



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064815

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 185/20200, de 20 de mayo de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2364/2018

SUMARIO:

Apropiación indebida. Continuidad delictiva.

Dinero entregado a los acusados para la construcción de viviendas englobadas en una promoción, y que se dedican a otros fines. En cualquier caso lo relevante es que el dinero que se entregó tenía como destino la construcción de las viviendas y se desvió de tal finalidad. El delito de apropiación indebida queda consumado cuando se dispone del dinero aplicándolo a fines distintos de los pactados, momento este en el que se alcanza el punto de no retorno al que alude la jurisprudencia para diferenciar una modalidad de apropiación de uso no delictiva, de la apropiación indebida en sentido propio, que se consuma a partir de entonces. Se entiende incorporados en el actual artículo 253 CP todos los supuestos del anterior 252, incluida la distracción de dinero. Respecto a la continuidad delictiva, la hubo, aunque no se aplique el artículo 74.1 CP. Del relato de hechos probados surgen elementos que nos permiten deducir que los acusados fueron aplicando el dinero que recibieron para promoción inmobiliaria que abarcaba la construcción de las viviendas, a fines distintos de los que determinaron su entrega. Pero no lo hicieron en bloque, sino a través de sucesivas operaciones a partir del momento en que tuvieron la disponibilidad del mismo. De esta manera ni avanzaron la construcción más allá de un 1% del total de la obra, ni constituyeron la cuenta de garantía a la que legal y contractualmente estaban obligados, lo que nos proyecta con claridad en la continuidad delictiva que la Sala sentenciadora aplicó. Cada uno de esos actos de disposición consumó una apropiación indebida. Ahora bien, no hay nada que excluya -al menos, no lo excluye el hecho probado- que en las plurales acciones apropiativas sucesivas y dilatadas durante un tiempo hubiese alguna que superase el dintel de los 50.000 euros que fija el art. 250.1.5.º CP como suelo del subtipo agravado. Nótese que los hechos se han calificado como apropiación indebida y no como estafa. Por tanto, el momento delictivo se sitúa no en las entregas, sino en las distracciones ulteriores que difícilmente coincidirán ni temporal, ni cuantitativamente con aquellas.

No se aprecia la atenuante de dilaciones indebidas. El proceso duró 8 años hasta la sentencia de primera instancia. Y aunque es un plazo considerable, en atención a la complejidad de la causa, la abundante prueba practicada, la pluralidad de partes y la diversidad de operaciones realizadas a lo largo de distintos años que finalmente han resultado analizadas, son factores de devalúan el mismo privándole del carácter extraordinario que la atenuación reclamada requiere. Todo ello sin perjuicio de que, como también apuntó la resolución recurrida, el transcurso del tiempo sea un factor a tomar en consideración a la hora de concretar la pena.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 63, 65, 74.1, 109, 122, 248, 249, 250.1.5.º, 251.1, 252, 253 y 254.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 111 y 788.4.

Código Civil, art. 1.281.

Constitución Española, arts.9.3, 24, 25 y 96.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político de 1966, art. 14.5.

Ley 38/1999 (Ordenación de la Edificación), disp. adic. primera.

PONENTE:

Doña Ana María Ferrer García.

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ



Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Doña ANA MARIA FERRER GARCIA
Don VICENTE MAGRO SERVET
Doña CARMEN LAMELA DIAZ

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 185/2020

Fecha de sentencia: 20/05/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2364/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Cantabria

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2364/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 185/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García
D^a. Ana María Ferrer García
D. Vicente Magro Servet
D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 20 de mayo de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2364/18 por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por D. Sabino representado por el procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa y bajo la dirección letrada de D. Alvaro Sánchez -Pego Lamelas, y por D. Jose María representado por la procuradora D^a Adela Cano Lantero bajo la dirección letrada de D. Alejandro Movellán Vázquez, contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3^a - rollo 1/18). Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal, D^a Agustín y D. Arcadio representados por el procurador D. Juan Manuel Caloto Carpintero bajo la dirección letrada de D. Darío Serrano Huidobro, y D. Luis Angel y D^a Sabina representados por el procurador D. Marcos Juan Calleja García, que ejercen la acusación particular.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción num. 4 de Santander incoó Procedimiento Abreviado num. 1/18, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cantabria (rollo 1/18), que con fecha 9 de mayo de 2018, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "ÚNICO. Ha resultado probado y así se declara que:

En el año 2016 DON Jose María; y, DON Sabino, ambos mayores de edad, eran socios al 50% de la sociedad "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L.", dedicada a la promoción inmobiliaria, desempeñando el primero, el cargo de administrador y el segundo, el de apoderado desde el día 20 de noviembre de 2006 hasta el día 7 de julio de 2008 en que le fue revocado por aquel el poder previamente conferido tan amplio y bastante para administrar con toda amplitud a la sociedad celebrando todos los actos, gestiones y contratos que correspondan a una buena administración mercantil.

Con objeto de desarrollar la promoción de la DIRECCION000, en la localidad de Lienres adquirieron la finca registral número NUM000 de Piélagos propiedad de DOÑA Violeta.

A tal efecto, el día 29 de diciembre de 2006 se otorgó ante el Notario de Santander don Ángel Velasco Ballesteros la Escritura pública de compraventa por la que DON Arcadio en nombre y representación de DOÑA Violeta vendió y transmitió el pleno dominio a DON Sabino, en nombre y representación de "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L.", como apoderado de ésta, que compró y adquirió, la finca registral número NUM000 de Piélagos, Tomo NUM001, Libro NUM002, Folio NUM003 del Registro de la Propiedad número 2 de Santander, con la siguiente descripción: "URBANA. Terreno a prado en el pueblo de Lienres, término de Piélagos, Mies de Helguera y sitios de El Dueso, Entrelindes y Juntiales, con una superficie según el Registro de 6473 metros cuadrados" por precio de 432.728,71 euros que es pagado mediante cheque nominativo de la misma fecha expedido por "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L." cuya copia se adjuntaba a dicha Escritura.

En el curso de dicha promoción inmobiliaria "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L." realizó los siguientes contratos de compraventa sobre plano de las cinco viviendas que se pretendían construir en dicha DIRECCION000, de Lienres.

1.º) En fecha 9 de enero de 2007 se suscribió contrato privado de compraventa por el que "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L.", representada por DON Sabino vendía a DOÑA Violeta, representada por DON Arcadio, la vivienda señalada en el Plano de la Promoción DIRECCION000 con el número Uno, con una superficie útil de parcela de 1000 m2, fijándose como precio total de compra con IVA incluido, la cantidad de 432.728,71 euros. Precio que se abonó en el mismo acto mediante la devolución a "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L." del cheque que había sido entregado por ésta a DOÑA Violeta en concepto de pago del precio de la compraventa de la parcela antes mencionada.

2.º) En fecha 18 de febrero de 2008 se suscribió contrato privado de compraventa por el que "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L.", representada por DON Jose María vendía a DON Luis Angel; y, DOÑA Sabina, la vivienda señalada en el Plano de la Promoción DIRECCION000 con el número Tres, construida en una parcela de 1000 m2 aproximadamente, fijándose como precio 661.113,31 euros más 46.277,93 euros en concepto de IVA.



Previamente el día 3 de enero de 2007 se formalizó documento de reserva de dicha vivienda entregando los compradores cheque bancario por importe de 6.000 euros.

Asimismo el día de la firma del contrato el 18 de febrero de 2008 los compradores entregaron otro cheque por importe de 64.739,12 euros.

Por Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santander se declaró resuelto el citado contrato de compraventa, condenando a la demandada "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L." a abonar a DON Luis Angel; y, DOÑA Sabina la cantidad de 70.739,12 euros. Por Sentencia de fecha 1 de junio de 2011 dictada por la Audiencia Provincial, 4ª, se revocaba parcialmente la Sentencia de instancia en el solo sentido de que los intereses se devengarán desde que los demandantes entregaron las cantidades que mediante dicha resolución se obliga a devolver.

3.º) En fecha 19 de febrero de 2008 se suscribió contrato privado de compraventa por el que "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L.", representada por DON Jose María vendía a DON Eliseo, la vivienda señalada en el Plano de la Promoción DIRECCION000 con el número Cinco, construida en una parcela de 1000 m2 aproximadamente, fijándose como precio 675.000 euros más 47.250 euros en concepto de IVA.

Previamente el día 4 de abril de 2007 se formalizó documento de reserva de dicha vivienda entregando el comprador la cantidad de 18.000 euros.

Asimismo el día de la firma del contrato el 19 de febrero de 2008 el comprador entregó el importe de 54.225 euros.

Por Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santander con fecha 7 de junio de 2010 se declaró resuelto el citado contrato de compraventa, condenando a la demandada "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L." a abonar a DON Eliseo la cantidad de 72.225 euros.

4.º) En fecha 2 de abril de 2008 se suscribió contrato privado de compraventa por el que "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L.", representada por DON Sabino vendía a DON Genaro; Y, DOÑA Gloria, la vivienda señalada en el Plano de la Promoción DIRECCION000 con el número NUM004, construida en una parcela de 1000 m2 aproximadamente, fijándose como precio 625.000 euros más 43.750 euros en concepto de IVA.

DON Genaro; Y, DOÑA Gloria entregaron al Sr. Sabino la cantidad de 60.000 euros que en dicho contrato constan recibidos con anterioridad.

Por Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santander con fecha 7 de junio de 2010 se declaró resuelto el citado contrato de compraventa, condenando a la demandada "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L." a abonar a DON Genaro; Y, DOÑA Gloria la cantidad de 60.000 euros.

5.º) En fecha 2 de abril de 2008 se suscribió contrato privado de compraventa por el que "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L.", representada por DON Sabino vendía a DON Rodrigo, la vivienda señalada en el Plano de la Promoción DIRECCION000 con el número NUM005, construida en una parcela de 1000 m2 aproximadamente, fijándose como precio 515.500 euros más 36.085 euros en concepto de IVA.

El comprador entregó la cantidad de 36.000 euros.

Por Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santander con fecha 7 de junio de 2010 se declaró resuelto el citado contrato de compraventa, condenando a la demandada "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L." a abonar a DON Rodrigo la cantidad de 36.000 euros.

En estos últimos cuatro contratos, es decir, los celebrados por "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L." con DON Luis Angel; y, DOÑA Sabina; DON Eliseo; DON Genaro; Y, DOÑA Gloria; y, DON Rodrigo en la Estipulación quinta se establecía:

" Las cantidades anticipadas entregadas por el comprador al vendedor en pago del precio de la vivienda anteriormente descrita y hasta el momento de su entrega, quedarán garantizadas mediante aval, como dispone la Ley 57/68 de 27 de julio sobre recibo de cantidades anticipadas a la construcción en la venta de viviendas.

El vendedor, Promociones Cóbreces, S.L., SE COMPROMETE en un plazo máximo de noventa días a partir de la firma del presente contrato a avalarlas mediante aval bancario.

En caso de que el pago lo realizara la parte compradora por medio de letras de cambio el aval se entregará a noventa días del vencimiento de las mismas".

Los querellantes a la vista de que el plazo de entrega de las viviendas se acercaba y de que las obras no avanzaban interesaron explicaciones de los acusados no obteniendo más que largas y excusas de los mismos.

Las viviendas no solo no fueron construidas, ni siquiera la cimentación de las mismas, sino que apenas se ejecutaron unas pequeñas obras de limpieza y acondicionamiento de los terrenos en que se iban a construir consistentes en movimientos de tierra y vertido de hormigonado de limpieza que supone aproximadamente el 1%



del total de la obra. "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L.", gestionada por ambos acusados, no destinó el dinero recibido de los compradores a la ejecución de la obra, ni tampoco abrió cuenta especial y separada del resto de cuentas y promociones inmobiliarias que en ese momento "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L." se encontraba construyendo, ni aseguró ni avaló en forma alguna dichas cantidades recibidas de tal forma que cuando los querellantes han reclamado la devolución de las cantidades entregadas no han podido recuperarlas en su integridad.

En definitiva, los acusados DON Jose María; y, DON Sabino no emplearon la cantidad total recibida de 671.692,83 euros (432.728,71 euros + 70.739,12 euros + 72.225 euros + 60.000 euros + 36.000 euros) para el fin al que iba destinada, es decir, para la construcción de cinco viviendas unifamiliares de la Promoción DIRECCION000 en la localidad de Liencres.

De las cantidades entregadas por los compradores han recuperado en los procedimientos civiles previos: DON Luis Angel; y, DOÑA Sabina la cantidad de 24.744,01 euros; DON Eliseo la cantidad de 9.294,07 euros; DON Genaro; DOÑA Gloria la cantidad de 7.413,01 euros; y, DON Rodrigo la cantidad de 4.447,81 euros.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento : "FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a DON Jose María; y, DON Sabino, como autores directos y responsables de un delito continuado de apropiación indebida, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de:

- 1.º) TRES AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN.
- 2.º) NUEVE MESES Y UN DÍA DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS.
- 3.º) Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil indemnizarán, conjunta y solidariamente, a los perjudicados en las siguientes cantidades:

- 1.º) DOÑA Agustín; y, DON Arcadio en cuanto sucesores procesales de DOÑA Violeta en la cantidad de 432.728,71 euros;
- 2.º) DON Luis Angel; y, DOÑA Sabina en la cantidad de 45.995,11 euros, más las costas originadas en los procedimientos de reclamación civil previos;
- 3.º) DON Eliseo en la cantidad de 62.930,93 euros;
- 4.º) DON Genaro; DOÑA Gloria en la cantidad de 52.586,99 euros; y,
- 5.º) DON Rodrigo en la cantidad de 31.554,19 euros.

En todos los casos más los intereses legales correspondientes, adoptándose las medidas pertinentes en trámite de ejecución de sentencia para evitar una doble exacción de dichas cantidades por los mismos hechos atendiendo a la previa condena a "PROMOCIONES CÓBRECES, S. L.", en vía civil, a devolver las citadas cantidades entregadas más sus intereses.

Asimismo se les condena al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

Asimismo, debemos absolver y absolvemos a DON Jose María; y, DON Sabino, del delito de estafa del artículo 248 del Código Penal.

Esta Sentencia no es firme. Contra la misma puede prepararse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo dentro de los CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación de la Sentencia".

La citada Audiencia Provincial con fecha 28 de mayo de 2018 dictó auto de aclaración de la referida sentencia que contiene la siguiente Parte Dispositiva: "Corregir la Sentencia dictada con fecha 18 de abril de 2018 en el Rollo de Sala número 1/2018, en el sentido anteriormente indicado en los anteriores razonamientos.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, sin perjuicio del recurso que quepa contra la sentencia que se aclara".

Tercero.

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Sabino y de D. Jose María, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a



esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto por D. Jose María se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º y 2º. Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por infracción del artículo 252 del CP, en relación con los artículos. 248 y 249 del mismo.

3º. Al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del artículo 9.3 de la CE.

4º y 5º. Al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por infracción de los artículos 24, 25 y 96 de la CE, en relación con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6º. Al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías.

7º. Al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

8º. Al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

El recurso interpuesto por D. Sabino se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

1º. Al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del principio acusatorio.

2º. Al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM, por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador.

3º. Al amparo del art. 849.1 de la LECRIM, por aplicación indebida de los artículos 8, 12, 130 a 132, 252 a 254 del CP.

4º. Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por aplicación indebida de los artículos 27 a 29 y 61 a 63 y 65 del CP.

5º. Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por aplicación indebida de los artículos 109 a 122 del CP.

6º. Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por aplicación indebida del artículo 74 del CP.

7º. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 de la LECRIM, por no haber determinado claramente la sentencia la consumación del delito, y por contradicción al fijar varios momentos de comisión.

8º. Al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del deber de motivación de las sentencias.

9º. Al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes recurridas de los recursos interpuestos, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 22 de enero de 2020. Habiéndose prolongado la deliberación hasta la fecha de esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Recurso de D. Jose María,

Primero.

Los dos primeros motivos de recurso, por el cauce de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM, denuncian indebida aplicación de los artículos 253 en relación 248 y 249 CP.



La discrepancia que habilita el artículo 849.1 LECRIM nada tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Solo permite cuestionar el juicio de tipicidad, pero no autoriza a censurar aquello que la sentencia recurrida declaró probado. Sin embargo el recurso, pese a invocar en estos dos primeros motivos tal precepto, enfoca su disidencia al terreno de la prueba. Se llega incluso a propugnar una nueva redacción del hecho probado, por entender que el Tribunal ha incurrido en una errónea valoración de la prueba documental. Pese a esta expresa mención, y aunque a lo largo de su exposición se llega a utilizar el término literosuficiente para calificar alguno de los documentos que se consideran equivocadamente interpretados, sus perfiles tampoco se acomodan a los del motivo previsto en el artículo 849.2 LECRIM, pues los documentos que se mencionan carecen de la autosuficiencia probatoria que caracteriza a aquella, en cuanto que la determinación de su verdadero alcance y significado requiere el complemento de otras pruebas.

En definitiva, la discrepancia se plantea respecto a la realidad de lo acaecido y el alcance de las operaciones realizadas. Lo que pretende demostrar el recurso a través de estos motivos, es que la operación cerrada con D^a Violeta que les proporcionó los terrenos, aunque instrumentalizada como compra, encubría una permuta de su finca por una vivienda, de permuta de obra futura lo califica, por lo que sostiene que no existió desplazamiento de dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble que pueda colmar la tipicidad de la apropiación indebida. Con relación al resto de los adquirentes de viviendas sostiene que el dinero recibido se invirtió en la promoción. Una disensión probatoria que nos proyecta hacia un motivo de presunción de inocencia, y que desde esta óptica vamos a abordar.

1. Al desarrollar los motivos señala el recurso que los contratos a través de los que se instrumentalizó la operación concertada con la Sra. Violeta, que ocupan los folios 1 a 38 de la causa, evidencian que acordaron una permuta a la que se le dio la forma de compraventa. A ello respondería el que, como resulta del informe de Caja Madrid (folio 77), el cheque que la promotora le entregó por la compra del terreno no fuera cobrado por la vendedora. Explica que no existió un desplazamiento dinerario de PROMOCIONES CÓBRECES S.L. hacia la vendedora, ni tampoco a la inversa. Se intercambiaron un mismo cheque para dar apariencia de compraventa a lo que en realidad era una permuta por obra futura que tuvo por objeto un bien inmueble que no es susceptible de apropiación.

Argumenta también que los valores bursátiles y las participaciones preferentes fueron adquiridos con anterioridad a la entrega de cantidad alguna de dinero (remite a los folios 2.228 a 2.279), y la realización de estos valores tuvo un resultado positivo, sin detrimento patrimonial para los compradores de las viviendas.

Añade que las cantidades recibidas por las ventas de las viviendas fueron destinadas a cubrir gastos necesarios para la construcción. Así:

- En los folios 2.260 a 2.279 consta el destino del cheque por importe de 50.000 euros, sin especificar cuál fue su destino.

- En el folio 1.821, el informe de la Caixa con relación a una transferencia de 150.000 euros destinada a cancelar las cuentas de crédito abiertas en Caixa Galicia y con las que se habían adquirido los terrenos, y en los folios 2.356 a 2.359 la póliza de crédito suscrita con Caixa Galicia; crédito que se destinó a adquirir las fincas que, junto con la de Violeta, conformaron la parcela en la que se iban a construir las viviendas unifamiliares.

- Los folios 2.293 a 3005 y 2.269 a 2.713, documentan los gastos en los que había incurrido la sociedad para la promoción de los chalets.

- Los folios 292 a 201 acreditan, se dice, que las acciones de Criteria fueron adquiridas para ser pignoradas con la finalidad de obtener el aval bancario exigido por el Ayuntamiento de Piélagos para la concesión de las oportunas licencias.

- Y, por último, los folios 2.431 a 2.433 demuestran que PROMOCIONES CÓBRECES S.L. se encontraba al corriente de los pagos con la Seguridad Social.

Y concluye que los documentos indicados acreditan que las cantidades entregadas a cuenta por los otros adquirentes se invirtieron en la DIRECCION000, que se vio finalmente frustrada por la imposibilidad de conseguir financiación.

2. Los motivos que conjuntamente resolvemos carecen de fundamento. La Sala sentenciadora ha valorado cada uno de los documentos citados, si bien sus conclusiones distan de las que ahora se pretenden.



Respecto a la operación concertada con D^a Violeta constan efectivamente los contratos que PROMOCIONES CÓBRECES, representada por Sabino suscribió con ella. El primero fechado el 29 de diciembre de 2006, por el que aquella vendió mediante escritura pública la finca registral NUM000 por el precio de 432.728,71 euros, que fue pagada mediante cheque nominativo expedido en la misma fecha. Once días después, el 9 de enero de 2007, otro por el que la Sra. Violeta adquirió una de las viviendas unifamiliares que se iban a construir por el precio de 432.728,71 euros, cantidad que fue pagada mediante devolución del cheque que Violeta había recibido por la venta de la finca registral NUM000. En este mismo contrato se pactó que la entrega de la vivienda se efectuaría en un plazo máximo de 30 meses a contar desde la firma del contrato y, tanto ésta como la parcela se entregarían libres de cargas.

Consta en la certificación de datos registrales (folio 38) que con fecha 14 de agosto de 2007, ante Notario, Promociones CÓBRECES constituyó hipoteca sobre la finca registral NUM000, junto con otras dos que integraban la parcela, para garantizar el préstamo concedido por la Caixa.

Pues bien, de lo anterior no resulta como aduce la parte recurrente un contrato de permuta, sino un contrato de compraventa de la finca NUM000 a construir. Como señaló la Fiscal al impugnar el recurso, la finca se vendió el 29 de diciembre de 2006 y la vendedora recibió un cheque nominativo, del que pudo disponer durante los once días que mediaron entre esa operación y la suscripción del contrato privado del día 9 de enero de 2007.

La terminología empleada no deja espacio a duda respecto a cuál fue la voluntad documentada de las partes. A tenor de lo dispuesto en el artículo 1281 del CC "si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas." Y solo "si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas." Y lo que no explica el recurrente es porque se instrumentalizó la operación de esa forma, en lugar de hacer constar la supuesta realidad contractual. El mero hecho de que el precio por la compra de la obra futura se pagara a través de la devolución del cheque no es suficiente para deducir una voluntad contractual distinta de la descrita. De todas maneras, cualquiera que sea la calificación que corresponda a los contratos firmados, lo que resulta de ellos es que si la Sr. Violeta retornó el dinero que había recibido, fue precisamente para que se invirtiera en la construcción que adquiriría sin gravámenes. Explica la sentencia que cuando el acusado ahora recurrente indicó las sumas que habían invertido en la DIRECCION000 incluyó los 432.728,71 de la compra de la parcela, pese a que realmente esa suma no había llegado a salir de las cuentas en ese concepto, lo implica que cuando menos lo consideró un gasto.

De otro lado, de cara a la idoneidad del vínculo contractual para sustentar la calificación de los hechos como apropiación indebida, de manera constante la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de numerus apertus del precepto en el que caben, precisamente por el diseño 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, o destinar a un fin concreto. Lo importante no es tanto la forma de que se doten, como la realidad que los sustenta.

3. La sentencia declaró probado que las viviendas no sólo no fueron construidas, sino que las obras ejecutadas (pequeñas obras de limpieza y acondicionamiento de los terrenos) suponían aproximadamente el 1% del total de la proyectada. Y asimismo que los acusados, como gestores de PROMOCIONES CÓBRECES S.L., no destinaron la cantidad total recibida de los compradores (671.692,83 euros) a la construcción de las cinco viviendas unifamiliares, no abrieron cuenta especial y separada del resto de cuentas de otras promociones que en ese momento la sociedad estaba construyendo, ni tampoco aseguraron ni avalaron en forma alguna la devolución de las cantidades entregadas.

Y razonó sobradamente tales conclusiones probatorias. En el fundamento segundo apartado B) explicó que la pericia del arquitecto D. Modesto puso de relieve que, aunque la obra contaba con los pertinentes permisos municipales, licencia de obras, proyectos de urbanización, proyecto básico posteriormente desarrollado en proyecto de ejecución, lo ejecutado por PROMOCIONES CÓBRECES suponía el 1% de la construcción, pudiendo estimarse su valor económico entre 10.000 y 15.000 euros. Explicó igualmente la Sala que las facturas aportadas por los acusados para acreditar la inversión realizada en la construcción, no desmentían la tasación pericial sobre la obra efectivamente ejecutada, pues de nada sirve, se afirma en la sentencia, comprar o alquilar maquinaria de construcción si luego no se utilizan para su propia finalidad.



Algunas de esas facturas se encontraban repetidas; otras se referían a encargos del año 2006, muy anteriores a la promoción, o a conceptos que no pueden considerarse como trabajos de construcción (publicidad); y en otras ni siquiera constaba que los trabajos o maquinaria se refiera a la urbanización objeto de este procedimiento, pues simultáneamente y en el mismo término municipal PROMOCIONES CÓBRECES estaba ejecutando la construcción de 17 viviendas unifamiliares en la denominada " DIRECCION001". A ello se une el dato aportado por la auxiliar administrativa de la empresa que intervino como testigo, que se mostró conocedora de las prácticas contables de la sociedad, y quien explicó que el hecho de que constase en dichas facturas la palabra "contabilizado" no significaba que las mismas hubiesen sido abonadas.

Asimismo, tuvo en cuenta la Sala de instancia que, como ya hemos señalado, la inversión que los acusados adujeron haber realizado en la construcción de estas viviendas se incluyeron los 432.728,71 euros por la compra de la parcela a D^a Violeta y que en realidad esta cantidad no salió de la cuenta de la sociedad. Tampoco concede valor a estos efectos a la cantidad de 113.986,42 euros en concepto de aval bancario a favor del Ayuntamiento para garantizar la obra, al no constar que, ante la inexistencia de la misma, dicho aval se ejecutara.

En cambio, refleja la sentencia otros datos significativos de los que se concluye que los acusados no dieron al dinero recibido el destino al que contractualmente obligados. Precisamente aquellos a los que alude el recurso. El día 14 de agosto de 2007 se constituyó garantía hipotecaria sobre la parcela adquirida y otras agregadas por importe de 425.000 euros, si bien el montante final anotado en la cuenta de la sociedad fue de 406.554 euros y, por tanto, inferior al valor asignado a la parcela de la Sra. Violeta. Este mismo día se efectuó una transferencia urgente por importe de 150.000 euros para cancelar una cuenta de crédito en la Caja de Ahorros de Galicia. Otros movimientos de la misma cuenta realizados en el año 2007 y que tampoco guardan ninguna vinculación con la construcción fueron los siguientes: el 17 de agosto se cargó en la cuenta el cheque NUM006 por importe de 50.000 euros; el día 2 de octubre se adquirieron participaciones preferentes por importe de 80.021,60 euros; el día 9 de octubre se suscribieron valores de Critería por importe de 31.022,25 euros; y el 10 de octubre se adquirieron dos partidas de acciones por importe total de 43.354,24 euros. Es decir, del total importe del préstamo hipotecario y de las cantidades pagadas anticipadamente por los compradores se gastaron 354.398,09 euros en transacciones totalmente ajenas a la construcción de las viviendas unifamiliares, entrando la cuenta en posiciones deudoras el día 4 de marzo de 2008 y, por tanto, con anterioridad a los dos últimos contratos privados de compraventa suscritos el día 2 de abril de 2008.

Descarta la Sala de instancia la versión de los acusados de que con tales valores bursátiles se garantizaba la fianza exigida para la licencia de obras, y su argumentación estuvo revestida de toda lógica. Mantiene el recurso que ese tipo de inversiones pretendían aligerar la carga financiera de la empresa para así facilitar su funcionamiento. Sin embargo, como razonó la sentencia, no fue esa la finalidad con la que los distintos compradores entregaron las cantidades anticipadas del precio de compra de la vivienda. Y además constaba en la causa que el día 8 de febrero de 2008 se constituyó la fianza para la licencia de obras avalada por la Caixa y por la que se abonó la cantidad de 222,51 euros.

Por último, rechazó el Tribunal de instancia que los acusados pudieran desconocer su obligación de garantizar mediante la suscripción de una póliza de seguro o aval bancario el incumplimiento del contrato o la apertura de una cuenta separada y específica. Así constaba en cuatro de los contratos, y así se hizo para algunos compradores en el complejo urbanístico denominado DIRECCION001 que PROMOCIONES CÓBRECES estaba ejecutando en ese momento (folio 2058). Todo ello sin olvidar que ambos acusados eran expertos en esta clase de negocios, por haber desarrollado varios complejos urbanísticos, y el acusado Sabino, además, había sido director de una entidad bancaria.

En definitiva, los documentos designados por la parte recurrente, como ya dijimos, no tienen autosuficiencia probatoria en relación a extremos que se pretenden. La Sala de instancia los ha valorado conjuntamente con las otras pruebas concurrentes, pericial y testifical, para declarar probado que la empresa de la que eran socios los dos acusados incumplió con las obligaciones específicas de garantía de devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes para la construcción de sus viviendas, que finalmente no lo fueron, habiendo dado a esas cantidades un destino diferente al de la edificación de las cinco viviendas unifamiliares; conducta que encaja en el 252 CP vigente a la fecha de los hechos (actual 253), que contemplaba tanto la conducta de apropiación como la de distracción "del dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en... administración".

No se trata en este caso de un mero incumplimiento de unas obligaciones legales impuestas a los promotores de la construcción de viviendas que obtengan de los adquirentes cantidades anticipadas para su construcción, pues como se recuerda en la STS 430/2018, de 27 de septiembre que citó la Fiscal al impugnar el motivo, tras reproducir el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 23 de mayo de 2017, no puede considerarse



constitutivo de un delito de apropiación indebida el mero incumplimiento de las previsiones de la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, si el dinero recibido se ha utilizado en la construcción, es decir, en la finalidad para la que se recibió. Pero añade, con remisión a la STS 416/2017 de 5 de junio, que desarrollo este Acuerdo, " cuando se trata de cantidades entregadas de forma anticipada por los compradores para la construcción de las viviendas que adquieren, la jurisprudencia ha entendido reiteradamente que si se emplean en otras finalidades distintas a la construcción de esas viviendas y con ello se causa un perjuicio, los hechos constituirían un delito de apropiación indebida. Dejando a un lado problemas probatorios, lo que importa es si se declara probado que el autor ha recibido el dinero para emplearlo en la construcción, y que no lo ha destinado a esa finalidad, sin que importe cuál ha sido la utilización concreta del mismo. Pues resulta, a estos efectos, indiferente si lo ha gastado en atenciones personales, si lo ha ocultado, si lo ha regalado a un tercero, si lo ha empleado en otras promociones inmobiliarias o en otros negocios o si lo ha utilizado para sanear su empresa. La finalidad exclusiva de esas cantidades era la construcción de las viviendas de los compradores, y cualquier otro destino dado a las cantidades recibidas implica una distracción de las mismas". Y esto es precisamente lo que sucedió en este caso en que las cantidades de dinero tuvieron un destino diferente al pactado por los adquirentes de las viviendas.

Ya dijimos al comienzo de este fundamento, que el enfoque del recurso en sus dos primeros motivos era más propio de un motivo de presunción de inocencia, respecto al cual, el control que incumbe al Tribunal de casación se ciñe a comprobar que el fallo condenatorio se ha sustentado en prueba válidamente obtenida e incorporada al procedimiento. De suficiente contenido incriminatorios. Bastante y razonablemente razonada. Y así lo ha sido en este caso, razón por la que las modificaciones fácticas que el recurrente pretendía con efectos en el juicio de subsunción han de ser rechazadas, y con ellas cualquier repercusión sobre éste.

Los motivos se desestiman.

Segundo:

El tercer motivo de recurso invoca el artículo 852 LECRIM para denunciar vulneración del artículo 9.3 CC.

Se reproduce por esta vía la queja que fue planteada como cuestión previa al inicio del juicio oral, y a la que la Sala de instancia dio cumplida respuesta en el fundamento previo, rechazando que la parte hubiera sufrido indefensión y, consecuentemente, la nulidad que se había solicitado.

El origen de la queja, según explica el motivo, se encuentra en que, interpuesto recurso contra la denegación de ampliación del plazo para formular escrito de defensa que en su día solicitó la representación del recurrente, por diligencia de ordenación de 5 de diciembre de 2017, a la vez que se admitía a trámite el recurso, se acordó la suspensión dicho plazo, que había comenzado a correr desde que el 17 de noviembre fue requerido a tal fin. Una vez sustanciado el correspondiente traslado del recurso a las partes, se dictó con fecha 21 de diciembre de 2017 Decreto que, si bien formalmente lo estimó, computó el tiempo de suspensión como plazo para la formulación del escrito, por lo que se le concedió una sola audiencia para que el mismo fuera presentado. La indefensión la sitúa la parte recurrente en que, tratándose de una causa voluminosa, la proposición de la prueba resultaba compleja.

En principio la tramitación expuesta no entraña una irregularidad relevante, porque, en definitiva, cuando se acordó la suspensión del plazo habían transcurrido ya más de quince días desde que fue requerida la presentación del escrito. Y cuando finalmente se resolvió el recurso, casi cuarenta, como señaló la Sala sentenciadora, más de cuatro veces el tiempo previsto para ese trámite.

Una cosa es que el carácter improrrogable de los plazos procesales soporte matizaciones en aras a garantizar de manera efectiva el derecho de defensa, y otra muy distinta que el juego de una sucesión de trámites torne esa finalidad en maniobra dilatoria. Lo cierto es que, cuando se acordó la suspensión, si es que no había transcurrido la totalidad del plazo para presentar el escrito, estaba a punto de hacerlo, lo que no pudo pasar desapercibido a la defensa. En una lógica de lealtad procesal, debió invertir el respiro temporal que se le concedía en profundizar en las cuestiones que el trámite procesal le exigía.

En cualquier caso, como dijimos en la STS 340/2016 de 6 de abril, con cita de otros precedentes, para que una irregularidad procesal provoque una nulidad de actuaciones no basta con que se haya cometido, sino que necesita de una significación material, razón por la que deben valorarse las situaciones de indefensión desde los matices que presente cada caso concreto.

El recurrente admite que la confección del escrito de defensa desde el punto de vista técnico no era compleja, pero si la elección de la prueba que tal escrito había de incorporar. Puede ser así, aun si olvidar que ese trámite propio de la fase intermedia no surge de manera espontánea, sino tras un previo periodo de instrucción



con el que las partes estarán familiarizadas (pues no consta que se hubiera producido cambio en la defensa técnica, o por lo menos no se alega). Aun así, la declaración de nulidad exigiría que se concretara una efectiva indefensión. El recurso no menciona que estrategia defensiva no pudo desarrollar o que prueba se vio privado de proponer, en definitiva, no concreta indefensión que permita sustentar el éxito de su pretensión.

El motivo se desestima.

Tercero:

Los motivos cuarto y quinto del recurso invocan el artículo 852 LECRIM para denunciar infracción de los artículos 24, 25 y 96 CE, en relación con el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Plantea el recurso la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Única de la Ley 41/2015, que impide con carácter retroactivo el derecho del penado a una segunda instancia y a que su causa sea revisada en apelación por un juez superior. Y añade que el sistema vigente hasta la mencionada ley no colmaba los presupuestos que aquel requiere al no existir doble instancia.

Alegaciones como las que sustentan el motivo relacionadas con el derecho a la doble instancia penal y su respeto o no por nuestro ordenamiento, han generado una copiosa jurisprudencia - SSTS 748/2010 de 23 de julio; 197/2012 de 23 de enero de 2013; 236/2013 de 22 de marzo; 1041/2013 de 8 de enero de 2014; 62/2014 de 4 de febrero; 438/2014 de 22 de mayo; 408/2015 de 8 de julio; 865/2015 de 14 de enero de 2016; 583/2017 de 19 de julio o 372/2019 de 19 de julio. - principalmente a partir de varias resoluciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que vigilaba la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como se ha dicho en cada una de esas ocasiones, el tenor literal del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no recoge el derecho a una segunda instancia, sino exactamente el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley. Precisión esta última que permite una cierta flexibilidad en la previsión legal por parte de los distintos sistemas jurídicos, según reconoció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 30 de mayo de 2000, al señalar que los Estados parte conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho al reexamen, pudiendo restringir su extensión.

Como recordaba ya la STS 918/2007 de 16 de noviembre, después de la Comunicación núm. 715/1996, de julio de 2000, el mencionado Comité consideró que la suficiencia del recurso de casación a los fines del artículo 14.5 PIDCP depende de la amplitud que la casación hubiera tenido en el caso concreto. Dicho Comité cambió sustancialmente su doctrina y aceptó como suficiente la previsión en el ordenamiento jurídico de recursos en los que el tribunal superior conozca de la existencia y suficiencia de la prueba, de la racionalidad del tribunal de instancia en cuanto a la valoración de la misma y de la legalidad en su obtención, así como de la concreta individualización de la pena impuesta. Específicamente, refiriéndose al recurso de casación español, apareció este cambio de criterio en los dictámenes siguientes: 1356/2005 de 10 de mayo; 1389/2005 de 16 de agosto; 1399/2005 de 16 de agosto; 1059/2002 de 21 de noviembre de 2005; 1156/2003 de 18 de abril de 2006; 1094/2002 de 24 de abril de 2006; 1102/2002 de 26 de abril de 2006; 1293/2004 de 9 de agosto de 2006; 1387/2005 de 11 de agosto de 2006; 1441/2005 de 14 de agosto de 2006; 1098/2002 de 13 de noviembre de 2006; 1325/2004 de 13 de noviembre de 2005 y 1305/2004 de 15 de noviembre de 2006.

No se discute que este Tribunal Supremo ostenta la condición de Tribunal superior desde un punto de vista orgánico tanto respecto de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia como de la Audiencia Nacional, por lo que en este aspecto las previsiones están efectivamente cubiertas. No obstante, es preciso reconocer que, más allá del texto de la ley, lo que pretende el Pacto no es la simple intervención de un Tribunal superior, sino que el tipo de recurso previsto por el sistema sea efectivo, en el sentido de que permita ciertas expectativas de revisión del material probatorio. Se ha reconocido por ello que nuestro sistema procesal cumple con las previsiones del Pacto, pues establece mecanismos que permiten reinterpretar la decisión del tribunal de instancia revisando la racionalidad de los métodos lógico-inductivos que supone toda actividad judicial de evaluación de las pruebas, garantizando y extendiendo al máximo las posibilidades de defensa.

Recordábamos en la STS 865/2015 de 14 de enero de 2016, con cita de otras anteriores, que la Constitución Española, la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 5.4) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 852) han abierto una amplia expectativa a la revisión probatoria. La vía de la vulneración de los derechos fundamentales de todo acusado de un hecho delictivo y la prevalencia de la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y la necesidad de motivar suficientemente cuáles han sido los criterios intelectivos y el juicio lógico



que ha llevado al órgano juzgador a dictar una determinada resolución, son suficientes elementos para afirmar que la actual casación es un recurso efectivo para ello.

En cualquier caso, la reforma de la LECRIM operada por la Ley 41/2015, no aplicable al presente caso por haber comenzado a surtir efecto una vez esta causa ya se encontraba en trámite, ha generalizado la segunda instancia a todos los procedimientos penales iniciados tras su entrada en vigor, lo que a su vez permitirá que el recurso de casación quede ajustado a sus verdaderas finalidades.

Sin embargo, la Disposición Transitoria Única de la Ley 41/2015 establece que será aplicable la normativa de la doble instancia y, en su caso, el recurso de casación para los procesos incoados con posterioridad a su entrada en vigor (6 de diciembre de 2015). Respecto a la desigualdad que supone, según el recurso, que la nueva regulación que generalizó la segunda instancia no sea efectiva en este caso, no hay posibilidad de remediarla mediante la aplicación retroactiva del nuevo esquema legal de recursos en contradicción con la clara disposición legal. El artículo 9.3 CE prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos, pero no impone la retroactividad de las favorables. Lo decisivo para rechazar en este caso una eventual retroactividad es que aquí no estamos ante una disposición sustantiva, sino procesal; y, además, no inequívocamente beneficiosa. Lo será solo para una de las partes del proceso: la que haya visto desestimadas sus pretensiones. Para la otra será desfavorable. El artículo 2.2 CP y también el 9.3 CE alcanzan a las normas sustantivas, no a las procesales.

La introducción de un nuevo recurso de casación no es a priori y en abstracto favorable al reo. La igualdad procesal de armas impide entender que una misma resolución solo fuese impugnada por una parte (condenado) y no por las otras (acusaciones). En consecuencia, la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al amparo de la cual son recurribles en casación las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, no puede incidir, en virtud de la Disposición transitoria referida, sobre un proceso, como el que nos ocupa, incoado con anterioridad a que entrase en vigor tal modificación.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.2 CE incluye el derecho a los recursos establecidos por la ley, pero su contenido está supeditado a la previsión legal de los mismos, y no queda vulnerado por la inadmisión de un recurso con arreglo a los presupuestos de procedencia que para el mismo fija el sistema legal.

En definitiva, no se aprecian razones que avalen la pretensión de recurrente sobre el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Respecto a tal opción, reproducimos el contenido de la STS 869/2016 de 18 de noviembre " el planteamiento de la cuestiones de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, conferida por el art. 35.1 LOTC como cauce procesal para resolver las dudas que pueda tener acerca de la constitucionalidad de una Ley que se revela decisiva en el fallo a dictar, habiendo declarado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones que el hecho de que el órgano judicial no haya considerado conveniente formular cuestión de inconstitucionalidad no da base a un recurso de amparo, al no lesionar, en principio, derecho fundamental alguno, ni afectar al derecho de las partes (STC. 23/88) dado que el interés jurídico protegido a través de tal mecanismo de depuración del ordenamiento legal tiene naturaleza objetiva y es ajeno a las pretensiones subjetivas de aquellas. De ahí que según señala la STC. 25/84 - a diferencia del recurso de amparo, cuya sustancia es la protección de un derecho fundamental-, el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad es la eventual declaración, con eficacia erga omnes, acerca de la conformidad o disconformidad de una norma con la Constitución. Cumple pues esta Sala casacional, en el caso en que la cuestión planteada no le ofrezca dudas, con exponer su criterio razonado al efecto, (STS. 29.11.97).

En la Sentencia de esta Sala de 29 de noviembre de 1997, se recuerda que de acuerdo con una reiterada doctrina del máximo intérprete de la Constitución (SSTC.148/1986, 87/1987, 23/1988 y 6/1991, entre otras) suscitar la cuestión de inconstitucionalidad constituye una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial como cauce procesal para resolver las dudas que él mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una Ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar - STC. 148/1986 -. Por ello, su ejercicio o inejercicio motivado no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno ni afecta al derecho de las partes - STC. 23/1988 -, dado que el interés jurídico protegido a través de tal mecanismo de depuración del ordenamiento legal tiene naturaleza objetiva y es ajeno a las pretensiones subjetivas de aquéllas. Cumple pues este Tribunal, en el caso en que la cuestión planteada no le ofrezca dudas, con exponer su criterio razonado al efecto."

El motivo se desestima.



Cuarto:

El siguiente motivo de recurso, el sexto, invoca de nuevo el artículo 852 LECRIM para denunciar vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en esta ocasión por duplicidad en el ejercicio de la acción civil.

Alega el recurrente que la condena en concepto de responsabilidad civil derivada del delito de apropiación indebida provoca una doble sanción, ya que los querellantes habían ejercitado la acción civil con anterioridad a la penal, a resultas de lo cual ambos acusados fueron condenados.

De los cinco contratos suscritos, cuatro de ellos fueron resueltos con anterioridad al procedimiento penal por sentencias dictadas en procedimientos civiles seguidos en el Juzgado de Primera Instancia 4 de Santander. Así se declara probado que PROMOCIONES CÓBRECES fue condenada a abonar a los compradores las siguientes cantidades:

- 1) A Luis Angel y Sabina la cantidad de 70.739,12 euros, de la que se ha satisfecho la cantidad de 45.995,11 euros.
- 2) A Eliseo, la cantidad de 72.225 euros, de la que se ha satisfecho la cantidad de 9.294,07 euros.
- 3) A Genaro y Gloria, la cantidad de 60.000 euros, de la que se ha satisfecho la cantidad de 7.413,01 euros.
- 4) A Rodrigo, la cantidad de 36.000 euros, de la que se ha satisfecho la cantidad de 4.447,81 euros.

En estos procedimientos civiles se ejercitó una acción de resolución de contrato dirigida contra la sociedad PROMOCIONES CÓBRECES S.L. En cambio, en el procedimiento penal se acciona contra los acusados por responsabilidad civil ex delicto, con exclusión de la sociedad incluso como responsable civil subsidiario.

Ciertamente los perjuicios reclamados en uno y uno caso coinciden y en definitiva derivan del mismo hecho. Sin embargo, la diferencia entre los sujetos contra los que se dirige la acción, impide que podamos hablar de duplicidad rechazada por la ley y por la jurisprudencia de esta Sala. Lo que proscriben los artículos 109 CP y 111 LECRIM es el ejercicio simultáneo de la misma acción civil en el proceso penal y en la jurisdicción civil. El régimen general es que el ejercicio de la acción penal lleva aparejado el de la civil derivada del delito, salvo que el perjudicado haga expresa renuncia a ella o reserva de su ejercicio, con preferencia temporal del orden penal. Sin embargo, es este el que debe ceder en el caso de que la acción civil por los mismos hechos y contra las mismas personas, por la razón que fuera, se hubiera ejercitado con anterioridad. Solo así pueden ser interpretados tales preceptos. En palabras de la STS 1052/2005 de 20 de septiembre, que reproduce la STS 382/2010 de 28 de abril, no es admisible "duplicar dicha pretensión en el proceso penal en reclamación por los mismos daños patrimoniales pues ello supondría, efectivamente, la incongruencia de que se ejecutaran las dos sentencias -penal y civil- sobre los bienes del acusado para satisfacer una misma indemnización, lo que, de otra parte, supondría una flagrante vulneración del principio "non bis in idem"."

Sin embargo, en un supuesto muy similar al que ahora nos ocupa derivado de una estafa por doble venta del artículo 251.1 CP, señaló la STS 107/2015, con cita de otros precedentes "una cosa es la acción civil que pueda ejercitarse contra la persona jurídica y otra distinta el ejercicio de esa misma acción civil contra la persona individual, que, en nuestro caso, nunca se ejercitó en aquel proceso civil....." Prosigue en su razonamiento señalando que en el proceso penal no se ejerció acción por responsabilidad civil subsidiaria contra la entidad a través de la que actuó el acusado, "la cual sí que podría haberse solapado con la acción civil del juicio ordinario, sino únicamente la acción civil directa contra el acusado.

En el esquema de la responsabilidad civil del Código Penal existen diferentes legitimaciones pasivas. Están pasivamente legitimados, el autor, partícipe o cómplice; el responsable civil subsidiario; el responsable civil directo del artículo 117 CP e incluso los terceros partícipes a título lucrativo. El esquema evidencia que son compatibles todas esas responsabilidades. Por lo tanto, el hecho de haberse ejercitado la acción contra un escalón de responsables no determina que la acción se haya ejercitado contra los demás."

En este caso la propia Sala sentenciara matizó su pronunciamiento, en cuanto suprimió del importe de la indemnización la suma que los perjudicados habían cobrado en la jurisdicción civil, y además adoptó especiales cautelas para evitar un supuesto de enriquecimiento injusto ante un eventual intento de doble cobro por parte de aquellos.

El motivo se desestima.

**Quinto:**

El séptimo motivo de recurso invoca el artículo 852 LECRIM para denunciar de nuevo la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, aunque lo enfoca realmente a la infracción de la presunción de inocencia.

Sostiene que no se ha acreditado la existencia de ánimo de lucro propio de tercero, pues la sentencia recurrida solo alude a una previsible inversión de las cantidades entregadas a cuenta en la otra urbanización, sin cuantificar su importe y a que no ha considerado probado que las facturas presentadas estuvieran pagadas. Y añade que se pignoraron valores por importe de 11.300 euros para obtener un aval que garantizase ante el Ayuntamiento la ejecución de las obras y se destinaron 793.508,15 euros para la compra de las parcelas y su agrupación.

En definitiva, insiste de nuevo en cuestiones que planteara en los dos primeros motivos de recurso y a las que ya hemos dado respuesta. A lo allí dicho nos remitimos en cuanto a la prueba que sustenta las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida, de las que fluyen con naturalidad todos los elementos de tipicidad del delito de apropiación indebida, incluido el ánimo de lucro, entendido como ánimo de aprovechamiento ilícito deducido de la disposición como propios de los bienes que no lo eran, sustrayéndolos del destino pactado.

El motivo se desestima.

Sexto:

El octavo motivo de recurso denuncia de nuevo a través del artículo 852 LECRIM la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, orientado en esta ocasión a la infracción del principio acusatorio.

Explica el recurrente que los escritos de acusación consignaron el empleo por parte de los acusados de engaño para apropiarse de las distintas cantidades recibidas para la construcción de las viviendas, hechos que se calificaron como delito de estafa, si bien algunas de las acusaciones particulares incluyeron la calificación alternativa de apropiación indebida. No obstante lo cual sostiene que no existe congruencia entre los hechos narrados en los escritos de acusación y los que la sentencia declaró probados.

1. 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 y los introducidos por la defensa. Lo esencial es que la persona acusada 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 definitivamente formulados por las partes.

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.

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. Lo esencial es que la defensa del acusado tenga conocimiento con antelación suficiente de lo que se le 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.

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 (entre otras muchas (SSTS 241/2014, de 26 de marzo; 578/2014 de 10 de julio; 638/2016 de 19 de abril; 798/2017 de 11 de diciembre, entre otras muchas). El principio acusatorio aparece íntimamente unido al derecho de defensa, de manera que la acusación debe ser



comunicada a la defensa con antelación suficiente para que ésta pueda preparar su participación en el proceso en defensa del imputado. Esto excluye acusaciones sorpresivas que lesionen o impidan el derecho de defensa.

En línea con ello, la STC 34/2009 de 9 febrero señaló " al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, este Tribunal ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria [SSTC 12/1981, de 10 de abril , FJ 4 ; 95/1995, de 19 de junio , FJ 3 a) ; 302/200, de 11 de septiembre, FJ 2]. Esta exigencia se convierte así en un instrumento indispensable para poder ejercer el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan. Hemos señalado también que, a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" (STC 87/2001, de 2 de abril , FJ 6). Por eso no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados (SSTC 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5 ; 87/2001, de 2 de abril, FJ 5 ; 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3 ; 299/2006, de 23 de octubre, FJ 2 ; 347/2006, de 11 de diciembre , FJ 2)."

Lo que determina los márgenes del debate son las conclusiones definitivas. En palabras que tomamos de las SSTS 651/2009 de 9 de junio; 777/2009 de 24 de junio; 1143/2011 de 28 de octubre; 448/2012 de 30 de mayo; STS 214/2018 de 8 de mayo o 704/2018 de 15 de enero de 2019, el proceso es de cristalización progresiva. Las conclusiones provisionales (artículo 650 LECRIM) permiten definir los términos de los debates del juicio oral. Pero son las conclusiones definitivas las que delimitan el objeto del proceso, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva. Y son precisamente tales conclusiones definitivas, formuladas una vez practicada las pruebas en el juicio oral, las que han de ser tomadas como referencia para determinar la ineludible correlación entre la acusación y el fallo, presupuesto inderogable del principio acusatorio.

Sobre éstas, las definitivas, y no sobre las provisionales ha de resolver la sentencia. La fijación de la acusación en el escrito de calificación provisional privaría de sentido a los artículos 732 y 793.7 (ahora art. 788.4) de la LECRIM y haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (SSTC 12/1981 de 10 de abril; 20/1987 de 19 de febrero; 91/1989 de 16 de mayo, 284/2001 de 28 de febrero). Ni el procesamiento ni la calificación provisional vinculan de manera absoluta al Tribunal sentenciador. El verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y a él debe ser referida la relación de congruencia del fallo (SSTS de 7 de septiembre de 1989, rec. 3259/1986; 1273/1991 de 9 de junio; 2.222/1992 de 30 de junio; 2389/1992, 11 de noviembre; 490/1994 de 14 de febrero, rec. 1799/1993; 1/98 de 12.1 y STC 33/2003 de 13 de febrero).

2. En este caso tanto el Fiscal como las acusaciones particulares incluyeron en sus calificaciones definitivas la alternativa de delito de apropiación indebida para el caso de que la Sala no considerara acreditado el engaño como elemento determinante del acto de disposición patrimonial, como de hecho ocurrió. Algunas acusaciones particulares, ya hemos dicho, que incluso la habían incluido ya en sus conclusiones provisionales. La cuestión estribó en determinar se los acusados obtuvieron el dinero mediante engaño, o simplemente lo habían distraído de la finalidad para la que fue entregado. Extremos estos sobre los que versó el debate en el juicio y la prueba practicada en el mismo.

En este caso el pronunciamiento de condena que se combate se ajustó a unos hechos y una calificación conocida y rebatida en toda su amplitud por los acusados, por lo que ninguna indefensión sufrieron.

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

Recurso de D. Sabino.

Séptimo:

El segundo de recurrentes Sr. Sabino, condenado por su actuación como apoderado de la empresa PROMOCIONES CÓBRECES, estructura su recurso a través de nueve motivos, alguno de los cuales coincide en su planteamiento íntegramente con los que ya hemos resuelto, por lo que las remisiones serán irremediables.



Esto es lo que ocurre con el primero de los motivos que, con invocación del artículo 852 LECRIM, denuncia la vulneración del principio acusatorio, por lo que a lo señalado al resolver el motivo octavo del anterior recurso nos remitimos, incluida la desestimación.

Octavo:

El segundo motivo de recurso se canaliza por vía de infracción de ley del artículo 849.2 LECRIM, por error en la valoración de la prueba.

El error que se denuncia está referido a la valoración de la prueba relativa al destino dado a las cantidades percibidas de los querellantes; a los gastos invertidos en la promoción DIRECCION000 de Liencres y las actuaciones llevadas a cabo para su construcción; a la participación de D. Sabino en la distracción que se dice cometida respecto de las cantidades entregadas; y por último en lo que concierne a la reclamaciones formuladas contra él por los distintos acusadores particulares.

1. La finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECRIM es modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia.

Entre otros presupuestos, la viabilidad del motivo exige que el documento que se dice erróneamente interpretado sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones. Además, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables. Finalmente, que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo.

En este caso los documentos que se citan a lo largo del desarrollo del motivo carecen de la autosuficiencia probatoria que el artículo 849.2 LECRIM requiere, cuyos contornos quedan desbordados. Lo que el recurrente pretende es una nueva revisión de la prueba, que, como ya dijimos al resolver los dos primeros motivos del recurso anterior, es propia de un motivo de presunción de inocencia, por lo que solo por esa vía, y con los presupuestos que la misma exige, pueden ser atendidas sus alegaciones.

2. De manera reiterada hemos señalado que la invocación de la garantía constitucional de presunción de inocencia permite a este Tribunal de casación 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.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando 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).

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.

Salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración que hizo el 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. Tampoco a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración de aquel 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.



Desde el prisma expuesto van a ser analizadas las alegaciones que el recurso concentra, y especialmente las que se concretan en los dos últimos bloques que sintetizan las mismas. Es decir, lo concerniente a la participación de D. Sabino en la distracción que se dice cometida respecto de las cantidades entregadas; y la relativa a las reclamaciones formuladas contra él por los distintos acusadores particulares. Las tres anteriores coinciden en su planteamiento con el que en idéntico sentido desarrolló el motivo anterior, por lo que nos remitimos a lo señalado en el fundamento primero de esta resolución.

3. Respecto a su participación en los hechos señala el recurso que la sentencia recurrida afirmó que el Sr. Sabino fue apoderado de PROMOCIONES CÓBRECES entre el 20 de noviembre de 2006 y el 7 de julio de 2008, si bien no fue socio hasta el 27 de marzo de 2008. Que no se han valorado las reclamaciones que él tuvo que formular contra la empresa. Tanto las que hizo en privado, como las que realizó por vía jurisdiccional a través de procedimientos para la reclamación de salarios como empleado; de las cantidades que se le adeudaban por contraprestaciones como comprador de viviendas construidas por esta sociedad en otras urbanizaciones; por el crédito de 138.000 euros que el Grupo Inversor Zamanillo Fernández tenía frente a PROMOCIONES CÓBRECES; así como por su condición de socio, ya que tras la revocación de su poder tuvo que solicitar información sobre la sociedad y sobre las promociones que se estaban desarrollando. Procedimientos que fueron resueltos con éxito para el recurrente (folios 104 a 132 del Tomo I; 364 a 1.459 del Tomo VII; y 1.840 a 1986 del Tomo IX).

Continúa diciendo que el listado contable manuscrito elaborado por la testigo Ofelia permite comprobar que se contabilizaban debidamente tanto los movimientos bancarios como los de efectivo, en términos que coincidían con los apuntes que figuraban en las cuentas de Caja Madrid y del Banco Santander, lo que, a su entender, pone de relieve que las cantidades en efectivo eran cifras oficiales. Alude a las declaraciones que esta testigo prestó en la instrucción (folios 296 a 299 del Tomo II y 794 a 824 del Tomo V) en las que manifestó que las cantidades en efectivo se ingresaban en las cuentas bancarias y era ella la que cotejaba estos ingresos con las facturas emitidas, sin detectar descuadre alguno. Y añadió que en esta promoción no hubo dinero B.

En definitiva, concluye que no resulta acreditada su participación tras su cese como empleado y apoderado.

Y, por último, señala que la sentencia incurre en error cuando afirma que los perjudicados, al comprobar que las obras no avanzaban, interesaron explicaciones a los acusados, no obteniendo de estos más que excusas, pues consta que tras su cese se suscribió el 18 de agosto de 2008 un contrato de ampliación de una de las viviendas, por lo que en este caso no puede alegarse retraso en las obras. Los otros perjudicados formularon sus reclamaciones cuando el acusado ya había cesado en la empresa. Y concluye que cuando se iniciaron las reclamaciones de los avales y al vencimiento del plazo de entrega de las viviendas, el Sr. Sabino ya no era ni empleado ni apoderado de la empresa.

4. En cuanto a la participación del recurrente en los hechos, como enfatizó la Fiscal al impugnar el motivo, los documentos citados revelan que en un determinado momento se produjo un conflicto entre los socios, que en nada afectaba a sus relaciones con terceros. En cambio, sí consta acreditado, como el propio recurso resalta, que el Sr. Sabino fue apoderado de la sociedad desde el 20 de noviembre de 2006 hasta el 7 de julio de 2008 en que le fue revocado el poder, aunque siguió siendo socio al 50%. En su condición de apoderado firmó el contrato de compraventa de la finca propiedad de D^a Violeta y días después suscribió con ella el contrato privado de venta de la vivienda, recibiendo como pago la devolución del cheque entregado por la compra del solar. Asimismo, participó en la venta de las viviendas a D. Genaro y D^a Gloria, y en la que se hizo con D. Rodrigo, recibiendo en ambos casos las cantidades que los mismos entregaron a cuenta del precio y con la finalidad de ser destinadas a la construcción de sus respectivas viviendas.

Además, valoró la Sala de instancia el testimonio prestado por D^a Ofelia en el acto del juicio oral donde resaltó que era este recurrente el que se encargaba de la parte financiera y de la gestión del dinero que se entregaba en efectivo; declaración que estimó creíble, por haber sido este acusado director de la sucursal de una entidad bancaria, lo que le hacía especialmente apto para esta ocupación, y respaldaba el alto salario que percibía como gerente de la empresa. Y asimismo valoró la prueba documental a la que se ha hecho referencia en otros motivos sobre el destino de las cantidades anticipadas por los compradores a finalidades ajenas a la construcción de sus viviendas durante el período de vigencia del poder notarial conferido a favor de este recurrente.

No despreció la Sala sentenciadora el que el recurrente, tras su cese como apoderado, impugnó las cuentas sociales y solicitó una auditoría. Pero, como la misma razonó, se trata de hechos indiferentes, porque el



desvío del dinero ya se había producido, como quedó acreditado con el análisis de la prueba que se realiza en el fundamento segundo.

Respecto de su última queja, carece igualmente de relevancia, pues en los terrenos en los que se iba a construir solamente se realizaron movimientos de tierra y vertido de hormigonado de limpieza; obras que, según la prueba pericial, suponían el 1% del total proyectado, dato suficiente para afirmar la falta de disposición de los acusados a invertir las cantidades recibidas en la construcción de las viviendas.

Por todo ello hemos de concluir que la intervención punible del acusado en los hechos la dedujo el Tribunal a partir de prueba válidamente obtenida e introducida en el proceso; de suficiente contenido inculpatario; y ampliamente valorada a partir juicios críticos y máximas de experiencia que permiten confirmar que responde a una exégesis razonable del material acumulado.

El motivo se desestima.

Noveno:

El siguiente motivo de recurso, el tercero, invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la infracción de los artículos 8, 12, 130 a 132 y 252 a 254 CP.

Entiende que los hechos declarados probados no reúnen los presupuestos sobre los que se asienta el delito de apropiación indebida por el que viene condenado. Que no administró patrimonio alguno, ni las cantidades que recibieron fueron entregadas para un gasto concreto, lo que desvía la calificación hacia la modalidad prevista en el artículo 254 CP, que estaría prescrita. Añade que, de entender que los hechos revisten caracteres de delito de apropiación indebida, lo sería la modalidad de distracción de dinero, que el actual artículo 253 tras la redacción dada al mismo por la LO 1/2015 no recoge, quedando reconducida a la administración desleal incorporada ahora al artículo 252 con menor penalidad, y que reivindica como aplicable por ser legislación posterior más beneficiosa.

1. Necesariamente hemos de remitirnos a lo que hemos señalado al resolver el recurso anterior. El contrato celebrado con la Sra. Violeta, cualquiera que fuera la nomenclatura que se empleara, suponía la entrega de un dinero que PROMOCIONES CÓBRECES recibió, a través de la devolución del cheque que había recibido días antes. Se insiste de nuevo en que se trató de una permuta. Aunque pudiéramos considerarla así, una permuta de obra futura como la calificó el otro recurrente, el dinero que la propietaria de la parcela reintegró a la promotora estaba destinado a ser invertido precisamente en la construcción insertada en la promoción de la que los acusados no ejecutaron ni el 1% de su valor.

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. Y una consolidada jurisprudencia de esta Sala entendió, a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el precepto, que el mismo proyectaba su tipificación sobre dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica apropiación 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. (entre otras, 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).

Cuando se trataba de dinero u otras cosas fungibles entendió esta Sala, en interpretación del precepto en su redacción anterior, que el delito de apropiación indebida requería que el autor ejecutara 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.

La distracción, como modalidad típica a que se refería el delito de apropiación indebida en el artículo 252 CP vigente a la fecha de los hechos (ahora en el 253), no se cometía con la desviación orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que precisaba 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 que el sujeto conociera que excedía sus atribuciones al actuar como lo hizo y que con



ello suprimía 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.

En una abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que condensa la STS 163/2016 de 2 de marzo, y otras posteriores como las SSTS 244/2016 de 30 de marzo, 332/2016 de 20 de abril, 683/2016 de 26 de julio; 29/2018 de 18 de enero; 129/2018 de 20 de marzo; 152/2018 de 2 de abril; 346/2018 de 11 de julio, sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero.

La STS 438/2019 de 2 de octubre realiza un minucioso estudio de la cuestión, que sintetiza la jurisprudencia sobre la materia, por lo que nos remitimos a su tenor literal. Señala la misma "en cuanto al dinero, por mucho que haya desaparecido la voz distracción del art. 253 CP actual, y por mucho que el Preámbulo de la LO. 1/2015 quiera desviar siempre su tipicidad a la administración desleal es evidente que sigue siendo posible la apropiación indebida de dinero.

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

La exposición de motivos de la LO 1/2015, señala que "la reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

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

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

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



recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido".

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

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

Por el contrario, esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 433/2015, de 2 de julio (conducta apropiatoria de dinero en el ámbito societario), STS 430/2015, de 2 de julio (apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal), STS 414/2015, de 6 de julio (apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015, de 7 de julio (apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015, de 16 de julio , (apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015, de 5 de octubre , (apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa), STS 615/2015, de 15 de octubre (apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre, (apropiación de dinero por apoderado), STS 732/2015, de 23 de noviembre (apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015, de 1 de diciembre (apropiación indebida de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (apropiación indebida de dinero por intermediario), STS 65/2016, de 8 de febrero (apropiación indebida de dinero por agente de viajes), STS 80/2016, de 10 de febrero , (apropiación indebida de dinero por el patrono de una fundación), STS 89/2016, de 12 de febrero (apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc. etc.

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

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

Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida de dinero es que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", es decir que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o



devolución (STS 513/2007 de 19 de junio , STS 938/98, de 8 de julio , STS 374/2008, de 24 de junio , STS 228/2012, de 28 de marzo).

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

Como hemos dicho con anterioridad, en este caso los fondos que recibió el acusado iban destinados a la construcción de las distintas viviendas. 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. La proyectada promoción DIRECCION000, donde quedaban englobadas aquellas, no supero en su construcción el 1%, y no cabe otra alternativa lógica que la de considerar que los dos acusados, como administrador y apoderado, dispusieron del dinero aportado para otros fines. Todo ello sin olvidar que, según especifica el relato de hechos que nos vincula, en todos los contratos, excepto el suscrito por la Sra. Violeta, se estipuló que las cantidades anticipadas entregadas por el comprador al vendedor en pago del precio de la vivienda y hasta el momento de su entrega quedaban garantizadas mediante aval como dispone la Ley 57/1968, lo que en la realidad no ocurrió, ni tampoco se suscribió el seguro para indemnizar a los perjudicados por el incumplimiento del contrato (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación). De modo que los perjudicados no consiguieron las viviendas ni la devolución del dinero entregado para su construcción, con la trascendencia que ello tiene de cara a configurar el delito de apropiación indebida, en los términos que hemos analizado al resolver el recurso anterior, al que nos remitimos para evitar reiteraciones.

El motivo se desestima.

Décimo:

El siguiente motivo de recurso, invoca de nuevo el artículo 849.1 LECRIM para canalizar su queja sobre la infracción de los artículos 27 a 29 y 61 a 63 y 65 del CP.

Sostiene que la sentencia reprocha penalmente al recurrente su intervención en grado de autor a pesar de que cesó en la sociedad como empleado y apoderado antes de la fecha en que se dicen consumados los hechos.

Insiste en cuestiones que ya planteó con anterioridad, y se aparta del relato de hechos probados que nos vincula. En este se establece su participación como consecuencia del poder que le fue otorgado el 20 de noviembre de 2006, confiriéndole facultades tanto para administrar la sociedad como para celebrar todos los actos, gestiones y contratos. Poder que mantuvo su vigencia hasta el día 7 de julio de 2008. Y en tal condición celebró varios contratos en nombre y representación de la sociedad y recibió por tal razón los pagos anticipados a cuenta del precio final.

El poder que le fue conferido le otorgaba facultades "para administrar con toda amplitud a la sociedad celebrando todos los actos, gestiones y contratos que correspondan a una buena administración mercantil." Suscribió los distintos contratos indistintamente con el otro acusado, el último de ellos varios meses antes de que le fuera revocado el poder, y percibió directamente alguna de las sumas que a raíz de ellos fueron entregadas a la empresa. Y ambos dos se encargaron de la gestión que desvió los fondos recibidos del que era su destino, la construcción de las viviendas. No se constituyeron los afianzamientos comprometidos, tampoco se abrió la correspondiente cuenta especial y separada, y, en definitiva, conjuntamente con el otro acusado "no emplearon la cantidad total recibida de 671.692,83 euros (432.728,71 euros + 70.739,12 euros + 72.225 euros + 60.000 euros + 36.000 euros) para el fin al que iba destinada, es decir, para la construcción de cinco viviendas unifamiliares de la Promoción DIRECCION000 en la localidad de Lienres." Todas ellas se percibieron mientras él fue apoderado, algunas por él directamente, y también durante ese tiempo se gastaron en operaciones distintas de la construcción a la que estaban destinadas. Lo que condujo a que, en los términos que aclara la fundamentación jurídica "el 4 de



marzo de 2008 la cuenta entró en posiciones deudoras siendo la mayor parte de los cargos abonos por intereses y comisiones".

Explica la fundamentación jurídica que el recurrente era quien se encargaba de la gestión económica de la empresa. Aportaba así su anterior experiencia como director de una entidad bancaria. Incluso afirma que cuando efectivamente cesó como apoderado, el desvío de dinero ya se había producido. Ese saldo negativo es revelador. No olvidemos que el delito de apropiación indebida queda consumado cuando se dispone del dinero aplicándolo a fines distintos de los pactados, momento este en el que se alcanza el punto de no retorno.

La jurisprudencia (entre otras muchas SSTS 1242/2009 de 9 de diciembre; 170/2013 de 28 de febrero; 761/2014 de 12 de noviembre; 604/2017 de 5 de diciembre; 265/2018 de 31 de mayo; 607/2019 de 10 de diciembre; ó 22/20 de 28 de enero) ha entendido que para que la ejecución conjunta pueda ser apreciada, no es preciso que todos y cada uno de los intervinientes en esa fase ejecutiva procedan a llevar a cabo la conducta prevista en el verbo nuclear del tipo. La coautoría requiere un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de la identidad de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso imprevisible respecto a lo aceptado tácitamente por todos ellos, pues en ese caso respondería individualmente. Y, además, superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente pretendido. No es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todo en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del dominio funcional del hecho. De esta forma todos los coautores, como consecuencia de su aportación, dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, aunque no todos ejecuten la acción contemplada en el verbo nuclear del tipo. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

El acusado en su condición de apoderado tuvo acceso a los fondos que fueron desviados del destino que les era propio, en muchos casos por operaciones directamente realizadas por él, y las demás por el otro acusado, pero siempre en una acción conjunta, con su con su respaldo al menos tácito. Pues hasta que le fueron revocados los poderes y afloraron las disensiones entre los socios, ambos habían asumido la administración societaria conjuntamente, y en concreto la promoción DIRECCION000. El recurrente más volcado en la cuestión económica financiera, pero ambos dos con poder de decisión. Concurren pues los ejes sobre los que se cimienta la coautoría, el concierto mutuo, y el dominio funcional del hecho, que no quedó empañado por los conflictos internos que posteriormente surgieron.

El motivo se desestima.

Undécimo:

El siguiente motivo de recurso se formula al amparo del artículo 849.1 de la LECR, por aplicación indebida de los arts. 109 a 122 del CP. Denuncia la existencia de duplicidad en el ejercicio de la acción civil al haberse ejercitado con anterioridad la reclamación civil en el procedimiento de la jurisdicción ordinaria, existiendo sentencia firme al respecto. Incide en la misma cuestión que ya fue planteada por el otro recurrente, por lo que a lo señalado al responder a la misma en el fundamento cuarto de esta resolución nos remitimos.

Duodécimo:

El sexto motivo de recurso, invoca de nuevo el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación del artículo 74 CP.

Entiende el recurrente que la sentencia que ataca no es capaz de determinar con exactitud el momento de consumación del delito, ni siquiera si la apropiación del dinero recibido se produjo en unidad o en pluralidad de actos sucesivos. Que el hecho de que existieran diferentes obligaciones contractuales no convierte la apropiación realizada en continuidad delictiva, ya que el propósito de apropiarse y no devolver puede ser realizado en unidad de acto, una vez que se tiene por acreditado que la acción delictiva surge en un momento indeterminado posterior a aquél en que se realiza la última entrega por los perjudicados.

1. El delito de apropiación indebida queda consumado cuando se dispone del dinero aplicándolo a fines distintos de los pactados, momento este en el que se alcanza el punto de no retorno al que alude la jurisprudencia



para diferenciar una modalidad de apropiación de uso no delictiva, de la apropiación indebida en sentido propio, que se consuma a partir de entonces (entre otras SSTs 374/2008 de 24 de junio; 228/2012 de 28 de marzo; 370/2014 de 9 de mayo; 414/2015 de 6 de julio; 332/2016 de 20 de abril; o 409/2018 de 18 de septiembre).

La continuidad delictiva nace de una pluralidad de acciones que individualmente contempladas son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes y que desde una perspectiva de la antijuricidad material se presentan como una infracción unitaria.

La jurisprudencia ha exigido para su aplicación un requisito fáctico consistente en una pluralidad de acciones u omisiones, de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión. Es precisamente esta pluralidad dentro de la unidad final lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos. También requiere una cierta conexión temporal, para cuya determinación no pueden establecerse estándares fijos, si bien quedarán excluidos aquellos casos en que un lapso temporal excesivamente dilatado pueda romper la perspectiva unitaria. Y desde el punto de vista subjetivo es necesario que el sujeto realice las acciones en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones, y que se trata de una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo programada para la realización de varios actos muy parecidos; lo segundo no requiere que la intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación semejante a la anterior que aprovecha al agente en su repetición delictiva.

De otro lado se requiere una cierta homogeneidad del modus operandi en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido. Y también una homogeneidad normativa, de manera que los preceptos penales conculcados sean iguales o semejantes, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico.

La Sala sentenciadora difirió el momento de la consumación, cuando se le solicitó expresa aclaración al respecto, a un "momento indeterminado pero ocurrido entre el 2 de abril de 2008 en que se celebra el último contrato de compraventa por los Sres. Genaro, Gloria y Rodrigo (apartados 4 y 5 de los hechos probados) y se entrega parte del precio y la fecha de admisión de las querellas el día 6 de junio de 2013 por parte de DON Luis Angel; DOÑA Sabina; DON Eliseo; DON Genaro; DOÑA Gloria; y, DON Rodrigo". Sin embargo, ya hemos dicho que el delito queda consumado cuando se alcanza el punto de no retorno, y del relato de hechos probados que nos vincula surgen elementos que nos permiten deducir que los acusados fueron aplicando el dinero que recibieron para promoción inmobiliaria que abarcaba la construcción de las viviendas a fines distintos de los que determinaron su entrega. Pero no lo hicieron en bloque, sino a través de sucesivas operaciones a partir del momento en que tuvieron la disponibilidad del mismo. De esta manera ni avanzaron la construcción más allá de un 1% del total de la obra, ni constituyeron las garantías a las que legal y contractualmente estaban obligados, lo que nos proyecta con claridad en la continuidad delictiva que la Sala sentenciadora aplicó. Cada uno de esos actos de disposición consumó una apropiación indebida. Se sucedieron a lo largo del tiempo las distintas acciones que integran la continuidad apreciada, y desde luego durante el periodo en el que el acusado estuvo al frente de la sociedad como apoderado. Baste señalar que la última entrega de dinero tuvo lugar varios meses antes de que su poder fuera revocado.

2. Pero, aún rechazando la petición nuclear del motivo que nos ocupa, hemos de acoger otra que surge implícitamente del examen y análisis de su argumentario. Ciertamente no es razonable pensar que hubo unidad de acción para encuadrar todas las acciones de distracción y apropiativas en un único delito instantáneo. Por eso no podemos acoger el motivo. Pero tampoco hay nada que excluya -al menos, no lo excluye el hecho probado- que en las plurales acciones apropiativas sucesivas y dilatadas durante un tiempo hubiese alguna que superase el dintel de los 50.000 euros que fija el artículo 250.1.5 CP como suelo del subtipo agravado. Nótese que los hechos se han calificado como apropiación indebida y no como estafa. Por tanto el momento consumativo se sitúa no en las entregas, sino en las distracciones ulteriores que difícilmente coincidirán ni temporal, ni cuantitativamente con aquellas.

Es posible que se produjesen distracciones superiores a ese monto, sí; pero no es seguro pues incluso puede que alguna de las analizadas se nutriera de diferentes fondos, y, sobre todo, no lo afirma el hecho probado. Eso debe llevar no a excluir la agravación, procedente en cuanto la tipificación penal ha de hacerse sumando el total de las cantidades distraídas (artículo 74.2 CP), pero sí a eludir la obligatoriedad de la imposición de la pena en su mitad superior ex artículo 74.1 por cuanto ello supondría, según una reiterada jurisprudencia que por



conocida es ocioso citar y que arranca de un acuerdo no jurisdiccional de Pleno de 30 de octubre de 2007, incurrir en la prohibición del bis in ídem.

El motivo es parcialmente admitido lo que deberá llevar a casar la sentencia dictando segunda sentencia en la que se reindividualizarán las penas en atención a esa consideración. Pronunciamiento que alcanza en sus efectos al otro acusado (artículo 903 LECRIM).

Lo ahora acordado deja vacío de contenido el siguiente motivo, que si bien por el cauce que habilita el artículo 851.1 LECRIM, incide en los aspectos que ya han sido tratados, al denunciar que los hechos probados no determinan cuando quedó consumado el delito por el que el recurrente fue condenado. No cabe más que remitirnos a lo que acabamos de señalar.

Décimo tercero:

El siguiente motivo de recurso, el octavo, invoca el artículo 852 LECRIM para denunciar infracción del artículo 24.1 CE por violación de la presunción de inocencia y del deber de motivación de las resoluciones judiciales. Entiende el recurrente que la sentencia no motiva suficientemente la concurrencia en la conducta de este recurrente de los elementos que configuran el delito de apropiación indebida.

1. El derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 CE, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho. Es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o pronunciamiento debidamente fundado en Derecho.

No debe confundirse la alusión a ese derecho a la tutela judicial efectiva con una simple discrepancia en la valoración de la prueba disponible, llevada a cabo por el Tribunal a quo a quien corresponde en exclusiva esa función, ni con un derecho del recurrente a obtener una respuesta obligadamente complaciente con sus pretensiones.

El derecho a la tutela judicial efectiva exige, en primer lugar, que la resolución judicial esté motivada, es decir, contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero). Además, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999 de 4 de agosto; 25/2000 de 31 de enero; 221/2001 de 31 de octubre y 308/2006 de 23 de octubre, por todas).

En definitiva, el artículo 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005 de 17 de enero; 13/2012 de 30 de enero, y 27/2013 de 11 de febrero, entre otras muchas).

La lectura de la sentencia recurrida avala el rechazo de la queja que ahora se plantea. La misma realiza una profunda inmersión en el abundante material probatorio incorporado a la causa, tanto de cargo como de descargo, que ha confrontado con la versión exculpativa de los acusados. Lo que nos ha permitido concluir, en los términos que ya hemos analizado, que la Sala de instancia conformó su convicción acerca de la realidad de los hechos que declaró probados y de la culpabilidad del recurrente en prueba válidamente obtenida e incorporada en el proceso, de suficiente contenido incriminatorio, y razonablemente valorada con arreglo a máximas de experiencia comúnmente aceptadas, expuestas de manera lo bastante motivada para excluir arbitrariedad.

Del mismo modo la sentencia recurrida contiene una explícita argumentación en torno a la aplicación del derecho, que cubre los cánones exigibles a la motivación, esto es, la garantía de que el fundamento de la decisión es la aplicación razonable y no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, con independencia que algún aspecto concreto no haya sido refrendado.

El motivo se desestima.



Décimo cuarto:

El noveno y último motivo de recurso, al amparo del artículo 852 LECRIM denuncia la vulneración del artículo 24.2 CE en la vertiente del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Alega el recurrente que los hechos ocurrieron en el año 2006, el proceso fue iniciado mediante querrela de 7 de septiembre de 2009 y finalizó por sentencia en la instancia de 9 de mayo de 2018, sin que, según su criterio, "exista complejidad o circunstancia que justifique dicha dilación". Añade que la sentencia recurrida rechazó la apreciación de la atenuación en la medida que la parte no concretó los momentos procesales en los cuales se producen tales interrupciones o dilaciones.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 CE. Si bien no es identificable con un derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver y ejecutar lo resuelto en un tiempo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca puede ser preciso comprobar si ha existido un retraso en la tramitación de la causa, que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones. Que ese retraso sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. Cualquier ponderación debe efectuarse a partir de tres parámetros: la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga contra España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas contra España, y las que en ellas se citan).

Según jurisprudencia constante de esta Sala, a la hora de interpretar esta atenuante concurren dos elementos relevantes "el plazo razonable" y las "dilaciones indebidas". Al primero se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable". A las segundas el artículo 24 de la CE que garantiza un proceso sin "dilaciones indebidas". En realidad, son conceptos que confluyen en la idea de un enjuiciamiento ágil y sin demora, pero que difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas implican retardos injustificados en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de los distintos actos procesales. El "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio y más orientado a la duración total del proceso, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices de referencia la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de misma naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010 de 15 de febrero; 269/2010 de 30 de marzo; 338/2010 de 16 de abril; 877/2011 de 21 de julio; 207/2012 de 12 de marzo; 401/2014 de 8 de mayo; 248/2016 de 30 de marzo; ó 524/2017 de 7 de julio, entre otras, entre otras).

La causa de atenuación que nos ocupa aparece regulada, a partir de la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, en el artículo 21. 6ª del CP, que exige que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan tal consideración, y además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

2. En este caso, como resaltó la Sala se instancia al rechazar la apreciación de la atenuante que se reclamó al amparo del artículo 21.6 CP, la inconcreción respecto a periodos de paralización relevantes en la tramitación de las actuaciones, impide basar la mencionada atenuación en la existencia de dilaciones indebidas. Lo que nos obliga a acudir al concepto de plazo razonable, que en todo caso habrá de computarse desde que el proceso, o más bien desde que fue introducido en el mismo quien considera su derecho vulnerado, lo que en este caso nos coloca en el mes de enero del año 2010, cuando, según especifica el recurso, el Sr. Sabino fue citado como investigado. Es decir, una duración del proceso de ocho años hasta sentencia de primera instancia. En ningún caso puede retrotraerse ese efecto a la fecha de los hechos, pues la circunstancia alegada concreta las consecuencias de la garantía constitucional en el ámbito de la legalidad penal, y atiende solamente a las paralizaciones del procedimiento, una vez éste ha iniciado su andadura (entre otras SSTS 377/2016 de 3 de mayo o 140/2017 de 6 de marzo).

Y aunque ocho años es un plazo considerable, en atención a la complejidad de la causa, la abundante prueba practicada, la pluralidad de partes y la diversidad de operaciones realizadas a lo largo de distintos años que finalmente han resultado analizadas, son factores de devalúan el mismo privándole del carácter extraordinario que la atenuación reclamada requiere. Todo ello sin perjuicio de que, como también apuntó la resolución recurrida, el transcurso del tiempo sea un factor a tomar en consideración a la hora de concretar la pena.



El motivo se desestima.

Costas.

Decimo quinto:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, la estimación parcial del recurso lleva consigo la declaración de oficio de las costas de esta instancia.

FALLO

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

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Sabino y por D. Jose María contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3ª - rollo 1/18) y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

Se declaran de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la citada Audiencia Provincial a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Ana María Ferrer García
Vicente Magro Servet Carmen Lamela Díaz

RECURSO CASACION núm.: 2364/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García
Dª. Ana María Ferrer García
D. Vicente Magro Servet
Dª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 20 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el procedimiento abreviado nº 1/18 incoado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander y seguido ante la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cantabria (rollo 1/18) y en cuyo



procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 9 de mayo de 2018, y que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. y Excmas. Sras. expresados al margen.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con lo dispuesto en la sentencia que antecede, los acusados D. Sabino y Jose María son autores responsables de un delito de apropiación indebida de los artículo 252 (según redacción anterior a la LO 1/2015) y 250.1, 5º CP, sin que surta efectos penológicos el artículo 74.1 CP al no concretarse en el relato de hechos ninguna apropiación que individualmente considerada superara los 50.000 euros. Al no concurrir circunstancia alguna de agravación, ponderando, de un lado el importe total defraudado, y de otro el tiempo invertido en la tramitación del proceso, procede concretar la pena en la mitad inferior de la prevista para el tipo, y dentro de esta, en dos años de prisión, con las correspondientes accesorias, y siete meses y quince días de multa. En cuanto al importe de las cuotas que conforman la misma, nos guiamos por el mismo criterio que el Tribunal de instancia y la fijamos en 6 euros días. En los restantes extremos que no se opongán a lo dicho, ratificamos la sentencia de instancia.

FALLO

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

CONDENAR a D. Sabino y Jose María como autores responsables, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de apropiación indebida de los artículos 252 (según redacción anterior a la LO 1/2015) y 250.1, 5º CP a la pena a cada uno de ellos de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio por el mismo tiempo, y multa de siete meses y quince días a razón de una cuota de 6 euros día, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas. Ratificamos en los restantes extremos que no se opongán a lo señalado, la sentencia dictada Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cantabria el 9 de mayo de 2018 en el Rollo de sala 1/2018.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Ana María Ferrer García
Vicente Magro Servet Carmen Lamela Díaz

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.