



Roj: **STS 1561/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1561**

Id Cendoj: **28079120012024100247**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2024**

Nº de Recurso: **1203/2022**

Nº de Resolución: **260/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 260/2024

Fecha de sentencia: 15/03/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1203/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/01/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN SEXTA

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

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1203/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 260/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 15 de marzo de 2024.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número **1203/2022**, interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2021 dictada en el Rollo de Apelación núm. 177/2021 por la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Sexta que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 122/2021 de 12 de marzo de 2021 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Barcelona, en la causa PA 425/20.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, **D. Ovidio** representado por la Procuradora D^a Raquel Cabrera Callero bajo la dirección letrada de D^a Primitiva García Rebollo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona, incoó Diligencias Previas núm. 320/2019, por delito continuado de administración desleal, contra Ovidio ; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 6 de Barcelona, (P.A. núm. 425/20) quien dictó Sentencia num. 122/2021 en fecha 12 de marzo de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- Resulta probado y así se declara que el acusado Ovidio , con DNI NUM000 , mayor de edad y sin antecedentes penales, como representante legal y administrador único de la entidad GESTFINQUES SARRIA SL se encargó de la administración de la Comunidad de Propietarios del parking de la CALLE000 nº NUM001 de Barcelona desde el 5 de octubre de 2017 hasta el 15 enero de 2019, estando autorizado para operar con la cuenta bancaria que dicha comunidad de propietarios tenía en el Banco Sabadell con nº NUM002 , donde abonaban los pagos que como copropietarios les correspondían y desde donde se abonaban los gastos de la Comunidad. El acusado, guiado por el deseo de obtener un beneficio patrimonial ilícito, desde el 21/02/2018 hasta el 8/01/2019 realizó 16 transferencias por importes de 1.815 euros, 10.312,56 euros, 4.580,26 euros, 2.000 euros, 2.000 euros y otras cantidades dinerarias a la entidad Gestfinques Sarriá SL, no relacionados con gastos de la Comunidad de Propietarios, por importe total de 24.663,26 euros, que el acusado distrajo y que fueron ingresados posteriormente por el mismo el día 13 de mayo de 2019, después de ser citado en este procedimiento como investigado, a través de la entidad Waikiki Invest SL., sociedad de la que también es administrador, en la cuenta de la Comunidad de Propietarios.

SEGUNDO.- No ha quedado probado que igualmente el acusado en sus funciones de gestión de la Comunidad de propietarios encargó los mandos a distancia de la puerta nueva que se instaló en el parking, sin que hasta el momento se los haya entregado a los propietarios, así como 90 euros que fueron entregados para estos mandos. Ha quedado probado que los referidos mandos y el dinero fueron entregados a la Comunidad de Propietarios.

TERCERO.- No ha quedado probado que el acusado como Representante Legal de Gestfinques Sarriá SL, también se encargaba de la gestión del alquiler del local de la calle Monterols 1 de Barcelona, propiedad de Josefina y CiA GB, realizando el contrato de alquiler el 1 de agosto de 2018 con la entidad VUONG, SL por importe de 550 euros más IVA, estableciéndose que la arrendataria haría entrega a la parte arrendadora de la cantidad de 1.100 euros en concepto de fianza legal del contrato para que la arrendadora los ingresase en el INCASOL en dicho concepto, apropiándose el acusado de esta cantidad que con ánimo de obtener un ilícito beneficio recibió de la entidad arrendataria y no entregó a la Sra. Josefina para que fueran ingresados en la entidad INCASOL, teniendo la Sra. Josefina que realizar dicho ingreso con su propio dinero y abonar el recargo de 165 euros por no haber realizado el ingreso en el INCASOL en el plazo legal de 2 meses desde la fecha del contrato de alquiler".

SEGUNDO.- Juzgado de lo Penal que dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que ABSOLVIÉNDOLE del delito de apropiación indebida del art. 253 CP por el que venía siendo acusado, debo CONDENAR y CONDENO a Ovidio , con DNI NUM000 , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de administración desleal del art. 252 en relación con los arts. 249 y 74 CP, concurriendo la circunstancia atenuante de reparación del daño como muy cualificada del art. 21.5ª CP, a la pena CINCO (05) MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para la profesión de administrador de fincas y gestor inmobiliario durante el tiempo de la condena y al pago de la mitad de las costas procesales causadas en la presente instancia, debiéndose declarar la otra mitad de oficio por el delito por el que ha sido absuelto.

Notifíquese esta resolución a todas las partes personadas, personalmente al acusado, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación para ante la Excmo. Audiencia Provincial de Barcelona, en el plazo de DIEZ DÍAS".



TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Ovidio , dictándose por Audiencia Provincial de Barcelona Sección Sexta sentencia en fecha 20 de septiembre de 2021, en el Rollo de Apelación P.A. núm. 177/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ovidio contra la sentencia de 12 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Barcelona en sus autos de Procedimiento Abreviado núm. 425/2020, y, en su consecuencia, REVOCAMOS la referida sentencia, y ABSOLVEMOS a Ovidio .

Las costas se declaran de oficio.

Notifíquese a las partes la presente sentencia, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación exclusivamente por infracción de precepto penal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en la aplicación ley penal (artículos 847.1-b y 849-11º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Único.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim por indebida inaplicación del art 252 y, en su caso 253 CP.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de D. Ovidio presentó escrito de oposición; y el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 10 de mayo de 2021 queda instruido de la impugnación al recurso; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 13 de marzo de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en casación el Ministerio Fiscal la sentencia de 20 de septiembre de 2021, dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Sexta donde se absuelve al acusado Ovidio .

1. Formula un único motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim por indebida inaplicación del art 252 y, en su caso 253 CP.

Expone que la sentencia impugnada estima el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado contra la dictada por el Juzgado de lo Penal de fecha 12 de marzo de 2021, que le condenaba como autor de un delito continuado de administración desleal del art. 252, en relación con los arts. 249 y 74 CP concurriendo la circunstancia atenuante de reparación del daño, como muy cualificada, como pena principal a cinco meses de prisión, además de las accesorias (y le absolvía de un delito de apropiación indebida del art. 253 CP).

Así como que en su resolución, la Sala de apelación, mantiene el relato de hechos declarados probados en primera instancia, pero, no obstante, considera que no constituyen un delito de administración desleal, conforme a la previsión del art. 252 CP en la redacción otorgada por la LO 1/2015, ya vigente al tiempo de ocurrir los hechos, pero sí un delito de apropiación indebida del art. 253 CP; y revocando la de primera instancia, dicta sentencia en apelación absolviendo al acusado.

Argumenta el Ministerio Fiscal, que la sentencia de la Audiencia reconoce la homogeneidad de los delitos de administración desleal y apropiación indebida, pero no condena al acusado por el delito de apropiación indebida cometido, a juicio del propio Tribunal sentenciador, en la consideración de que "en esta alzada nos está vedada la condena por apropiación indebida ya que la cuestión no ha sido objeto de recurso", incurriendo por ello, concluye, al no condenar por apropiación indebida, en infracción de ley por indebida aplicación del art. 253 CP.

Entiende que, de conformidad con la doctrina de esta Sala Segunda, no existe obstáculo legal para condenar en la instancia, en apelación o en casación por delito distinto del que ha sido objeto de acusación, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que ambos delitos, por el que se acusa y el delito por el que se condena sean homogéneos.



- Que el delito por el que se condena no sea más grave que el delito objeto de acusación.
- Que no exista mutación esencial del hecho por el que se condena, sino solo una distinta valoración jurídica del hecho, respetando la identidad del bien jurídico protegido.

Mientras que, precisa, si la condena por un delito distinto, delito homogéneo, no es más grave que el que ha sido objeto de acusación en la primera instancia se produce en fase de recurso (apelación o casación) no será necesario para ello que las acusaciones interpusiesen a su vez un recurso de apelación o casación (contra una sentencia que acogía su pretensión) o se adhiriesen a la interpuesta por las defensas en previsión de la hipotética estimación de alguno de sus motivos. Esto solo será exigible cuando se detecten problemas del principio acusatorio por falta de homogeneidad de los delitos objeto de la acusación y la condena, o para supuestos de *reformatio in peius*, cuando la pena para el delito de acusación sea más grave que el de la condena.

Cita en su apoyo la STS 56/2021, de 27 de enero (que contempla un hecho acaecido anterior a la reforma de la LO 1/2015, por lo que alude al 295 y 252, en vez de 252 y 253 CP); cuyo fundamento séptimo, conviene reproducir:

No surge obstáculo alguno para condenar en la segunda sentencia surgida de la casación por tal delito (art. 295 CP): Se acusó por delito continuado de apropiación indebida que abarcaba esas conductas. La administración desleal es delito homogéneo con la apropiación indebida. No es esta afirmación siempre reversible (en ocasiones la acusación por el 295 no abría las puertas de una condena por el delito del art. 252).

No se produce mutación sustancial (ni accidental) del hecho; tan solo una distinta valoración jurídica menos gravosa, manteniéndose la identidad del bien jurídico tutelado.

Tres peldaños hay que descender para concluir que el recurrente puede ser condenado en esta sede tras la estimación de su recurso como autor de un delito del anterior art. 295 CP (más beneficioso que el actual art. 252, donde han ido a parar las conductas antes encajables en el art. 295 en una confirmación legislativa - dicho sea de paso- de la homogeneidad entre apropiación indebida y administración desleal):

a) *El punto de partida: se dirigió contra él acusación por apropiación indebida.*

b) *A continuación constatamos que existe homogeneidad entre los tipos del art. 295 y 252 (en la redacción vigente en el momento de los hechos): vid por todas STS 1040/2001, de 29 de mayo .*

c) *Por fin, hay que comprobar si su conducta es susceptible de ser encargada en el delito de administración desleal. Es eso algo que viene a aceptar el recurso y que ya se ha justificado (Fundamento Sexto).*

*No hay impedimento, así pues, para plasmar esa nueva calificación, congruente con las acusaciones, en una segunda sentencia que, según nuestro modelo de casación, recupera la instancia para resolver lo procedente, tras la anulación de la sentencia recurrida, y zanjar definitivamente la cuestión penal. Ante un estricto problema de subsunción que se resuelve a través de la estimación del motivo por infracción de ley, es el Tribunal Supremo quien ha de dictar la segunda sentencia condenatoria, respetando tanto la prohibición de la *reformatio in peius* como el principio acusatorio que exige congruencia con las calificaciones que las acusaciones sostuvieron en la instancia que son a las que hay que dar respuesta en la segunda sentencia una vez casada la anterior a la que viene a sustituir. La relación de homogeneidad del delito de administración desleal respecto al de apropiación indebida que fue objeto de acusación permite tal solución.*

De manera subsidiaria, interesa la condena por administración desleal, con apoyo de la doctrina de la vuelta a la vida del precepto desplazado, en relación con el concurso de normas, cuando mediando acusación por la norma que determinaba el principio de especialidad, que luego no resulta viable aplicar, posibilita volver a ponderar la norma desplazada, recogida en la STS 1386/2011, de 14 de diciembre.

en el concurso de normas sólo resulta aplicable un delito porque esa norma penal es suficiente para aprehender por completo el desvalor del hecho y que la colisión que supone la existencia de un concurso de normas obliga a una elección en la aplicación, por las reglas del artículo 8º del Código Penal .

Considera el Ministerio Fiscal que el hecho de que no existiera imputación por alzamiento de bienes no puede llegar a negar la sanción del delito en concurso por el que sí ha existido acusación. Cuando no se puede castigar por el precepto especial, por las razones que fuera, se deberá aplicar el otro tipo penal, que igualmente se ve integrado en todos sus elementos por los hechos objeto de enjuiciamiento, castigándose de manera autónoma.

Se señala la doctrina de la "vuelta a la vida" del precepto desplazado. En determinadas circunstancias, la imposibilidad de castigo por el hecho principal supondría la recuperación del precepto desplazado y el castigo autónomo del hecho que en principio debía resultar copenado, doctrina a la que se hace expresa referencia en la Sentencia de esta Sala 867/2002, de 29 de julio .



La referida doctrina de la "vuelta a la vida" de la norma en concurso, da respuesta adecuada al caso que ahora se examina.

El hecho de que no se pueda aplicar el delito especial no impide que se pueda sancionar por el delito general cuando concurren en los hechos imputados los elementos que le caracterizan y haya sido objeto de acusación.

2. Como se advierte en el propio escrito de recurso y resulta de la propia jurisprudencia invocada, resultan determinantes para la solución que resulte, los términos en que se formuló la acusación.

El Ministerio Fiscal, en su conclusión primera, describía los hechos punibles en tres apartados, aunque el segundo lo suprimió en sus conclusiones definitivas (que se corresponden con los tres recogidos en el factum de la sentencia, si bien los dos últimos como no probados); y en la conclusión segunda, los calificaba como:

A) Un delito de administración desleal continuado previsto y penado en el artículo 252 y 74 del Código Penal.

B) Un delito de apropiación indebida previsto y penado en el artículo 253 del Código Penal.

Pero dicha calificación venía referida, suprimido ya el párrafo segundo de su relato histórico, de manera distributiva, no concurrente ni conjunta; el delito A), administración desleal para el primer párrafo y el delito B), para el tercer párrafo. De ahí que la calificación fuere por una sola infracción de apropiación indebida, mientras que la administración desleal se afirmaba continuada.

Y así en la sentencia de instancia, el Juzgado de lo Penal, tras concluir que los hechos que contenía en el primer ordinal de su declaración de hechos probados (que se correlacionan con el primer apartado del relato de las conclusiones de la acusación) integraban un delito continuado de administración desleal y los del segundo habían sido suprimidos en conclusiones definitivas, en su fundamento segundo, expresa, en relación al tercer ordinal (que se correlaciona con el tercer apartado del relato de las conclusiones de la acusación):

Los hechos declarados probados no son, sin embargo, constitutivos de un delito de apropiación indebida del art. 253 CP por el que también sigue acusación el Ministerio Fiscal, en relación con una fianza por importe de 1.100 euros que supuestamente el acusado se habría apropiado de la misma al no ingresar en el INCASOL como se debería haber hecho, cuando se encargaba de la gestión del alquiler de un local propiedad de la Sra. Josefina ...

De donde resulta que los hechos objeto de condena en la instancia, posteriormente revocada en apelación, nunca fueron calificados por la acusación como apropiación indebida. E incluso en el escrito de oposición al escrito de apelación, el Ministerio Fiscal, interesó la conformación de la sentencia de instancia, "al entender que quedó en el mismo probados los hechos imputados y calificados como un delito de administración desleal continuado de los artículos 252 y 74 del Código Penal y que la fundamentación realizada por el Juzgador es acorde a derecho".

SEGUNDO.- 1. Además, como expone la STS 565/2019, de 19 de noviembre resalta que la parte defensora no tiene el deber procesal de suponer todas las calificaciones alternativas posibles a la expresada por la acusación. En otro caso, se vería obligada no sólo a responder frente a la acusación conocida, sino también frente a la desconocida, dado que debería rebatir idealmente cuantas posibilidades imaginara, lo que podrá afectar si no al acusatorio, sí al derecho de defensa.

La doctrina de la STEDH, de 23 de febrero de 2016, (caso *Pérez Martínez contra España*, nº 26023/10, §§ 22 a 25), recuerda que "las disposiciones del apartado 3 a) del art. 6 CEDH muestran la necesidad de prestar sumo cuidado en la comunicación al interesado de la "acusación". En materia penal, una información rigurosa y completa de los cargos que pesan sobre un acusado, y por tanto la calificación jurídica que la jurisdicción pudiera considerar, es requisito esencial de la equidad del procedimiento. La eventual condena ha de ser previsible para la defensa (STS 724/2022, de 14 de julio).

Como explica la STS 799/2022, de 5 de octubre, de manera reiterada ha precisado el Tribunal Constitucional, entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que "nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y, por ello, haya podido defenderse". En este contexto por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un "factum", sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae" no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica" -vid. SSTC 145/2011, 223/2015-. En igual sentido, entre otras muchas, con cita de abundantes precedentes, la STS 360/2023, de 16 de mayo.

2. Pero a su vez, la jurisprudencia de esta Sala Segunda y del Tribunal Constitucional ha venido admitiendo que el principio acusatorio queda preservado cuando entre las calificaciones en liza -las alternativas o las subsidiarias introducidas definitivamente por las acusaciones- y la que sustenta la condena quepa trazar una



relación de homogeneidad porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo -vid. STC 12/1981, 4/2002- y, además, la nueva calificación no comporte mayores consecuencias penales que las pretendidas y se derivarían, además, de la aplicación del tipo objeto de acusación.

Esta jurisprudencia (por todas STC 75/2003, de 17 de mayo), establece que "el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad (supuesto en el que sí sería necesaria la actuación judicial conforme al art. 733 LECrim). Por lo tanto, la condena por delito distinto de aquel o aquellos que se formularon en la pretensión acusatoria sólo es constitucionalmente posible si se dan dos circunstancias: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación declarada en la sentencia condenatoria. La segunda condición es que ambos delitos, el que sustentó la acusación y el considerado como más correcto por el Tribunal sentenciador en la sentencia sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo o, en palabras de la STC 134/1986, de 29 de octubre (FJ 1), porque exista "identidad del bien o interés protegido en cuanto hay una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la sentencia" (en este mismo sentido, SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; y 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). En todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado"

3. En relación a las calificaciones en liza en estos autos, se admite de manera pacífica la homogeneidad predicada entre apropiación indebida y administración desleal (STS 56/2021, de 20 de enero); de modo que, de manera tajante, la STS 10/2024, de 11 de enero, en relación a la duda consistente en calificar los hechos como constitutivos de un delito de administración desleal del art. 252 o un delito de apropiación indebida del art. 253 del CP, señalaba que la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, se presenta "...como un muy poderoso argumento para justificar su homogeneidad y, en consecuencia, concluir que en la legislación anterior a 2015 nada impedía convertir una acusación por apropiación indebida en una condena por administración desleal. Ahora ocurre lo propio" (SSTS 721/2022, 56/2021, 27 de enero; 14 de julio, 627/2016, de 13 de julio y ATS 6 julio 2023).

Pues ciertamente, tras la regulación otorgada por la reforma de 2015, se establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes, incluido el dinero, con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 631/2023, de 20 de julio.

Criterio que además es recordado en la propia sentencia recurrida, al recordar la doctrina de esta Sala, sobre la valoración de la redacción de 2015: *en realidad, la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece, como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal, la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular, caso de la apropiación indebida, y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos, caso de la administración desleal.*

De donde resulta necesario concluir que en los supuestos donde el administrador distraiga o disponga definitivamente de los bienes, incluido el dinero, en perjuicio del administrado, integra un delito de apropiación indebida, pero inexcusablemente también ha cumplimentado la conducta típica de administración desleal, donde no concurre pérdida definitiva de todo o parte de los bienes administrados.

4. También atendemos con frecuencia, en paralelo con la jurisprudencia constitucional, para la determinación de la homogeneidad delictiva a estos efectos, no solo a criterios formales o sistemáticos sujetos al campo propio de la dogmática técnico-penal, sino que esencialmente al criterio de proscripción de la indefensión; lo relevante es que el hecho que configure los tipos sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos, fácticos y normativos, que integran el tipo delictivo objeto de condena (STS núm. 472/2017 de 22 junio).

Y en autos, la acusación contenía y se discutió contradictoriamente sobre el abuso y deslealtad en la sucesiva distracción de diversas cantidades de la comunidad que el recurrente administraba y efectivamente, también del carácter definitivo de la distracción; tras lo cual, se concluyó que, mediante las transferencias se



consumaron actos depredatorios sobre los fondos de la comunidad administrada, que el acusado se apoderó de los fondos para fines ajenos a sus funciones como administrador.

TERCERO.- Desde los anteriores parámetros, aunque nadie lo hubiera postulado, podría objetarse que dado que no medió acusación por apropiación indebida, en la medida que esta tipología exige un elemento adicional, a la administración desleal, como es la pérdida definitiva de los bienes distraídos; además de la dificultad que conlleva trocar ex novo el título de condena (STJUE de 9 de noviembre de 2023, BK, C-175/22) efectivamente, no resultaba viable la condena por un delito de apropiación indebida.

Pero la cuestión suscitada en apelación no era si los hechos podían calificarse también como apropiación indebida, sino, si el acusado había incurrido en delito de administración desleal; y sucede que incluso de la propia argumentación de la sentencia recurrida al distinguir ambas calificaciones, resultaba en autos, que la propia calificación de la conducta probada, delito de apropiación indebida, necesariamente implicaba la cumplimentación de todos los requisitos del tipo de la administración desleal, que era el recogido en las conclusiones definitivas de la acusación, era el título de condena en la sentencia de instancia, así como lo cuestionado en apelación; de donde la absolución por ese delito de administración desleal resultaba improcedente, aunque potencialmente de haber sido otra la calificación hubiera podido ser condenado por precepto más especial.

Cobra así plena vigencia el criterio subsidiariamente postulado en el motivo; pues en la conformación actual, el delito de administración desleal se encuentra en relación de especialidad, con el delito de apropiación por distracción (definitiva) de bienes administrados (del mismo modo que el hurto en relación al robo); pues en los supuestos de especialidad el delito principal (administración desleal) y el especial (apropiación indebida por distracción definitiva de los bienes administrados) se comportan como círculos concéntricos en el que el menor o especial está comprendido íntegramente en el círculo mayor o tipo general, de manera que todos los elementos integradores del tipo especial cumplen la hipótesis típica del tipo general, es decir, se encuentran comprendidos en él. Valga recordar que el criterio de especialidad no produce derogación alguna, ya que ambas normas, general y especial se mantienen vigentes, se trata de un supuesto de compatibilización normativa, donde prima la especial, pero sin perjuicio de que la general seguirá aplicándose en los casos no previstos en la ley especial; sólo se desplaza para el caso concreto; de modo que su aplicación resulta de una valoración sobre aplicación preferencial, no una exclusión irreversible del precepto no preferente; de manera que si la norma especial no resulta aplicable, el resultado preferencial es obvio, al persistir únicamente una de las normas que integraba la inicial concurrencia o aparente antinomia: la norma general.

Conforme a criterios jurisprudenciales de esta Sala citados por la parte recurrente, el hecho de que no se pueda aplicar el delito especial (por razones procesales) no impide que se pueda sancionar por el delito general cuando concurren en los hechos imputados los elementos que le caracterizan y haya sido objeto de acusación.

Otro ejemplo lo encontramos en la STS 1008/2021, de 20 de diciembre, aun cuando por razón de la especialidad el sujeto pasivo debería haberse calificado a través del art. 171.4 y no ser posible la condena por dicha norma por razones procesales, se califica y sanciona la conducta por el art. 171.7, párrafo segundo, dado que el hecho cumplimenta igualmente en todo su ámbito la conducta sancionada en esta norma, al tratarse de amenazas leves, donde el sujeto pasivo es de los enumerados en el art. 173.2 (y además, había presentado denuncia).

Aunque en autos, no se trata propiamente del resurgimiento, o la vuelta la vida (*Wiederaufleben*), del precepto general; pues en ningún momento ha operado desplazamiento alguno del delito de administración desleal, que fue el contenido en el acta acusatoria, fue el delito por el que se condena en la sentencia de instancia y si bien no es la calificación que entiende procedente el Tribunal de apelación, que califica como apropiación indebida, en su argumentación admite que esta conducta típica, incorpora y cumplimenta todos los elementos de la administración desleal. Luego, cuando afirma, en los términos descritos, la existencia de un delito de apropiación indebida por distracción definitiva de dinero administrado, necesariamente implica que existe un delito de administración desleal que en este caso además sin retorno del bien administrado; de manera que ello no puede determinar una especie de "resurgimiento" inverso y además ex novo de la norma especial por parte del Tribunal de apelación, para afirmar su imposibilidad de aplicación por falta de acusación, pero, pese a su inaplicación, se le otorgue eficacia y capacidad para desplazar el precepto general, por el que sí ha mediado acusación, viene condenado y el hecho probado cumplimenta la conducta tipificada como administración desleal.

En cuya consecuencia debe ser estimado el motivo formulado por el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Las costas han de declararse de oficio tanto a la vista de la posición institucional del Ministerio Fiscal que le excluye legalmente de su pago, como consecuencia de haber sido estimado su recurso (art. 901 LECrim).



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Haber lugar al recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2021 dictada en el Rollo de Apelación núm. 177/2021 por la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Sexta que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 122/2021 de 12 de marzo de 2021 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Barcelona, en la causa PA 425/20; ello, con declaración de oficio de las costas causadas; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1203/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 15 de marzo de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número **1203/2022**, interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2021 dictada en el Rollo de Apelación núm. 177/2021 por la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Sexta que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 122/2021 de 12 de marzo de 2021 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Barcelona, en la causa PA 425/20; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Interviene como parte recurrida, **D. Ovidio** representado por la Procuradora Dª Raquel Cabrera Callero bajo la dirección letrada de Dª Primitiva García Rebollo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la resolución de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución, así como la declaración de hechos probados .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con los fundamentos de la sentencia rescindente, debe dejarse sin efecto la sentencia absolutoria de apelación y mantenerse la condena dictada en la instancia, lógicamente manteniendo los pronunciamientos absolutorios allí pronunciados, no cuestionados en recurso alguno.

FALLO



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

1º) Condenar a Ovidio , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de administración desleal del art. 252 en relación con los arts. 249 y 74 CP, concurriendo la circunstancia atenuante de reparación del daño como muy cualificada del art. 21.5ª CP, a la pena CINCO (05) MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para la profesión de administrador de fincas y gestor inmobiliario durante el tiempo de la condena y al pago de la mitad de las costas procesales causadas en la presente instancia, debiéndose declarar la otra mitad de oficio por el delito por el que ha sido absuelto.

2º) Mantener el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ