



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 105/2017, de 21 de febrero de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 956/2016

SUMARIO:

Apropiación indebida. Prescripción de delitos. Defectos en el recurso de casación. El acusado, pocos meses después de hacerse efectiva la entrega dineraria, es sabedor de que el proceso constructivo no se va a iniciar, no empleando las cantidades recibidas en la construcción de las viviendas que ni siquiera inició. El dies «a quo» para apreciar la prescripción en el delito de apropiación indebida (tres años en este caso), comienza con la consumación, no con la entrega de dinero, es decir, comienza cuando la posesión legítima se convierte en ilegítima, al exteriorizarse la intención de no devolver el dinero, llegando al llamado punto sin retorno que distingue el mero uso indebido situado extramuros del sistema penal, de la apropiación en sentido propio. Las previsiones legales aplicables sobre la prescripción han de ser las correspondientes no al título de imputación, esto es, a la infracción penal que se imputa al acusado, inicialmente o a lo largo del procedimiento, sino a la infracción de la que resulta penalmente responsable, es decir, la infracción penal que hubiera cometido y por la que habría de ser condenado. La línea diferencial entre un incumplimiento contractual y el delito de apropiación indebida, radica en que en el primer supuesto no existe voluntad apropiativa sino simplemente un retraso o imposibilidad transitoria de cumplimiento de la obligación de devolver, mientras que en el segundo existe un propósito de hacer la cosa como propia incorporándola al patrimonio del infractor. Por ello en la apropiación indebida no se requiere el engaño previo y tampoco es requisito, pues, el dolo preexistente. Existe un defecto grave de técnica al presentar el recurso de casación, ya que no es procedente mezclar argumentos propios de un motivo por presunción de inocencia con otros por infracción de Ley, especialmente con el error de hecho en la valoración de la prueba pues conceptualmente supone contradicción argumentativa cobijar conjuntamente la presunción de inocencia y el error de hecho en la apreciación de la prueba.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 131, 249, 252 y 253.

Constitución española, arts. 24 y 117.3.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 666.3, 786.2 y 874.

PONENTE:

Don Juan Ramón Berdugo Gomez de la Torre.

Magistrados:

Don ANA MARIA FERRER GARCIA

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don JOSE RAMON SORIANO SORIANO

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don JUAN SAAVEDRA RUIZ



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Febrero de dos mil diecisiete.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Romualdo , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de apropiación indebida; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida la Acusación Particular en representación de Juan Carlos , representado por la Procuradora Sra. López Vera, y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Hernández Berrocal.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 1 (antiguo mixto nº 6) de San Bartolomé de Tirajana, incoó Procedimiento Abreviado con el número 63 de 2015, contra Romualdo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, cuya Sección Primera, con fecha 18 de febrero de 2016, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- El pasado día 3 de enero de 2008 se celebraron dos contratos denominados de Reserva, entre la entidad Valores Inmobiliarios Canarios SL, con CIF B35744606, quien actúa representada por su administrador único el ahora acusado Romualdo , con DNI NUM000 , mayor de edad y sin antecedentes penales, por un lado, y C. Alexis Ravelo Jiménez U.S.L., con CIF B35518802, quien actúa representada por Juan Carlos , mayor de edad y con DNI NUM001 , por otro.

Segundo.

En virtud de lo establecido en los referidos contratos, el representante de la entidad citada en segundo lugar entrega, en esa misma fecha, al representante de la primera, en concepto de reserva y a descontar del precio total de la venta de dos viviendas, la suma de 12.000 euros, (6.000 euros por cada una de la viviendas).

Tercero.

Los inmuebles en cuestión tienen su correspondencia con dos viviendas, una tipo B y otra tipo C, y dos garajes del edificio a construir, denominado DIRECCION000 de cuatro plantas más sótano, ubicado en el solar existente en la CALLE000 número NUM002, esquina CALLE001 , en DIRECCION001 , dentro del término municipal de Santa Lucía de Tirajana.

Cuarto.

En los contratos referidos y que fueron firmados por Don Juan Carlos , se hace constar que Valores Inmobiliarios Canarios SL, actúa con la autorización y en nombre de los



www.civil-mercantil.com

propietarios de pleno de dominio de las fincas urbanas; pero no se dice quiénes son esos titulares.

Quinto.

El edificio que pretendía integrar las viviendas a cuenta de las cuales se habían entregado al acusado, como representante y administrador único de la inmobiliaria actuante, las cantidades dinerarias antes referidas en concepto de reserva, no llegó a construirse, ni siquiera consta que se iniciasen las labores de ejecución.

Sexto.

La suma de 12.000 euros, entregada en concepto de las reservas efectuadas, no ha sido devuelta por quien la recibió.

Las negociaciones a tal fin fueron seguidas por las partes contratantes, y así el acusado Sr. Romualdo, asumiendo que la construcción había resultado fallida, llegó a remitir a la otra parte sendos documentos contractuales con el fin de alcanzar un acuerdo para la resolución de los contratos de reserva celebrados.

En ellos se hace constar el compromiso de devolución por parte de Valores Inmobiliarios Canarios SL de las sumas recibidas, previo descuento del IGIC y mediante once cuotas mensuales.

Tales documentos, fechados el 12 de septiembre de 2008, no llegaron a firmarse.

El pasado 24 de Noviembre de 2008 Juan Carlos comunicó a Romualdo su intención de aceptar el acuerdo propuesto, pero este último, como representante de Valores Inmobiliarios Canarios SL, remite otro comunicado, el 3 de diciembre de 2008, citando a la otra parte para la firma de los contratos de compraventa derivados de las reservas efectuadas el pasado 3 de enero de 2008, a la par que le hace saber lo siguiente: Asimismo indicarle que, en el caso de estar interesado en la rescisión de los citados contratos de reserva según comenta en el burofax que usted ha remitido a esta empresa, le informamos que tiene a su disposición el borrador donde se establecen las condiciones, así como las penalizaciones establecidas según los contratos de reserva firmados.

En los denominados contratos de reserva se establece que en el caso de que la entidad C. Alexis Ravelo Jiménez USL desistiera de la reserva de las mentadas viviendas y plazas de garaje, por cualquier causa, excepto por problemas inherentes a las fincas, perderá el importe de las cantidades entregadas hasta el momento.

Séptimo.

Romualdo ha desarrollado su actividad profesional no solo actuando como mero intermediario en las ventas de viviendas, sino que también ha desarrollado otras actividades tendentes a la búsqueda de financiación para ese concreto proyecto constructivo.

Octavo.

La entidad Valores Inmobiliarios Canarios, (VIC), SL, fue constituida el pasado 27 de febrero de 2003, siendo el administrador único de la misma el acusado, quien además se ha encargado de representarla y ha venido actuando en nombre de ella hasta que la misma fue declarada en concurso voluntario, (auto del Juzgado de lo Mercantil Número Dos de Las Palmas de 6 de diciembre de 2012, expediente de concurso abreviado 60/2011), y abierta la



www.civil-mercantil.com

fase de liquidación y disolución, por resolución judicial de 15 de abril de 2013, se sustituye al citado por un administrador concursal.

Noveno.

Existe otra entidad denominada VIC, Promoción y Venta SL, con CIF 835849983 en la que Romualdo y su mujer tienen una participación importante, de al menos el 25%, que también ha sido declarada en concurso de acreedores, (auto dictado el pasado 3 de enero de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil Uno de Las Palmas , expediente concursal 39/11). Esta entidad es quien instó y consiguió ante el Ayuntamiento de Santa Lucía la licencia administrativa necesaria para proceder al inicio de las obras construcción del edificio donde se ubican las viviendas.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que debemos condenar y condenamos al acusado Romualdo como autor responsable de un delito de apropiación indebida ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y a que indemnice a Juan Carlos en la suma de 12.000 euros, cantidad que devengará el interés establecido en el artículo 576.1 de LEC , así como al pago de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Romualdo 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 DE CASACIÓN.

Primero.

El primer motivo se interpone simultáneamente por infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 LOPJ , denunciando vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE ; por error iuris del artículo 849.1 LECrim , denunciando aplicación indebida del artículo 252 del Código Penal ; y por error facti de su núm. 2º, aduciendo error de hecho en la valoración de la prueba, basado en documentos que obran en autos, sin citar alguno de carácter literosuficiente

Segundo.

El segundo motivo se interpone también simultáneamente por infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 LOPJ , denunciando vulneración del derecho a la presunción de



www.civil-mercantil.com

inocencia del artículo 24.2 CE; por error iuris del artículo 849.1 LECrim , denunciando inaplicación indebida del artículo 131 del Código Penal ; y por error facti de su núm. 2º, aduciendo error de hecho en la valoración de la prueba

Tercero.

El tercer motivo se interpone por infracción de precepto constitucional del artículo 24.2 CE , en relación con el artículo 5.4 LOPJ ; por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim , denunciando aplicación indebida del artículo 252 del Código Penal ; y por error facti de su núm. 2º, aduciendo error de hecho en la valoración de la prueba,

Cuarto.

El cuarto motivo, por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.3 LECrim , denuncia que la sentencia no expresa clara y terminantemente ni en los hechos probados ni en los fundamentos si la entidad representada por el recurrente era únicamente intermediaria y no promotora

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día catorce de febrero de dos mil diecisiete.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Romualdo

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional del artículo 24.2 CE , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , y por infracción de Ley del artículo 849.1 y 849.2 LECrim , por inaplicación del artículo 252 CP . vigente en el momento de los hechos y por haber concurrido error y la percepción de la prueba.

Argumenta en síntesis que de la prueba practicada se deduce que el recurrente era un mero intermediario y en representación de Valores Inmobiliarios Canarios, SL, entre los compradores y la promotora Vic Promociones y Venta SL, sociedad promotora a quien entregó las cantidades recibidas de aquellos y entidad distinta a la primera. Siendo la promotora la que incumplió la obligación de construir y que al no poder devolver el dinero recibido, incluyó al querellante en la lista de acreedores de su suspensión de pagos, lo que excluye la comisión del delito de apropiación indebida, por el que ha sido condenado el recurrente, al no constar que se apropiara del dinero recibido, que fue derivada a la promotora, ni puede, por ello, imputársele la falta de construcción de la edificación, lo que justificó la petición de absolución del Ministerio Fiscal que a lo largo de toda la instrucción solicitó el sobreseimiento provisional de las actuaciones, al no existir base probatoria suficiente para sostener una acusación, no quedando mínimamente acreditados los elementos esenciales del tipo (folios 104,129, 133,144, y 145), e interesando en su informe en el juicio oral la libre absolución del hoy recurrente.



www.civil-mercantil.com

Con carácter previo-y tal como destaca el Ministerio Fiscal en su informe impugnando el motivo- la forma en que el motivo es articulado infringe las previsiones del artículo 874 LECrim , dado que las diferentes razones de impugnación deben estar ordenadas como motivos diferentes, que se presentaran debidamente separados y numerados. No deben juntarse diversas argumentaciones en un mismo motivo y cuando no se observan estos requisitos y se imputa a la sentencia de forma conjunta, amalgamada y genérica una serie de infracciones normativas, afirmándose que en el procedimiento o en la sentencia se han vulnerado sistemáticamente preceptos constitucionales o legales, la consecuencia debería ser la inadmisión a trámite en su caso, la desestimación.

En definitiva esa mezcla de motivos constituye un defecto grave de técnica casacional. No es procedente mezclar argumentos propios de un motivo por presunción de inocencia con otros por infracción de Ley, especialmente con el error de hecho en la valoración de la prueba pues "conceptualmente supone contradicción argumentativa cobijar conjuntamente la presunción de inocencia y el error de hecho en la apreciación de la prueba. La alegación de la violación de tal principio fundamental de presunción de inocencia aduce siempre una condena sin prueba, al paso que el error de hecho en la apreciación de la prueba está proclamando ya la existencia de prueba, aunque está se interprete y aprecie errónea o equivocadamente" (STS. 4.11.1998).

No obstante lo anterior, como en el desarrollo del motivo lo que se afirma es que no ha quedado acreditado que el recurrente se haya apropiado indebidamente del dinero entregado por el querellante como reserva, al ser un mero intermediario entre el comprador y el promotor, siendo su posesión del dinero recibido totalmente lícita, lo que se está denunciando en el motivo es la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

- Siendo así en cuanto al alcance en casación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS. 383/2010 y 5 mayo , 1326/2011 y 22 noviembre , 480/2012 del 29 mayo , 890/2013 y 4 diciembre , 434/2014 de 3 junio), la que establece, 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,

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

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



www.civil-mercantil.com

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 inculpativa 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 definitiva, 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 inmediación de que dispuso, inmediación 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 -- SSTC 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.



www.civil-mercantil.com

SEGUNDO: En el caso presente, el tribunal de instancia, fundamento de derecho primero considera desvirtuada la presunción de inocencia del recurrente al considerar existente prueba de cargo suficiente, destacando la testifical practicada y la documental aportada, incluida la traída a autos por la defensa del acusado, y la propia declaración de este último que corrobora la forma de proceder y que incluso aporta dato complementario de interés.

Así la sentencia parte del hecho no controvertido de que la entrega de 12.000 € efectuada por el querellante el 3 enero de 2008, al acusado Romualdo, administrador único de Valores Inmobiliarios Canarios SL, se hizo con la finalidad de reserva y a descontar del precio total de dos viviendas y dos plazas de garaje de un edificio construir, cuya ubicación se detallaba. Y a continuación analiza la conducta llevada a cabo por el hoy recurrente y siguiendo su propia línea de defensa, admitiendo incluso que la sociedad que representa-Valores Inmobiliarios Canarios (vic)-fuese ajena al proceso constructivo, al actuar simplemente como intermediaria, considera que "el recurrente es consciente de la situación adversa existente y que asume en tal sentido su responsabilidad ante quien entregó la suma dineraria, como así se desprende de su propia actuación, pues pocos meses después de hacerse efectiva la entrega dineraria (la cual tiene lugar el 3 de enero de 2008), es sabedor de que el proceso constructivo no se va a iniciar, sino no se entiende que remita al Sr. Juan Carlos sendos documentos fechados por él el 12 de septiembre de 2008 con el fin de alcanzar un acuerdo para dejar sin efecto la reserva. Es más, pretende asumir un compromiso de devolución de las sumas referidas y propone hacerlo, previo descuento del IGIC, mediante once cuotas mensuales. Pero esa primera y honrosa intención, después de haber sido aceptada su propuesta por la otra parte, no llega a consumarse, ya que el Sr. Romualdo se aparta de su propuesta y trata de enturbiar la situación con una nueva alternativa, la de la firma de los contratos de compraventa, que sabe a ciencia cierta que es inviable. Además, deja pasar el tiempo, sin que conste que haya tratado de hacer efectiva, ni siquiera en parte, la devolución de las reservas efectuadas. Y, como se deriva de la actuación de su propia defensa en el acto del juicio, lo que trata es de trasladar la responsabilidad a quien no la tiene, tratando de dar a entender que era el Sr. Juan Carlos quien no ha querido materializar los contratos de compraventa..."

Afirma con acierto la sentencia que "esa inicial posesión legítima por parte del acusado del dinero recibido en concepto de reserva de viviendas, se trastoca en ilícita. Aun cuando se acepte la idea de que no ha actuado como promotor y lo haya hecho como mero intermediario. Más aún, cuando no acredita el destino que le ha dado a esa suma que debería en todo caso haber devuelto a quien se la entregó. Trata de justificar finalmente la no devolución amparándose en una supuesta entrega de ese dinero a la entidad que actuaba como promotora. Al respecto, se limita a presentar una lista de acreedores de esa entidad en la que aparece como tal la entidad a la que representa el Sr. Juan Carlos por un importe de 12.000 euros. Listado cuya confección y destino no consta.

El acusado ha pretendido desmarcarse de la promotora y determinar que su actuación es solo a través de la entidad inmobiliaria, pero no se debe obviar que: a) la entidad promotora se denomina VIC, Promoción y Venta, SL (utiliza en su denominación las iniciales de Valores Inmobiliarios Canarias, SL); b) el propio acusado reconoce que es participe en la misma, junto con su mujer, en al menos un 25%; c) no facilita nada más en torno a la constitución y régimen de administración y de gestión de la misma; d) ambas entidades llevan una vida paralela, prueba de ello es que en la Memoria de Calidades entregada aparece reflejada VIC, Promociones y Ventas, pero en la propaganda relativa al tipo de viviendas aparece Valores Inmobiliarios Canarios, VIC. Y, además, no se debe perder de vista que ambas entidades se encuentran hoy en proceso concursal, siguiendo un camino de disolución y liquidación similar, aunque en distintos Juzgados. Todo ello, pone de relieve que el acusado ha actuado generando confusión y que resulta acreditado que su labor no era solo la de actuar en el

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a dark rectangular box.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

ámbito inmobiliario, sino también en la de promoción y venta (reconoce el mismo que era el encargado de buscar soluciones económicas para la viabilidad de los proyectos)".

Razonamiento correcto y asumible en esta sede de casacional. Tiene declarado esta Sala, sentencias 274/96 de 20 mayo , 79/2002 de 24 enero que las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no puede prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad. La jurisprudencia ha tenido en cuenta que las formas del derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal y por ello ha admitido que los Tribunales pueden "correr el velo" tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social. Y conforme a esta doctrina se puede tomar en consideración la realidad económica y no la formal emergente de los estatutos sociales y de la posición de las personas en el marco estatutario de ciertas sociedades.

En la jurisprudencia citada se añade que la "teoría del levantamiento del velo" establece qué hechos son relevantes para comprobar la tipicidad y en este sentido viene a sostener que las formas del derecho de sociedades, de las que se valga el autor, no son decisivas y que la significación típica de las acciones individuales no puede ser neutralizada por ellas. Por lo tanto, no estamos en presencia de un juicio de valor que reemplace la prueba de los hechos sino de un criterio de verificación de la tipicidad. Por tales razones el levantamiento del velo no roza siquiera el problema de la presunción de inocencia.

En el caso actual la conclusión de la Sala de instancia de que el recurrente ha intentado generar confusión, pero qué está acreditado que su labor, como integrante de las dos sociedades, era no sólo la de actuar en el ámbito inmobiliario sino la de promoción y venta, permite, de un lado la aplicación de la pena del levantamiento del velo para eliminar esa ficticia separación societaria, pues sostener lo contrario-decíamos en STS 1027/2006 de 10.12 -, supondría un verdadero abuso de derecho que haría aplicable la doctrina sobre el levantamiento del velo, que proscribía la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado sí, por ello se comete fraude de Ley o se perjudican derechos a terceros escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos.

En este sentido esta Sala, sentencias 801/2005 de 15 junio , 986/2005 de 21 julio , 165/2006 de 2 de marzo , 1226/2007 15 diciembre , y 974/2012 del 5 diciembre (caso Ballena Blanca) ha declarado, siguiendo la doctrina sentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, sentencia 15 octubre 1927 "la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona "disregard" y de la germana "Durchgriff" , que tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la sentencia de 28 de mayo de 1984 , verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las sentencias de 16 de julio de 1987 , 24 de septiembre de 1987 , 5 de octubre de 1988 , 20 de junio de 1991 , 12 de noviembre de 1991 , 12 de febrero de 1993 . La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc.

Doctrina que sería aplicable al supuesto enjuiciado, resultando igualmente relevante que en el apartado sexto de los hechos probados se recoja que fue Valores Inmobiliarios Canarios SL, -y no Vic Promociones y Venta SL- quien asumió el compromiso de devolución en los documentos contractuales de fecha 12 septiembre 2008, remitidos por el acusado a la otra parte, y que igualmente fuera el propio acusado, como representante de la primera entidad Valores Inmobiliarios Canarios SL, quien remitió al querellante el otro comunicado de 3 de diciembre 2008, citándole para la firma de los contratos o en su caso rescisión de los mismos.



www.civil-mercantil.com

TERCERO: El motivo segundo por infracción de precepto constitucional del artículo 24.2 CE , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , y por infracción de Ley el artículo 849.1 y 849.2 LECrim por infracción de estos artículos en relación con el artículo 131 CP , por estimar erróneo el criterio de la audiencia a fijar el momento en que comienza a correr el plazo de prescripción del delito en el envío del burofax de 3 diciembre 2008, pues partiendo de que el recurrente no se quedó con el dinero de los contratos de reserva, sino que lo transfirió a la constructora promotora Vic Promoción y Venta SL, debería ser éste en cualquier caso el momento inicial para computar el plazo de prescripción, y no otro, por lo que presentándose la querrela el 12 julio 2011, habrían transcurrido los tres años y ya estaría prescrito el delito, en cualquier caso, reiterando que en caso de duda siempre debe operar el principio in dubio pro reo.

El motivo debe ser desestimado.

Sobre el tema de la prescripción tiene declarado esta Sala en numerosos precedentes- por todas SSTs. 760/2014 de 20 noviembre , 414/2015 de 6 julio , que presenta naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad, añadiendo que por responder a principios de orden público y de interés general puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (SSTs 839/2002, de 6-5 ; 1224/2006, de 7-12 ; 25/2007, de 26-1 ; y 793/2011, de 8-7 , 1048/2013 de 19.9) y no resulte imprescindible la práctica de prueba para adoptar una decisión sobre la cuestión planteada, siendo incluso factible en algunos supuestos, su aplicación después de celebrado el juicio oral y dictada sentencia, es decir, dentro del trámite del recurso casacional (SSTs. 1505/99 de 1.12 , 1173/2000 de 30.6 , 1132/2000 de 30.6 , 420/2004 de 30.3 , 1404/2004 de 30.11).

En definitiva la prescripción debe estimarse siempre que concurren los presupuestos sobre los que asienta -lapso de tiempo correspondiente o paralización del procedimiento- aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, - como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario, art. 666.3 LECrim -, y como cuestión previa al inicio del juicio en el abreviado, art. 786.2 LECrim ,,,, en aras de evitar que resulte una persona que, por especial previsión exprese voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal (STS. 387/2007 de 10.5).

Como se afirma en la STC. 195/2009 de 28.9 , con cita SSTC. 157/90 de 18.10 y 63/2003 de 14.3 : "la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpaado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto 'en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica', si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings , § 46 y ss), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar -delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo- afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados".

Acerca de la determinación del tiempo que se tiene en consideración para el cálculo de la prescripción, se dice en SSTs. 376/2014 de 13.5 y 759/2014 de 25.11 que hemos de partir de que nuestro derecho no acude a criterios procesales o adjetivos para la determinación (vgr. Procedimientos por faltas, abreviado, ordinario por sumario, etc.) sino a criterios sustantivos referido a la penalidad asignada al delito, todavía es preciso determinar si el delito o falta a



www.civil-mercantil.com

tener en cuenta es aquel que se denuncia, se imputa o acusa al responsable (procedimiento seguido) o aquél por el que resulta condenado.

Sobre este punto existió polémica sobre la que se pronuncia esta Sala y el Tribunal Constitucional.

Así la jurisprudencia tradicional de esta venía manteniendo que una vez iniciado el procedimiento para el computo del termino de prescripción por paralización habrá de acudir al título de imputación, de manera que si el procedimiento se seguía por delito, aunque en último término, tras la celebración del juicio oral, la acusación pública transforma su inicial acusación en falta o el propio tribunal estime como es correcta la calificación jurídica de los hechos enjuiciados como constitutivos de una falta, no actúan en el ámbito de su tramitación. En reducidos plazos la prescripción de las faltas por razones de seguridad jurídica y por exigirlo así el principio de confianza (vid SSTs. 592/2006 de 28.4 , 1444/2003 de 6 , 11 , 481/96 de 21.5 , 318/95 de 3.3 , 611/93 de 30.7 .

Por su parte el Tribunal Constitucional en la sentencia 37/2010 de 19 de julio , que además invoca la nº 63/2005 de 14 de marzo y 29/2008 de 20 de febrero nos dice: 1) "..... el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a la voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal de denunciantes y querellantes (configuración procesal de la prescripción), sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción) (SSTs 63/2005, de 14 de marzo, F. 6 ; 29/2008, de 20 de febrero , F. 12). Si el fin o fundamento de la prescripción en materia punitiva reside en la "autolimitación del Estado en la persecución de los delitos o faltas", o, en otras palabras, si constituye "una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi", que tiene como efecto no la prescripción de la acción penal para perseguir la infracción punitiva, sino la de ésta misma, lógicamente, en supuestos como el que ahora nos ocupa, la determinación de las previsiones legales aplicables sobre la prescripción han de ser las correspondientes no al título de imputación, esto es, a la infracción penal que se imputa al acusado, inicialmente o a lo largo del procedimiento, sino a la infracción de la que resulta penalmente responsable, es decir, la infracción penal que hubiera cometido y por la que habría de ser condenado de no concurrir la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal. De lo contrario, se haría recaer y soportar sobre la persona sometida a un proceso penal los plazos de prescripción correspondientes a una infracción penal que no habría cometido y de la que, por lo tanto, tampoco habría de ser responsable".

El criterio puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia aludida ha sido acogido posteriormente por el Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del T. Supremo, en su reunión de 26 de octubre de 2010, según el cual: " Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador.

Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito o falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado ".

CUARTO: En el caso que nos ocupa al considerar la sentencia recurrida que los hechos son constitutivos de un delito de apropiación indebida de los arts. 252 y 249, tipo básico, cuya pena sería de 6 meses a 3 años de prisión, el plazo prescriptivo de dicha pena, conforme el art. 131.1 apartado 5, en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por LO.



www.civil-mercantil.com

5/2010 de 22.6 , esto es la modificación operada por LO. 15/2003 de 25.11 que entre otros plazos estableció el de 10 años cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de 5 años y que no exceda de 10; el de 5 años cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación, por más de 3 años y que no exceda de 5; y el de tres años, los restantes delitos menos graves,- que serían los castigados con pena de prisión de 3 meses a 3 años-. Plazo éste último que es el que la sentencia considera aplicable y las partes no cuestionan.

La discrepancia surge en relación al día de inicio del cómputo del referido plazo, que la sentencia establece en la fecha de remisión por parte del acusado del comunicado-de 3 diciembre de 2008-, citando a la otra parte a la firma de los contratos de compraventa derivados de los citados contratos de reservas efectuadas el pasado el pasado 3 enero de 2.008, a la vez que se indicaba que en el caso de estar interesado en la rescisión de los citados contratos de reserva, tenía a su disposición el borrador donde se establecen las condiciones, así como las penalizaciones establecidas según los contratos de reservas firmados-pérdida del importe de las cantidades entregadas hasta el momento-, y el recurrente pretende sea la fecha de la entrega del dinero por el querellante, el 3 enero 2008.

Tesis esta última que no puede ser compartida.

Conforme al artículo 132.1 CP "" los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible", la prescripción penal se inicia con la fecha de comisión del delito.

La consumación, por ello, se produce cuando habida cuenta la estructura típica de cada figura delictiva se ha de estimar realizados los actos ejecutivos del tipo o elementos objetivos y subjetivos integrados en el mismo.

Siendo así en el delito de apropiación indebida la consumación se produce cuando se materializa la disponibilidad ilícita de lo que no le pertenece y ha podido actuar sobre ello como si fuera su propietario (SSTS. 97/2006 de 8.2), esto es cuando se exterioriza la voluntad de no devolución del bien indebidamente retenido, y a partir de ese momento comienza a computar el plazo de prescripción (SSTS. 1125/1999 del 9 julio , 71/2004 de 2 febrero), siendo signos externos de esa apropiación ilícita, lo que denota que el poseedor ya se ha adueñado de ella incorporándola a su patrimonio (SSTS. 1065/2007 de 12 de diciembre , 374/2008 del 24 junio), lo que aquí aconteció cuando, ante el comunicado que Juan Carlos remitió el 24 noviembre 2008 a Romualdo , por el que aceptaba el compromiso de devolución por parte de Valores Inmobiliarios Canarios SL, el recurrente, en representación de esta entidad remitió a su vez, al querellante otro comunicado, el día 3 diciembre 2008, a cuyo contenido ya nos hemos referido, y que implicaba la negativa a devolver las cantidades entregadas.

Consecuentemente presentada la querrela el 12 de julio de 2.011 , y admitida a trámite el 17 octubre 2011, nohabía transcurrido el plazo de tres años exigible la Ley para poder estimar concurrente la prescripción.

QUINTO: El motivo tercero por infracción de precepto constitucional del artículo 24.2 CE , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , y por infracción de Ley del artículo 849.1 y 849.1 LECrim , en relación con la aplicación del artículo 252 CP , vigente en el momento de los hechos.

El motivo insiste en cuestiones ya planteadas en los motivos precedentes: que el recurrente recibió el dinero y lo transfirió a la mercantil Vic Promotora y Venta SL, no incorporándolo nunca en su propio patrimonio ni en el de la mercantil Vic Promociones y Ventas SL, de la que era administrador, por lo que estima no concurrentes los requisitos del delito de apropiación indebida.

El motivo, consecuentemente, debe ser desestimado.

Como hemos señalado en SSTS, 18/2016 de 26 de enero , y 962/ 2016 de 23 diciembre , " la admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas



www.civil-mercantil.com

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)".

En el caso presente el recurrente parte de presupuestos que no están acreditados: la total independencia entre las sociedades Valores Inmobiliarios Canarios y Vic Promoción y Ventas-cuando de la prueba practicada se deduce lo contrario-y que las cantidades entregadas como reserva y a cuenta del precio al recurrente como representante de la primera entidad fueron transferidas por este inmediatamente a la segunda-no hay prueba documental de ello-y si a ello se añade que estando ambas sociedades en situación concursal, Valores Inmobiliarios Canarios (Vic), desde el 6 diciembre 2012 y Vic Promociones y Ventas desde el 3 enero 2012, esa pretendida inclusión del crédito del querellante, 12.000 €, en la lista de acreedores de la segunda, lo que implicaría su reconocimiento de su obligación de evolución, habría tenido lugar, en todo caso, con posterioridad a la interposición de la querrela, 12 julio 2011, y transcurrido más de tres años desde la consumación de la apropiación indebida 3 diciembre 2008.

SEXTO: Por último en cuanto a la aplicación solicitada del principio jurídico penal "de intervención mínima" procede recordar en sede teórica la distinción entre dolo penal y dolo civil. En STS. 434/2014 de 3 de junio , se indicaba que: "la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa o apropiación indebida es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles..." En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y los principios de legalidad y de mínima intervención que lo inspira.



www.civil-mercantil.com

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

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

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

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

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

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos.

Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado "principio".

No otra cosa acaecería en el supuesto sometido a revisión por la Sala en la que si el Tribunal entiende concurrentes los requisitos del art. 252 CP, resulta superflua la alegación del principio invocado.

En nuestro caso la línea diferencial entre un incumplimiento contractual y el delito de apropiación indebida, radica en que en el primer supuesto no existe voluntad apropiativa sino simplemente un retraso o imposibilidad transitoria de cumplimiento de la obligación de devolver, mientras que en el segundo existe un propósito de hacer la cosa como propia



www.civil-mercantil.com

incorporándola al patrimonio del infractor. Por ello en la apropiación indebida no se requiere el engaño previo y tampoco es requisito, pues, el dolo preexistente (STS. 916/2002 de 4.6).

SEPTIMO: El motivo cuarto por quebrantamiento de forma artículo 851.3 LECrim , denuncia que la sentencia no expresa clara y terminantemente en sus hechos probados ni en sus fundamentos posteriormente si la entidad de la que era administrador el recurrente Valores Inmobiliarios Canarios SL, era únicamente una entidad inmobiliaria y no promotora constructora de la promoción para la que se realizó la reserva, si la cantidad entregada por el querellante fue transferida a la promotora Vic Promociones y Ventas SL, y si dicha entidad reconoce ser deudora ante el querellante/acusador particular, según se recoge en el listado de acreedores aportados en el procedimiento concursal que tiene instado.

Insiste en que el recurrente fue un mero intermediario, no promotor-constructor, que el dinero fue entregado a la promotora, y que la sociedad por la representada no tuvo nada que ver en la falta de construcción. Insiste en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo.

El planteamiento y desarrollo del motivo insiste en los argumentos de los precedentes y nada tienen que ver con el vicio procedimental in iudicando del artículo 851.3 -incongruencia omisiva-que como precisa la jurisprudencia de esta Sala, se produce 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 medios impugnativos, cual es el previsto en el art. 849.2 LECrim . error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000 de 8.2). Por ello, 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 respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso en base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho.

Y si lo que denunciase es falta de claridad y omisiones en los hechos probados, hemos dicho en STS. 24/2010 de 1 de febrero : La falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que sólo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer que es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incomprensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 24.3.2001 , 23.7.2001 , 1.10.2004 , 2.11.2004 , 28.12.2005).

Por ello, se insiste en que no concurre el quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el tribunal puede no considerar probados o simplemente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origina incomprensión del sentido del texto (SSTS. 31.1.2003 , 28.3.2003 , 12.2.2004).

La solución a las omisiones en los hechos probados -decíamos en STS. 30.9.2005 - no viene por el cauce utilizado por el recurrente -falta de claridad del art. 851.1 LECrim .- sino por la vía del art. 849.2 LECrim . En este sentido la STS. 4.5.99 precisa que la omisión de datos que debieron ser incluidos en el relato, según el recurrente, en modo alguno constituye el defecto procesal contemplado en el precepto invocado, sino a lo más que podría dar lugar es que se procediera a completar la sentencia mediante el procedimiento legalmente establecido al efecto, que desde luego no es la vía utilizada por el recurrente, y la S. 6.4.92 , recuerda que las omisiones tan solo caben como motivo de casación por quebrantamiento de forma por falta



www.civil-mercantil.com

de claridad en los hechos probados cuando ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido, pero no como aquí que no producen oscuridad alguna para la comprensión de lo narrado en la sentencia - SS. 18 y 28.5.92 - o como dicen las SS. 375/2004 de 23.3 y 1265/2004 de 2.11, cosa distinta es que el recurrente pretenda ensanchar el "factum" con complementos descriptivos o narrativos, que considere esenciales, por repercutir en el fallo y que resultaron probados, a medio de documentos, que no fueron debidamente valorados por el Tribunal, lo que situaría el motivo en el campo del "error facti" que contempla el art. 849.2 LECrim .

El motivo, por lo expuesto se desestima.

OCTAVO: Desestimándose el recurso, se imponen las costas a la parte recurrente, art. 901 LRCrim.

III. FALLO

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

Que debemos declarar no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Romualdo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de apropiación indebida; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D^a. Ana Maria Ferrer Garcia D. Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACION. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.