la omisión padecida venga referida a pretensiones jurídicas mantenidas, que no puedan razonablemente entenderse implícita o tácitamente desestimadas. Ha exigido, además, que, aun existiendo el defecto, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso, y que se haya intentado corregir el mismo por la vía del complemento de sentencia que faculta el artículo 267.5 de la LOPJ , que en este caso no se ha intentado (entre otras SSTS 495/2015 de 29 de junio ; 744/2015 de 24 de noviembre o 377/2016 de 3 de mayo).

De acuerdo con tal doctrina, el supuesto déficit argumentativo en que habría incurrido la Sala sentenciadora por omitir referencia al principio de intervención mínima quedaría fuera de los márgenes de este motivo, con independencia de que como ha mantenido esta Sala, aquél es un principio de política criminal a tomar en consideración por el legislador, y que, una vez apreciados los respectivos presupuestos de tipicidad, se desvanece ante el principio de legalidad.

Aunque por distinto motivo, llegamos a la misma conclusión en cuanto al otro pronunciamiento que se dice omitido. Habla el recurrente de falta de respuesta sobre algunas nulidades que se dice fueron denunciadas como vulneradoras de la tutela judicial efectiva por la defensa del acusado en sus conclusiones. Las escuetas alegaciones del recurso sobre este extremo impiden extraer mayor conocimiento respecto a la cuestión planteada, que parece que se basa en la no introducción en el proceso como imputados de determinadas personas que solo intervinieron como testigos. En cualquier caso, como puso de relieve la Fiscal al impugnar el recurso, no consta que tales cuestiones hayan sido propuestas por la defensa ni en sus conclusiones, ni como cuestión previa al comienzo del juicio oral. Y, en cualquier caso, se ha omitido el uso preceptivo previo del mecanismo previsto en el artículo 161 LECrim o 267 LOPJ para integrar la sentencia.

En definitiva la queja articulada por esta vía no puede prosperar.

TERCERO.- Respecto a la denunciada infracción de la garantía de presunción de inocencia, según doctrina de esta Sala (entre otras SSTS 383/2014 de 16 de mayo ; 596/2014 de 23 de julio ; 761/2014 de 12 de noviembre ; 881/2014 de 15 de diciembre y 375/2015 de 2 de junio) la invocación en casación permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).



En reiterados pronunciamientos esta Sala ha mantenido que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ellas confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

CUARTO.- En este caso el propio acusado reconoció haber recibido el dinero que se le reclama por vía de responsabilidad civil, la no formalización de la transmisión del NUM001 de la DIRECCION000 ni de ningún otro inmueble, así como la no devolución de las cantidades recibidas a tal fin.

Además de ello la Sala sentenciadora valoró la abundante prueba testifical y documental que respaldó tales extremos, y rechazó los argumentos defensivos esgrimidos por el acusado. Tanto aquellos que atribuyeron la responsabilidad de que se hubiera frustrado la transmisión de un piso en la DIRECCION001 de Valladolid al carácter dubitativo de la perjudicada, como los que mantuvieron que el acusado entregó el dinero recibido al propietario de ese inmueble para que levantara las cargas hipotecarias que pesaban sobre el mismo. Extremo este último huérfano de cualquier prueba, especialmente documental, lo que la Sala sentenciadora consideró especialmente ilógico por tratarse el acusado de un profesional del sector inmobiliario, lo que no supone inversión de la carga de la prueba, como parece sugerir el recurso, sino una razonable inferencia a partir del engarce de los distintos extremos directamente constatados.

En definitiva hemos de concluir que la Sala de instancia construyó su relato de hechos probados y sustentó sus pronunciamientos respecto a la culpabilidad del acusado en prueba legalmente obtenida, válidamente introducida en el proceso, de suficiente contenido incriminatorio y razonablemente valorada, por lo que la alegada infracción de la presunción queda descartada.

QUINTO.- Al enunciar el apartado relativo a la infracción constitucional que acabamos de analizar, se hacía una alusión genérica a la infracción del principio acusatorio, que sin embargo no se desarrolla.

En cualquier caso el principio acusatorio se concreta en la necesidad de que se formule acusación por una parte ajena al órgano jurisdiccional y que éste se mantenga en su enjuiciamiento dentro de los términos fácticos y jurídicos delimitados por dicha acusación o introducidos por la defensa. Lo esencial es que el acusado haya tenido la oportunidad de defenderse de manera contradictoria y obliga al Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por acusación y defensa. Ello implica que debe existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia.

Esa correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de aquella, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso. A los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada. Y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación (SSTS 241/2014, de 26 de marzo o 578/2014 de 10 de julio).

El principio acusatorio que informa nuestro proceso penal particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, es una consecuencia más del sistema constitucional de garantías procesales y exige una debida correlación entre la acusación y la sentencia. Lo esencial es que la defensa del acusado tenga conocimiento con antelación suficiente de lo que se atribuye y la oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates del juicio, sin que la sentencia pueda condenar de modo sorpresivo por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual, consiguientemente, no pudo articular su estrategia defensiva. La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula, y la sentencia ha de ser congruente



con tal acusación, sin introducir elementos nuevos respecto de los cuales no haya existido antes posibilidad de defenderse.

En este caso, si bien el Fiscal no formuló acusación hasta el trámite de conclusiones definitivas, el juicio se desarrolló sobre la base de la acusación formulada por acusación particular, que introdujo los hechos en los que se ha sustentado la condena y también la calificación jurídica por la que la Sala sentenciadora se ha decantado, que incorporó ya como alternativa a la de estafa al formular sus conclusiones provisionales.

Lo decisivo a efectos de la lesión del artículo 24.2 CE es la efectiva constancia de que no hubo elementos esenciales de los hechos o de la calificación final que no pudieran haber sido plena y frontalmente debatidos, pues lo determinante es verificar que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo. Y así ha sido en este caso, por lo que la infracción constitucional denunciada por esta vía tampoco puede ser acogida.

SEXTO.- Fundamentalmente el motivo que nos ocupa se centra en el error de subsunción que denuncia por cauce del artículo 849 1 LECrim , en cuanto que reivindica el recurrente la atipicidad de los hechos declarados probados, que, a su padecer, reconducen a un ilícito civil, ya que el título en virtud del cual recibió el dinero, no es de los que obligaban a devolverlos o reintegrarlos. Sostiene que la relación que justificó la intervención del acusado fue la de arrendamiento de servicios y que el dinero que entregó la perjudicada se entregó como parte del precio de la vivienda que el acusado como agente inmobiliario había de comprar. Aunque no niega la obligación de devolverlos, sí que los incorporara a su patrimonio o los distrajera hacia otra empresa que no fuera para intentar llevar a buen fin la convenida.

En el esquema normativo vigente a la fecha de los hechos, el delito de apropiación indebida aparecía descrito en el artículo 252 CP que tipificaba la conducta de los que, en perjuicio de otros, se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros.

De manera reiterada ha entendido este Tribunal de casación (SSTS 513/2007 de 19 de junio ; 228/2012 de 28 de marzo ; 664/2012 de 12 de julio ; 370/2014 de 9 de mayo ; 588 /2014 de 25 de julio ; 761/2014 de 12 de noviembre , 894/2014 de 22 de diciembre ; 41/2015 de 27 de enero o 125/2015 de 21 de mayo), a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el citado artículo 252 CP , que el mismo 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 niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

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

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

La distracción, como modalidad típica a que se refiere el delito de apropiación indebida en el artículo 252 CP , no se comete con la desviación orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (entre otras STS 622/2013 de 9 de julio). Y como elementos de tipo subjetivo requiere que el sujeto conozca que excede sus atribuciones al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.



Como hemos dicho, sostiene el recurrente que los fondos que recibió el acusado eran parte del precio de la compraventa cuya gestión se le había encomendado. Precisamente por ello su obligación era destinarlos a ese fin. Sin embargo, según se desprende del relato de hechos probados que ahora nos vincula, no fue así y no cabe otra alternativa lógica que la de considerar que dispuso de ellos con vocación de permanencia, ya que no llegó a materializarse ninguna compraventa, y pese al tiempo transcurrido y los distintos requerimientos que se le efectuaron, ni los ha devuelto ni ha facilitado una explicación verosímil respecto al destino dado a los mismos. De esta manera, perjudicó a la Sra. Sacramento y defraudó la confianza que en él había depositado al encomendarle la gestión de sus intereses. En definitiva su comportamiento desbordó los contornos del ilícito civil y relleno los presupuestos de tipicidad del artículo 252 CP que la sentencia recurrida aplica.

SÉPTIMO.- La entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 1/2015 y el tratamiento normativo que la misma incorpora respecto a la apropiación indebida, aconsejan un análisis del nuevo esquema legal, de cara a determinar si la actual regulación pudiera resultar más beneficiosa para el acusado y, en consecuencia, debería serle retroactivamente aplicada.

Los contornos de la nueva regulación viene marcados por la exposición de motivos de la citada LO 1/2015 " *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 definitiva, como dijo la STS 163/2016 de 2 de marzo , la reforma ha excluido 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 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 artículo 253 el dinero entre los bienes que pueden ser objeto de apropiación indebida, y así establece "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".

Aunque algún sector doctrinal que pese a la mención expresa del dinero en el actual artículo 253 CP , mantiene que la apropiación de dinero, por su naturaleza fungible, no puede sancionarse como delito de apropiación indebida, y 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).

Si se admitiese que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art 252 CP como "distracción", que constituía en todo caso una modalidad de administración desleal, dado 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.

Sin embargo no ha sido ese el criterio de esta Sala. En una abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que condensa la ya citada STS 163/2016 de 2 de marzo , y otras posteriores como las SSTS 244/2016 de 30 de marzo o 332/2016 de 20 de abril , siguen manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero.

Compartimos pues la conclusión de la ya citada STS 163/2016 según la cual " *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.*"

De acuerdo con la misma, no cabe plantear la aplicación retroactiva de la reforma, en cuanto que los hechos conservan su tipicidad como apropiación indebida.

En atención a todo lo expuesto, el primer motivo de recurso va a ser desestimado.

OCTAVO.- El segundo motivo de recurso, también por cauce del artículo 849.1º LECrim denuncia infracción de ley por aplicación indebida del artículo 250.1. 1º y 4º CP .

Sostiene el recurrente que no es aplicable la agravante prevista en el artículo 250.1 1º CP porque la Sra. Sacramento había abandonado su residencia habitual en Torrevieja y con ello asumió el riesgo de no encontrar la deseada en Zamora.

El Tribunal sentenciador consideró de aplicación la mencionada agravación en exquisita aplicación de la jurisprudencia que la misma cita. En efecto, esta Sala ha establecido de forma reiterada que la aplicación del subtipo agravado de vivienda (art. 250.1.1º del C. Penal) requiere que se trate de la primera vivienda, única forma de considerarla un bien de primera necesidad; de modo que si no constituye el domicilio habitual o la morada del perjudicado no cabe dispensarle una protección reforzada en el ámbito penal, protección que se halla vedada para las segundas viviendas o para aquellas adquisiciones inmobiliarias concebidas como inversión (STS 620/2004 de 4 de julio ; 297/2005 de 7 de marzo ; 302/2006 de 10 de marzo ; 1256/2009 de 3 de diciembre ; 592/2012 de 16 de julio ; 186/2013 de 6 de marzo ; 764/2013 de 14 de octubre ; 605/2014 de 1 de octubre -citada por la resolución impugnada - o la 63/2015 de 18 de febrero entre otras).

En definitiva los efectos agravatorios derivados de que la estafa o la apropiación indebidas recaigan sobre viviendas (artículo 250.1.1º del Código Penal), se justifican en atención a su calidad de bienes de importante utilidad social, derivada de su naturaleza en relación con el uso que se hace de ellas. Es decir, que la especial protección que supone la agravación se fundamenta en su relación con el artículo 47 de la Constitución , en cuanto reconoce el derecho a una vivienda digna. Por ello solo será procedente su aplicación cuando la defraudación recaiga sobre viviendas que se destinen a su uso propio como lugar de residencia de la persona, donde puede establecer su domicilio, pues son las únicas que pueden ser consideradas bienes de primera necesidad. Y también por ello, la agravación puede concurrir tanto si la estafa o la apropiación se producen en el proceso de adquisición de una vivienda, como si el acto de disposición recae sobre una vivienda que ya constituye la morada del perjudicado.

El caso que nos ocupa se encuadra en la órbita de aplicación de la mencionada agravación, en cuanto que según se recoge en el relato de hechos probados, el inmueble que intentaba adquirir la Sra. Sacramento , cuya compra se frustró precisamente por haberse apropiado el acusado del dinero destinado a tal fin, iba destinado a constituir su vivienda habitual, una vez había trasladado su domicilio a Zamora y había vendido para sufragar tal adquisición el apartamento que tenía en Torrevieja, localidad donde había residido con anterioridad.

NOVENO.- También cuestiona el recurrente la aplicación de la agravación que incorpora el nº 4 del artículo 250.1 CP .

Sostiene el recurrente que el dinero defraudado no alcanza los 50.000 euros, y que no se ha practicado prueba que garantice que la Sra. Sacramento solo tiene su pensión para sobrevivir y carece de otros ahorros y bienes.



La observación en cuanto a la cuantía resulta inobjetable, si bien de nula eficacia pues la agravación que se aplica no se apoya en el importe de la defraudación, supuesto en el que el nº 5 del artículo 250 fija el umbral de 50.000 euros. Se aplica el nº 4 del mismo precepto que atiende a la especial gravedad en atención a la entidad del perjuicio y a la situación económica en la que quede la víctima.

Los más de 40.000 euros que importó la defraudación suponen ya de por sí una cantidad autosuficiente para que su privación irrogue un importante perjuicio. Sin embargo en la valoración que ahora nos ocupa hemos de prescindir de este extremo, en cuanto que se trataba de dinero destinado a la adquisición de una vivienda habitual, por lo que el perjuicio que representa su pérdida es precisamente la privación de ésta, lo que ya se ha tomado en consideración para sustentar la aplicación de la agravación del 250.1, 1º CP.

Ahora bien, aun prescindiendo de ese extremo, el relato de hechos probados incluye elementos que permiten deducir que, además de ello, se le ocasionó un perjuicio relevante que la abocó a una precaria situación económica, lo que permite apreciar la especial gravedad. La Sra. Sacramento es pensionista, y como única retribución percibe 616,80 euros mensuales. Al verse obligada a vivir de alquiler, de esa cantidad debe detraer cada mes 250 euros, importe de la renta. A partir del relato de hechos probados cuyo respeto nos viene impuesto en atención al cauce casacional empleado, no podemos deducir que tenga otros bienes, pues no se recoge la expresa existencia de los mismos. Además, pese al tiempo transcurrido sigue viviendo de alquiler, lo que avala la deducción de que destinó todos los ahorros que había conseguido acumular a lo largo de su vida a esta fallida operación. Todo ello conforma un núcleo fáctico que reúne los elementos de tipicidad que justifican la aplicación de la mencionada agravación.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- El último motivo de recurso, por la misma vía que los anteriores, la del artículo 849.1º LECrim , alega infracción de los artículos 239 y ss LECrim en relación con los artículos 123 y 124 CP y por analogía con el 394 de LEC .

Censura que la condena en costas que contiene la sentencia recurrida incluya las correspondientes a la acusación particular cuya principal pretensión, la que abogaba por considerar los hechos constitutivos de un delito de estafa, no fue atendida, así como tampoco la apreciación de una de las agravaciones que reclamaba.

Es doctrina de esta Sala (SSTS 430/99 de 23 de marzo ; 335/2006 de 24 de marzo ; 833/2009 de 28 de julio ; 135/2011 de 15 de marzo ; 246/2011 de 14 de abril ; 1100/2011 de 27 de octubre ; 890/2013 de 4 de diciembre o STS 431/2015 de 7 de julio entre otras muchas) que las costas de la acusación particular han de incluirse entre las impuestas al condenado, salvo que las pretensiones de aquella fueran manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación las deducidas por el Ministerio Fiscal o las recogidas en sentencia, relegándose a un segundo plano el antiguo criterio de la relevancia.

La condena en costas no se concibe ya como sanción sino como resarcimiento de gastos derivados del comportamiento antijurídico. Su fundamento pues no es el punitivo, sino el compensación de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, la privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito, en la idea de completar así la reparación por los gastos que la conducta criminal del condenado les haya ocasionado.

La inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicados por el delito que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y un ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y a la asistencia letrada (artículo 24-2 CE) constituye, en consecuencia, la aplicación última al proceso penal del principio de causalidad, como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses (SSTS 774/2012 de 25 de octubre o 344/2013 de 30 de abril).

En este caso, como razonó la Sala sentenciadora, no solo la acusación particular mantuvo pretensiones que no fueron heterogéneas con las acogidas en la sentencia, sino que además su intervención fue esencial, pues sí se celebró el juicio fue gracias a ella, ya que el Fiscal no formuló acusación hasta el momento de evacuar las conclusiones definitivas.

El motivo se desestima y con él la totalidad del recurso.

UNDÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim , procede condenar al recurrente al pago de las costas de este recurso.

III. FALLO



Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Onesimo contra la sentencia de fecha 10 de julio de 2015 dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zamora en el Rollo núm. 6/2015 condenando en costas al recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Tournon D. Andres Palomo Del Arco Dª. Ana Maria Ferrer Garcia D. Pablo Llarena Conde D. Perfecto Andres Ibañez

Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excma. Sra. Dª. Ana Maria Ferrer Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ