



Roj: **STS 3983/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3983**

Id Cendoj: **28079120012020100655**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/12/2020**

Nº de Recurso: **593/2019**

Nº de Resolución: **654/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 654/2020

Fecha de sentencia: 02/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 593/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/12/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 593/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 654/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 2 de diciembre de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación num. 593/2019 por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por D. Jose Carlos representado por el procurador D. Antonio Esteban Sánchez bajo la dirección letrada de D^a Yolanda Murga Camacho contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 5^a, rollo 153/17) de fecha 27 de diciembre de 2018. Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal, Comunidad de Propietarios DIRECCION000 NUM000 , representada por la procuradora D^a. Mercedes Montoya Exojo bajo la dirección letrada D^a Elisabeth Tesch; Comunidad de Propietarios CALLE000 NUM001 de Valencia, representada por la procuradora D^a Mar Domingo Boluda bajo la dirección letrada de María de la O Fliquete Lliso; Comunidad de Propietarios Avd. DIRECCION001 NUM002 de Valencia representada por la procuradora D^a Gema Pinto Campos bajo la dirección letrada de D^a María Encarnación Pardo Campos; Comunidad de Propietarios del edificio sito en el PASAJE000 NUM003 de Valencia representada por la procuradora D^a Beatriz de Mera González bajo la dirección letrada de D. Ignacio Gascó Bayarri; Comunidad de Propietarios DIRECCION002 NUM004 representada por la procuradora D^a. Olga Rodríguez Herranz bajo la dirección letrada de D^a Sara Martínez Criado; Comunidad de Propietarios DIRECCION003 NUM005 de Tavernes Blanques (Valencia) representada por D^a Rocío A. Gómez Escrihuela bajo la dirección letrada de D. Vicente Calvo Alfonso; Comunidad de Propietarios DIRECCION004 , NUM006 de Valencia representada por la procuradora D^a Laura Toledano Navarro; Comunidad de Propietarios DIRECCION005 NUM007 representada por la procuradora D. Gloria Messa Teichman.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- - El Juzgado de Instrucción num. 11 de Valencia incoó Procedimiento Abreviado num. 502/13, por delito de apropiación indebida y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. 5^a Rollo 153/17), que con fecha 27 de diciembre de 2018, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "El acusado Jose Carlos , mayor de edad y con un antecedente penal por delito de apropiación indebida por sentencia de fecha posterior a los hechos del presente procedimiento, era Administrador de Fincas Colegiado - hasta que fue dado de baja por inhabilitación en fecha 23 de enero de 2014 - prestando servicios profesionales a comunidades, de propietarios, siendo las labores propias de su Cargo el pago de gastos a administraciones públicas y proveedores de bienes o servicios, así como la liquidación periódica a los propietarios de las cuotas correspondientes destinadas a los referidos pagos.

El acusado, en el ejercicio de su actividad, y en relación a las comunidades de propietarios que a continuación se relacionan, no abonó diversas facturas giradas por empresas prestadoras de servicios o que habían efectuado obras para dichas comunidades, ni efectuó diversos pagos de tributos en los casos que se dirán, pesar de lo cual en las correspondientes liquidaciones se contemplaron, como gastos generados y se cobraron a, los propietarios, cantidades que el acusado dispuso, en su propio beneficio, incorporándolas definitivamente a su patrimonio.

En concreto, Jose Carlos cometió los siguientes hechos:

A) Desde el 10 de mayo de 2005 al 24 de mayo de 2013, se encargó de la administración de la comunidad de propietarios del inmueble sito en la C/. DIRECCION000 n^o NUM000 de Valencia.

En dicho periodo, dejó de ingresar a la Agencia Tributaria por las retenciones de trabajo personal por I.R.P.F. importe total de 5.980 euros; a la Tesorería General de la Seguridad Social dejó de abonar la cantidad total de 10.649,47 euros. Al Ayuntamiento de Valencia, no le abonó la cantidad de 5.224 euros por las tasas de vado de vehículos del 2009 al 2013. No pagó las facturas giradas por la empresa de limpieza Terrasanta, S.L. correspondientes a enero a mayo de 2013 por importe total de 4.742 euros. Igualmente dejó de satisfacer las facturas de mantenimiento de ascensor prestado por la empresa Kone Elevadores de los años 2012 y 2013, que asciende a 34.978,82 euros. Por último, dejó de pagar a la empresa Obras Albañilería Vega, S.L. las facturas por trabajos realizados en los años 2011 y 2012 por importe global de 7.705 euros.

La citada comunidad acumuló así deudas por importe de 69.281,38 euros, a pesar de que habían sido abonadas por los comuneros en las correspondientes liquidaciones habiéndose apropiado el acusado dichas cantidades. Dicha comunidad reclama al acusado, tras descontar lo recibido por un seguro de caución, la cantidad de 50.003,17 euros.

B) Jose Carlos fue administrador de la comunidad de propietarios de la finca sita en CALLE000 n^o NUM001 de Valencia desde 2007 hasta su cese el 23 de abril de 2014.

En dicho período dejó de abonar facturas de mantenimiento de ascensor con la empresa Kone Elevadores de 2012 y 2013 por importe de 2.955,18 euros y el seguro de la finca de la aseguradora Generali por importe de 2.024,94 euros, apropiándose en su propio beneficio de dichas cantidades que habían sido abonadas por los



comuneros en las correspondientes liquidaciones. También se apoderó del saldo de la cuenta de la comunidad de fondos por un montante total de 18.000 euros. Todo ello arroja un total de 22.980,12 euros que el acusado se apoderó e incorporó a su propio patrimonio.

C) El acusado desde el noviembre de 2001 al 23 de junio de 2013, en que la junta de propietarios le destituyó, se encargó de la administración de la comunidad de propietarios del inmueble sito en la C/ DIRECCION006 n° NUM008 de Valencia.

En el desarrollo de sus funciones, desde el año 2010 liquidó a los propietarios de la comunidad los gastos correspondientes a diversas facturas de proveedores o prestadores de servicios, como las correspondientes al mantenimiento de ascensor por la empresa Pertor, sin que destinara los fondos obtenidos al pago de las mismas, apoderándose de los importes en su propio beneficio. Igualmente hizo suyas diversas derramas que habían acordado y desembolsado los comuneros para la debida adecuación del elevador. También el acusado usaba los fondos de la cuenta bancaria de la comunidad para hacer operaciones ajenas a la misma, como traspasos de efectivo a su propio nombre. Todo ello generó que la comunidad, tras el cese, efectuara liquidación de cuentas, arrojando un saldo de 14.421,83 euros en su contra, de los que se había apoderado el acusado incorporándolos a su propio patrimonio, el cual con posterioridad reintegró la cantidad de 4.500 euros, por lo que aquélla reclama los restantes 9.921,83 euros.

D) Jose Carlos , hasta marzo de 2014 se encargó de la administración de los inmuebles sitios en la Calle DIRECCION002 n.º NUM004 de Valencia, que en realidad conforman tres comunidades de propietarios en relación a las viviendas, un bajo comercial, y dos plantas de garaje.

El acusado no abonó al Ayuntamiento de Valencia el I.B.I. del bajo comercial de los ejercicios 2011 a 2014, por importe de 19.074,23 euros, así como la tasa de vado de 2008, 2011 y 2012, por un total de 6.139,45 euros. A la Tesorería General de la Seguridad Social dejó de abonar la cantidad de 1.721,56 euros; por facturas de luz no abonó 494,13 euros. Dichos importes fueron incluidos por el acusado en la liquidación que efectuó a los propietarios, y pagados por los mismos, sin que destinara los fondos obtenidos a abonar dichos gastos o tasas. Igualmente se apoderó. el acusado de la fianza abonada por la mercantil Moda SOS, S.L. de 24.000 euros por el alquiler del bajo comercial, así como de la provisión de fondos de 4.086,80 euros, lo que arroja un total de 56.240,77 euros de los que se hizo suyos el acusado incorporándolos a su propio patrimonio.

E) El acusado administró la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE001 n° NUM009 de Valencia hasta el mes de septiembre de 2014.

El Sr. Jose Carlos , de las liquidaciones efectuadas y cobradas a los propietarios para abonar facturas de proveedores, se apoderó de un importe de 753,22 euros que no destinó al pago de las mismas. Igualmente, el acusado recaudó de los propietarios- un total de 15.426,96 euros por las obras de adecuación de ascensor, habiendo abonado la cantidad de 9.755. euros y apoderándose de los restantes 5.671,96 euros, Del mismo modo incorporó a su patrimonio 1.018,47 euros correspondientes a los importes de liquidaciones de mantenimiento del ascensor no abonadas a la empresa Otis encargada del mismo, y otros 1.946, 60 euros no abonados a la empresa JV Limpiezas. Por último, se apoderó de una derrama de 300 euros. Por todo ello el acusado se apoderó e hizo suyos, en perjuicio de la comunidad, un total de 10.761,04 euros.

F) Jose Carlos fue administrador de la comunidad de propietarios del edificio sito en la AVENIDA000 n° NUM010 hasta octubre de 2013.

El acusado no abonó diversas facturas giradas por empresas prestadoras de servicios o que habían efectuado obras para la citada comunidad, a pesar de lo cual en las correspondientes liquidaciones se, contemplaron dichas facturas como gastos generados, percibiendo las correspondientes cantidades de los propietarios, de las que el acusado dispuso en su propio beneficio de la cuenta de la que aquélla era titular, incorporando las definitivamente a su patrimonio.

En concreto, no abonó las facturas giradas por la empresa Antenas Vera por importe de 60,98 euros, por Limpiezas Woman por importe de 928,79 euros, por Thyssenkrupp Elevadores por importe de 1.377.94 euros y por el arquitecto Sr. Carlos Antonio por importe de 2.049,74 euros. También se apoderó de derramas cobradas a los Propietarios en concepto de adecuación de ascensor por importe de 4.477,20 euros. Todo ello totaliza la cantidad de 8.894,65 euros de los que se apoderó e incorporó a su patrimonio en perjuicio de la comunidad.

G) El acusado hasta la fecha de su cese el día 3 de septiembre de 2013, fue administrador de la comunidad de propietarios de PASAJE000 n° NUM003 de Valencia.

En dicho período no abonó a la Agencia Tributaria por las retenciones de trabajo personal por LR.P.F. de los ejercicios 2012 y 2013 en relación al conserje de la finca por importe total de 3770,13; a la Tesorería General de la Seguridad Social, dejó de abonar por los mismos ejercicios la cantidad total de 22.037,67 euros por



cuotas devengadas respecto al conserje. Igualmente dejó de abonar las facturas giradas por la empresa de mantenimiento de ascensor Kone Elevadores de los años 2012 y hasta su cese en 2013, que ascienden a 3.826,16 euros.

La citada comunidad acumuló así deudas por importe de 29.633,96 euros, que en realidad habían sido abonadas por los comuneros en las correspondientes liquidaciones, habiéndose apropiado el acusado dichas cantidades.

H) El acusado ejerció el cargo de administrador de la comunidad de propietarios del edificio sito en la C/ DIRECCION004 , nº NUM006 de Valencia desde el año de 2006 al mes de abril de 2015.

Desde, al menos, el año 2007, los propietarios partícipes de la comunidad, ingresaban trimestralmente una cantidad que nutrían un denominado fondo de maniobra que pudiera hacer frente a gastos imprevistos, con un importe global anual de 865,44 euros. El acusado, una vez cesó en su cargo, no justificó el destino dado al fondo de reserva, que desde el año 2007 al 2014 alcanzó un importe total de 6.915,52 euros. Tampoco reintegró a la comunidad el saldo a favor de ésta - que se encontraba en una cuenta de la titularidad del acusado desde la que gestionaba los pagos y liquidaciones - por importe de 750, a pesar de los requerimientos de devolución que se le efectuaron. Las citadas cantidades, que sumadas ascienden a 7.665,52 euros, se las apropió el acusado incorporándolas a su propio patrimonio.

I) El acusado fue el administrador de la comunidad de propietarios del inmueble sito en la C/ DIRECCION003 NUM005 de Tavernes Blanques, que se corresponde con un garaje comunitario-de 30 plazas, desde el año 2002 hasta el mes de julio de 2014 en que la junta de propietarios acordó su cese. Dicha comunidad pagaba el IBI (impuesto de bienes inmuebles) de forma conjunta, de modo que el administrador debía cobrar a cada propietario la parte alícuota en las liquidaciones trimestrales que se giraban. El acusado no abonó a la Diputación Provincial de Valencia. - administración que gestionaba dicho impuesto - el IBI de los ejercicios 2007 a 20.13, a pesar de haberlo liquidado y cobrado a los propietarios. Si bien los comuneros ingresaban el saldo de sus liquidaciones en una cuenta bancaria de la titularidad del acusado, posteriormente se abrió otra de la titularidad exclusiva de la comunidad. Determinados propietarios ingresaron por error cuotas en la cuenta anterior de trimestres de los años 2013 y 2014, por importe total de 178,84 euros.

Dichas cantidades, a pesar de las reclamaciones efectuadas tras su cese, no fueron reintegradas por el acusado a los propietarios que las hicieron o transferidas a la nueva cuenta, apropiándose el acusado de las mismas.

El acusado, tras la reclamación de la comunidad, en octubre de solicitó y obtuvo de la Diputación un aplazamiento de pago de los impuestos pendientes de las anualidades 2010 a 2013, habiendo abonado únicamente la primera cuota de ese mismo mes por importe de 530 euros. El total de las cuotas de IBI que el acusado cobró de los propietarios, apropiándose de las mismas sin abonarlas a la administración, ascendió a 10.190,80 euros, si bien el perjuicio sufrido, una vez añadida los recargos e intereses, asciende a 13.934,51 euros.

J) El acusado fue administrador de la comunidad de propietarios del edificio sito en la Cf DIRECCION005 nº NUM007 de Valencia hasta mayo de 2014.

El acusado no abonó las facturas giradas por la empresa de limpieza JV Limpiezas, S.L., correspondientes los meses de septiembre a diciembre de 2013 y enero y febrero de 2014, por importe de 2.085,32 euros, a pesar de lo cual en las correspondientes liquidaciones se contemplaron dichas facturas COMO, gastos generados, percibiendo las correspondientes cantidades de los propietarios, de las que el acusado dispuso en su propio beneficio. Igualmente se apoderó del saldo a favor de la comunidad en la dación de cuentas que efectuó al cesar en su cargo, que ascendía a 1.130,18 euros para el cual emitió un pagaré contra su propia cuenta corriente - dado que la comunidad no operaba con una cuenta propia de su titularidad - que resultó impagado a su vencimiento en fecha 10 de junio de 2014, incorporando dicha cantidad a su propio patrimonio, que sumada a la anterior arroja un total de 3.215,5 euros.

k) El acusado fue administrador de la comunidad de propietarios Avda. DIRECCION001 nº NUM002 de Valencia desde el 26 de noviembre de 2006 hasta el 23 de septiembre de 2014.

El acusado, guiado con el propósito de beneficiarse económicamente destinó a usos propios en diversas cantidades no precisadas pero que ascienden a un total de 6.187,87 euros, dinero que era de, la titularidad de dicha comunidad. El acusado al cesar en su cargo, fue requerido por el nuevo administrador de la comunidad, Daniel para que devolviera el dinero que había dispuesto, y aduciendo que no disponía de efectivo, libró y entregó a la comunidad tres pagarés nominativos a su favor a cargo de la cuenta de Bankia nº IBAN NUM011 , titularidad del acusado, con fechas de vencimiento de 10 de octubre de 2014 por importe de 2.065 euros, 10 de noviembre de 2014 por importe de 2.065 euros; 10 de diciembre de 2014 por importe de 2.066 euros, efectos



que resultaron impagados a sus vencimientos por carecer de fondos suficientes, generando la devolución del primero de ellos unos gastos de 108,69 euros".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "1º/Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS LIBREMENTE a Jose Carlos del delito de apropiación indebida del que venía siendo acusado, con declaración de costas de oficio respecto a dicho acusado.

2º/ Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS LIBREMENTE a Jose Carlos del delito de falsedad documental, estafa procesal y de administración desleal de los que venía siendo acusado, con declaración de costas de oficio en relación a los mismos.

3º/ Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Jose Carlos , como autor responsable de un delito apropiación indebida agravada por la cuantía, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE DIEZ MESES, con una cuota diaria de QUINCE euros y. una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de UN DÍA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR CADA DOS CUOTAS IMPAGADAS, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y abono de costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Igualmente, por vía de responsabilidad civil, deberá satisfacer las siguientes indemnizaciones, cantidades a las que serán de aplicación los intereses prevenidos en el artículo 576 de la L.E.C.:

- 1.- Comunidad de Propietarios del edificio sito en C/ DIRECCION000 n° NUM000 de Valencia en 50.003,17 euros.
- 2.- a la comunidad de propietarios de la finca sita en CALLE000 n° NUM001 de Valencia en 22.980,12 euros.
- 3.- Comunidad de propietarios de C/ DIRECCION006 n° NUM008 de Valencia en 9.921,83 euros.
- 4.- Comunidad sita en C/ DIRECCION002 n° NUM004 de Valencia en 56.240.77 euros.
- 5.- Comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE001 n° NUM009 de Valencia en 10.761,04 euros.
- 6.- Comunidad de propietarios del edificio sito en la AVENIDA000 n° NUM010 en 8.894,65 euros.
- 7.- Comunidad de propietarios de PASAJE000 n° NUM003 de Valencia en 29.633.96 euros.
- 8.- Comunidad de Propietarios C/ DIRECCION004 NUM006 en 7.665.52 euros.
- 9.- Comunidad de Propietarios de C/ DIRECCION003 NUM005 de Tavernes Blanques en 13.934,51 euros".

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. Jose Carlos , 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 se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

- 1º.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 25 CE, vulneración del principio *non bis in ídem*.
- 2º.- Al amparo del artículo 851.3º LECRIM., quebrantamiento de forma por incongruencia omisiva.
- 3º.- Al amparo del artículo 849. 1º LECRIM., infracción de ley por indebida aplicación del art. 250. 5º CP y Artículo 74 CP.
- 4º.- Al amparo del artículo 849. 2º LECRIM., error en la valoración de la prueba.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes recurridas del recurso interpuesto, 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 1 de Diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de recurso invoca los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ para denunciar infracción del artículo 25 CE.

El recurrente invoca su derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, y cita en su apoyo la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, del TJUE, del TEDH y algunos pronunciamientos de esta Sala de casación.



Alega que otras dos sentencias le han condenado por hechos respecto a los cuales concurren las identidades que sustentan la cosa juzgada: 1ª Sentencia dictada por el Juez de lo Penal nº 1 de Valencia en fecha 2 de febrero de 2015 (PA 384/2014), que le condenó como autor de un delito de apropiación indebida, tipo básico, a la pena de 7 meses de prisión (Folios 258 a 260 Tomo 7), referida a la Comunidad de propietarios de la CALLE002 nº NUM012 de Valencia. 2ª.- Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Valencia el 21 de febrero de 2019, (PA 414/2018), le condenó por apropiación indebida a la pena de un año y tres meses de prisión, en este caso por su actuación como administrador de la Comunidad de propietarios DIRECCION007, de Puebla de Farnals, de Valencia.

Defiende el recurso que existe identidad subjetiva (mismo acusado) y objetiva (apropiación indebida de dinero de Comunidades de propietarios administradas por él), y argumenta que resulta indiferente que los perjudicados de cada procedimiento, es decir, las Comunidades de propietarios afectadas, sean distintos. Arguye que en todos los procedimientos se enjuició la actuación del acusado que, en su condición de administrador y en el ejercicio de su actividad, no abonó facturas giradas por empresas prestadoras de servicios o que habían realizado obras para las Comunidades, ni efectuó diversos pagos de tributos, haciendo constar su importe en las liquidaciones como gastos generados, cobrándolas a dichos propietarios y disponiendo de las mismas en su propio beneficio, por lo que, según su criterio, se trataría siempre de los mismos hechos.

Explica que formuló la correspondiente alegación respecto a este extremo en el trámite de cuestiones previas en relación a la primera de las sentencias, no respecto a la segunda por ser posterior en fecha a la recurrida, sin que la Sala sentenciadora se haya pronunciado al respecto.

1. La prohibición de doble enjuiciamiento condensada en el principio *non bis in ídem* que se proyecta través de la garantía de cosa juzgada, ha sido expresamente recogida en diversos textos internacionales. Tal como aparece formulado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. Lo que el principio prohíbe es, en el ámbito interno, la doble sanción penal por los mismos hechos, o incluso una segunda persecución a través de un nuevo procedimiento respecto de hechos ya enjuiciados. Lo que implica que, para que pueda ser válidamente alegada, es preciso que exista una sentencia firme anterior, respecto de cuyos fundamentos de hecho se pueda realizar una valoración en relación con los hechos perseguidos en el nuevo procedimiento o contemplados en la segunda sentencia, que, naturalmente, ha de ser condenatoria.

En similares términos reconoce el *non bis in ídem* el artículo 4 del Protocolo nº 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950). Respecto a la determinación de los elementos configuradores de la cosa juzgada en el ámbito del proceso penal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la garantía consagrada en el artículo 4 del Protocolo nº 7 de la Convención entra en juego cuando los hechos de los dos procedimientos son idénticos o son en sustancia los mismos (SSTEDH. 17 de febrero de 2015, Boman c. Finlandia; 23 de julio de 2015, Butnaru y Beja-Piser c. Rumania).

También se hace eco de la garantía de cosa juzgada el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (14 de junio de 1985), en relación a condenas recaídas en alguno de los estados firmantes del mismo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 18 de julio de 2007, caso Kraaijenbrink, entre otras varias) ha afirmado que "el único criterio pertinente a efectos de la aplicación del artículo 54 del CAAS es el de la identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas" (26); "el artículo 54 del CAAS sólo podrá aplicarse si el tribunal que conoce del segundo procedimiento penal comprueba que los hechos materiales, en virtud de sus vínculos en el tiempo y en el espacio así como por su objeto, forman un conjunto indisoluble" (28); "En cambio, si los hechos no forman tal conjunto, la mera circunstancia de que el tribunal que conoce del segundo procedimiento compruebe que el presunto autor de tales hechos ha actuado con una misma intención criminal no es suficiente para afirmar que existe un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas que esté comprendido en el concepto de "los mismos hechos" a efectos del artículo 54 del CAAS" (29).

La Constitución Española no formula expresamente la garantía de prohibición de doble enjuiciamiento. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido el *non bis in ídem* debe considerarse incluido en el principio de legalidad del artículo 25 CE (entre otras STC 180/2004, de 2 de noviembre), aunque tal inclusión sea discutida doctrinal y jurisprudencialmente. En la STC 23/2008 de 11 de febrero se encuadraba la prohibición de incurrir en *bis in ídem* procesal o doble enjuiciamiento penal en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), concretándose en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada. Explicó la STC 126/2011, de 18 de julio "El principio *non bis in ídem*, que en su dimensión material (prohibición de duplicidad



de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento) hemos considerado, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, parte integrante del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), posee también una dimensión procesal (prohibición de duplicidad de procesos sancionadores en esos casos) a la que este Tribunal, desde la STC 159/1987, de 26 de octubre, ha reconocido relevancia constitucional, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material. Como dijimos en la precitada STC 159/1987, FJ 2, "en el ámbito, pues, de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar -a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional- un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior resolución firme". Por lo tanto el presupuesto para la aplicación de dicho principio es que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada [SSTC 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 4; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 b); y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3]."

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha hecho girar la operatividad de la prohibición constitucional del *bis in ídem*, sea procesal o material, sobre la necesidad de una identidad fáctica.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha mantenido el mismo criterio. Según la STS 1333/2003, de 13 de octubre, la excepción de cosa juzgada es una consecuencia inherente al principio *non bis in ídem*, que ha de estimarse implícitamente incluido en el artículo 25 de la CE, como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones. Principio que se configura como un derecho fundamental del sancionado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 de la CE, en relación con el artículo 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 77, según el cual nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país.

A diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, ésta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal. Cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su específico contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto, a salvo, claro, de los supuestos excepcionales que puedan dar sustento a una cuestión prejudicial de las previstas en el artículo 3 y ss LECRIM. Recordaba la STS 309/2015, de 21 de noviembre, con cita de otros precedentes, que la única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es manifestación de principio *non bis in ídem* y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE, en relación a su vez con los artículos 10.2 CE y 14.7 PIDCP.

A los elementos identificadores de la cosa juzgada se refirió la STS 1606/2002, de 3 de octubre, citada en el recurso y a la que se remiten sentencias posteriores como las SSTS 659/2017, de 6 de octubre, o 74/2019, de 16 de enero, para concretarlos en una doble identidad, la del hecho y la de la persona inculpada. El hecho a comparar vendrá fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó -o absolvió- en el proceso anterior. Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que se dirigió la acusación en la primera causa y quedó definitivamente absuelta o condenada, que ha de coincidir con el imputado en el segundo proceso. A los fines aquí examinados carece de significación cualquier otro dato: ni la identidad de quienes ejercitan la acción, ni el título por el que se acusó, o precepto penal en que se fundó la acusación. En el mismo sentido se han pronunciado otras más recientes, como las STS 711/2018, de 16 de enero de 2019; 442/2019, de 2 de octubre; 518/2019, de 29 de octubre; o la 528/2020 de 21 de octubre, que concluyó que los elementos identificadores de la cosa juzgada material en el orden penal son la identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso; y la identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas. La calificación jurídica o el título por el que se acusó carecen de significación a estos efectos, lo relevante es la base fáctica sea la misma.

2. En este caso, las sentencias que identifica el recurso son la dictada por el Juez de lo Penal nº 1 de Valencia en fecha 2 de febrero de 2015 (PA 384/2014), en la que se condenó al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida, tipo básico, a la pena de 7 meses de prisión (Folios 258 a 260 Tomo 7), en relación a su gestión en la Comunidad de propietarios de la CALLE002 nº NUM012 de Valencia. La otra, la sentencia



dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Valencia el 21 de febrero de 2019, (PA 414/2018), que le condenó por apropiación indebida a la pena de un año y tres meses de prisión, en relación a su actuación en la Comunidad de propietarios DIRECCION007, de Puebla de Farnals, de Valencia. Con independencia de que la alegación en relación a esta última, por ser de fecha posterior a la que ahora se revisa, se haya incorporado como hecho nuevo, y con la trascendencia que ello pueda alcanzar, la pretensión absolutoria que sostiene el recurso no puede prosperar.

De acuerdo con la jurisprudencia invocada, la prohibición de sancionar dos veces un mismo hecho requiere, de un lado, la existencia de una sentencia o un auto de sobreseimiento libre firmes, y de otro, que en ambos procesos concorra la identidad objetiva o del hecho punible, y la identidad subjetiva pasiva, esto es la del condenado o imputado. Con independencia de las objeciones que la Fiscal ha planteado en relación a la segunda de las sentencias, en ninguna de las dos se da la identidad fáctica que le eficacia exoneradora de la cosa juzgada requiere. Ninguna de las dos Comunidades involucradas en estas dos resoluciones se encuentran incluidas entre las once que aglutina el relato de hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. Es cierto que todas las condenas se sustentan en actuaciones desarrolladas por el acusado en su gestión como administrador de fincas en las distintas Comunidades en épocas coincidentes, ahora bien, el hecho histórico que soporta unas y otras no puede conformarse prescindiendo del marco en el que se concretó la actividad, o lo que es lo mismo, cual fue en cada caso la Comunidad afectada.

Lo aquí señalado no contradice los precedentes de esta Sala que el recurso invoca en apoyo de su pretensión. No es un problema de partes procesales, como ocurría en el caso resuelto en la STS 522/2002, de 21 de marzo, que admitió la excepción de cosa juzgada en relación a dos procedimientos por delito de alzamiento de bienes derivado de una misma operación, uno de ellos a instancia de la acusación particular y en el otro una acusación popular. Allí se declaró que carecía de significación la identidad de quienes ejercitan la acción (sujeto activo), o el título por el que se acusó o precepto penal en que se fundó la acusación. Ahora no nos enfrentamos a un solo hecho que afecte a varios perjudicados, sino a hechos distintos, cada uno con un perjudicado diferente, la correspondiente Comunidad.

La otra sentencia citada, la 690/2005, de 3 de junio, rechazó la concurrencia de la excepción precisamente por entender que no existía identidad plena en los hechos. Se trató en ese caso de una condena por insolvencia punible en relación a los socios que ocultaron las dificultades de su empresa para no alertar de las mismas a los distintos proveedores con quienes siguieron contratando, y justo antes de la declaración de quiebra, hicieron desaparecer de la misma todas las mercancías, maquinaria y mobiliario de valor. Existía una condena previa de los mismos sujetos por un delito de estafa a través de una conducta engañosa que propició la entrega de mercancía de un proveedor concreto a tal sociedad familiar que había ocultado la crisis que estaba atravesando y simulado un aumento de ventas para obtener una línea de crédito muy superior. Y argumentó en aquella ocasión la Sala que, aunque unos y otros hechos ocurrieron en el ámbito de la misma sociedad limitada cuya crisis económica, acuerdo de disolución ocultado, falta de pago a los acreedores, etc., fueron antecedentes comunes a ambas conductas delictivas, los hechos sustanciales por los que se condenó, fueron diversos en uno y otro proceso. Mientras que uno implicó maniobras de ocultación patrimonial en perjuicio de todos los acreedores, el otro proyectó una actuación puntual contra uno de ellos.

Ya avanzaba la sentencia 690/2005, de 3 de junio, algo que adquiere ahora pleno valor, como es que el hecho de que los citados procedimientos pudieran o incluso debieran haberse acumulado para su conjunta tramitación carece de relevancia de cara a la eficacia de la cosa juzgada. Ahora bien, tal afirmación nos sirve de engarce para la cuestión que apuntó la Fiscal al impugnar el recurso. La posibilidad de que los dos supuestos de hecho objeto de condena separada, por su ubicación temporal y similitud, pudieran haber quedado integrados en el conjunto de hitos fácticos que conformaron la continuidad delictiva apreciada por la sentencia que ahora se revisa, con una consecuencia penológica más favorable para el acusado que la que integra la suma de las distintas penas impuestas.

3. En respuesta a supuestos similares, lo apuntábamos así en la STS 442/2019, de 2 de octubre, la jurisprudencia de esta Sala ha puesto el foco en el principio de proporcionalidad de la pena. La cuestión radica en determinar las consecuencias penológicas que tiene la intervención en un hecho delictivo calificado de continuado, cuando por hechos similares ya ha recaído condena por el mismo delito, de manera que de haberse tramitado conjuntamente, se hubiera dictado una única sentencia que daría respuesta a todos los hechos unificados en la continuidad delictiva. Surge la necesidad de introducir una corrección penológica que conduzca a la regla de proporcionalidad en la imposición de la pena legalmente prevista y así evitar el exceso en que puede desembocar la doble pena impuesta en ambos enjuiciamientos.

Y han sido dos los mecanismos indiferentemente empleados por la Sala para la adecuación proporcionada del reproche a la norma punitiva: que en la segunda sentencia se descuente la pena impuesta en la primera (SSTS 500/2004, de 20 de abril; 625/2015, de 22 de diciembre; o en la 102/2017, de 20 de febrero, citada por la Fiscal



al impugnar el recurso); o, evitar que las penas impuestas en las sentencias condenatorias superen, en su conjunto, el marco penal correspondiente al hecho delictivo (SSTS 1074/2004, de 18 de octubre; 1395/2005, de 23 de noviembre; o 849/2013, de 12 de noviembre).

En todo caso, es el principio de proporcionalidad punitiva que justifica la revisión de la sanción, el que ha de servir de referencia para evaluar qué mecanismo corrector es el más adecuado para ajustar la pena a la antijuricidad y culpabilidad apreciable conforme a las circunstancias del caso. Siempre con el techo que supone el marco previsto por el legislador penal. En el caso que ahora se somete a nuestra consideración, la decisión que adoptemos se encuentra mediatizada por la calificación jurídica por la que nos decantemos, lo que necesariamente nos proyecta sobre el tercero de los motivos de recurso, que cuestiona la aplicación del artículo 74 CP.

SEGUNDO: Antes de adentrarnos en el extremo que acabamos de avanzar, haremos una breve referencia al segundo de los motivos de recurso que necesariamente debe decaer, tanto por falta de razón como porque, de asistirle ésta, el defecto habría quedado subsanado.

Se plantea este segundo motivo de recurso como quebrantamiento de forma del artículo 851.3. LECRIM al no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos que fueron objeto de acusación y defensa. Se refiere el recurrente a la cuestión previa que planteó solicitando la excepción de cosa juzgada en relación con la previa condena pronunciada por el Juez de lo Penal nº1 de Valencia en fecha 2 de febrero de 2015 (PA 384/2014).

Denuncia una incongruencia omisiva, como se conoce al vicio que aparece en aquellos casos en los que la sentencia vulnera el deber de atendimiento y resolución de las pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada. Aparece, por consiguiente, cuando la falta de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, pero no cuando afecta a cuestiones fácticas, es decir, a la omisión de una argumentación. El Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones discursivas, le basta con contestar a la pretensión realizada, en la medida en que implica también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión.

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

Esta Sala ha seguido la misma línea y ha precisado que para que pueda prosperar un motivo de casación basado en incongruencia omisiva, es necesario que la omisión padecida venga referida a pretensiones jurídicas mantenidas, que no puedan razonablemente entenderse implícita o tácitamente desestimadas.

Según consta documentado en la grabación de la sesión del juicio en la que se sustanciaron las cuestiones previas, el Tribunal dio respuesta a la que planteó la defensa del acusado en relación con la excepción de cosa juzgada, para rechazarla. En cualquier caso, la jurisprudencia de esta Sala también ha condicionado el éxito del motivo basado en incongruencia omisiva a que, aun existiendo el defecto, éste no pueda ser subsanado en casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso, y que se haya intentado corregir el mismo por la vía del complemento de sentencia que faculta el artículo 267.5 de la LOPJ, (entre otras SSTS 495/2015, de 29 de junio; 744/2015, de 24 de noviembre; 377/2016, de 3 de mayo; o 192/2020, de 20 de mayo).

En este caso no se interesó subsanación por vía de 267 LOPJ. De todos modos, el planteamiento de la cuestión a través del primer motivo ha permitido una decisión de fondo sobre el asunto. Cualquiera que sea el prisma desde el que diseccionemos el motivo, el mismo necesariamente decae.

TERCERO: El tercer motivo de recurso, primero de los que se enuncian por infracción de ley, invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación de los artículos 250 1. 5 y 74 CP.

Sostiene que la aplicación conjunta de ambos preceptos provoca un supuesto de doble sanción, al haber incardinado los hechos en la figura agravada del artículo 250.1 5º CP, pese a que ninguna de las cantidades individualmente consideradas alcanzara por sí sola la cuantía de 50.000 euros que exige tal modalidad delictiva; y sobre esta tipicidad, proyectado la continuidad delictiva del artículo 74.1 CP que reconduce a la mitad superior de la pena.



1. La jurisprudencia de esta Sala ha sufrido modulaciones en la interpretación del 74 CP con el fin de evitar que la continuidad delictiva actúe con un doble efecto agravatorio, al mismo tiempo que se ha dejado sin efecto la restricción de la aplicación del apartado 1 de tal precepto cuando se juzgan delitos patrimoniales.

Las distintas posturas sobre esta cuestión se unificaron a partir de dos acuerdos plenarios. El primero de ellos adoptado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 18 de julio de 2007 en el que se decidió que "en los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de ese mismo artículo". Acuerdo que quedó definitivamente perfilado con el posterior de 30 de octubre de 2007, a tenor del cual, "el delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP, queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

Como expusieron, entre otras, las SSTS 474/3016 de 2 de junio, 947/2016 de 15 de diciembre o la 249/2017 de 5 de abril, estos Acuerdos pretendieron resolver las controversias surgidas en la aplicación de la regla primera del artículo 74 CP a los delitos continuados de naturaleza patrimonial. La idea de que esta categoría de delitos conoce una regla especial en el artículo 74.2 CP había animado buena parte de las resoluciones de esta misma Sala (SSTS 155/2004 de 9 de febrero; 1256/2004 de 10 de diciembre y 678/2006 de 7 de junio, entre otras muchas). Con arreglo a este entendimiento, el artículo 74.2 CP encerraría una norma especial que excluiría la aplicación de la regla genérica contenida en el artículo 74.1 CP. Sin embargo, la experiencia aplicativa desarrollada bajo la vigencia de tal criterio puso de manifiesto la conveniencia de reorientar esa interpretación, en la medida en que no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial a la regla agravatoria prevista en el nº 1 de tal precepto. De ahí la importancia de la idea proclamada en los citados Plenos, y especialmente en el segundo, a tenor de la cual el delito continuado también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de incorporar el delito patrimonial a la razón de política criminal que, con carácter general, proclama el artículo 74.1 CP (SSTS 284/2008 26 de junio; 199/2008 25 de abril y 997/2007 de 21 de noviembre).

La idea que late en el Acuerdo obliga a concluir la exclusión del efecto agravatorio en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho. Lo que se produciría, por ejemplo, en aquellos supuestos en que para apreciar la modalidad agravada del artículo 250.1 5º se haya tomado en cuenta la suma alcanzada por la acumulación de los distintos episodios defraudatorios que abarca el delito continuado, sin que la cuantía individual de ninguno de ellos supere en cambio los 50.000 euros. Aplicar sobre a tipicidad así alcanzada la regla penológica del artículo 74.1 implicaría un supuesto de doble agravación, que la jurisprudencia excluye.

2. En nuestro caso, la Sala sentenciadora aplicó el artículo 250 1. 5º CP al entender que alguno de los episodios de apropiación, aisladamente considerados, superaron los 50.000 euros.

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 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.

En este caso nos encontramos con unos hechos protagonizados por el recurrente en el ejercicio de su actividad profesional como administrador de fincas en distintas comunidades de vecinos, y a lo largo de varios años. La secuencia fáctica no concreta un acto de distracción en relación a cada una de ellas, sino distintos episodios que se van sucediendo en el tiempo en todas ellas. Son cada uno de esos episodios los que conforman la continuidad delictiva, con independencia de la Comunidad a la que afecten.

La Sala sentenciadora aplicó la continuidad delictiva sobre la modalidad agravada del artículo 250 1 5º CP porque, según afirmó en el primer fundamento de la resolución que revisamos, alguno de los hechos, separadamente considerados, superaron los 50.000 euros. Lo que aplicado sobre el relato fáctico que nos vincula, revela que necesariamente se refiere a la actuación del recurrente en relación a cada una de las Comunidades afectadas. En dos casos (los identificados en los apartados A y D), se llegó a alcanzar esa cifra, de manera que lo actuado en relación a cada una de ellas operó como una unidad típica independiente dentro de la continuidad, lo que carece de encaje en la figura que diseña el artículo 74 CP.

La continuidad delictiva aglutina las distintas acciones individualmente consideradas, con independencia de que afecten a uno o a varios sujetos pasivos, siempre que exista conexión temporal y aprovechamiento de idéntica ocasión, que en este caso resultan incuestionables. El delito de apropiación indebida queda consumado en el momento que se alcanza el punto de no retorno. Cuando en comportamiento se desarrolla a lo largo de un periodo más o menos dilatado de tiempo, no puede hablarse de unidad de acción para encuadrar todos los episodios de distracción y apropiativos en un único delito instantáneo, y tampoco un acotamiento a razón del sujeto que los soporta. Cada uno de los episodios conforma una apropiación independiente, cualquiera que el sujeto afectado. Así lo entendimos en la STS 185/2020, de 20 de mayo, en un supuesto que guarda similitudes con el que ahora nos ocupa.

En lo que ahora nos concierne, cada uno de los actos de distracción o apropiación que se enumeran, consumó una apropiación indebida, cualquiera que fuera la Comunidad a la que afectase. La secuencia histórica que nos vincula no describe apropiaciones o actos de distracción que por sí solos rebasaran el dintel de los 50.000, 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 a la que ya hemos hecho alusión, incurrir en la prohibición del *bis in idem*.

3. A partir de esta consideración, que acoge la pretensión del recurrente, habrá de efectuarse la delimitación de la pena. Y es en este momento cuando alcanza efectividad lo adelantado al resolver el primer motivo de recurso. Por razones de proporcionalidad, a la hora de ponderar la pena, no podemos despreciar las otras dos condenas impuestas al recurrente, por hechos que perfectamente podrían haber quedado integrados en la continuidad delictiva, en la idea que la suma de las distintas condenas no rebase el límite legal. Y hemos de tomar en consideración las dos. La primera de ellas, porque la reclamación al respecto fue oportunamente introducida en el debate contradictorio en la primera instancia. Pero también la segunda, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Valencia el 21 de febrero de 2019, a lo que se opone la Fiscal y algunas de las partes recurridas por tratarse de cuestión planteada *ex novo* en casación. Se trata de una sentencia posterior a la que ahora se revisa, si bien el acusado conocía que el proceso pendía por lo que pudo alegrarlo entonces. También lo conocían las otras partes y el Tribunal ya que, como explica y justifica el recurso, durante la fase de instrucción se intentó sin éxito la acumulación. En cualquier caso nos encontramos ante una cuestión nueva, cuyo abordaje encaja en los supuestos que con carácter excepcional ha admitido la jurisprudencia de esta Sala. En un supuesto similar, declaró la STS 522/2002, de 21 de marzo, antes citada, "la cosa juzgada es una cuestión de orden público, y, como tal, puede ser planteada en cualquier estado del procedimiento". De otro lado, no parece razonable abocar a la parte, tal y como sugiere la Fiscal, al planteamiento de un recurso de revisión respecto de una sentencia que ya es firme (pues así se hace constar en la copia que de la misma aportó el recurso), cuando en este momento puede quedar subsanada la cuestión.

De esta manera, a la hora de individualizar la pena, la no concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal permite recorrer la prevista para el tipo aplicado en toda su extensión. Los varios años durante los que el acusado desplegó su ilícita actuación y la pluralidad de perjudicados, aportan unos perfiles de habitualidad que, sumados al perjuicio total causado (superior a los 219.000 euros), justifican en este caso rebasar la mitad inferior de la prevista para el tipo. La concreción final de la pena la haremos en la sentencia que a consecuencia de la estimación parcial del recurso dictaremos a continuación. Si bien no está de más adelantar que consideramos equilibrado concretar la misma, en lo que a la privación de libertad se refiere, en



cuatro años de prisión, que encajan en los perfiles de proporcionalidad apuntados, y que, además, adicionada con las otras condenas impuestas al mismo acusado, no superarían el marco de la pena legal concretado en un máximo de 6 años de prisión, toda vez que ideas tales como notoria gravedad y la afectación de una generalidad de personas ni fueron barajados por la sentencia recurrida, ni traídos a colación por ninguna de las partes en casación.

CUARTO: El segundo de los motivos planteado por infracción de ley, el cuarto en cómputo total, invoca el artículo 849.2 LECRIM para denunciar error en la apreciación de la prueba.

Argumenta el recurrente que de la prueba documental que consta en autos, y que no ha sido desvirtuada por ninguna otra, pone de relieve que la responsabilidad civil a la que se le condena con respecto a la Comunidad de propietarios del PASAJE000 es incorrecta, ya que una buena parte de los recibos girados a los vecinos resultaron devueltos y, por lo tanto, impagados, lo que imposibilitó su apropiación por parte del acusado. Como documento revelador del error denunciado designa los folios 142 a 147 relativos a un informe del Banco de Santander en el que aparece una relación de los giros bancarios que fueron devueltos por algunos propietarios de la citada Comunidad desde el último trimestre de 2009 al segundo del año 2013 por importe de 24.804,25 €.

Para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2 de la LECRIM, la doctrina de esta Sala 2ª (entre otras muchas la STS 209/2012, de 23 de marzo; 128/2013, de 28 de febrero; STS 656/2013, de 28 de junio; 475/2014, de 3 de junio; 908/2014, de 30 de diciembre; o 215/2016, de 15 de marzo) ha consolidado la exigencia de los siguientes requisitos: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECRIM; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificar.

La finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECRIM, consiste en 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, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

En los folios 142 a 147 del tomo IV consta la aludida documentación bancaria, que carece de la autosuficiencia probatoria que el éxito del motivo requiere. Se refleja efectivamente la devolución de una serie de recibos, pero lo que no puede deducirse de ellos es que los distintos miembros de la Comunidad no abonaran las correspondientes cuotas. Como apuntan tanto la Fiscal como la defensa de la Comunidad concernida, el Tribunal asentó sus conclusiones probatorias al respecto en otras pruebas. Destaca por su relevancia la testifical de quien sustituyó al acusado como administrador y la abundante documentación, entre la que aparecen certificaciones acreditativas de pagos posteriores por parte de los vecinos, emitidas tanto por el acusado como por el nuevo administrador.

En atención a todo ello, el motivo necesariamente debe decaer.

QUINTO: El recurso va a ser parcialmente estimado, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, procede declarar de oficio 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. Jose Carlos contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 5ª, rollo 153/17) de fecha 27 de diciembre de 2018, en causa seguida contra el mismo por delito de apropiación indebida, y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra de acuerdo con lo que acabamos de resolver.

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.

Andrés Martínez Arrieta Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 593/2019

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.ª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D.ª. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 2 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el procedimiento abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción num. 11 de Valencia con el num 502/13 y seguido ante la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia (Rollo 153/17) por delito de apropiación indebida y en cuyo procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 27 de diciembre 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 Excm. 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 señalado en la sentencia que antecede, procede condenar a D. Jose Carlos como autor responsable de un delito de apropiación indebida del artículo 252 CP (legislación anterior a la LO 1/2015), 250 1 5º CP y 74.2 CP, a la pena de cuatro años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y multa de 10 meses a razón de una cuota diaria de 15 euros, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria.

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. Jose Carlos como autor responsable, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de apropiación indebida del artículo 252 CP (legislación anterior a la LO 1/2015), 250 1 5º CP y 74.2 CP, a la pena de cuatro años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y multa de 10 meses a razón de una cuota diaria de 15 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas. Confirmamos en los restantes extremos que no se opongan a lo acordado, la sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 27 de diciembre de 2018 (Rollo 153/17).

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ