



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XV. Número 2748

Madrid, miércoles 21 de octubre de 2009



## TS PENAL

2009/150945

TS Sala: 2ª, Sentencia: 7 julio 2009, Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Al exigirse una relación de confianza distinta de la que motivó la apropiación

### Inaplicación de subtipo agravado del art. 250,1,7 CP 95 en delito de apropiación indebida

*Frente a la sentencia de la AP, que condenó a los acusados como autores de un delito de apropiación indebida con la especial gravedad de aprovechamiento de credibilidad profesional, interponen recurso de casación los mismos que resulta parcialmente estimado. La Sala del TS considera que ha quedado probado que los acusados, como abogada y gestor, se encargaron de gestionar la pensión de viudedad de la víctima y de liquidar la herencia quedándose con las cantidades entregadas de las que dispusieron en su propio beneficio. No considera el Alto Tribunal, en cambio, que deba aplicarse subtipo agravado alguno ya que fue el abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y los acusados, abogada y gestor respectivamente, lo que originó el nacimiento del injusto típico, resultando impensable si no estuviera fundamentado en la propia confianza generada.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Diana.

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim. en tanto se ha vulnerado el art. 252 CP. por cuanto se declara como hecho probado la apropiación de cantidad indeterminada, siendo como es, que el mencionado artículo exige con claridad meridiana apropiación de cantidad superior a 400 euros. El motivo deviene inadmisibile.

El motivo obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia,

salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. En efecto, como se dice en la STS. 121/2008 de 26.2, el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ám-

bito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la practica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes. En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusamente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Siendo así en el hecho probado es cierto que se consigna que el coacusado Dimas, gestor y hermano de la recurrente, obtuvo de la libreta de ahorros que la perjudicada mantenía en la entidad Bancaja "cantidades indeterminadas, parte de las cuales dedicó al pago de las gestiones oportunas a favor de Joaquina y el resto las hizo propias", pero también lo es que ante esa inicial indeterminación, como la propia víctima advirtiera en el año 2005 que las cantidades extraídas de su propia cuenta superaban con mucho lo que había ido retirando para su manutención y gastos personales, se lo contó a sus sobrinos Adela y Severino, quienes se pusieron en contacto con Dimas y Dia-

## SUMARIO

### TC

CONSTITUCIONAL

Ejercicio de competencias en materia de carreteras de las que el País Vasco no es titular 12

### TS

CIVIL

Desistimiento unilateral en contrato de mediación de venta 15

PENAL

Inaplicación de subtipo agravado del art. 250,1,7 CP 95 en delito de apropiación indebida 1

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

INTERNET  
http://www.elderecho.com  
e-mail: clientes@elderecho.com

na, ofreciéndose ambos a presentarles una liquidación de sus propios gastos, la que entregaron a finales del mes de septiembre de 2005 por importe de 20.905,44 euros.

Añadiéndose a continuación que “como las cantidades extraídas de la cuenta de Joaquina superaban los 132.000 euros y no había razón, a su entender, de algunas de ellas, por cantidades superiores a los que habitualmente sacaba la titular para sus gastos ordinarios, exigieron a Dimas y a amparo explicaciones satisfactorias de tales operaciones por el mes de noviembre de 2005, ofreciéndoles Diana la devolución de lo cobrado por Dimas con la entrega de 24.000 euros y el abono del resto de lo debido en cuanto vendiera la casa que tenía”, para concluir que al no haberse entregado ni una ni otra cantidad, el 11.7.2006 y por mediación del Abogado de la parte perjudicada, se suscribió por D<sup>a</sup> Diana un documento, en el que reconoce adeudar a Joaquina la cantidad de 54.000 euros “por diferencias entre las provisiones efectuadas y las gestiones realizadas”, comprometiéndose a abonar la citada cantidad, en dos plazos de 18.000 euros, el 17.7 y de 36.000 euros el 20.9, ambos del año 2.006.

Consecuentemente aunque el delito de apropiación indebida requiera como uno de los elementos trascendentales para su existencia y punición la constancia del perjuicio patrimonial producido, pues la cuantía constituye la base para determinar la diferencia entre el delito y la falta (art. 623.4 CP), según exceda o no de 400 euros, lo cierto es que del anterior relato fáctico esa inicial indeterminación ha quedado concretada en al menos 54.000 euros, cantidad que la sentencia de instancia (Jurídico 6<sup>o</sup>) considera como debida a la perjudicada y a cuyo pago condena, como indemnización de perjuicios, a ambos acusados.

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de Ley, art. 849.1 LE-Crim, por vulneración del art. 252 CP. por cuanto no declarado probado en ningún momento que la recurrente Diana hubiera recibido por ningún título, cantidad alguna que excede de las correspondientes a sus honorarios, es penada subsumiendo su actuación en el tipo indicado. Se argumenta en el motivo que ha sido condenada por el solo hecho de asumir -en el documento de 11.7.2006- una responsabilidad civil ajena que en ningún caso presupone participación en delito alguno, y a mayor abundamiento en el hecho probado

se recoge que Amparo se ofreció a devolver el dinero cobrado por Dimas, luego no percibió cantidad alguna. El motivo se desestima.

En efecto como se ha puesto de relieve en muchas ocasiones la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala -por todas STS. 47/2009 de 27.1- en el tipo de apropiación indebida se unifican a efectos punitivos dos conductas, de morfología diversa, perfectamente discernibles: la que consiste en la “apropiación” propiamente dicha y la legalmente caracterizada como “distracción”. La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas -expresamente o por extensión- en el art. 252 CP, el sujeto activo de la acción presuntamente inculpa ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible cuyo dominio no le ha sido transmitido.

La segunda tiene como presupuesto la traslación de la posesión legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta, para el receptor, la adquisición de su propiedad aunque con la obligación de darle un determinado destino. Téngase en cuenta que, a causa de la extrema fungibilidad del dinero, la propiedad del mismo se ejerce mediante la tenencia física de los signos que lo representan.

En este segundo supuesto -el de la distracción que es donde la parte recurrente pretende se debió incardinar el hecho enjuiciado- la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada- sino en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto.

Naturalmente si el tipo objetivo del delito se realiza, cuando se trata de la distracción de dinero u otros bienes fungibles, de la forma que ha quedado expresada, el tipo subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse la cantidad recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación o entrega del dinero o, dicho de otra manera, en la deslealtad con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero. La concurrencia, en cada caso, de este elemento subjetivo del delito tendrá que ser indagada, de la misma forma que se

indaga el ánimo de lucro en la modalidad delictiva de la apropiación, mediante la lógica inferencia que pueda realizarse a partir de los actos concretamente realizados por el receptor y de las circunstancias que los hayan rodeado y dotado de una especial significación (véase STS de 7 de diciembre de 2.001).

Ratificando esta doctrina, hemos subrayado el distinto significado que tienen las expresiones “se apropiaren” y “distrajeran” utilizadas por el art. 252 CP -y por los que le precedieron en Textos anteriores- en la definición del delito cuestionado. Apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distracción es dar a lo recibido un destino distinto del pactado.

Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor, aunque ello no es imprescindible para que se entienda cometido el delito.

Dos requisitos tan sólo han de concurrir para que esta conducta se integre en el tipo de apropiación indebida: que la distracción suponga un abuso de la confianza depositada en quien recibe el dinero y que la acción se realice en perjuicio de quienes se lo han confiado, esto es, a sabiendas de que se les perjudica y con voluntad de hacerlo, bien entendido que la apropiación indebida no requiere un enriquecimiento del sujeto activo, sino perjuicio del sujeto pasivo, lo que rige tanto en el supuesto de apropiación de cosas como en la consistente en la distracción del dinero, y que el elemento subjetivo del tipo del art. 252 sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados, produciría un perjuicio del titular.

No es necesario que se produzca un lucro personal o enriquecimiento del autor, sino lisa y llanamente un perjuicio del sujeto pasivo. La razón es sencilla: el contenido criminal de este delito se da íntegramente con el conocimiento de que el dinero distraído no se ha incorporado al patrimonio de su titular o se le ha dado un

destino distinto a aquél para el que fue recibido.

TERCERO.- En el caso presente en el relato fáctico se consigna que fue la confianza generada por los servicios profesionales que amparo, en su condición de abogada y Dimas -hermano de la anterior- en su condición de gestor, habían prestado al esposo de la denunciante y al hermano de éste, lo que motivó que ésta les encargara la gestión de la pensión de viudedad y liquidación de herencia. Asimismo se señala que fue el coacusado Dimas quien obtuvo de la cuenta de aquella en la entidad Banca diversas cantidades que excedían no solo de las que la titular retiraba para su manutención y gastos personales, sino incluso de la liquidación que por sus gastos profesiones presentaron ambos coacusados, también se considera acreditado que fue la recurrente quien ofreció la devolución de lo cobrado por el coacusado, reconociendo esa diferencia entre las provisiones efectuadas y las gestiones realizadas por un importe de 54.000 euros, ofrecimiento de pago que resultó ser una maniobra dilatoria y que no afecta a la consumación del delito de apropiación indebida consistente en dar un destino de lo percibido a Dimas distintos a los de la administración y gestión de los intereses de la perjudicada.

En efecto en la doctrina reciente se ha puesto en duda que el “ánimo de devolución pueda excluir el animus rem sibi habendi que caracteriza el tipo subjetivo del delito del art. 252 CP. Por lo tanto, hay que establecer con precisión qué se debe entender por animus rem sibi habendi en el delito de apropiación indebida. El análisis de este concepto permite descubrir que éste ánimo se caracteriza por dos elementos:

a) La voluntad (al menos eventual) de privar de forma definitiva al titular de los bienes de los mismos mediante sustracción.

b) La voluntad de incorporar las cosas a su patrimonio, por lo menos, en forma transitoria, o de distraer los bienes (STS.143/2005 de 10.2). En consecuencia, a partir de esta doble premisa no cabe eliminar, sin más, el efecto excluyente del “ánimo de devolución”, toda vez que éste viene a demostrar, en principio, que el autor no había tenido voluntad de privar definitivamente al titular (en forma al menos eventual) de la posibilidad del ejercicio del derecho de propiedad sobre los bienes.

En efecto la jurisprudencia ha declarado que el momento consumativo del delito de apropiación indebida tendrá lugar, tratándose de la distracción del dinero por no darle el destino convenido, en la fecha en que debió darse tal destino pactado, si se incumple la obligación y se retiene la posesión de dinero o bienes en provecho del poseedor (SSTS. 448/2000, 1248/2000 de 12.7), precisándose que con la conducta del autor, cuando se trata de dinero o bienes fungibles, se incumplan definitivamente las obligaciones de devolver o entregar a un tercero impuestas como complemento inseparable del acto de entrega.

No basta pues la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (SSTS. 8.7.98, 11.7.2005). Como se ha dicho en SSTS. 712/2006 de 3.7 y 219/2007 de 9.3, "en el delito de apropiación indebida la potencial disponibilidad o posibilidad de disponer, como criterio decisivo para determinar la consumación, hemos de hallarlo en el momento en que el agente hace propio (o tiene posibilidad de hacerlo) lo que tiene obligación de poner a disposición del partícipe".

En nuestro caso, nos hallaríamos ante un delito de apropiación indebida de dinero, cuyo momento comitivo hay que fijarlo en el instante en que el autor no le da el destino pactado, incumpliendo la obligación y reteniendo su posesión, y en los supuestos de posesión clandestina -en el sentido de que nadie tiene conocimiento de ella, aparte del agente- el nudo crucial es el llamado por la jurisprudencia "punto sin retorno", hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales. Naturalmente habrá de examinarse ponderadamente cada caso para conocer el instante en que se habría producido la consumación del hecho.

Parece claro -dice la STS. 143/2005 de 10.2- que si la apropiación es descubierta o denunciada (reclamación previa de la cosa, ejercicio de acciones judiciales...) dicho momento se ha cumplido y el agente no quedaría libre de responsabilidad criminal si restituyera la cosa (o el dinero) a partir de tal instante. Situación que sería la contemplada en autos, en el que el reconocimiento de deuda y compromiso de pago asumido por la recurrente -compromiso que resultó incumplido en su totalidad- se produjo el 11.7.2006, esto es con posterioridad a la denuncia iniciadora del presente procedimiento, 17.1.2006.

Consecuentemente en el caso presente, la actuación de los acusados integra las dos modalidades delictivas examinadas: la gestión desleal en perjuicio de tercero del dinero recibi-

do con una concreta finalidad (Diana) y además el apoderamiento de esas sumas (Dimas).

CUARTO.- El motivo tercero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ., por la vía del art. 849.1 LECrim. del Texto legal, todos ellos en relación con los arts. 74.1 y 252 CP; habiendo sido vulnerado el art. 120.3 CE, por cuanto la sentencia recurrida considera, ante la existencia de diversas distracciones de capital en un extenso margen temporal, la existencia de un único delito de apropiación indebida, acudiendo obviamente a la institución del delito continuado del art. 74.1 CP, pero sin motivar dicha aplicación no llega a exponer que aplica dicho precepto, ni por mención al mismo ni por mención a la figura del delito continuado, precepto que resulta inaplicable en atención a la actividad probatoria desplegada en autos. El motivo debe ser desestimado.

Como hemos dicho en STS. 860/2008 de 17.12, respecto a la aplicación del delito continuado, no podemos olvidar que éste no aparece definido como "una suma de delitos" sino de "acciones u omisiones" o también infracciones contra bienes jurídicos. A estas alturas de la evolución doctrinal y jurisprudencial el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver, en beneficio del reo, los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera "realidad jurídica", que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva (STS. 918/2007 de 20.11).

En este sentido, la doctrina de esta Sala (SS. 523/2004 de 24.4, 882/2005 de 5.7, 367/2006 de 22.3), considera que de la definición del art. 74 CP., del delito continuado como aquél supuesto en el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, se realiza una pluralidad de acciones u omisiones que ofenden a uno o varios sujetos o infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, se desprende que se trata de una figura del concurso de infracciones punibles que agrupa en un solo delito una serie de acciones homogéneas ejecutadas en distintos momentos temporales pero obedeciendo a una unidad de resolución delictiva, siendo sus requisitos los siguientes:

a) Pluralidad de hechos delictivos, y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales.

b) Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vértebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y frag-

mentada en una solo y única programación de los mismos.

c) Realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía.

d) Unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas.

e) Unidad de sujeto activo.

f) Homogeneidad en el modus operandi, por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuaciones afines. (SSTS. 1103/2001, 1749/2002, 523/2004, 1253/2004). En el presente caso, las diversas apropiaciones se ejecutaron aprovechando la misma o similar oportunidad (bien aprovechando que la víctima había entregado a uno de los acusados, la libreta de ahorros y su documento Nacional de Identidad, bien acompañado éste a aquélla a la entidad bancaria en la que mantenía su cuenta, obteniendo

■

*"...el contenido criminal de este delito se da íntegramente con el conocimiento de que el dinero distraído no se ha incorporado al patrimonio de su titular o se le ha dado un destino distinto a aquél para el que fue recibido."*

■

así cantidades indeterminadas, anteriormente establecidas en al menos 54.000 euros), lo que permitirá configurar esa continuidad delictiva e incluso la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1.6, desde el momento en que el total de lo apropiado excedería del límite cuantitativo establecido por esta Sala, a partir del cual se estima la cuantía del delito de apropiación indebida de especial gravedad, fijado en 36.060,73 euros equivalentes a 6.000.000 ptas. (SSTS. 238/2003 de 12.2, 171/2004 de 16.1, 57/2005 de 26.1, 904/2006 de 21.9).

No obstante esta discusión resulta superflua desde el momento en que la sentencia no aplica lo preceptuado en el art. 74.1 en orden a la imposición de la pena en su mitad superior -lo que hubiera determinado una pena mínima de prisión de 3 años y 6 meses- ni el subtipo agravado del art. 250.1.6, desde el momento en que las acusaciones en sus calificaciones no estimaron en concurrencia,

por lo que su eventual apreciación infringiría el principio acusatorio, al suponer una contradicción con el art. 24.1 CE, al propiciar situaciones de indefensión.

QUINTO.- El motivo por lo expuesto debería ser desestimado. No obstante, como hemos dicho en reciente STS. 139/2009 de 24.2, la voluntad impugnativa del recurrente permite a esta Sala corregir, en beneficio del reo, cualquier error de derecho suficientemente constatado (SSTS. 306/2000 de 22.2, 268/2001 de 19.2, 212/99/de 18.2, 401/99 de 10.4, 1044/98 de 18.9).

En efecto esta Sala casacional, con asunción de su plena jurisdicción, puede entrar en el análisis de una cuestión jurídica de obligado estudio y resolución y que forma parte de la demanda de justicia inevitablemente unida a la tutela judicial efectiva que como derecho fundamental implícitamente está asumido por el acusado al formular pretensión revocatoria de "inaplicación del art. 252 y aún la de cualquier otro tipo delictivo por no constar acreditado que la conducta demostrada sea incardinable en ninguno de ellos.

Siendo así la sentencia de instancia estima concurrente el subtipo agravado del art. 250.1.7 fundamentándolo en que fue la confianza que determinó la entrega de su libreta cada vez que el coacusado Dimas acudía a solicitársela, y que ese abuso especial de confianza depositada, aprovechando su propósito por el acusado en connivencia con la acusada, teniendo en cuenta la edad de la víctima cercana a los 80 años, su escasa formación, su condición de viuda y que vivía sola en el domicilio conocido por aquéllos, así como su desconocimiento de los trámites y gastos necesarios para hacer frente a operaciones tan simples como la gestión de la pensión de viudedad o la liquidación de la herencia, integran esa especial cualificación agravatoria por la que vienen acusados..."

El CP. de 1995, recoge como agravación específica de los delitos de apropiación indebida y estafa, una figura que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza, consistente en el "abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o el aprovechamiento por éste de su credibilidad empresarial o profesional", caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se quebranta en éstos tipos de delito.

La aplicación, por ello, del tipo agravado por el abuso de relaciones personales -decíamos en la STS. 132/2007 de 16.2- quedará reservada a aquellos supuestos, ciertamente excepcionales, en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo lucro típico del delito de apropiación indebida, se realice la acción típica desde la situa-

ción de mayor confianza o mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones, previas y ajenas, a la relación jurídica subyacente, en definitiva un “plus” que hace de mayor gravedad el quebranto de confianza en estos delitos. La STS. 1218/2001 de 20.6, precisa que la agravación específica de abuso de relaciones personales junto al aprovechamiento de una credibilidad empresarial o profesional aparecen caracterizadas “por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza”, lo que supone que la aplicación de la agravación debe derivarse de una relación distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa.

Es decir, el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa (SSTS. 28.5.2002, 5.4.2002, 4.2.2003, 5.11.2003).

En igual sentido la STS. 785/2005 de 14.6, recuerda que hemos dicho (STS 383/2004, de 24 de marzo), que en cuanto a la apreciación del subtipo agravado previsto en el artículo 250.1.7 CP, abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala (STS núm. 890/03) que tal como recuerdan las Sentencias de 28 abril de 2000 y la 626/2002, de 11 de abril, la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del artículo 250.1.7 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (Sentencias 758/2000 de 28.4, 997/2002 de 28.5, 677/2002 de 5.4, 925/2006 de 6.10).

En el caso presente esta Sala no puede compartir la argumentación de la sentencia de instancia por cuanto fue ese abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y los acusados, abogada y gestor respectivamente, lo que originó el nacimiento del injusto típico, resultando impensable si no estuviera fundamentado en la propia confianza generada.

No existe, por tanto, relación distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que posibilitó la apropiación.

El motivo, en este extremo, debería ser estimado y reconduciendo los

hechos al tipo básico del art. 249 por remisión del art. 252, castigado con pena de prisión de 6 meses a 3 años, estimación del motivo que debe extenderse al otro recurrente, por mor de lo dispuesto en el art. 903 LE-Crim.

SEXTO.- El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ. por vulneración del art. 9.3 CE. que prohíbe la arbitrariedad en tanto se han declarado como probados, hechos que carecen de todo sustento probatorio, por cuanto la mecánica comitiva la extrae la Sala de unas declaraciones efectuadas por la denunciante, sin la asistencia de los profesionales que asistían a los acusados, lo cual las priva de toda validez al no someterse al principio de inmediación, denunciante que en el acto de la vista se mostró incapaz de recordar ni las cantidades que le faltaban, ni la mecánica comisiva; y las declaraciones de los testigos per relationem siendo la fuente de información la propia denunciante, de modo que no puede saberse cual fuera la mecánica del delito. El motivo no puede ser acogido.

Hemos dicho en STS. 904/2006 de 10.10, que la vigencia del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo. El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en su práctica y en lo que se refiere concretamente a la defensa le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que a su juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye a su valoración por parte del Tribunal.

Cuando se trata de pruebas personales, tal principio se manifiesta en el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes declaran en contra del acusado. Por lo tanto, como regla, la privación de este derecho tiene que estar especialmente justificada y además, aún así, han de reconocerse algunas consecuencias. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido en la STEDH de 14 diciembre 1999, Caso A.M. contra Italia, que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, y que, aunque tal principio tiene excepciones, “sólo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa; por regla general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Sentencias Van Mechelen y otros, y Lüdi contra Suiza de 15 junio 1992).

En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una manera

determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de la instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (Sentencia Unterpertinger contra Austria de 24 noviembre 1986). Y más recientemente, ha señalado (STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà), que “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”.

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en el mismo sentido, atribuyendo al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso (SSTC 137/88, 10/92 y 155/2002, de 22 de julio), reconociendo la necesaria vigencia del derecho del acusado a su efectividad, si bien ha precisado que conforme a las exigencias dimanantes del art. 24.2 CE (interpretado conforme al art. 6.3 d) CEDH, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger c. Austria; de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovsky c. Holanda; de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia). (STC núm. 57/2002, de 11 de marzo).

No obstante, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encuentran algunas precisiones, recogidas entre otras en la STC 1/2006. En primer lugar, se dice que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial inculpatoria “pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. “pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial” (SSTC 155/2002, de 22 de julio; y 206/2003, de 1 de diciembre, F. 2).

En definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando, “aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa” (STC 187/2003, de 27 de octubre), (STC 1/2006). Y en segundo lugar se recuerda que “el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el

demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable” (STC 187/2003, de 27 de octubre).

En este sentido, la exigencia de contradicción en la práctica de la declaración sumarial del testigo para posibilitar la lectura válida de la misma conforme al artículo 730 de la LECrim, se hace depender en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de que en aquel momento tal contradicción fuera factible (STC 94/2002 y STC 148/2005, entre otras). Asimismo esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha hecho hincapié (STS. 1376/2005 de 17.11) en la efectividad del derecho a interrogar a los testigos de cargo como “esencia del derecho de contradicción, cuyo ejercicio se violenta cuando el acusado no tiene esa oportunidad”; de manera que “ni siquiera a las declaraciones inculpativas realizadas por el testigo ante el juez de instrucción puede otorgársele eficacia probatoria cuando se traen al plenario por la vía de su lectura que prevé el art. 730 LECrim, si en aquella diligencia judicial la defensa del acusado no ha tenido ocasión de contradecir esas manifestaciones interrogando al testigo” (sentencias núm. 1577/1998, de 11 de diciembre y 1441/2002, de 9 de septiembre, entre otras).

Así las cosas, puede decirse, -concluye la STS. 1373/2005- es claro que el derecho de referencia sólo se satisface mediante el reconocimiento de la posibilidad real de interlocución directa del acusado (normalmente a través de su defensa) con el testigo que le inculpe en los momentos del trámite en que éste fuera interrogado, y, esencialmente, en el acto del juicio.

Pero, como es razonable admitir que la observancia de esta regla se halla sujeta a imponderables, la generalidad de las legislaciones, y entre ellas la nuestra, entienden que cuando la misma no pudiera ser cumplida en sus términos ideales, sería necesario, al menos, que la defensa del inculpado hubiese podido interrogar directamente a quien es fuente de la inculpación, siquiera una vez en el curso de la causa.

SÉPTIMO.- En el caso presente si bien en la declaración de la denunciante en fase instructora en la que se afirmó y ratificó en su denuncia y que tuvo lugar el 22.2.2006 no estuvieron presentes los letrados de los hoy recurrentes -lo que en principio también sería imputable a ellos mismos por cuanto ese mismo día prestaron declaración los acusados con su asistencia y presencia del letrado de la denunciante, por lo que bien pudieron, a su vez, estar presentes en

la declaración de esta última-, lo cierto que Joaquina compareció al juicio oral y fue interrogada por todas las partes, dándose, por ello, cumplimiento al principio de contradicción, cuya vulneración se postula. Y en cuanto a la posibilidad de valorar el testimonio per relationem o testigos de referencia, es cierto que, como hemos dicho en SSTs. 957/2007 de 28.11, y 667/2008 de 5.11, que el testigo es una prueba física ajena al proceso y traída a él para que preste declaración sobre hechos pasados y relaciones para la averiguación y constancia de un delito, sus circunstancias y participación.

Así las declaraciones testificales tanto en fase de investigación como cuando son verdadera prueba, no son sino el examen de una persona ajena al proceso que presta su declaración de conocimiento, en sentido más propio, refiere lo que ha percibido y proporciona al órgano jurisdiccional datos sobre acontecimientos relevantes para la investigación en un momento y para formar una convicción definitiva en el acto del juicio oral. El testigo es un instrumento de prueba y siendo persona física es un instrumento vivo, inteligente y autónomo.

Todo ello le hace superior a otros medios probatorios, pero a su vez adolece de la seguridad y precisión que reportan aquellos que han podido ser contrastados y sujetos a experiencias empíricas. Por tanto, debe tomarse tal como es, si bien para poder otorgarle valor, o más precisamente para valorarlo justamente, debemos averiguar todas las circunstancias que han influido en su adquisición de conocimiento y también las que pueden afectar a su reproducción, lo que dará una pista de sus inexactitudes y apuntará sobre la confianza que debe merecer.

Ahora bien nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del testigo de referencia, al referirse el art. 710 LECrim., siendo aquél la persona que no proporciona datos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas.

Es cierto, que en general, toda testifical deber versar, en principio, sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento y no sobre el resultado de un medio de investigación o de prueba testifical pero ello no obsta, para que en el supuesto de que existiera controversia sobre la validez de un determinado medio de investigación o de prueba se practique prueba -incluso testifical- para poder tener elementos de juicio para resolver la cuestión:

En otro orden, cuando la controversia puede versar sobre la credibilidad o fiabilidad de ciertos testigos, evidentemente se puede practicar prueba al respecto, y su alcance será

solo tal controversia. Así el art. 710 LECrim. debería interpretarse como habilitación legal para dar relevancia al testigo de referencia, no para dilucidar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, sino sobre la fiabilidad y credibilidad de un determinado testigo, por ejemplo, para valorar como corroboración periférica lo declarado por el testigo directo en caso en que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de éste.

En definitiva las manifestaciones que realizó en su día la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación debe ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado o por su Letrado en el interrogatorio del juicio oral, y por ello no se puede inferir que el principio de intermediación permite sustituir un testigo directo por otro de referencia, pero no obstante la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral.

El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-.

Ello no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia puede valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba.

Consecuentemente la Sala pudo otorgar credibilidad a la declaración de la denunciante en el extremo de que la mayor parte de las extracciones de dinero de su cuenta no estuvieron destinadas a sus propias necesidades y la conclusión de su apropiación por los acusados en lo que excedió de las gestiones realizadas por los mismos en su favor concretadas en la liquidación presentada en septiembre 2005 por importe de 20.905,44 euros, no puede entenderse arbitraria, a la vista del documento de reconocimiento de deuda por importe de 54.000 euros de fecha 11.7.2006 por diferencias entre las gestiones realizadas y las provisiones recibidas, cuya autenticidad fue reconocida por la propia recurrente ante el juez de instrucción en declaración de 10.10.2006 y en el acto del juicio oral.

OCTAVO.- El motivo quinto por infracción de precepto constitucio-

nal, al amparo de los arts. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ. por vulneración del art. 24.2 CE. al dar virtualidad de prueba plena a la única prueba de cargo (indiciaria ésta), el tan manido documento en que la recurrente asume una responsabilidad ajena, pese a existir interpretación diversa y perfectamente lógica, lo que no se excluyen otras conclusiones, lo cual atenta contra el principio de seguridad jurídica y el derecho a la presunción de inocencia, provocando indefensión.

El examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aún sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba de indicios para desvirtuar dicha presunción.

A) Como venimos afirmando el derecho a la presunción de inocencia

■

*"...el momento  
consumativo del delito  
de apropiación indebida  
tendrá lugar, tratándose  
de la distracción del  
dinero por no darle el  
destino convenido, en la  
fecha en que debió darse  
tal destino pactado, si se  
incumple la obligación y  
se retiene la posesión de  
dinero o bienes en  
provecho del  
poseedor..."*

■

se configura, en tanto que tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos.

De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que

conduce de la prueba al hecho probado".

Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes el Tribunal Constitucional, sentencia 204/2007 de 24.9, ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial. Por otro lado, a falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar su pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: a) Los indicios se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas.

B) Que los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria.

Como se dijo en las SSTC 135/2003 de 30.6 y 263/2005 de 24.10, el control constitucional, de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria. puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, (no siendo pues, razonable, cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto, que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de intermediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.

En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998 partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la ca-



racterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia.

En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable.

En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si (SSTC. 145/2003 de 6.6, 70/2007 de 16.4).

B) Asimismo aunque se trate de cuestiones distintas en el análisis de la vulneración de la presunción de inocencia es fundamental la comprobación de la motivación sobre los hechos. Esta Sala ha establecido en numerosas resoluciones (SSTS. 357/2005 de 20.4, 1168/2006 de 29.11, 344/2007 de 21.6, 742/2007 de 26-9, 487/2008 de 17.7) que, la motivación de las sentencias debe abarcar el aspecto fáctico, y si bien es cierto que no es preciso reseñar detalladamente todas las pruebas que se han tenido en cuenta, no lo es menos que de la motivación debe desprenderse con claridad las razones que ha tenido el Tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos, la necesidad de motivar las sentencias se refuerza cuando se trata de sentencias condenatorias y el acusado ha negado los hechos.

La exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades en orden puramente formal, sino permitir al justiciable y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso. En este sentido el Tribunal constitucional (SS. 165/98, 177/99, 46/96, 231/97) y esta Sala (SS. 629/96 de 23.9, 1009/96 de 12.12, 621/97 de 5.5 y 1749/2000 de 15.3) han fijado la finalidad y el alcance y límite de la motivación. En particular, la finalidad de la motivación será hacer constar las razones que tuvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

Como conclusión, puede decirse que la motivación tendrá que tener la

extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera, no siendo necesario explicitar lo que resulta obvio.

En el caso sometido a nuestra revisión casacional la Sala de instancia, fundamento derecho primero, analiza la contradictoria línea defensiva mantenida por cada acusado, para llegar a la conclusión de la realidad de la apropiación, fundamento derecho segundo, valorando el reconocimiento implícito que se desprende del acto de liquidación transcrito en los dos folios entregados por los coacusados, como justificantes de los actos profesionales, y el reconocimiento de deuda a partir de una diferencia entre la provisión referida y el importe de las gestiones realizadas, y la declaración de la perjudicada, fundamento jurídico cuarto, que con absoluta contundencia y eficacia confirmó la entrega de su libreta cada vez que el coacusado Dimas acudía a solicitársela.

Dado que la recurrente cuestiona la eficacia del documento referido de 11.7.2006, debemos hacer una serie de consideraciones sobre la naturaleza jurídica de este reconocimiento o asunción de deuda, en el que pueden entenderse comprendidas figuras de contenido y naturaleza muy diferentes.

Así hay que distinguir el reconocimiento de deuda con valor constitutivo e independiente de la causa, es decir, modalidad del llamado negocio jurídico abstracto, cuya admisión es discutible en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, al establecer el art. 1277 Cc. Que aunque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, sienta nuestro Código Civil una presunción general de la causa (existencia y licitud) para todos los negocios jurídicos que así despliegan su eficacia porque este elemento esencial (art. 1261) existe siempre para el legislador con independencia de que se exprese o no su concurrencia mientras en el previo negocio abstracto no puede oponerse la inexistencia o la irregularidad de la causa, precisamente porque los efectos jurídicos de aquél se producen con total desvinculación de ésta, en nuestro Derecho si puede hacerse mediante la prueba cumplida de cargo de quién lo alega.

Por tanto lo que el art. 1277 Cc. Admite no es la posibilidad de negocios abstractos en sentido propio, sino otra cosa distinta, que es la abstracción procesal de la causa cuyo efecto sustancial consiste en invertir la carga de la prueba, en el sentido de que el acreedor no debe probar la existencia y regularidad de la causa y el deudor no puede decir que carezca de causa la obligación que contrajo por no haberse expresado ésta, pero sin alegar la inexistencia o

irregularidad causal suministrando prueba suficiente que desvirtúe la presunción legal del art. 1277 Cc. En definitiva, no es propio de nuestro ordenamiento jurídico -y así lo declaró la STS. Sala 1ª de 28.3.83- atribuir valor constitutivo al reconocimiento de deuda con independencia de que la causa exista o no, fundándose en la atribución de carácter abstracto al negocio jurídico de que se trate.

Cabe, en segundo lugar, hablar de reconocimiento de deuda, dentro de la categoría de los negocios jurídicos causales, como negocio o contrato de fijación, cuando existiendo una relación jurídica preexistente incierta o controvertida, se manifiesta el reconocimiento como una voluntad de querer fijar definitivamente una relación anterior, a fin de eliminar para siempre toda incertidumbre o controversia que exista o pueda surgir. En tal caso el reconocimiento de deuda, entendido como contrato de fijación, se aproxima al contrato transaccional, aunque se diferencia de él por su estructura, al tener carácter unilateral.

Y cabe finalmente, fuera del ámbito de los negocios jurídicos, ya sean abstractos o causales, admitir el reconocimiento de deuda, entendido como actos en el que la declaración manifiesta no es de voluntad sino exactamente de conocimiento o creencia.

En tal caso no se persigue la producción de un efecto jurídico consistente en la creación de una deuda, sino la mera constatación de la ya existente, la deuda reconocida no nace así del acto de reconocimiento sino que precede a éste, y con el reconocimiento tan solo se crea un instrumento para la demostración que en el campo de la prueba permite acreditar la deuda reconocida, cuyo título será, sin embargo, el contrato de que se trate cuando lo reconocido es una obligación contractual. en definitiva esa clase de reconocimiento de deuda se sitúa en la esfera de lo probatorio, y particularmente en la prueba documental cuando el reconocimiento es escrito, en relación con la llamada confesión extrajudicial a que se refiere el art. 1239 Cc.

En esta dirección la jurisprudencia de la Sala Primera Tribunal Supremo tiene declarado que los estados negociables de reconocimiento de deuda son válidos y lícitos como figura jurídica comprendida dentro del principio de autonomía de la voluntad sancionado en el art. 1255 Cc., tanto en su aspecto de facilitar a la otra parte un medio de prueba como a dar por existente una situación de débito contra el que la reconoce, quedando vinculado a la misma, que alcanza efectos constitutivos si se expresa su causa justificativa (SS. 27.11.91, 30.9.93, 20.10.94, que cita otras, entre ellas 9.4.80, 3.11.81, y en igual sentido S. 29.7.94), rigiéndose por lo dispuesto en el art. 1277 Cc. que

comporta una inversión de la carga probatoria en cuanto a la existencia de causa (SS. 20.11.92 y 4.3.94), en base a lo cual el reconocimiento exige al actor de probar la causa subyacente, sin perjuicio de que el demandado pueda demostrar que no existe o es ilícita, acreditando el verdadero origen de la obligación (SS. 23.3.94 y 21.7.94) de forma que el art. 1253 Cc. exige la vinculación de las partes al contenido del reconocimiento, siendo el demandado quien debe probar la versión contenida en la contestación, ya que si su contenido no queda desvirtuado por otras pruebas, ha de protegerse lo dispuesto en aquél, estimando la acción ejercitada (S. 13.7.94), siendo de considerar, de otro lado que -como concluyó la STS. 20.11.92- una vez averada la autenticidad de un documento ha de estarse a su contenido, no pudiendo pedir que se parta de una realidad contraria a lo que el mismo expresa, lo que implicaría aplicar una presunción contraria a la prueba directa sin base fáctica alguna que lo aconseje conforme a la sana crítica o a la máxima de experiencia.

NOVENO.- Aplicando las anteriores consideraciones al caso concreto que nos ocupa, es claro que los términos del documento controvertido en los que la recurrente reconoce adeudar a Joaquina la cantidad de 54.000 euros "por diferencias entre las provisiones efectuadas y las gestiones realizadas" comprometiéndose a abonar dicha cantidad en los plazos que se establecen, supone un reconocimiento vinculante en el que se expresa su causa justificativa con efecto constitutivo, pues queda evidenciada la razón determinante de su otorgación y aunque no se dotara al acto de reconocimiento de autonomía y, conforme a la otra corriente doctrinal, se le atribuyera una eficacia puramente procesal tendría cuando menos el efecto de invertir la carga de la prueba, de modo que sería el reconociente el que habría de probar la ausencia de licitud de la causa y en todo caso cualquier hecho impenitente, extintivo o excluyente; esto es, del reconocimiento surge, al menos, una pretensión de que la deuda existe y es lícita, quedando por ello relevado el probar este hecho constitutivo el actor.

En el caso presente la recurrente se limita a señalar que la cantidad obrante en el mencionado documento fue fijada a tanto alzado con el letrado de la acusación particular, en atención a la actitud de asunción de responsabilidad ajena mantenida por la acusada, tildando a esta prueba de artificial y maliciosamente confeccionada con intereses puramente espurios.

Postura esta, difícilmente conciliable con su propia profesión de letrado en ejercicio -que permite presumir su conocimiento de lo que firmaba y las consecuencias que comportaba- e incluso incompatible con su conducta anterior, en el mes

de noviembre 2005, cuando ante la exigencia por parte de familiares de la víctima de las operaciones realizadas Diana ofreció la devolución de lo cobrado por Dimas con la entrega de 24.000 euros y el abono del resto de lo debido en cuanto vendiera la casa que tenía.

Siendo así la inferencia que la Sala realiza, a partir de ese reconocimiento de deuda y compromiso de pago de las cantidades excedentes de las gestiones realizadas, de que esta recurrente participó junto con su hermano en la apropiación de las cantidades recibidas de la víctima en la confianza de que iban a ser destinadas a determinados y puntuales gastos de administración de sus intereses, no puede entenderse ilógica, irracional, absurda o, en definitiva, arbitraria (art. 9.3 CE.). El motivo por lo expuesto se desestima.

DÉCIMO.- El motivo sexto por infracción procesal, al amparo del art. 851.3 LECrim. en tanto no han sido tenidos en cuenta sus alegatos ni hechos que los sustentan a los fines de desestimarlos o acogerlos motivadamente. El motivo deviene inadmisibles.

Respecto a la incongruencia omisiva, art. 851.3, como se dice en la reciente STS. 77/2007 de 7.2, este vicio denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva" o también "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atención y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (STS. 170/2000 de 14.2).

Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, cual es el ya mencionado previsto en el art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000 de 8.2).

Por ello, no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se

base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2).

"Puntos", nos dice literalmente este art. 851.3°. "Puntos litigiosos", nos decía el art. 359 LECivil derogado por la nueva Ley 1/2000, que también habla de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trata esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, mientras que en la Sala Segunda del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas". Expresiones varias con las que se trata de decir lo mismo: los extremos concretos que deban resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte. Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia. "Puntos" que, se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

En resumen, la jurisprudencia (SSTS. 23.3.96, 18.12.96, 29.9.99, 14.2.2000, 27.11.2000, 22.3.2001, 27.6.2003, 12.5.2004, 22.2.2006, 11.12.2006), viene exigiendo las siguientes condiciones para que pueda apreciarse este motivo:

1) Que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) Que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) Que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustentan, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC. 15.4.96).

b) Que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita

constitucionalmente admitida (SSTC. 169/94, 91/95, 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundadores de la respuesta tácita (STC. 263/93; TS. 96 y 1.7.97).

3) Que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 24.11.2000, 18.2.2004).

Consecuentemente la falta de ausencia de respuesta del Juzgador tiene que referirse a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no

■

*"...el nudo crucial es el llamado por la jurisprudencia "punto sin retorno", hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales. Naturalmente habrá de examinarse ponderadamente cada caso para conocer el instante en que se habría producido la consumación del hecho."*

■

comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros medios impugnativos, cual es el previsto en el art. 849.2 LECrim., error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STSD. 182/2000 de 8.2).

No otra cosa acaece en el caso actual en el que las cuestiones que se dicen omitidas en la sentencia: desconocimiento de la cantidad presuntamente objeto de apropiación a efectos de encuadrar la conducta en el delito art. 252, diversa interpretación del documento de reconocimiento de responsabilidad civil; y desconocimiento de la mecánica de las diversas distracciones de capital, han sido objeto de análisis en otros motivos e implícitamente desestimados en la sentencia de instancia.

Recurso interpuesto por Dimas.

DÉCIMO PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ. en relación con el art. 849.1 LECrim. por vulneración del art. 9 CE. en cuanto a la garantía de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos por cuanto en la sentencia recurrida se declaran como probados, hechos que carecen de todo sustrato probatorio al fundamentarse el fallo condenatorio en declaraciones sumariales efectuadas por la denunciante, sin la asistencia letrada de los acusados -condenados con infracción principio de su inmediación y contradicción, y en declaraciones de testigos, que son de referencia, conocedores de los hechos por la información facilitada por la propia denunciante. Coincidiendo el motivo en su planteamiento y desarrollo con el articulado en cuarto lugar por la anterior recurrente nos remitimos a lo allí razonado, en aras de la brevedad y para evitar innecesarias repeticiones, en orden a su desestimación.

DÉCIMO SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ. en relación con el art. 849.1 LECrim. por vulneración del art. 24 Ce., con violación de la presunción de inocencia del recurrente, al haber sido condenado únicamente por una prueba indiciaria como es el documento de asunción de responsabilidad civil suscrito por la coacusada siguiendo las directrices del letrado de la acusación particular y sin intervención alguna por parte de este recurrente. Retomando lo ya expuesto en el motivo quinto de la anterior recurrente también por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, el ámbito de conocimiento de esta Sala casacional cuando se alega vulneración de tal derecho queda delimitado por estos tres aspectos:

a) La comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio. Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal, corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos.

b) La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción, a salvo de lo previsto en la prueba preconstituida en los casos permitidos en la Ley.

c) Constatación de la racionalidad de las declaraciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora,

lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria.

Por tanto, la prueba indiciaria o por presunciones queda ceñida a dos puntos: desde el punto de vista formal a verificar la expresión de los indicios o hechos-base acreditados que, partiendo de ellos, lleguen al hecho-consecuencia; y desde un punto material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios, o uno de singular potencia acreditativa, y que no estén destruidos por contraindicados, y fundamentalmente a la expresión del juicio de inferencia y que éste sea razonable, entendiendo tal razonabilidad como "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", (SSTS. 1085/2000 de 26.6, 1364/2000 de 8.9, 24/2001 de 18.1), estos la expresión en la motivación del como se llegó a la inferencia en la instancia, pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el art. 120.3 CE. los grandes hitos del razonamiento cabe el control representado por el recurso de casación para determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados artículos 117.3 CE y 741 LECrim.

En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los dos últimos requisitos señalados, que la doctrina de esta Sala ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata (STS 25.4.96).

En este sentido, debe recordarse que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está subordinado al cumplimiento y observancia de las formalidades legales, entre las que destaca, incluso con rango constitucional, (art. 120.3 CE), la obligación de motivar las resoluciones judiciales, de tal suerte que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia, cabe según un proceso lógico y explicitado en la sentencia que permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Órgano jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia, es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a las reglas de la lógica y de la razón y no permite otra inferencia igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

En definitiva como decíamos en la sentencia de 16.11.2004, es necesario que "la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, explicitación que aún cuando sea sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la inferencia.

Es decir, es necesario que el Órgano judicial precise cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que puede enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatare que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.. "y" en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano".

Ahora bien, esta labor de control casacional tiene también dos límites, como destaca la STS. 25.9.92, el primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de Instancia.

Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que de la prueba testifical, por ejemplo ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado. En segundo lugar el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y mucho menos por el del recurrente.

Como señalan las Sentencias 272/1995, de 23 febrero o 515/1996 de 12 julio "es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar

más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba testifical (de descargo), o la propia declaración exculpatoria del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia".

Es decir que queda fuera del ámbito del recurso casacional la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal "a quo", siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia.

En el caso presente la Sala de instancia valora no solo el tan citado documento de 11.7.2006, que el recurrente considera mero indicio y en cuya elaboración no intervino, sino también la documental consistente en el propio reconocimiento derivado de la liquidación que ambos presentaron a finales de septiembre 2005 a la denunciante como justificante de los actos profesionales llevados a cabo; y la prueba directa y personal de la declaración de la perjudicada en cuanto a la mecánica comisiva: entregando a Dimas su libreta de ahorros con su documento Nacional de Identidad, y en algunas ocasiones, acompañando a éste a la entidad bancaria, de la que Dimas obtuvo las cantidades objeto de la apropiación. Consecuentemente el Tribunal dispuso de una prueba mínima, lícitamente obtenida e incorporada al proceso y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

DÉCIMO TERCERO.- El motivo tercero por infracción de Ley, al am-

paro del art. 849.1 LECrim. por vulneración del art. 252 CP. en relación a la cuantía de la apropiación indebida cuando el tipo penal exige la existencia de una distracción de capital superior a 400 euros, por cuanto la Sala fundamentó la condena en la apropiación de una cantidad indeterminada de dinero de la denunciante, haciendo imposible la subsunción de su actuación únicamente profesional, en el tipo penal del art. 252 ni entender el desvalor que en su caso y eventualmente sea aplicable. Las alegaciones del motivo son coincidentes con las del ordinal primero del recurso interpuesto por la coacusada Diana y como estas, impropias de un motivo basado en el art. 849.1 LECrim. por lo que deben ser desestimadas, dando por reproducido lo allí argumentado para evitar repeticiones innecesarias.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo cuarto por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por vulneración del art. 252 CP, por cuanto ni en la fase sumarial ni en el acto del juicio oral ha quedado probado que el recurrente se hubiese apropiado o distraído de cantidad de dinero propiedad de Joaquina "dado que disponía de firma autorizada" -se recoge literalmente dado que debe ser un error, al señalarse en el motivo noveno que "él no tenía firma autorizada...".

El recurrente en todo momento acudía acompañado de la titular de la cuenta a la entidad bancaria, disponiendo esta del dinero para el pago de las gestiones o administración, así como los honorarios que generaba la actuación profesional de aquél. La Sra. Joaquina reconoció no saber quien sacaba el dinero, así como su firma en los reintegros bancarios, no habiéndose probado por la Sala que el recurrente se apropiara de dichas cantidades.

La pretensión del recurrente deviene improsperable a la vista del relato fáctico, que fuese él quien personalmente realizara las extracciones de la cuenta en la entidad bancaria o por no tener firma autorizada, acompañara a la titular quien era la persona que firmaba los reintegros, y le entregaba las cantidades para un fin concreto y determinado, resulta indiferente para la comisión del delito del art. 252 CP, desde el momento que lo esencial radica en que los acusados, aprovechándose de la confianza depositada en ellos por la víctima, obtuvieron e hicieron suyas cantidades muy superiores a las derivadas de su gasto profesional.

DÉCIMO QUINTO.- El motivo quinto por error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 LECrim. basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradicho por otros elementos probatorios. El motivo deviene improsperable.



En efecto debemos recordar que la vía del art. 849.2 LECrim. solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos. Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio.

Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y

éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este núm. 2º del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala -a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos. Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a

elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, 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 modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "fac-

■

*"El CP. de 1995, recoge como agravación específica de los delitos de apropiación indebida y estafa, una figura que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza, consistente en el "abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o el aprovechamiento por éste de su credibilidad empresarial o profesional", caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la quebranta en éstos tipos de delito."*

■

tum" que no es un fin en si mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

DÉCIMO SEXTO.- En el caso presente el recurrente señala como documentos que acreditan ese error en la apreciación de la prueba:

A) El acta del juicio oral donde instan las declaraciones de la denunciante, los testigos de referencia y los acusados.

B) Fotocopias de los soportes o documentales de los reintegros reali-

zados en la entidad bancaria Bancaja figurando algunos cercanos a los 3.000 euros cuya firma ha sido reconocida por la denunciante.

C) Documento suscrito por Diana el 11.7.2005 sin la intervención del recurrente, bajo la dirección del letrado de la acusación particular y con la asunción de una responsabilidad civil ajena al recurrente. Pues bien, no son documentos, aunque se hallan documentados en la causa bajo la fe pública judicial las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado ni de los testigos, ya que no son documentos ni las declaraciones del acusado ni las de los testigos ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia, SSTS. 26.3.2001 y 3.12.2001). No de otra forma decíamos en la STS. 55/2005 de 15.2 "ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LECrim.

En realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el art. 741 LECrim. Y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio.

Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados.

El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001. y 22.5.2003). Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004, con cita de las SS. 15.3.91, 12.11.92, 1.4.96, señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos

comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS. 1866/2000 de 5.12, que precisa que "incurrir la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, -y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial- a quien compete valorar con inmediatez la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 LECrim), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediación que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 y 219/96 de 1.4 entre otras).

Respecto a las fotocopias desde siempre esta Sala ha desconfiado de las mismas porque son de muy fácil trucaje, manipulación o distorsión que puede realizarse por cualquiera, mediante el empleo de técnicas sencillas al alcance de cualquier persona que tengamos conocimientos mínimos al respecto. Como dice la STS. 30.10.98 son numerosas las resoluciones de esta Sala que ponen en cuestión la fiabilidad de las fotocopias a efectos probatorios, habiéndose declarado que las fotocopias carecen de autenticidad (STS. 20.6.97), y no pueden alcanzar valor documental por no gozar de garantía alguna en cuanto a la manipulación de su contenido (STS. 26.2.92), añadiendo la STS. 25.02.97 que "es dudoso que las fotocopias puedan cumplir con las funciones inherentes al documento".

O como dice la STS. 28.3.2000 "debe tratarse de documentos originales y no tienen tal carácter las copias ni las fotocopias, pues estas carecen de toda fuerza de convicción para servir de medio de prueba de un hecho jurídico, pues es un medio inadecuado al no ser un original documental (SSTS. 23.1.98 y 8.3.2000)". Es cierto que esta doctrina ha sido analizada por esta misma Sala pues, como declara la STS. 2288/2001 de 22.11, resulta difícilmente sostenible una exclusión radical como elemento probatorio de esta específica clase de documentos, pues, como de declara en la STS de 14 de abril de 2.000, "las fotocopias de documentos son sin duda documentos, en cuanto escritos que reflejan una idea que plasma en el documento oficial...".

Por ello se insiste en la STS. 476/2004 de 28.4, no aparecen obstáculos insalvables que impidan que el Tribunal sentenciador pueda valorar el contenido de los documentos que obren en fotocopias en la causa, si bien debe de actuarse con pruden-

cia y dicha valoración haya de ser protegida por las cautelas y precauciones pertinentes. En el mismo sentido la STS. 811/2004 de 23.6, insiste en que "es doctrina de esta Sala que las fotocopias de documentos pueden valer como documentos, habrá que estar a su examen en cada caso, pero desde luego no es exacto que toda fotocopia de documento carezca per se de valor alguno, bastando al respecto la cita de las SSTS 1450/1999 de 18 de noviembre, 674/2000 de 14 de abril, 658/2003 de 9 de mayo y auto de inadmisión de 3 de abril de 2003", pero en el caso que nos ocupa esas copias de los soportes documentales de los reintegros realizados en Bancaja solo acreditarían que fue la propia titular quien firmó los reintegros lo que no esté en contradicción con que fuera acompañada a la entidad bancaria por el recurrente a quien entregaba las cantidades así extraídas, sin firma de recibo alguno y la ulterior disposición ilícita de las mismas por los acusados.

En lo referente al documento suscrito por Diana en fecha 11.7.2006, es tenido en cuenta y valorado por la Sala, pretendiéndose por el recurrente sustituir tal valoración por la suya, subjetiva e interesada, lo que es ajeno al motivo casacional que nos ocupa.

**DÉCIMO SÉPTIMO.-** El motivo sexto por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim. inciso primero, por no expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados. Se argumenta ene. motivo que la relación de hechos probados es vaga e insuficiente para subsumirlos en el precepto penal aplicado, por cuanto el documento suscrito por la coacusada es totalmente ajeno al recurrente y no existe prueba alguna de las cantidades extraídas superiores a las habituales.

La falta de claridad sólo deberá apreciarse cuando el Tribunal haya redactado el relato fáctico utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, oscuras o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes del mismo, de tal modo que no sea posible conocer con precisión qué es lo que el Tribunal declara probado y por tanto, resulte imposible su calificación jurídica (STS. 161/2004 de 9.2). Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 1006/2000 de 5.6, 471/2001 de 22.3, 717/2003 de 21.5, 474/2004 de 13.4, 770/2006 de 13.7) hacen viable a este motivo son los siguientes:

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de una imprecisión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resul-

tancia probatoria sin expresión por el juzgador de lo que considera probado, debe ser interna y no podrá oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógica o argumental, cuya impugnación deberá articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) La incompreensión, la ambigüedad, etc. del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) Además, la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declara probado.

d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrán dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión de cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, y es claro que toda sentencia penal tiene que contener junto al relato de hechos probados, la oportuna referencia a cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, al menos con referencia aproximada, sino es posible una precisión concreta, como sería deseable, su incompreensión por falta de acreditamiento no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquello que, efectivamente, resulte acreditado.

Ahora bien la falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que solo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incorporación del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incompreensión del relato provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 235/2000, 24.3.2001, 23.7.2001, 1.10.2004, 2.11.2004, 12.11.2004, 28.12.2005).

Por ello se insiste en que no concurre el quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el Tribunal puede no considerar probados o meramente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origina incompreensión del sentido del texto (SS. 31.1.2003, 28.3.2003, 2.7.2003, 7.10.2003, 12.2.2004). En efecto, la solución a las omisiones en los Hechos Probados no viene por el cauce de la -falta de claridad art. 851.1 -sino por la vía del art. 849.2 LECrim. En este sentido la STS. 4.5.99 precisa que la omisión de datos que debieron ser incluidos en el relato, según el recurrente, en

modo alguno constituye el defecto procesal contemplado en el precepto invocado, sino a lo más que podría dar lugar es que se procediera a completar la sentencia mediante el procedimiento legalmente establecido al efecto, que desde luego no es la vía utilizada por el recurrente, S. 6.4.92, porque las omisiones tan solo caben como motivo de casación por quebrantamiento de forma por falta de claridad en los hechos probados cuando ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido, pero no como aquí que no producen oscuridad alguna para la comprensión de lo narrado en la sentencia -SS. 18 y 28.5.92- o como dicen las SS. 375/2004 de 23.3 y 1265/2004 de 2.11, cosa distinta es que el recurrente pretenda ensanchar el "factum" con complementos descriptivos o narrativos, que considere esenciales, por repercutir en el fallo y que resultaron probados, a medio de documentos, que no fueron debidamente valorados por el Tribunal, lo que situaría el motivo en el campo del "error facti" que contempla el art. 849.2 LECrim.

En el caso presente las cuestiones suscitadas por el recurrente insistiendo en la valoración del documento suscrito por la coacusada y en la falta de prueba sobre las cantidades extraídas superiores a las habituales son ajenas al vicio in indicando que nos ocupa en cuanto en modo alguno suponen que el relato fáctico sea ininteligible, oscuro o dubitativo.

El motivo, por lo expuesto, deviene improsperable.

**DÉCIMO OCTAVO.-** El motivo séptimo por quebrantamiento de forma, art. 851.1 inciso segundo LECrim., por resultar manifiesta contradicción entre los hechos probados. Se alega en el motivo que en los hechos probados se declara que el recurrente se apropió de cantidades indeterminadas de dinero propiedad de Joaquina mediante la retirada personal con la libreta de ahorros y DNI. De la denunciante, o bien mediante la compañía de ésta. Siendo por tanto, necesario de estimarse quien y en qué ocasiones las sacaba el acusado el dinero, sin firma autorizada y en cuales disponía la denunciante -cantidades que sobrepasan los gastos habituales de manutención-, pero que en clara contradicción, posteriormente, se fija en 54.000 euros que se compromete a abonar la codenunciada.

Como la jurisprudencia ha recordado en sentencias 121/2008 de 26.2, 754/2007 de 2.10 y 253/2007 de 26.3, la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resultan incompatibles entre si, de suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de

los hechos (STS. 259/2004 de 4.3). La doctrina jurisprudencial reiterada 717/2003 de 21.5, 2349/2001 de 12.12, 776/2001 de 8.5, 1661/2000 de 27.11, señala para la prosperabilidad de este motivo los siguientes requisitos:

a) Que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trata de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconocible y antitético y no de una mera contradicción ideológica o conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada.

b) Debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma no pueda subscribirse en el contexto de la sentencia; es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.

Por ello la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no puede ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato.

c) Que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, esto es, no puede ser denunciada la contradicción que se advierte o crea advertirse entre el "factum" y la fundamentación jurídica de la resolución.

A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del Fundamento Jurídico que tengan su indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre los fundamentos fácticos tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.

d) La contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma. Por ello debe ser esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la material exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En definitiva, como decíamos en la STS. 1250/2005 de 28.10 "como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas".

En el caso presente -tal como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso- de la lectura de los hechos probados no puede aceptarse la existencia de contradicción sobre ellos, si se tiene en cuenta que lo indeterminado se refiere a cada una de las ocasiones en que ocurre la apropiación, pero no en cuanto a la totalidad que es asumida por la coacusada que se compromete a abonar a la perjudicada.

El motivo por lo razonado, se desestima.

DÉCIMO NOVENO.- El motivo octavo por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 inciso tercero LECrim., por haberse consignado como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico implican predeterminación del fallo. El motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo exige para su estimación, según reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 23.10.2001, 14.6.2002, 28.5.2003, 18.6.2004, 11.1.2005, 11.12.2006, 26.3.2007, 2.10.2007 y 28.11.2007):

a) Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.

b) Que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común.

c) Que tengan valor causal respecto al fallo.

d) Que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio sentencial denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4-, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial,

pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Crimi-

■

*"La aplicación, por ello, del tipo agravado por el abuso de relaciones personales (...) quedará reservada a aquellos supuestos, ciertamente excepcionales, en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo lucro típico del delito de apropiación indebida, se realice la acción típica desde la situación de mayor confianza o mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones, previas y ajenas, a la relación jurídica subyacente, en definitiva un "plus" que hace de mayor gravedad el quebranto de confianza en estos delitos."*

■

nal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos. No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal.

O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo.

Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio (STS. 28.5.2002).

Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente predeterminante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS. 429/2003 de 21.3, 249/204 de 26.2, 280/2004 de 8.3, 409/2004 de 24.3, 893/2005 de 6.7). En esta dirección la STS. 7.11.2001, nos dice:

"En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determine la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

En el caso actual se dice que la inclusión en los hechos probados conceptos tales como: "como consecuencia de la confianza generada en Joaquina por los servicios profesionales que

(...) Dimas, en su condición de gestor, habían prestado al esposo y hermano de la denunciante", son conceptos jurídicos que predeterminan el fallo de apropiación indebida con la especial gravedad del aprovechamiento de la credibilidad empresarial. Pretensión que debe ser rechazada pues quedan excluidas aquellas expresiones que, aunque utilizadas por el legislador, son de uso común del lenguaje ordinario y asequible, sin dificultad, por los no versados en materia jurídica.

Consiste, en fin, en sustituir el relato histórico, descripción natural de los acontecimientos, por la síntesis jurídica de los mismos, de forma que se aplique directamente la calificación jurídica, pues ello determina la inexistencia de una descripción his-

tórica previa subsumible en el tipo penal; lo que no sucede en el caso enjuiciado.

VIGÉSIMO.- El motivo noveno por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 LECrim. por no resolver la sentencia todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa, en tanto no se han tenido en cuenta ni alegatos ni hechos objeto de debate y a los únicos fines de acogerlos o desestimarlos, en concreto el desconocimiento de la cantidad exacta que presuntamente había sido objeto de apropiación, y el desconocimiento del "modus operando" de las diversas distracciones de capital.

La cuestión planteada coincide con las articuladas en el motivo sexto del recurso interpuesto por la coacusada Joaquina por lo que nos remitimos, para evitar repeticiones innecesarias, a lo argumentado en el Fundamento Jurídico décimo que antecede en orden a su desestimación.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Estimándose parcialmente los recursos interpuestos, las costas se declaran de oficio.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por Diana y Dimas, contra sentencia de 12 de mayo de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, en causa seguida contra los mismos por estafa, y en su virtud casamos y anulamos la referida resolución, dictando a continuación nueva sentencia, con declaración de oficio de las costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.- Luis Román Puerta Luis.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de julio de dos mil nueve.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Valencia, y fallada posteriormente por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia; y que fue seguida por delito de apropiación indebida, contra Diana, con DNI. núm.000, hija de Juan y de Ramona, nacida en Valencia el 14.6.1938, sin antecedentes penales, cuya solvencia no

consta y en situación de libertad provisional por esta causa; y contra Dimas, con DNI. núm.001, hijo de Juan y de Ramona, nacido el día 14.10.1949, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

#### ANTECEDENTES

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en el Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia precedente no es de apreciar el subtipo agravado del art. 250.1.7, debiendo reconducirse los hechos al tipo básico del art. 252 en relación con el art. 249 CP.

SEGUNDO.- En relación a la necesaria individualización de la pena, dentro del marco penológico del art. 249 CP. (6 meses a 3 años prisión), la Sala hace suyas las consideraciones expuestas por la sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico quinto, en especial la gravedad de la conducta desarrollada por los acusados, dadas sus circunstancias personales, abogada una y gestor otro, y las propias de la víctima, persona de avanzada edad, y considera adecuadas las penas de 1 año y 9 meses para Diana y 2 años prisión para Dimas dada su actividad directa y personal en las extracciones de dinero.

#### FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, debemos condenar y condenamos a Diana y a Dimas, como autores de un delito de apropiación indebida a las penas de 1 año y 9 meses y 2 años de prisión respectivamente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Gumerindo Jorge Barreiro.- Luis Román Puerta Luis.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



2009/171604

TC Sala: 1ª, Sentencia: 9 julio 2009, Ponente: María Emilia Casas Baamonde

## Ejercicio de competencias en materia de carreteras de las que el País Vasco no es titular

*El TC, que estima el recurso de inconstitucionalidad, declara nulo el inciso "a efectos única y exclusivamente funcionales" y la mención a la autopista A-1, Burgos-Cantábrico (Maltzaga), en el tramo comprendido entre el límite de Álava y Armiñón, de la disp. adic. segunda Ley del Parlamento Vasco 5/2002, de 4 octubre, de segunda modificación de la Ley reguladora del Plan general de carreteras del País Vasco, así como la inclusión en el anexo I de la misma Ley, de la autopista A-1, Burgos-Cantábrico (Maltzaga), en el tramo comprendido entre el límite de Álava y Armiñón, y de la autopista A-68, con comienzo en el enlace A-8 (Solución Sur) y fin en el límite de La Rioja. Considera que el legislador autonómico se ha excedido de los límites de su competencia en materia de carreteras pretendiendo determinar los efectos del ejercicio de una competencia de la que la Comunidad Autónoma no es titular.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso constitucional debemos resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Presidente del Gobierno, contra la disposición adicional segunda y el anexo I de la Ley del Parlamento Vasco 5/2002, de 4 de octubre, de segunda modificación de la Ley reguladora del plan general de carreteras del País Vasco.

La impugnada disposición adicional segunda establece lo siguiente: "Se considera, a efectos única y exclusivamente funcionales, que los siguientes ejes viarios de la red objeto del Plan pueden ser incluidos en la red de interés general del Estado:

- A-8, Autopista Bilbao-Behobia.
- A-1, Autopista Burgos-Cantábrico (Maltzaga).
- A-15, Autopista Aduana-Irurtzun.
- N-1, Madrid-Irún.
- N-622, Vitoria-Gasteiz-Altube (A-68).
- N-636, Beasain-Durango (por Kanpazar)." Por su parte, el anexo I recoge el catálogo de la red objeto del Plan general de carreteras del País Vasco, mencionando en su apartado A relativo al "Corredor Norte-Sur", a la autopista A-1, Burgos-Cantábrico (Maltzaga), con comienzo en

el límite de Álava en Rivabellosa y final en Eibar (Maltzaga A-8), con una longitud de 74,80 km; asimismo, en el apartado C "Corredor del Ebro", figura la A-68, Bilbao-Zaragoza, con comienzo en el enlace A-8 (Solución Sur) y final en el límite con La Rioja, con una extensión de 77 km., indicándose que es concesión de la Administración del Estado.

El recurso se fundamenta en la conculcación de las competencias del Estado en materia de carreteras por cuanto, según alega el Abogado del Estado, la disposición adicional segunda extendería sus efectos a carreteras de titularidad estatal, en concreto la autopista A-1 Burgos-Cantábrico (Maltzaga), en su tramo comprendido entre el límite de Álava y Armiñón. De este precepto también se cuestiona que contempla la eventual inclusión en la Red de interés general del Estado de determinadas carreteras de competencia autonómica, a efectos "única y exclusivamente funcionales", sin especificar el alcance concreto que deba darse a dicha previsión, pues se afirma que la competencia estatal para incluir una carretera en dicha Red en ningún caso puede ser objeto de disposición ni condicionamiento alguno por parte del legislador autonómico. Finalmente se estima contraria al orden competencial la inclusión, en el anexo I, que hace referencia a la Red objeto del Plan general de carreteras del País Vasco, tanto del tramo de la autopista A-1, que ya se ha mencionado, como de la autopista A-68.

A tales consideraciones se han opuesto, con argumentaciones idénticas, las representaciones procesales del Gobierno y Parlamento Vascos por cuanto consideran que las previsiones de la disposición adicional segunda carecerían de contenido normativo, respondiendo a la finalidad de servir de base a una coordinación voluntaria con el Estado en cuanto a la incorporación de los ejes viarios que se recogen en la misma, dentro de los límites y con los efectos que en ella se establecen. En cuanto a la inclusión de los tramos de las autopistas A-1 y A-68 en el catálogo de la Red vasca obedecería a la necesaria colaboración interadministrativa en esta materia.

SEGUNDO.- Así expuestas las posiciones de las partes en el presente recurso hemos de partir de que la controversia se ha trabado en relación con las competencias estatales y autonómicas en materia de carreteras, competencias que han sido objeto de delimitación en nuestras SSTC 65/1998, de 18 de marzo, y 132/1998, de 18 de junio, en las que hemos sentado una doctrina que, como se verá, resulta de aplicación a las cuestiones discutidas en el presente proceso.

En la STC 65/1998, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, tuvimos ya ocasión de señalar, en cuanto a la competencia estatal para disponer de su propia red de carreteras, que ésta resulta del artículo 149.1.24 CE, el cual confiere al Estado competencia exclusiva en materia de "obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma", ya que las carreteras son, indudablemente, una de las modalidades de obra pública más característica (STC 65/1998, FJ 8).

Por su parte, el Estatuto de Autonomía del País Vasco en su artículo 10.33 reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre las "obras públicas que no tengan la calificación legal de interés general o cuya realización no afecte a otros territorios", añadiendo el apartado 34 del citado precepto estatutario que, en materia de carreteras y caminos, además de las competencias contenidas en el apartado 5, número 1, del artículo 148 de la Constitución, las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos conservarán íntegramente el régimen jurídico y competencias que ostentan o que, en su caso, hayan de recobrar a tenor del artículo 3 de este Estatuto. El art. 148.1.5 CE permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materia de "carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma".

TERCERO.- Conforme a la referida delimitación competencial en la

materia debemos recordar también que, como reconocimos en la ya mencionada STC 65/1998, FJ 9, "al tener las carreteras estatales su asiento específico en el artículo 149.1.24 CE, ello significa que la distribución de competencias en materia de carreteras no aparece presidida exclusivamente por el criterio territorial".

Así, "la concreción de cuáles sean las carreteras -de interés general- corresponde, en principio, al Estado, sin perjuicio del ulterior control de este Tribunal; y... puesto que el constituyente no ha precisado qué daba entenderse por obras públicas de 'interés general', sin que pueda darse a la expresión un sentido único, los órganos estatales (y muy singularmente el legislador) disponen de un margen de libertad para determinar en qué supuestos concurren las circunstancias que permiten calificar a una carretera como de interés general e integrarla en la Red de Carreteras del Estado, correspondiendo a este Tribunal sólo un control externo en el sentido de que su intervención se limita a determinar si se han transgredido los márgenes dentro de los cuales los órganos del Estado pueden actuar con libertad" (STC 65/1998, de 18 de marzo, FJ 10).

De esta manera, el criterio del 'interés general' viene a completar al puramente territorial, sin excluirlo esencialmente, pero añadiendo al mismo una dimensión cualitativa que permite atender a la relevancia de las carreteras en su función de infraestructuras del transporte y las comunicaciones terrestres (esto es, a la trascendencia de los itinerarios del tráfico o transporte que se efectúa sobre las mismas), introduciendo así una mayor racionalidad en el reparto de competencias en esta materia" (STC 65/1998, FJ 11).

"La integración de una carretera en un itinerario de interés general" no puede considerarse inconstitucional simplemente por apelar al concepto de 'interés general', ya que, como hemos indicado, tal criterio no es ajeno a la distribución de competencias trazada en esta materia por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, y no excluye la consideración simultánea del criterio territorial" (STC 65/1998, FJ 12). A la cuestión de la Red de carreteras del Estado nos hemos referido también en la STC 132/1998, de 18 de junio, en la que resolvimos el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 2/1989, de 30 de mayo, reguladora del Plan general de carreteras del País Vasco. Entre otros aspectos, en dicha Sentencia examinamos las menciones, contenidas en el anexo, de las autopistas A-1, A-8 y A-68 y afirmamos en su fundamento jurídico 12 con cita de nuevo de la STC 65/1998, que:

"todas las partes en el presente proceso reconocen que las autopistas A-1, A-8 y A-68 forman actualmente

parte del catálogo de carreteras de la Red de interés general del Estado, y que en la actualidad su titular es el Estado, que ostenta plena competencia sobre ellas.

En consecuencia, según lo previsto en la Ley de las Cortes Generales 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, seguirán sujetas a la potestad de las instituciones del Estado mientras no se modifique la Red estatal de carreteras por el procedimiento previsto en dicha Ley general, sin que a tal efecto sea relevante el hecho de su régimen concesional (STC 65/1998, FFJJ 4, 11 y 12)".

En la misma Sentencia y fundamento jurídico examinamos la disposición transitoria tercera de la Ley del Parlamento Vasco 2/1989 en la que se señalaba que, "en tanto no se proceda al traspaso de funciones y servicios, la mención de las Autopistas A-1, A-8 y A-68 se entiende limitada a los efectos reseñados en el apartado primero del artículo 20 y en el artículo 21 de la Ley". Así, decla-

■

*"...nunca un legislador autonómico puede disponer nada acerca del ámbito legislativo propio del legislador estatal, ni puede decir nada sobre el momento de entrada en vigor de las leyes del Estado..."*

■

ramos inconstitucional el inciso inicial de la referida disposición "en tanto no se proceda al traspaso de funciones y servicios", afirmando al respecto lo siguiente: "la concreta declaración de que la titularidad del Estado sobre las autopistas de su competencia es provisional resulta contraria al bloque de la constitucionalidad".

Añadimos al respecto:

"Que se proceda o no al traspaso de funciones y servicios sobre estas carreteras estatales es una eventualidad ajena de todo punto a la potestad legislativa del Parlamento Vasco, y que depende de si se modifica, o no, en el futuro la Red estatal de carreteras, en los términos que han sido declarados constitucionales por la STC 65/1998, fundamentos jurídicos 4 y 9 a 12, y que se acomode al reparto de competencias establecido en el País Vasco analizado en anteriores fundamentos jurídicos de esta Sentencia. Los distintos legisladores que forman parte del Estado de las Auto-

nomías pueden interpretar el alcance y los límites de su propia competencia, definida en la Constitución y en el respectivo Estatuto de Autonomía, cuando la ejercitan al aprobar las leyes que les corresponden.

Pero, lo mismo que no pueden hacer una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias (STC 76/1983, FJ 4), tampoco pueden hacer una interpretación que condicione para el futuro las competencias ostentadas por las restantes instituciones generales y autonómicas del Estado, pues tanto en un caso como en otro se estarían subrogando en el ejercicio del poder constituyente, sin contar con una expresa previsión constitucional o estatutaria (STC 227/1998, FJ 3).

Como declaramos en la STC 46/1990, nunca un legislador autonómico puede disponer nada acerca del ámbito legislativo propio del legislador estatal, ni puede decir nada sobre el momento de entrada en vigor de las leyes del Estado (fundamento jurídico 4)".

Finalmente, en los fundamentos jurídicos 13 y 14 de la misma STC 132/1998 enjuicamos la inclusión en la Red vasca de carreteras del tramo de la N-1 de Madrid a Irún que discurre por el Condado de Treviño, estimando que la inclusión de dicho tramo en el anexo de la Ley vasca impugnada había de estimarse inconstitucional, por corresponder al Estado las competencias sobre dicho tramo de carretera.

CUARTO.- Expuesta nuestra doctrina nos corresponde abordar ya los extremos impugnados de la disposición adicional segunda y del anexo de la Ley del Parlamento Vasco 5/2002, de 4 de octubre.

Para ello, definidas las carreteras del Estado sobre la base del criterio del interés general acogido expresamente en el art. 149.1.24 CE, la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, contiene, conforme a su artículo 1, la regulación de la planificación, proyección, construcción, conservación, financiación, uso y explotación de las carreteras estatales, esto es, de las integradas en un itinerario de interés general o cuya función en el sistema de transporte afecte a más de una Comunidad Autónoma (art. 4.1).

Tales carreteras constituyen la Red de carreteras del Estado (art. 4.2). La disposición adicional primera indica que como anexo a la Ley figura la relación y denominación de las carreteras estatales, autorizando al entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo para actualizar el inventario de las carreteras estatales, su denominación e identificación, así como la información sobre las características, situación, exigencias técnicas, estado, viabilidad y nivel de utilización de las mismas; actualización que, a los efectos del presente proce-



so, ha de entenderse contenida en el Real Decreto 1421/2002, de 27 de diciembre, que modifica el inventario de autopistas de peaje integradas en la Red de carreteras del Estado, cuyo anexo cita expresamente los dos tramos de autopista cuya inclusión en la Ley del Parlamento Vasco 5/2002 ha sido impugnada.

Por conveniencia de la argumentación, examinaremos en primer lugar la inclusión en el anexo de la Ley impugnada ("Catálogo de la Red objeto del Plan General de Carreteras del País Vasco") del tramo de la autopista A-1 comprendido entre el límite de Álava y Armiñón y de la autopista A-68, con comienzo en el enlace A-8 (Solución Sur) y fin en el límite de La Rioja.

En los dos casos, resulta clara la vulneración de la competencia estatal sobre ambos tramos de autopista, por cuanto basta para apreciarla con la simple constatación de que los mismos forman parte de la Red de carreteras del Estado, tal como las partes comparecidas han reconocido y resulta del anexo del Real Decreto 1421/2002, de 27 de diciembre, que modifica el inventario de autopistas de peaje integradas en la Red de carreteras del Estado, sin que dicha inclusión haya sido cuestionada competencialmente.

Resulta claro entonces que la inclusión de tramos integrados en la Red de carreteras del Estado entre las que pueden incluirse en la Red del Plan general de carreteras del País Vasco implica desconocer su actual incorporación a aquella y, en consecuencia, la competencia estatal sobre ambos tramos.

A tal efecto, la coordinación de actuaciones, derivada de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Ley del Parlamento Vasco 2/1989, que se alega por las representaciones procesales de las instituciones vascas como justificación de la inclusión de las dos autopistas en el anexo I de la Ley 5/2002, no puede servir para obviar que, a diferencia de lo que ocurría en el caso resuelto en relación con la citada disposición transitoria tercera en la STC 132/1998, los dos tramos en cuestión han sido incluidos en el Catálogo de la Red objeto del Plan general de carreteras del País Vasco sin que esa inclusión se limite al efecto de facilitar la siempre necesaria cooperación con el Estado.

Con ello se desconoce la titularidad de la competencia sobre los mismos por parte del Estado, obviando que el establecimiento de fórmulas de colaboración entre las Comunidades Autónomas y el Estado requiere el mutuo respeto de las respectivas competencias, que son irrenunciables, en el marco establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Por ello, la inclusión en el anexo I de la Ley del Parlamento Vasco 5/2002 de la autopista A-68 con comienzo en el enlace A-8 (Solución Sur) y fin en el límite de La Rioja es inconstitucional, sin que a estos efectos sea relevante el hecho de su régimen concesional, y lo mismo sucede con la mención de la autopista A-1, si bien, en este caso, únicamente en su tramo comprendido entre el límite de Álava y Armiñón, que es el integrado en el catálogo de la Red de interés general del Estado.

QUINTO.- Nos resta por analizar y resolver la impugnación de la disposición adicional segunda de la Ley del Parlamento Vasco 5/2002 respecto a la que se plantean dos órdenes de cuestiones diferentes. En primer lugar, la inclusión en la citada disposición adicional segunda de una referencia a la autopista A-1, Burgos-Cantábrico (Maltzaga), como eje viario de la red objeto del Plan que puede ser incluido en la Red de interés general del Estado, precisándose que tal inclusión los efectos "única y exclusivamente funcionales".

Prescindiendo de esta última consideración, que analizaremos inmediatamente, habida cuenta de que la disposición adicional segunda alcanza al tramo de la autopista A-1 comprendido entre el límite de Álava y Armiñón, de titularidad estatal, dicha inclusión resulta ser, en ese concreto aspecto, inconstitucional, tal y como ya hemos expuesto en el fundamento jurídico anterior.

Un segundo motivo de impugnación de la disposición adicional segunda se dirige al inciso "a efectos única y exclusivamente funcionales", con el que se ciñe la posible inclusión de diversas carreteras de la red objeto del Plan general de carreteras del País Vasco en la Red de interés general del Estado.

Para resolver esta cuestión debemos volver una vez más a la doctrina de la STC 65/1998, de 18 de marzo, en la que, tras reconocer la competencia del Estado y la libertad del legislador estatal para determinar en qué supuestos concurren las circunstancias que permiten calificar una carretera como de interés general e integrarla en la Red de carreteras del Estado (FJ 10) afirmamos que "el criterio del interés general puede permitir la consideración como carretera estatal de una carretera de itinerario íntegramente comunitario, y que a este Tribunal no le corresponde determinar a priori cuáles puedan ser esas razones de interés general" (FJ 12).

Corresponde al Estado, en virtud de su propio título de intervención en materia de carreteras, asumir la totalidad de las competencias sobre las que se integren en dicha Red, que

tiene asiento en el art. 149.1.24 CE. Por su parte la Ley 25/1988, de 29 de julio, establece, en su art. 4, los criterios que permiten calificar una carretera como estatal, con la consecuencia de que corresponderá al Estado la planificación, proyección, construcción, conservación, financiación, uso y explotación de la misma.

A este respecto, cumple advertir que, en cuanto a las carreteras ya existentes, el precepto citado no prevé más formas de incorporación a la Red estatal que el cambio de titularidad de la carretera en virtud del acuerdo mutuo de las Administraciones públicas interesadas (art. 4.2.1), de suerte que la modificación unilateral de la composición de la Red de carreteras del Estado mediante la incorporación de carreteras existentes por la sola voluntad del Estado no es una posibilidad prevista por el propio legislador estatal.

De esta forma no cabe descartar que el criterio del interés general pueda permitir la consideración como carretera estatal de una carretera de itinerario íntegramente comunitario, consideración que conlleva la plena asunción de competencias por el Estado sobre la misma, previo el acuerdo con la Administración interesada exigido por la propia legislación estatal, lo que no es más que la constatación de que esta materia resulta especialmente idónea para el establecimiento de fórmulas de colaboración.

Así, la concreta declaración de que la eventual incorporación de una carretera a la Red estatal lo es "a efectos única y exclusivamente funcionales" resulta contraria al orden de distribución de competencias, pues pretende limitar una competencia estatal que se ejerce de forma completa desde el momento en que, previo el mecanismo de colaboración normativamente previsto por el titular de la competencia, una carretera se incluye en la Red de carreteras del Estado.

De esta manera los efectos de la hipotética incorporación de los ejes viarios mencionados en la disposición adicional segunda a la referida Red estatal es una cuestión de todo punto ajena a la potestad legislativa del Parlamento Vasco, ya que depende de si se modifica, o no, en el futuro la Red estatal de carreteras. Cuestión ésta determinante del alcance de las atribuciones estatales sobre las carreteras integradas en la Red de su competencia, competencia que, para poder ser ejercida precisa del acuerdo de las restantes Administraciones públicas implicadas.

Necesidad de acuerdo que, en cuanto permite la adecuada articulación e integración competencial, salvaguarda adecuadamente las preexistentes competencias autonómi-

cas sobre una carretera en la eventualidad de que la misma pudiera ser integrada en la Red de interés general de competencia estatal. La evidente necesidad de cooperación en esta materia no habilita a la institución autonómica para modular e interpretar una competencia estatal que le es ajena, pues ya tenemos afirmado que, al margen de la decisión última que corresponderá a este Tribunal en caso de ser requerido para ello, nos encontramos en el ámbito normativo propio del legislador estatal al que, por ello, corresponde, como efectivamente ha hecho, determinar los efectos y la forma de incorporación de una carretera ya existente a la Red de carreteras del Estado.

El legislador autonómico se ha cedido así de los límites de su competencia en materia de carreteras pretendiendo determinar los efectos del ejercicio de una competencia de la que la Comunidad Autónoma no es titular.

Por todo ello, el inciso "a efectos única y exclusivamente funcionales" de la disposición adicional segunda de la Ley 5/2002 vulnera el orden constitucional de competencias resultando inconstitucional y nulo.

## FALLO

Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia:

PRIMERO.- Declarar que es inconstitucional y nulo el inciso "a efectos única y exclusivamente funcionales" y la mención a la autopista A-1, Burgos-Cantábrico (Maltzaga), en el tramo comprendido entre el límite de Álava y Armiñón, de la disposición adicional segunda de la Ley del Parlamento Vasco 5/2002, de 4 de octubre, de segunda modificación de la Ley reguladora del plan general de carreteras del País Vasco.

SEGUNDO.- Declarar que es inconstitucional y nula la inclusión en el anexo I de la Ley del Parlamento Vasco 5/2002, de 4 de octubre, de segunda modificación de la Ley reguladora del plan general de carreteras del País Vasco, de la autopista A-1, Burgos-Cantábrico (Maltzaga), en el tramo comprendido entre el límite de Álava y Armiñón, y de la autopista A-68, con comienzo en el enlace A-8 (Solución Sur) y fin en el límite de La Rioja.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a nueve de julio de dos mil nueve. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.



2009/120193

TS Sala: 1ª, Sentencia: 25 mayo 2009, Ponente: José Almagro Nosete

Por pérdida de confianza

## Desistimiento unilateral en contrato de mediación de venta

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió a la demandada considerando procedente el desistimiento unilateral del contrato de mediación de venta que le unía con la actora al perder la confianza depositada en ella y ante la falta de expectativas y resultados contratados, sin que tal desistimiento pueda considerarse abusivo ni suponga que tenga que hacerse cargo de los gastos desembolsados por el corredor en cumplimiento del encargo recibido.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso de casación el examen de la procedencia del desistimiento que de modo unilateral realizó la entidad demandada "Promotora Andaluza de Cooperativas, S.L." (en lo sucesivo "Pracs") en relación al contrato de "mandato de venta" de fecha 25 de agosto de 2000 celebrado entre ésta y la entidad actora y recurrente en casación "Marantilla Inmobiliaria, S.L."

La Audiencia ha entendido que se está ante un contrato de mediación o corretaje, por lo que no es aplicable el plazo de prescripción de un año previsto en la Ley de Agencia alegado por la demandada, tratándose de un contrato de duración indeterminada, basado en la confianza mutua entre las partes que lo conciertan, por lo que puede ser revocado cuando la misma cesa, siendo ello precisamente lo que ocurrió, puesto que la parte demandada perdió la confianza depositada en la actora cuando ésta no consiguió vender las viviendas de la primera fase a pesar de haberle otorgado exclusividad durante un tiempo más que razonable, hasta el punto de que transcurrido sobradamente ese plazo fue finalmente la entidad demandada la que tuvo que vender cuatro de las veintiuna viviendas de las que constaba la promoción.

Considera la Sala de apelación que el incumplimiento de las expectativas sobre las que se firmó el contrato autorizaba por tanto a la demandada a rescindir el contrato de duración indeterminada, sin que ello pueda considerarse abusivo, ya que el único gasto que realizó la parte actora respecto a la segunda fase fue el de 1.720 euros en publicidad, lo que

dada su escasa cuantía y entidad, suficientemente compensada por otro lado con los beneficios obtenidos en la primera fase, no puede permitir sin más afirmar que facilitase o fuese decisivo para la venta por parte de la demandada de las viviendas de la segunda fase.

Se añade que se había pactado, por otra parte, que la actora se obligaba a sufragar todos los gastos necesarios para llevar a cabo su labor.

Concluye la Audiencia que la entidad demandada podía desistir unilateralmente del contrato de corretaje concertado, sin que tal desistimiento pueda considerarse abusivo ni suponga que tenga que hacerse cargo de los gastos desembolsados por el corredor en cumplimiento del encargo recibido.

Por "Marantilla Inmobiliaria, S.L." se interpone recurso de casación, articulado en un único motivo, en el que se argumenta, en síntesis, que la aplicación del artículo 1733 del Código Civil que hace la Sentencia recurrida con base en una interpretación de la doctrina jurisprudencial al respecto, es desafortunada por incompleta.

Sostiene que no se estaba ante un mandato, y que la labor que realizó la demandante ha de situarse dentro del arrendamiento de servicios. Ignora la Sentencia impugnada, a juicio de la parte recurrente, que la mediación o corretaje es un contrato nominado "facio ut des", atípico, consensual y oneroso, perteneciente al grupo de los contratos de gestión y mediación, regido por la normativa general de las obligaciones y contratos, que no puede ser derogada por la aplicación del art. 1733 del Código Civil.

Sostiene que, aunque se estuviera ante un contrato sometido a las reglas generales del mandato, éste sería irrevocable, por aplicación de la doctrina jurisprudencial que cita (SSTS 4-5-1973, 1-6-1991 y 11-5-1993), puesto que no sólo están en juego los intereses legítimos de ambas partes contratantes, sino que se estipuló la subordinación de su duración a cierto plazo y a la ejecución de determinado evento futuro.

La perfección del contrato originó un derecho o facultad, consistente en la prestación de un servicio de venta en exclusiva de determinado grupo de viviendas, que se materializaría a partir de un determinado evento (finalización de la estructura de los inmuebles) y durante quince meses, facultad que comportaba automáticamente las inevitables retribuciones económicas, obviándose el art. 1091 del Código Civil, relativo a la fuerza vinculante de los contratos, el art. 1256 del mismo texto, que impide que el cumplimiento de una obligación quede al arbitrio de uno sólo de los contratantes, así como los artículos 1101 y 1258 del mismo texto legal.

Entrando en el examen del motivo, debe señalarse que, como se expresa en la Sentencia de esta Sala de 30 de marzo de 2007, el contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario (SSTS de 10 de marzo de 1992 y 19 de octubre de 1993).

Constituye un contrato atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil (STS de 6 de octubre de 1990, entre otras muchas).

En el supuesto de autos, la pretendida por la recurrente aproximación del contrato de que se trata al de arrendamiento de servicios no fue alegada en la demanda, cuando tal afirmación, ligada íntimamente a la labor de calificación contractual, propia de la instancia, debe asentarse en un soporte fáctico, por apreciación de circunstancias concurrentes y características de la relación, que debe ser objeto de debate y contradicción entre las partes, por lo que debe calificarse de cuestión novedosa y, por tanto, no planteable en casación.

Pero, además, tampoco puede compartirse la afirmación de la parte recurrente de que la tarea de promoción encargada a la demandante tu-

viera el carácter de insustituible, desde el momento en que la demandada pasó a encargarse directamente de la venta del resto de viviendas de la primera fase y de la promoción de la venta de las viviendas de la segunda fase constructiva, sin que se haya apreciado que ello le supusiera una especial dificultad.

No sólo cabe aplicar analógicamente, en lo que sean de aplicación, los preceptos relativos al mandato, aunque, desde luego, la mediación y el mandato son contratos diferentes, sin perjuicio de que éste pueda añadirse a aquél, sino también, y ello se ajusta mejor al supuesto de autos, los atinentes a la comisión mercantil, cuyos preceptos bien pueden ser aplicados al caso de la gestión de la venta de pisos (así en Sentencia de esta Sala de 13 de noviembre de 2008).

En la comisión, aun cuando se haya fijado un plazo de duración, cabe la revocación unilateral del contrato, siempre que ésta obedezca a justa causa (sentencias de 4 de abril de 1998 y de 15 de noviembre de 2000, que cita la de 21 de noviembre de 1963).

En Sentencia de 13 de noviembre de 2008 se expone que esta facultad de desistimiento unilateral, que es excepcional en el marco de las relaciones contractuales de carácter bilateral, se explica por la naturaleza de esta figura negocial, basada en la recíproca confianza, y se convierte en regla cuando la relación negocial no tiene plazo definido de duración; en tales casos, la resolución unilateral por el comitente no confiere al comisionista más derechos que los que reserva a su favor el artículo 279 del Código de Comercio.

Debe tenerse presente que, como se explica en la Sentencia de 6 de noviembre de 2006, no siempre que se extingue un contrato basado en la confianza mutua procede la compensación económica.

Sólo en los casos en que la resolución unilateral del contrato haya vulnerado el plazo de preaviso pactado, se muestre contraria a las exigencias de la buena fe contractual o sea abusiva, cabe admitir la procedencia del derecho a la indemnización; pero en tales casos su fundamento se ha de buscar, bien en el incumplimiento de lo acordado en punto al modo en que debía de realizarse la denuncia unilateral, bien en la omisión de la buena fe que modula el contenido de la relación negocial, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Código de Comercio y en el artículo 1258 del Código Civil (en uno y otro caso se advierte, en definitiva, la existencia de un incumplimiento contractual), bien, en fin, en el ejercicio abusivo o malicioso de un derecho que da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 y 2 del Código Civil.



# EL DERECHO

Año XVI. Número 2748

Madrid, 21 de octubre de 2009

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

En el caso que nos ocupa, el contrato de mediación o corretaje concertado entre las partes es de duración indeterminada, como afirma la Audiencia, aunque en el inicio de las dos fases de construcción se pactase, respectivamente, un plazo de exclusividad, que fue ampliamente rebasado en cuanto a la primera fase por la entidad actora, que no consiguió vender todas las viviendas objeto de la misma, de modo que tuvo que venderlas directamente la entidad demandada, que de tal modo perdió la confianza en que la actora pudiera realizar una eficaz promoción de venta de las viviendas de la segunda fase.

Así las cosas, y no habiéndose apreciado en la instancia que exista una resolución unilateral e injustificada del contrato, ni que el desistimiento de la demandada fuera malicioso o abusivo, no puede tacharse de improcedente el desistimiento unilateral del contrato por la entidad demandada.

Por todo lo cual, se desestima el recurso de casación.

SEGUNDO.- En materia de costas del presente recurso de casación, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponerlas a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad "Marantilla Inmobiliaria, S.A.", contra la Sentencia de fecha 28 de octubre de 2004, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, en el rollo de apelación 5999/2004, con imposición de las costas del presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete.

Rubricado y Firmado.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. SR. D. José Almagro Nosete, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.

### TS CIVIL

2009/112081

TS Sala 1ª, Sentencia 29 mayo 2009.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

#### Prescripción de acción en reclamación de indemnización por operación de esterilización inconsciente

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió a los demandados del pago a la actora de la indemnización reclamada por los daños causados derivados de una operación de esterilización inconsciente, estimando la excepción de prescripción planteada al sostener que la relación de la actora con el servicio de salud codemandado es una relación jurídico-pública, distinta en su conformación técnica de la genuina contractual, por lo que procedía declarar prescrita la acción ejercitada.

2009/101651

TS Sala 1ª, Sentencia 28 mayo 2009.  
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

#### Acuerdo transaccional que lleva a la cancelación de hipoteca de máximo

El TS desestima el rec. de casación confirmando la conclusión de la sen-

tencia recurrida que consideró que, a partir del recibo presentado como prueba, se puede estimar que existió un acuerdo transaccional entre las partes, aunque no se hiciera constar por escrito, teniendo en cuenta que se pagó por parte de la empresa deudora, ahora recurrente, una cantidad menor a la realmente debida, que de esta forma quedó liquidada la deuda que mantenía la ahora recurrente con la entidad bancaria demandada, y que, como consecuencia de ello, la recurrente obtuvo la cancelación de la hipoteca de máximo que garantizaba el pago de sus obligaciones.

### TS PENAL

2009/56261

TS Sala 2ª, Sentencia 8 abril 2009.  
Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

#### Absolución del delito de estafa al no quedar acreditado el engaño

La sentencia de instancia que condenó al acusado por un delito de alzamiento de bienes y absolvió al mismo y a otra acusada de otros delitos es recurrida por el condenado así como por la acusación particular. El TS rechaza el recurso de casación interpuesto por la acusación particular y señala que no procede imponer condena alguna debiendo mantenerse las absoluciones dictadas. La Sala estima, en cambio, el recurso del acusado y absuelve al

mismo del delito imputado pues del relato fáctico y de la fundamentación resulta una situación de crisis económica cuyos últimos pagos no han podido ser atendidos, pero no resulta acreditada la realización de la estafa, concretamente del engaño dirigido a la obtención de un patrimonio ajeno que es dispuesto desde el error sufrido por el engaño.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/83001

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 11 mayo 2009.  
Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil

#### Caducidad del deslinde de vía pecuaria por el transcurso del plazo fijado en el Decreto autonómico

Se desestima el presente recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada por el TSJ Andalucía, sobre deslinde de vía pecuaria. La Sala de instancia, en la sentencia recurrida, declaró la caducidad del expediente, al haber transcurrido un plazo superior a los 18 meses establecido en el Decreto autonómico 155/1998 sin haberse notificado la resolución del expediente. Ninguna razón hay para dejar de apli-

car a este procedimiento de deslinde, perjudicial para la mercantil actora, que ve cómo el deslinde impugnado dibuja una vía pecuaria demanial en terrenos que ella cree de su propiedad, la caducidad que de forma tan clara proclama el art. 44, 2 Ley 30/1992, en la redacción operada por la Ley 4/1999, que es aplicable al procedimiento de deslinde de referencia.

### TS SOCIAL

2009/134898

TS Sala 4ª, Sentencia 11 mayo 2009.  
Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

#### Abono de atrasos con compensación o absorción

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que rechazó la demanda promovida frente al Ministerio de Administraciones Públicas sobre derecho de los trabajadores incluidos dentro del ámbito de aplicación del II Convenio Colectivo Único a percibir íntegramente los atrasos devengados en cierto periodo sin aplicar absorción alguna.

Considera la Sala que los atrasos no son en el caso enjuiciado más que retribuciones previstas en un convenio que tienen que abonarse con posterioridad a la fecha de su devengo ideal, que es anterior a la fecha de la norma que las establece o modifica su cuantía, debiéndose examinar para cada concepto abonado como atraso su naturaleza, cuantía y conexión con los conceptos con los que se ha establecido la relación de absorción o compensación, para determinar si esas relaciones son correctas, análisis que no se ha abordado en el recurso.