

EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

**ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL CÓDIGO PENAL DE 1995 Y EL
TEXTO REFUNDIDO DE 1973**

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

**JUS NON IN SINGULAS PERSONAS, SED GENERALITER
CONSTITUITUR**

INDICE

EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL CP DE 1995 Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 1973

1. INTRODUCCIÓN. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.

2. ANTECEDENTES.

3. CONCEPTO.

4. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA ANTES DEL CÓDIGO PENAL DE 1995.

I. INTRODUCCIÓN.

II. REQUISITOS.

III. ETAPAS EN LA PERFECCIÓN DEL DELITO.

IV. CLASES DE APROPIACIÓN INDEBIDA.

- i. MODALIDAD ESPECIFICA DE LA ESTAFA.**
- ii. APROPIACIÓN, DISTRACCIÓN O NEGAR HABER RECIBIDO LAS COSAS.**
- iii. ENAJENACIÓN PARCIAL, CESIÓN, GRAVAMEN.**
- iv. IMPAGO DE LA CUOTA OBRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**
- v. DECIMO DE LOTERIA APROPIADO ANTES DEL SORTEO. LUEGO PREMIADO EN EL SORTEO.**

V. AFINIDADES CON LA MALVERSACIÓN.

VI. DIFERENCIAS CON EL HURTO CON ABUSO DE CONFIANZA.

VII. TÍTULOS QUE CONLLEVAN ENTREGA DE LOS BIENES EN LA PRIMERA FASE DEL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

i. INTRODUCCIÓN.

ii. DEPÓSITO, COMISIÓN, ADMINISTRACIÓN, OTROS TÍTULOS QUE PRODUZCAN OBLIGACION DE ENTREGAR O DEVOLVER, NEGAR HABER RECIBIDO LAS COSAS.

VIII. SITUACIONES ATÍPICAS EN RELACIÓN EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.

i. CUANDO HAY PENDIENTE LIQUIDACIÓN DE CUENTAS.

ii. CUANDO EL LUCRO NO ES ILÍCITO Y HAY PENDIENTE LIQUIDACIÓN DE CUENTAS.

iii. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES.

iv. APROPIACIÓN DE MERO USO.

v. NEGATIVA A ENTREGAR DECIMO DE LOTERIA PREMIADO CUANDO NO SE HA PAGADO PREVIAMENTE.

IX. DISTINCIÓN ENTRE EL DOLO CIVIL Y EL DOLO PENAL.

5. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA DESPUÉS DEL CÓDIGO PENAL DE 1995.

I. INTRODUCCIÓN.

- II. DIFERENCIAS ENTRE LA ESTAFA Y LA APROPIACIÓN INDEBIDA.**
- III. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.**
 - i. ELEMENTO OBJETIVO.**
 - ii. ELEMENTO SUBJETIVO.**
 - iii. ELEMENTO DE LA ACTIVIDAD.**
 - iv. ELEMENTO NORMATIVO.**
- IV. REFERENCIA AL DEPÓSITO, COMISIÓN O ADMINISTRACIÓN.**
- V. IMPAGO DE LA CUOTA OBREA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**
- VI. PERCEPCIÓN IRREGULAR DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO.**
- VII. APODERAMIENTO DE UNA CANTIDAD DE DINERO QUE TENÍA UN FIN DETERMINADO.**
- VIII. DESARROLLO DEL DELITO.**
- IX. PENA.**
- X. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN.**
- XI. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA CONTINUADO.**
- XII. DISTINCIÓN ENTRE APROPIACIÓN Y DISTRACCIÓN.**
- XIII. DELITO LEVE DE APROPIACIÓN INDEBIDA.**
- XIV. CONCURSO DE NORMAS.**
- XV. DISPOSICIONES COMUNES.**
- XVI. DIFERENCIAS CON LA ESTAFA.**

XVII. DIFERENCIAS CON LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES CIVILES.

XVIII. EL DERECHO DE RETENCIÓN.

XIX. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

i. JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL CODIGO PENAL DE 1995.

1. SENTENCIA DEL TS DE 22 DE ENERO DE 1979.
2. SENTENCIA DEL TS DE 23 DE ENERO DE 1979.
3. SENTENCIA DEL TS DE 2 DE FEBRERO DE 1979.
4. SENTENCIA DEL TS DE 6 DE FEBRERO DE 1979.
5. SENTENCIA DEL TS DE 6 DE FEBRERO DE 1979.
6. SENTENCIA DEL TS DE 8 DE FEBRERO DE 1979.
7. SENTENCIA DEL TS DE 23 DE FEBRERO DE 1979.
8. SENTENCIA DEL TS DE 23 DE FEBRERO DE 1979.
9. SENTENCIA DEL TS DE 23 DE FEBRERO DE 1979.
10. SENTENCIA DEL TS DE 26 DE FEBRERO DE 1979.
11. SENTENCIA DEL TS DE 2 DE MARZO DE 1979.
12. SENTENCIA DEL TS DE 5 DE MARZO DE 1979.
13. SENTENCIA DEL TS DE 21 DE MARZO DE 1979.
14. SENTENCIA DEL TS DE 23 DE MARZO DE 1979.
15. SENTENCIA DEL TS DE 26 DE MARZO DE 1979.
16. SENTENCIA DEL TS DE 30 DE MARZO DE 1979.

17. SENTENCIA DEL TS DE 27 DE ABRIL DE 1979.
18. SENTENCIA DEL TS DE 17 DE MAYO DE 1979.
19. SENTENCIA DEL TS DE 23 DE MAYO DE 1979.
20. SENTENCIA DEL TS DE 28 DE MAYO DE 1979.
21. SENTENCIA DEL TS DE 8 DE JUNIO DE 1979 (Roj STS 4150/1979).
22. SENTENCIA DEL TS DE 8 DE JUNIO DE 1979 (Roj 4152/1979).
23. SENTENCIA DEL TS DE 12 DE JUNIO DE 1979.
24. SENTENCIA DEL TS DE 15 DE JUNIO DE 1979.
25. SENTENCIA DEL TS DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1979.
26. SENTENCIA DEL TS DE 11 DE OCTUBRE DE 1979.
27. SENTENCIA DEL TS DE 11 DE OCTUBRE DE 1979.
28. SENTENCIA DEL TS DE 16 DE OCTUBRE DE 1979.
29. SENTENCIA DEL TS DE 23 DE OCTUBRE DE 1979.
30. SENTENCIA DEL TS DE 27 DE OCTUBRE DE 1979.
31. SENTENCIA DEL TS DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1979.
32. SENTENCIA DEL TS DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1979.
33. SENTENCIA DEL TS DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1979.

ii. JURISPRUDENCIA POSTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1995.

1. SENTENCIA DEL TS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2016.
2. SENTENCIA DEL TS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2016.
3. SENTENCIA DEL TS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2016 (N.º Resolución 888/2016).
4. SENTENCIA DEL TS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2016 (N.º Resolución 887/2016).

5. SENTENCIA DEL TS DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2016 (N.º Resolución 880/2016).
6. SENTENCIA DEL TS DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2016.
7. SENTENCIA DEL TS DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2016.
8. SENTENCIA DEL TS DE 20 DE OCTUBRE DE 2016.
9. SENTENCIA DEL TS DE 18 DE OCTUBRE DE 2016.
10. SENTENCIA DEL TS DE 14 DE OCTUBRE DE 2016.
11. SENTENCIA DEL TS DE 14 DE OCTUBRE DE 2016.
12. SENTENCIA DEL TS DE 13 DE OCTUBRE DE 2016.
13. SENTENCIA DEL TS DE 5 DE OCTUBRE DE 2016.
14. SENTENCIA DEL TS DE 20 DE ABRIL DE 2016.

XX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El delito de apropiación indebida lo comete quien recibe una cosa con la obligación de entregarla o devolverla, y en incumplimiento de su obligación, se la apropia para él mismo, convirtiendo una posesión legítima en una propiedad antijurídica. La característica principal y diferenciadora del delito de apropiación indebida, en contraste con el delito de hurto, es que quien se apropia de la cosa, la obtiene de forma legítima, la recibe de su propietario, quien le encarga entregarla a alguien, aplicarla a un fin determinado o bien, devolverla.

Básicamente, los requisitos de este delito serían:

- Que el sujeto activo del delito adquiriera la cosa de forma legítima (su propietario o poseedor se la entrega).
- Que este sujeto activo, tenga la obligación de entregar o devolver la cosa.
- Que el sujeto activo, no devuelva el bien, quedándose con carácter definitivo. Convierte lo que inicialmente era una posesión legítima en una propiedad antijurídica.
- Animo de lucro.

Hay que tener en cuenta la diferencia entre el delito de apropiación indebida y el derecho de retención, de modo que la legítima retención no sería constitutivo de ningún delito. El derecho de retención lo ejerce quien retiene una cosa en prenda, sin ánimo de apropiársela, ya que el ordenamiento jurídico “le permite” actuar de este modo.

PALABRAS CLAVES

Posesión legítima, transmisión, adquisición, propiedad antijurídica, ánimo de lucro, perjuicio patrimonial, ánimo de perjudicar, disposición patrimonial, gravamen, fraude, vínculo contractual, buena fe, lealtad contractual, consumación, legítimas expectativas, contrato civil, contrato mercantil, riesgo empresarial, deuda, derecho de retención, prenda.

EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL CP DE 1995 Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 1973

1. INTRODUCCIÓN. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

La apropiación indebida consiste en aquella conducta por la que un sujeto al recibir dinero o cualquier otro bien, en virtud de una relación jurídica, cualquiera que ésta fuese, con obligación de devolver lo recibido, lejos de cumplir con ella lo incorpora a su patrimonio o le da un destino distinto del que le corresponde.

El delito de apropiación se diferencia con la estafa en que no es necesario que exista engaño alguno para cometer el delito, y con el hurto en que no hay en un inicio un apoderamiento ilícito de la cosa, sino más bien al contrario se toma en un primer momento no sólo con la aquiescencia del que la entrega sino en virtud de una relación jurídica. En el hurto se ataca directamente no sólo contra la posesión sino también

contra la propiedad, mientras que en la apropiación indebida sólo se daña la propiedad porque el sujeto activo ya posee el bien en cuestión.

Aunque el delito de apropiación indebida es en esencia un delito de acción, cabe también la modalidad omisiva, que se caracteriza por su vertiente negativa cuando el sujeto niega haberla recibido. En estos casos le corresponderá al denunciante o sujeto activo probar que efectivamente el bien fue entregado al denunciado.

Se ha despenalizado la figura agravada relativa a los supuestos de depósito necesario o miserable.

2. ANTECEDENTES

El delito de apropiación indebida¹, remontándonos a sus antecedentes más cercanos en el tiempo, fue tradicionalmente regulado en nuestros primeros Códigos penales como una infracción situada a medio camino entre el hurto y la estafa (significativamente, las dos principales figuras derivadas del furtum romano que constituían, respectivamente y según se entendía, el paradigma de la apropiación y el fraude, las dos grandes modalidades de agresión a los intereses patrimoniales ajenos). Tuvo alguna manifestación de autonomía en el Derecho histórico español, -como en la Partida Quinta, donde, con trascendencia meramente civil, en la Ley VII, de su título VII, se habla de «aquel que niega que recibió los condesijos»

En España la apropiación indebida se instaura con el Código Penal de 1822, que dedica un capítulo específico “Los abusos de confianza”, distinguiendo entre apropiación indebida y estafa.

De esta forma, el Código penal de 1848, llevaba a cabo un desdoblamiento de la apropiación indebida, regulando en el capítulo destinado a los hurtos, “la negativa de haber recibido dinero o cosa mueble” y en el capítulo de las estafas, las formas positivas (apropiación y distracción) de esta infracción⁴.

El Código penal de 1870, implicó, desde este punto de vista, la definitiva independencia de la apropiación indebida respecto del hurto, pero no así respecto de la estafa. De este modo, la “negativa de haber recibido” pasó a integrar la coletilla final del

¹ Simons Vallejo R. “Sobre el contenido de los delitos de apropiación indebida (reflexiones de los arts 252 y siguientes del Código Penal español)”. Revista Penal 2012.

art. 548, número 5. Precepto dedicado a la regulación de esta infracción; esta norma se hallaba ubicada, sin embargo, en el capítulo relativo a las estafas. No va a ser hasta el Código penal de 1944 cuando se produzca una relativa separación de la estafa y la apropiación indebida, al quedar esta última situada no en sino al lado de aquélla, en un capítulo independiente; conformando, eso sí, junto a ella, el título común De las Defraudaciones. Más allá de su ubicación sistemática, y adentrándonos en lo que constituye propiamente su contenido material, la influencia que ha ejercido en la conformación de esta infracción el Derecho penal francés resulta absolutamente innegable. Así, el art. 441.1 del CP de 1848, texto del que proviene básicamente la redacción del actual tipo del art. 252 CP, sancionaba, de modo bastante similar a lo prevenido por el art. 408 del Código penal napoleónico, a quienes “en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o administración o por otro título, que produzca obligación de entregarla o devolverla”, imponiendo la pena en su grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario. Con ello, como veremos, se asumía una concepción del delito equivalente al “abuso de confianza” regulado en el Derecho penal francés; concepción caracterizada por exigir, no sólo la previa posesión de la cosa objeto de la apropiación, sino por tasar también el modo en el que el sujeto debería haber accedido a ésta.

El delito de apropiación indebida, modalidad especial de la estafa de la que fue segregado en el Código Penal refundido de 1944, adquiriendo sustantividad y autonomía al quedar tipificado y descrito en el artículo 535 de dicho Código, vino a trazar con más precisión la línea divisoria existente entre lo antijurídico criminal y lo ilícito civil, separando las respectivas esferas jurisdiccionales mediante el dolo específico que caracteriza el fraude patrimonial de cada una de ellas, que en la penal lo determina el propósito intencional inspirador constituido por el abuso de confianza, con quebrantamiento de la lealtad debida, cuando sin causa legítima el receptor de dinero, efectos o cosas muebles con valor económico determinado, mediante título significativo de propósito, comisión o administración, o por cualquier otro que lleve consigo obligación de devolver, entregar o destinar a cualquier fin inequívocamente acordado o predeterminado, lleva a cabo su prohibida retención o adueñamiento, con ánimo de lucro propio o ajeno, transformando la tenencia o posesión de aquéllas, lícita, pero transitoria y circunstancialmente recibida, en propiedad ilegítima, con perjuicio patrimonial real, cierto y precisado del verdadero dueño o titular, cuyo interés y derecho es el bien jurídico penalmente protegido por esta figura delictiva, que por ello es de resultado y de enriquecimiento injusto, cuya perfección se logra con el simultáneo detrimento económico ajeno, o sea, acrecentando el inculpado su propio patrimonio a costa y en perjuicio del propietario defraudado, de ahí que los requisitos configuradores del delito contemplado queden sintéticamente integrados: a) que se trate de cosa mueble; b) que se posea por título legítimo; c) que se de o asuma apropiación

antijurídica de propiedad o facultades dominicales; d) que exista perjuicio para el titular dominical, y e) que se realice con ánimo de lucro

Este concepto de apropiación indebida pasó relativamente intacto el curso de los sucesivos Códigos penales, que lo fueron acogiendo como única forma legal de apropiación indebida, hasta 1983. En esta fecha, el art. 535 del CP de 1973, entonces vigente, se vio modificado (y sustancialmente ampliado) con la introducción de una nueva modalidad de apropiación indebida, consistente en “apropiarse, con ánimo de lucro, de un bien perdido”. La aprobación del Código penal de 1995 no supuso una modificación esencial del delito de apropiación indebida, que seguía englobado en el capítulo dedicado a las Defraudaciones con una redacción bastante similar, en sus aspectos básicos, a la original de 1848. Por otra parte, la apropiación indebida de cosa hallada, que había sido ubicada en esta sección por la reforma de 1983, aparecía ahora regulada en el art. 253 CP, junto a la apropiación de cosa sin dueño; mientras que el art. 254 CP introducía, como novedad, la apropiación de cosa recibida por error, modalidad delictiva anteriormente desconocida en nuestro ordenamiento jurídico. El último eslabón en la cadena evolutiva de este género de infracciones se halla integrado por la reciente LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en la que los preceptos anteriormente expuestos tan sólo se ven levemente alterados en lo que se refiere a la cuantía necesaria para apreciar delito, y no falta (art. 623.4 CP), de apropiación indebida, en cada una de sus distintas modalidades (cuantía límite entre el delito y la falta que pasa de las antiguas “cincuenta mil pesetas”, 300,51 euros, a los actuales 400 euros), manteniéndose los mismos, empero, absolutamente invariables en todos sus restantes elementos.

3. CONCEPTO

Desgajado, a lo largo del proceso de conformación histórica de los sistemas actuales de Derecho penal patrimonial, del antiguo delito de *furtum romano*, y construido a partir de la doctrina del hurto impropio en la época medieval, el delito de apropiación indebida se halla presente en todos los sistemas destinados a la protección penal del patrimonio, al menos en los países de nuestro entorno cultural más inmediato.

El concepto de apropiación era concebido, por la mayoría doctrinal, como cualquier acto por medio del cual se produjese una disposición de la cosa como propia siempre que ello implicase, simultáneamente, un incumplimiento definitivo de las obligaciones, impuestas legalmente, de entregar o devolver esta cosa

La esencia del delito de apropiación indebida había sido tradicionalmente explicada a partir de la conjunción de dos de los elementos que, según el tenor literal del mismo, debían integrarlo: por un lado, y en primer lugar, la previa existencia de un

título que hubiera motivado la recepción de la cosa por parte del sujeto activo, y que le hubiere impuesto, simultáneamente, la obligación de devolverla o aplicarla a un determinado fin una vez que hubiese transcurrido un cierto período de tiempo; por otro lado, y en segundo lugar, la verificación, por parte de este mismo sujeto, de un comportamiento de contenido apropiatorio sobre dicho objeto recibido.

Tras la reforma del Código Penal, los arts. 252 y 253 tipifican de forma independiente los delitos de Administración Desleal y de Apropiación Indevida, modalidades defraudatorias incluidas antes en el art 252 en tanto contemplaban la acción de distraer y de apropiarse. Por otro lado, la conducta de administración desleal se contemplaba antes de la reforma tanto desde los delitos defraudatorios como societarios, problema que ahora queda resuelto tras la supresión de tales conductas que se incluían en el art 295.

Antes de la reforma del Código Penal subsistían el delito de apropiación indevida del art. 252 y el delito de administración desleal del art. 295 dentro del capítulo de los delitos societarios. La doctrina jurisprudencial distinguía en la apropiación indevida la acción de distraer de la apropiación clásica, lo que ocasionaba problemas de calificación.

El nuevo Código Penal resultante de la reforma por LO 1/2015 en el capítulo de las defraudaciones ha creado la sección 2ª integrada por el art. 252 dedicada al delito de administración desleal, la sección 2ª bis integrada por los arts. 253 y 254 dedicados a la apropiación indevida y, por otra parte, en el capítulo XIII de los delitos societarios ha dejado sin contenido el art. 295.

Sección 2.ª De la administración desleal Artículo 252.

1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

Artículo 295. (Suprimido)

4. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA ANTES DEL CÓDIGO PENAL DE 1995²

I-INTRODUCCIÓN

El Código Penal de 1944, reformado por la Ley de 30 de marzo de 1954, establecía en el artículo 535: "Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528 y, en su caso, con las del 530, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiera recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlo recibido". "Las penas se impondrán en «el grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario."

En la redacción anterior del art. 252 del Código Penal (CP), el delito de apropiación indebida se cometía por quien en perjuicio de otro se apropiaba o distraía dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial recibido en depósito, comisión o administración, o cualquier otro título que conllevara la obligación de entregar o devolver lo recibido, o negase haberlo recibido. La acción típica consistía en apropiarse o distraer, de forma que la jurisprudencia de Tribunal Supremo interpretaba el precepto en un doble sentido: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas, que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

El contenido del texto legal, de gran amplitud descriptiva, por el orden de la literalidad de su expresión, exige una serie de requisitos que se expresan así: 1º Perjuicio de otro. 2º Apropiación o distracción de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. 3º Haberlos recibido en depósito, comisión o administración o cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. 4º Negar el haberlos recibido. La descripción es tan suficientemente expresiva que la doctrina jurisprudencial apenas ha tenido que hacer, sino ligeras puntualizaciones para matizar el delito. Tales son las siguientes: 1- Las titularidades contractuales, indicadas en el precepto, son señaladas «*numerus apertus*», operando en cualquier caso el título posesorio, como elemento objetivo normativo, con tal que en cualesquiera de los títulos reseñados en el Código u otros títulos se haya recibido, lo que es objeto de la apropiación o distracción. 2-Tal recepción supone una posesión legítima con ciertas facultades de autónoma

2

Hijas Palacios J. De la apropiación indebida. Exegesis Jurisprudencial. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (1976). Sección de Jurisprudencia.

disposición. 3- El modus operandi del sujeto activo tanto puede ser apropiarse, esto es, incorporar a su patrimonio los objetos muebles recibidos, como distraerlos de los fines concretos y determinados, para los cuales se reciben ordinariamente de entrega a terceros o negar, para ocultar su apropiación o distracción, que se hayan recibido, negativa en este caso fraudulenta. 4- Abuso de confianza con ánimo de lucro que es el ánimo subjetivo del injusto o dolo específico del delito. 5- Relación de causalidad entre ambos elementos. 6- Un enriquecimiento injusto propio o ajeno, con el consiguiente perjuicio real o efectivo, bien para el destinatario de las cosas, efectos o dinero, bien para el dueño de las mismas.

La diferencia entre apropiación y distracción se encuentra en el denominado por la jurisprudencia "punto sin retorno", distinguiendo el mero uso indebido del apoderamiento definitivo característico de la apropiación clásica, de tal forma que para que la utilización de dinero sea constitutiva de la distracción típica es necesario no solo que se le dé un destino diferente al que le debió dar, sino que esa utilización tenga "vocación de permanencia", que encuentran su fundamento en el "animus rem sibi habendi que acompaña a la conducta de quien actúa como dueño absoluto sobre un determinado bien aunque no tenga derecho a serlo en esa medida, y aunque su finalidad sea beneficiar a un tercero".

El delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción debe suponer que el sujeto activo dispone con carácter definitivo del dinero que se le entregó en administración, actuando con vocación de permanencia y sin visos de retorno, mientras que en el delito societario del art. 295 del CP el administrador incurre en un abuso fraudulento en el ejercicio de sus facultades por dar al dinero un destino distinto al que correspondía, pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva del mismo en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce.

II-REQUISITOS

Supone el delito de apropiación indebida: una posesión legítima otorgada sobre dinero, efectos o cosas muebles en favor del agente y recibida por título de depósito, comisión o administración u otro que produzca obligación de entregarlas o devolverlas, con ciertas facultades de autónoma disposición, que al llegar el momento de la cancelación restitutoria, no se produce como resultaba obligado, porque aquel, abusando de la confianza en el depositada y rompiendo la lealtad debida, con ánimo de lucro defraudatorio determinante del correlativo perjuicio, dando vida a un injusto enriquecimiento, la incorpora antijurídicamente a su patrimonio por acto de despojo

improtegitable que transmuta definitivamente la posesión legítima en propiedad ilegítima con detrimento del verdadero dueño.

Necesaria presencia de un acto antecedente del sujeto pasivo que en medio de su libre voluntad transfiere su derecho de señorío, de mera tenencia o material posesión sobre la cosa, al sujeto activo, que la recibe en medio de ciertas facultades de autónoma disposición, precisamente en posesión resolutive temporalmente y por uno de los títulos que señala la norma, incumpléndose posteriormente la normal restitución, porque por acto ilícito o de autoridad propia, prohibida, transmuta el sujeto activo su precaria posesión en dominio antijurídico o adueñamiento, rompiendo la confianza depositada con ánimo defraudatorio y correlativo perjuicio, que significa un injusto despojo.

Requisitos esenciales:

1-Que el sujeto activo del delito reciba dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, en calidad de depósito, comisión, administración o por cualquier otro título que le obligue a realizar cuales quiera de los actos que se especifican a continuación.

2- Que esta obligación sea conservarlos o devolverlos a la persona o entidad concreta y determinada.

3-Que una vez en su poder el dinero o los efectos sobre los que recae el delito, con tenencia y posesión lícita en virtud de título obligatorio, aunque sin facultades de disposición, el sujeto mediante actuación antijurídica, se apropia o distrae lo recibido, o niega haberlo recibido, interviniendo ánimo de lucro en semejante operación.

4-Que la actuación dolosa del agente se causa o produzca un perjuicio ajeno; es decir, un quebranto patrimonial determinado o susceptible de determinarse.

Un vínculo jurídico básico, contrato civil o mercantil.-El texto del artículo 535 es de tan meridiana claridad que fluyen de su letra y de su espíritu, de manera natural aquellos requisitos que integran el delito de apropiación indebida y que, por orden de concreción en el tiempo se pueden establecer así:

1-Que el sujeto activo del delito esté ligado por vínculo jurídico con otra persona en virtud de títulos como el de depósito, comisión, administración o cualesquiera otros de donde dimanen sus obligaciones.

2- Que en virtud de tales contratos reciban de la persona con la que se vincularon jurídicamente dinero, efectos o cualesquiera otra cosa mueble.

3- Que su obligación, respecto de tales efectos, sea la de conservarlos o devolverlos a su dueño o entregarlos a persona o entidad, para fines concretos y determinados, que se derivan de la naturaleza del contrato. Hasta este punto nos encontramos ante un contrato civil o mercantil, válida y perfectamente constituido, por

virtud del cual el depositario, comisionista, administrador u otro titular de obligaciones reciben y poseen las cosas lícitamente, porque se las entrega el titular legítimo que tiene facultades de desplazamiento de la posesión y haciendo uso de las mismas y descansando ordinariamente en la confianza propia de los contratos y relaciones jurídicas enumeradas, hace pasar aquellas a los mismos con las limitaciones propias, de la esencia de los contratos y con las obligaciones al conservar, devolver o entregar. Así cubierta esta primera etapa, de encaje jurídico adecuado el sujeto activo del delito comienza su antijurídica actuación.

4- De los requisitos precisos para la producción del delito: Se apropia o distrae lo recibido o niega que lo haya recibido convirtiendo así su posesión legítima en disposición antijurídica.

5- Ánimo de lucro, elemento subjetivo de la culpabilidad.

6- Produciendo un perjuicio patrimonial al dueño, poseedor o persona de quien recibió los efectos distraídos.

Un contrato laboral. Que si el recurrente, como dicen los hechos, prestaba sus servicios a XXX en calidad de encargado del almacén de exportación y por tal título vendió en enero de 1972 dos camiones de uva de desecho por precio de 28 .756 pesetas uno y 20 .356 pesetas el otro, y en lugar de abonar su precio al dueño se quedó con el importe de la compraventa, es claro que se ha cometido el delito previsto y penado en el artículo 535 del Código Penal que inútilmente se combate, puesto que, en virtud del contrato laboral que unía al encargado con el dueño, aquel procede, con plenas facultades jurídicas, a la venta indicada y a la percepción del precio, y hasta este instante las relaciones son normales, desenvolviéndose en el campo del Derecho mercantil de acuerdo con la naturaleza del contrato que les vinculaba . En virtud de ello, el recurrente poseía tal precio legítimamente, mas consecuencia de su conducta ilícita y antijurídica tuerce dolosamente el destino natural que al precio debía dar e interviniendo lucro ilícito v abuso de confianza procede a adueñarse del dinero, viciando la posesión legítima que transforma en propiedad antijurídica, con el consiguiente perjuicio para su legítimo dueño, cuya confianza recibida se ve defraudada por la infidelidad de su administrador que se apropia de aquel. Y así quedan perfilados cuantos requisitos son precisos, según el artículo 535 del Código Penal para surgir el delito de apropiación indebida, con lo cual debe concluirse que se aplicó rectamente, y ello motiva la desestimación del recurso. (Sentencias de 7 de noviembre de 1973, 12 de diciembre de 1973 y 28 de febrero de 1974).

Cosas de ajena pertenencia. El delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal se comete cuando la persona que recibió la posesión legítima sobre

dinero o cosa mueble por alguno de los títulos fiduciarios determinados, no exhaustivamente en la norma dicha, con facultades de autónoma disposición al llegar el momento de la cancelación restitutoria, no la efectúa, por haber transmutado ilegítimamente la mera tenencia en propiedad antijurídica, con ánimo de lucro, rotura de la lealtad debida y enriquecimiento injusto.

El cambio esencial que el agente ha de realizar en la apropiación indebida, trocando la posesión diferida en dominio prohibido, supone, aunque de forma directa, no lo precise el artículo 535, que el dinero, efectos o cosas tengan que ser ajenas o pertenecientes al perjudicado, pues se trata de un presupuesto del injusto típico, de imperativa o necesaria manifestación, ya que no es posible adueñarse de cosa propia, y únicamente de la que pertenece a otro, por lo que indudablemente la ajenez de los objetos es el núcleo del antijurídico penal de este delito.

Ruptura de la lealtad o de la fidelitas, con ánimo de lucro. En el delito de apropiación indebida, el agente comienza ordinariamente su contacto con la cosa apropiada por una posesión legítima sobre dinero o cosa mueble, por título de depósito, comisión, administración o cualquier otro que produzca la obligación de entregarlo a tercero o devolverlo al dueño legítimo, teniendo por tanto ciertas facultades de disposición autónoma sobre aquellos, nacidas de su posesión autorizada por el verdadero dueño de las cosas y dinero; pero al llegar el momento de la cancelación, entrega o devolución no se produce el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato o título por el que se recibió la posesión; antes por el contrario, el agente abusa de la confianza debida y con ruptura total de la lealtad que de su conducta se esperaba, con ánimo de lucro fraudulento, que ocasiona el correlativo perjuicio del destinatario o dueño de las cosas o el dinero, lo incorpora antijurídicamente a su patrimonio, operando de esta forma una transformación de la posesión legítima, en propiedad antijurídica en perjuicio del dueño.

Esta figura delictiva, a la que la doctrina germánica conoce con el nombre de «infidelidad», precisa para que concurra: 1º Que en cuanto al objeto, se trate de dinero, efectos u otra cosa mueble. 2º Que estos se entreguen al futuro agente, el que los recibe en calidad de comisión, depósito, administración o cualquier otro título de igual o parecida significación, que le convierta en poseedor inmediato y por regla general en nombre ajeno, pero siempre legítimo. 3º Que subvirtiendo las facultades que como poseedor le corresponden y abusando o traicionando la confianza en él depositada y aprovechando las facilidades que el contacto físico con la cosa de que se trate y la apariencia jurídica le deparan, asuma facultades de disposición que solo son genuinas y propias del dominio, haciendo suyas las cosas recibidas de su principal, incorporándolas a su patrimonio, disponiendo de ellas en provecho propio, o dándoles un destino diferente del convenido y dispuesto a virtud del título constitutivo de la relación jurídica de que se trate o negaren haber recibido tales bienes. 4º Un perjuicio económico para el

dominus principal, comitente, mandatario, comodante o, en general, persona dueña o poseedora de superior rango de los objetos que confiadamente se entregó al agente. 5º Ánimo de lucro o intención de obtener cualquier clase de beneficio, ventaja o utilidad.

Basta la concurrencia del lucro ilícito y el abuso de confianza, mediante la mecánica del adueñamiento por el poseedor del dinero, efectos o muebles a que se refiere el Código, transformando su posesión legítima en propiedad antijurídica disponiendo como dueño de algo ajeno, que se posee para fin determinado, desbordando los límites naturales y legales de la posesión. Tales requisitos suponen un abuso de confianza y un lucro ilícito. Abuso de confianza porque recibéndose los efectos en virtud de las relaciones de lealtad, seguridad y firmeza que inspira al dueño de las cosas, la persona a quien las entrega, queda defraudada al transformarse por esta la posesión legítima en propiedad antijurídica, disponiendo como dueño de algo ajeno que se posee con fines determinados, desbordando los límites naturales y legales de la posesión. Lucro ilícito puesto que se produce ventaja económica, provecho, satisfacción, bien en beneficio propio o de un tercero, contra la obligación contraída de entregar, devolver o negar haberlos recibido. El delito de apropiación indebida se comete, cuando la persona que recibió la posesión legítima, sobre dinero o cosa mueble, por alguno de los títulos fiduciarios, determinados no exhaustivamente, en la norma del artículo 535 del Código Penal, con facultades de autónoma disposición, al llegar el momento de la cancelación restitutiva, no la efectúa, por haber transmutado ilegítimamente la mera tenencia, en propiedad antijurídica, con ánimo de lucro, rotura de la lealtad debida y enriquecimiento injusto. (Sentencia de 11 de diciembre de 1973).

El dolo específico en el ilícito penal constituye el abuso de confianza, con quebrantamiento de la lealtad debida, cuando sin causa legítima, el receptor del dinero o bienes muebles por cualquier título, que le impone la obligación de devolver o administrar, lleva a efecto su ilícita retención, o adueñamiento, bien incorporándolos a su patrimonio o bien, porque dispositivamente lo traslada al de un tercero, con ánimo de lucro, propio o ajeno, transformando la posesión jurídica que accidentalmente recibió en propiedad ilegítima, con real y concreto perjuicio económico del titular o dueño de los bienes, penalmente protegidos. (Sentencia de 3 de abril de 1968, 6 de noviembre de 1970, 30 de noviembre de 1971, 21 de mayo de 1973, 6 de octubre de 1973 y 19 de junio de 1974).

Basta, por tanto, para su perfeccionamiento, tal intervención de título, sin que sea necesario, que medie el quebrantamiento, por parte del autor, de una relación personal de amistad o confianza, existente entre la víctima y el apropiante, que en unos casos existirá y en otros no, pero que en todos ellos resulta irrelevante en nuestro Derecho, para la calificación de este delito, al no figurar concretamente exigida tal circunstancia en el mentado tipo legal; ,y que tampoco es reputada necesaria, aun en aquellas legislaciones que, como la francesa y la argentina, denominan ese delito con el

nombre de abuso de confianza porque la confianza a que se refieren dichos textos no es la que resulta de la relación interpersonal entre los protagonistas del acto delictivo, sino otra que pudiéramos llamar jurídica, consistente en creer que la contraparte cumplirá los pactos habidos, conforme a la buena fe y no utilizará abusivamente el poder de hecho que temporalmente le ha sido concedido sobre la cosa; infracción que, por otra parte, ya está comprendida en la esencia del tipo.

Entendiéndose por ánimo de lucro, el deseo o el propósito de obtener cualquier clase de provecho, beneficio, acrecentamiento patrimonial, enriquecimiento, ventaja o utilidad, aunque fueran meramente contemplativas o de ulterior liberalidad o beneficencia, goce, utilidad o provecho de la indebida retención. A pesar de que el artículo 535, al tipificar el delito de apropiación indebida, no exija expresamente el factor ideal o elemento subjetivo del injusto, que es el dolo o ánimo de lucro, es indudable que ha de entenderse que tal requisito, por su misma naturaleza, se halla implícito en la infracción criminal, por tratarse de una figura de apoderamiento y defraudación, que requiere el enriquecimiento injusto del poseedor legítimo, apropiándose o distraendo la cosa ajena y haciéndola suya por acto de autoridad propia prohibida, que necesita para originarse de este elemento importantísimo de la culpabilidad, generado por el quebrantamiento económico perjudicial producido al sujeto pasivo que, finalísticamente, requiere tal norma con el «animus rem sibi habendi» del agente, que determina la antijuricidad, de condición psicológica, caracterización de la culpabilidad por el ánimo de lucro que la Sala Segunda exige constantemente en dicho delito. Este ánimo de lucro, que supone una forma especial, ha de existir como fin de la acción, aunque no se consiga incluso, alcanzar la esperanza económica, perseguida por el culpable, y tiene que consistir en cualquier ventaja, goce o provecho que favorezca o puede favorecer al culpable, o a tercera persona, debiendo este dolo de lucro presumirse, por el hecho mismo del apoderamiento o distracción de la cosa ajena en el delito de apropiación indebida, a no constar otros móviles en contrario, que inequívocamente lo desvirtúen y lo hagan desaparecer y por tanto con presunción «juris tantum» que elimine los riesgos del «dolus in re ipsa» y que ceda ante deseos distintos a los lucrativos; presunción la indicada que ha de soportarse en el acto mismo constituyente del apoderamiento o distracción de las cosas, bienes o dinero ajeno, y de su naturaleza jurídica y económica, pues ha de determinar, por su eficacia, el acto dispositivo de conversión de la posesión legítima otorgada, en propiedad ilegítima prohibida o ilícita, como sucederá con el pago efectuado, con dinero entregado, con destino impuesto para otra finalidad de deudas . del poseedor, ya que tal actividad desleal produce perjuicio al dueño del dinero y enriquecimiento al pagador.

El dolo de este delito, es elemento de la acción más que de la culpabilidad, aunque haya de fijarse, no sobre: el abuso de confianza, que puede a veces faltar en la práctica, sino en el ánimo o propósito de lucro que se origina por la ventaja, goce, utilidad o provecho, alcanzado con la indebida retención y que aunque expresamente no

se exija en el artículo 535, como para el robo y el hurto sucede en los artículos 500 y 514 del Código Penal, la doctrina de esta Sala ha venido demandando como indispensable para que pueda cometerse tal infracción.

Disposición de las cosas. Reiteradamente viene estableciendo la doctrina que el delito de apropiación indebida, supone esencialmente y en primer lugar un desplazamiento de dinero, efectos y cosas muebles en virtud de contrato de los que el Código Penal enumera en forma no exhaustiva, el depósito, la comisión o la administración, añadiendo en forma muy amplia «otro título», con tal que produzca obligación de entregarlos, o devolverlos, bien sea al interviniente en el contrato, con el receptor de los efectos o a tercero. La segunda nota típica del delito, deducible de forma inequívoca de la anterior, es que esta primera fase, perfectamente legítima de la conducta de los contratantes, descansa en la confianza que el segundo interviniente otorga al primero, puesto que le hace entrega de cosas, dinero o efectos que son de su propiedad, concediéndole una posesión de ciertas facultades de autónoma disposición e iniciándose así una relación contractual normal. En una fase posterior, y esta podía señalarse como tercer requisito del delito, el tenedor de los efectos, quebrantando tal confianza y faltando a sus obligaciones, con un proceder notoriamente antijurídico y abusando de su privilegiada situación de tenedor, procede con ánimo de lucro, disponiendo de las cosas recibidas, bien en favor propio, incorporándolas a su patrimonio, bien en favor de tercero, sobre el que recae el lucro produciéndose, en ambos casos, así como cuando niega haberlas recibido, un perjuicio a su legítimo dueño.

Facultades de autónoma disposición, la posesión es legítima, nacida de título jurídico, recibida del dueño de la cosa o de sus representantes legales o de quien sea titular simple de la posesión y concede al recipiendario de los mismos ciertas facultades de autónoma disposición, aunque el título le obligue a cumplir determinadas obligaciones con los efectos, cosas o dinero, mas con tal destino o vocación de la cosa las poseen durante algún tiempo con autonomía material, aunque con obligación jurídica, bien sea de entregarlas a persona o entidad determinada, o devolverlas a la persona de quienes las recibieron. En esta situación de tenencia material legítima el sujeto activo del delito, puede cometerlo, de tres maneras perfectamente diferenciadas: a) apropiárselas, esto es, incorporarlas ilegítimamente a su patrimonio. b) Distraerlas del destino para el que se le entregara, esto es, hacer uso distinto de aquel para el que las recibió, apartarlas o desviarlas del destino convenido. c) negar el haberlas recibido, faceta esta que puede abarcar a las otras dos: apropiación, distracción o enmascaramiento para evitar una devolución obligada. Perjuicio patrimonial o detrimento económico que generalmente se ocasiona, bien al dueño de las cosas o efectos recibidos, su poseedor primitivo, fiadores, etc. en suma, perjuicio de otro distinto del sujeto activo del delito. Un ánimo de lucro que bien beneficie al propio agente del delito o un tercero. Y sobre tales elementos campea de manera notoria el

abuso de confianza que el sujeto activo del delito, recibe del pasivo, defraudada al no dar a los efectos la finalidad natural y jurídica convenida.

III-ETAPAS EN LA PERFECCIÓN DEL DELITO

El delito de apropiación indebida tiene una mecánica clara en el artículo 535 del Código Penal y va recorriendo una serie de etapas que tienen, ordinariamente, su origen en un contrato civil, mercantil u otro título con, entrega de cosas o dinero, y termina, con la incorporación jurídica de lo recibido al patrimonio del poseedor legítimo que hace un acto de disposición ilícita de las cosas o dinero recibidos con determinada finalidad. Así pueden marcarse los siguientes episodios en el delito: 1) El sujeto activo del delito se liga voluntariamente por vínculo jurídico con otra persona, en virtud de títulos como el depósito, comisión, administración o cualesquiera otros que le imponen determinadas obligaciones. 2) En virtud de tales contratos, en amplio sentido, ha recibido dinero, efectos o cosas muebles, respecto de los cuales es mero depositario, comisionista, administrador o, en fin, poseedor legítimo. 3) El título constitutivo de su posesión, a su vez, le obliga a conservar los efectos, devolverlos a sus buenos o entregarlos a persona o entidad determinada, para un fin concreto, previsto y derivado de la naturaleza del contrato. Hasta ese instante, el sujeto activo del delito se ha movido, con toda normalidad, en el campo del Derecho civil, amparado por el título legítimo y con una situación jurídica, plenamente normal. Pero en una nueva fase, se desvía de sus obligaciones, del cauce ordinario y normal del título que le ligo a las cosas y a las personas y rompiendo sus obligaciones, aprovechándose de la situación y abusando de la confianza recibida, en virtud de la cual poseyó las cosas lícitamente decide intencionadamente apropiarse, disponer o incorporar antijurídicamente a su patrimonio, el dinero o las cosas desviándolas de la cancelación restitutoria a que venía obligado. Si a ello se une el ánimo de lucro y el perjuicio sufrido por el destinatario de las cosas, queda totalmente dibujada, la figura de la apropiación indebida, tanto cuando sea delito como cuando sea falta, puesto que su naturaleza jurídica es la misma y su única diferencia es la cuantía de lo apropiado. El artículo 535, del Código Penal, al definir y sancionar el delito de apropiación indebida, marca dos etapas perfectamente diferenciadas; una de ellas, la primera supone una situación inicial lícita, ordinariamente contractual, en la que determinado sujeto, recibe en depósito, comisión, administración o cualquier otro título, siendo esta expresión de grande amplitud, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, con un destino concreto y determinado: devolverlos, entregarlos a quien los recibe para una finalidad concreta, entregarlos a tercero, también con finalidad concreta. Esta primera fase descansa en el vínculo contractual, en la confianza y lealtad de las partes y las cosas se reciben en posesión

plena y legítima, quedando en la esfera de la autonomía del receptor, a su merced, con el abandono del titular en la garantía que le merece la persona o el vínculo jurídico, por virtud del cual recibe las cosas. Así se inicia una posesión pacífica, legalmente protegida, válida en Derecho y legitimada por título jurídico, en favor del receptor de aquellas. La segunda fase supone un abuso de confianza, un ánimo de lucro, propio o ajeno, por virtud de los cuales, el poseedor de las cosas, dinero o efectos, se apropian, haciéndolos suyos, distrayéndolos para otro fin, no los devuelven o niegan haberlos recibido. Y ello supone una consecuencia natural o efecto inmediato de tal disposición, tercer elemento del delito, perjuicio de otro, bien sea el depositante, comitente, dueño o persona en fin que deba recibir las cosas, indebidamente apropiadas.

Este precepto contempla una situación jurídica, inicialmente lícita, cuyo contenido esencial supone un desplazamiento de dinero, efectos o cosas muebles en virtud de un contrato de depósito, comisión, administración, entre ellos de venta a plazos con reserva de dominio, que produce determinadas obligaciones y entre ellas fundamentalmente conservarlas, devolverlas o entregarlas, bien al contratante, o a tercero. Esta primera fase descansa en la fiducia, donde las partes, con notoria confianza mutua y en especial del depositante, comitente y dueño de las cosas, dinero y efectos, antes dichos, las entrega por título obligatorio, con obligaciones recíprocas e inician una relación contractual normal. Mas en una fase posterior notoriamente antijurídica, el tenedor de los efectos quebrantando tal confianza, faltando a sus obligaciones, abusando de su privilegiada situación de poseedor de los efectos, con ciertas facultades de autónoma disposición, con ánimo de lucro, procede a una disposición antijurídica de aquellos en favor propio, incorporándolas a su patrimonio o en favor de tercero, sobre el que recae el lucro, produciéndose en ambos casos un perjuicio a su legítimo dueño.

IV-CLASES DE APROPIACIÓN INDEBIDA

i. MODALIDAD ESPECÍFICA DE LA ESTAFA

Como reiteradamente ha declarado la doctrina de la Sala Segunda del TS, el delito de apropiación indebida es, y constituye, una modalidad especial de la estafa de la que fue segregada, que sin perder su naturaleza genérica, adquiere plena sustantividad o

autonomía, al ser tipificado por el legislador, en el artículo 535 del Código Penal, viniendo a trazar la línea divisoria entre lo ilícito criminal y lo antijurídico civil, o sea, que separa ambas esferas jurisdiccionales, conforme al dolo específico que caracteriza a cada una que, en la penal, radica en el abuso de confianza en que el culpable incide y del que se prevale, para hacer propio el dinero o cosa mueble que recibe por título que le obliga a su entrega o devolución, con el ineludible quebranto del deber de lealtad al disponer como dueño, de lo que transitoriamente posee como administrador, depositario o comisionista, transformando la circunstancial tenencia jurídica en propiedad ilegítima, con real y concreto perjuicio económico para el dueño de los bienes legalmente protegido.

ii. APROPIACIÓN, DISTRACCION O NEGAR HABER RECIBIDO LAS COSAS

En la situación de tenencia material legítima del dinero, efectos o cosas muebles, el sujeto activo del delito puede cometerlo de tres maneras perfectamente diferenciadas: a) apropiándose las, esto es, incorporarlas ilegítimamente a su patrimonio. b) distraerlas del destino para el que se las entregaron, esto es, hacer uso distinto de aquel para el que las recibió, apartarlas o desviarlas del destino convenido. c) negar haberlas recibido, faceta esta que puede abarcar a las otras dos: apropiación, distracción o enmascaramiento, para evitar una devolución obligada.

iii. ENAJENACIÓN PARCIAL, CESIÓN, GRAVAMEN

Se hace preciso distinguir con toda nitidez, en el delito de apropiación indebida, la acción propia del tipo delictivo, descrita en el artículo 535 del Código Penal, mediante los verbos nucleares de apropiar o distraer y que no consiste en otra cosa que en el ingreso en el propio patrimonio de la «res comendata» o cosa confiada por el «tradens» al «accipiens» y la manifestación al exterior de aquella apropiación previa que viene a revelar la voluntad de tener la cosa ajena como propia (Sentencias de 26 de mayo de 1962 y 1º de abril de 1971, entre otras) y que no es menester que consista forzosamente en la plena enajenación por el apropiante, sino que basta que jurídicamente comporte el ejercicio de facultades dominicales como son la enajenación parcial o gravamen de la cosa o la cesión de la misma a un tercero, bien para que se haga pago con la misma, de un crédito contra el cedente (dación en pago), bien se autorice su enajenación a los acreedores, junto con los demás bienes del deudor, para

extinguir sus obligaciones hasta el límite del valor de tal patrimonio (pago por cesión de bienes), pues es claro que tanto si se grava la cosa ajena, como si se enajenó con fines de pago, o se autorizó a los acreedores a su enajenación, se da el acto dispositivo en perjuicio del que sigue siendo dueño, de la cosa, lo que explica la doctrines de esta Sala, que afirma el delito de que se trata en los casos de pignoración, Sentencias de 9 y 28 de noviembre de 1964, 7 de abril y 3 de julio de 1965, entre muchas, y de cesión en pago, Sentencias de 12 de julio de 1930 y 2 de febrero de 1948, aun cuando en este último supuesto, que es el que ahora merece singular atención de la Sala Segunda del TS, la «cessio solvendi causes», que implica, no transfiere al acreedor o acreedores la propiedad de los bienes del deudor, sino solo la posesión y administración, conjuntamente con un mandato para proceder a su realización o cobro, y con el producto pagarse los créditos, a diferencia de la «datio in solutum» o dación en pago que transfiere la propiedad de las cosas a la manera de una compraventa, y es que tales diferencias civilísticas entre tales institutos no afectan a la existencia del delito de apropiación en su dinámica activa, que como se consume, tanto por la enajenación inmediata de la cosa apropiada, como por la mediata, que a esto último equivale la autorización concedida a los acreedores para la venta y subsiguiente pago de sus créditos con el producto de la misma.

iv. IMPAGO DE LA CUOTA OBRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Las empresas privadas vienen configuradas en la Ley de Seguridad Social, como entidades gestoras de la misma y colaboran con ella, conforme al artículo 208-1 .o c) de la Ley de 21 de abril de 1966, pagando a sus trabajadores por delegación de la entidad gestora obligada, las prestaciones económicas, por incapacidad laboral transitoria, protección a la familia, desempleo y otras varias. Esta colaboración es obligatoria y consiste -reitera la Orden del Ministerio de Trabajo de 25 de noviembre de 1966, en el pago por delegación de dichas prestaciones económicas. Y la mecánica de dicha colaboración viene dibujada por el artículo 20, de la citada orden, expresiva de que las empresas se reintegraran de las cantidades satisfechas y referidas a los conceptos antes expresados, descontándola del importe de las liquidaciones que han de efectuar para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social que correspondan al mismo periodo que las prestaciones satisfechas. La propia Ley citada al principio establece en su artículo 3 ° que el empresario que habiendo efectuado el descuento no lo ingrese o no lo pague, hemos de añadir, incurrirá en responsabilidad ante las entidades gestoras sin perjuicio de la responsabilidad criminal y administrativa correspondiente.

Que por tanto las cantidades debidas abonar por el Instituto Nacional de Previsión o un obrero de determinada empresa, en situación de incapacidad laboral transitoria, se descuentan de las liquidaciones al Instituto, y se retienen por el empresario, con una finalidad concreta y determinada: pago por delegación del mismo de las prestaciones económicas a la persona titular del derecho a la prestación. Por tanto, tal retención, apropiación distracción ya es de cantidad ajena, con una obligación y un destino, concreto y determinado que ha de darse por delegación, representación, comisión o mandato de la entidad y que de no cumplirse supone de un lado, la tenencia de dinero ajeno porque ya ha nacido la obligación de cotización, y el derecho a la prestación con mandato y obligación de entrega, de otra la distracción o apropiación del mismo, lucro del autor, perjuicio del beneficiario, con lo que dicho se está que en tales supuestos nos encontramos, ante el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, como ha sostenido esta Sala en Sentencia de 28 de mayo de 1974, entre otras. (Sentencia de 25 de febrero de 1975).

Prestaciones retenidas a los productores y no abonadas al Instituto Nacional de Previsión. Que el primer motivo del presente recurso alega la infracción del artículo 535 del C. P., por la Sentencia de instancia, en cuanto que en concepto del recurrente es menester recibir algo mueble, en este caso dinero, con obligación de entregar o devolver, no negar haberlo recibido. Recepción esta que no puede equipararse con la retención de parte de jornal autorizado por la Ley por parte de la empresa, para abonar las cuotas de la Seguridad Social, y no ingresarlas. El fino argumento debe decaer en primer término por disposición legal y luego por consideraciones jurídicas de menos hondura, no expresamente mencionadas en la Ley. En efecto, la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 regula sobre, cotización el sujeto responsable y declares paladinamente que el empresario es el sujeto responsable de la obligación de cotización ingresando las aportaciones propias y las de sus trabajadores, según el numero 1.º del artículo 68. El numero 2 añade que el empresario descontara a sus trabajadores la cuota correspondiente a sus retribuciones. Y por el número 3 añade que «el empresario que habiendo efectuado tal descuento no ingrese dentro de plazo la parte correspondiente a sus trabajadores incurrirá en responsabilidad ante ellos, ante las entidades gestoras afectadas, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan». Dicho plazo, aclara la Orden de 28 de diciembre de 1966, es por «mensualidades vencidas». Prestaciones retenidas a los productores y no abonadas al Instituto Nacional de Previsión. Que el primer motivo del presente recurso alega la infracción del artículo 535 del C. P., por la Sentencia de instancia, en cuanto que en concepto del recurrente es menester recibir algo mueble, en este casos dinero, con obligación de entregar o devolver, no negar haberlo recibido. Recepción esta que no puede equipararse con la retención de parte de jornal autorizado por la Ley por parte de la empresa, para abonar las cuotas de la Seguridad Social, y no ingresarlas. El fino argumento debe decaer en primer término por disposición legal y luego por consideraciones jurídicas de más

hondura, no expresamente mencionadas en la Ley. En efecto, la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 regula sobre, cotización el sujeto responsable y declara paladinamente que el empresario es el sujeto responsable de la obligación de cotización ingresando las aportaciones propias y las de sus trabajadores, según el número 1.º del artículo 68. El número 2 añade que el empresario descontara a sus trabajadores la cuota correspondiente a sus retribuciones. Y por el número 3 añade que «el empresario que habiendo efectuado tal descuento no ingrese dentro de plazo la parte correspondiente a sus trabajadores incurrirá en responsabilidad ante ellos, ante las entidades gestoras afectadas, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan». Dicho plazo, aclara la Orden de 28 de diciembre de 1966, es por «mensualidades vencidas» Luego surge de la Ley- -una doble obligación: descontar tales cantidades correspondientes; estas se reciben por Ministerio de la Ley, pierde el dueño su calidad de propietario de las primas y se forma un patrimonio afectado a un destino, del que el mismo es depositario, con comisión para entregar y el no cumplimiento de tales obligaciones respecto de un dinero que es ajeno, con un destino legal y voluntariamente pactado, distrayéndole del mismo, lucrándose con su importe es evidente que integra el delito de apropiación indebida, según la doctrines general de esta Sala y muy en especial la contenida en las Sentencias de 28 de mayo de 1974 y 25 de febrero de 1975, en lo aplicable. Luego surge de la Ley una doble obligación: descontar tales cantidades correspondientes; estas se reciben por Ministerio de la Ley, pierde el dueño su calidad de propietario de la prima y se forma un patrimonio afectado a un destino, del que el mismo es depositario, con comisión para entregar y el no cumplimiento de tales obligaciones respecto de un dinero que es ajeno, con un destino legal y voluntariamente pactado, distrayéndole del mismo, lucrándose con su importe es evidente que integra el delito de apropiación indebida, según la doctrines general de esta Sala y muy en especial la contenida en las Sentencias de 28 de mayo de 1974 y 25 de febrero de 1975.

Que por consiguiente que si tanto por ministerio legal como por conformidad de los productores» el recurrente «venía descontando de la nómina de estos la parte correspondiente a su cotización social, con la específica obligación de abonarlo en el Instituto Nacional de Previsión y desde septiembre de 1970, en vez de cumplir esta obligación específica no lo hizo así, sino que se aproveche en su propio beneficio aplicando ese dinero a otros menesteres y finalidades particulares, perjudicando de esta manera al Instituto Nacional de Previsión, que dejó de percibir las cuotas correspondientes es claro que hubo lucro ilícito y abuso de confianza que son las dos notas esenciales del delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, según constante doctrina de esta Sala; razones todas que motivan la desestimación del primer motivo del recurso admitido, tercero del escrito de interposición. (Sentencia de 7 de mayo de 1977).

Para resolver el problema de presencia en una misma conducta de infracciones administrativas y penales que podría dar lugar a procedimientos diferentes, el legislador

estableció en el artículo 3 de la Ley 8/1988 "la concurrencia con el orden jurisdiccional penal" de la siguiente forma:

"1. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento

2. De no haberse estimado la existencia de delito la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

3. En todo caso deberán cumplirse de modo inmediato las medidas administrativas adoptadas para salvaguardar la seguridad e higiene de riesgo inminente".

Ante la falta de ingreso por el empresario de la cuota obrera descontada, la Administración, una vez levantada el acta, pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, quedando el procedimiento administrativo en suspenso hasta que el órgano judicial no dicte sentencia firme u otra resolución que ponga fin al procedimiento penal.

1. El Ministerio Fiscal, una vez examinado el expediente administrativo, puede devolver las actuaciones sin formular querrela, por no estimar indicios de criminalidad, con la consiguiente continuación del procedimiento sancionador.

2. Si ante una conducta constitutiva de delito la Administración no se abstuviese de pronunciarse, la imposición de la sanción administrativa daría lugar además de a la nulidad por vicio de incompetencia, a la consiguiente responsabilidad de funcionarios y autoridades administrativas por usurpación de funciones judiciales (art 378 del Código Penal).

3. Si la jurisdicción penal dicta sentencia condenatoria, queda definitivamente cerrada la posibilidad de que la Administración imponga sanción posterior para la persona y por el hecho que ya fue enjuiciado. El contenido del principio non bis in idem impide la duplicidad de sanciones administrativas y penales siempre que se cumpla la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

4. Si no se ha estimado la existencia de delito -por sentencia absolutoria, archivo de actuaciones o sobreseimiento- cabe continuar el expediente sancionador administrativo en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados".

v. DECIMO DE LOTERIA APROPIADO ANTES DEL SORTEO. LUEGO PREMIADO EN EL SORTEO

A la cuantía de la apropiación se extiende al premio. Que así enfocado el recurso, surgen ante esta Sala dos problemas fundamentales: 1º Momento de la consumación del delito. 2º Cuantía de lo apropiado. El primero, que apenas tiene dificultades técnicas, debe resolverse en el sentido de que el delito se consumó en el momento en que el procesado decide adueñarse del billete y efectivamente lo lleva a cabo, porque es cuando su posesión legítima, con comisión de entrega, se convierte en disposición antijurídica, incorporándolo a su patrimonio y disponiendo del billete de lotería como si fuera propio. En tal instante el abuso de confianza y el lucro ilícito quedan perfilados de manera manifiesta y con ellos la infracción penal. Ahora bien, cual es el objeto y el valor de la apropiación del billete de lotería antes del sorteo, por su importe, desde luego, pero con algo más: una esperanza de que sea agraciado con el premio. En tal instante la acción -del agente, como comportamiento dirigido a fin concreto, no produce el resultado previsto y querido. Es una actividad que queda interrumpida hasta el sorteo porque entre el acto y el resultado hay un aplazamiento. El ciclo causal de la acción se demora, debiendo complementarse la acción con otros factores de carácter objetivo, que añadidos a aquellos producen el resultado: esto es el sorteo. Desde el punto de vista de la culpabilidad del agente, no solamente provee el sorteo y el premio, sino que lo quiere y lo acepta. Por lo tanto, el resultado, premio sustraído a su legítimo propietario, queda cubierto y aceptado por el dolo del autor, surgiendo así un dolo eventual muy cualificado en el mismo, porque en el genuino y auténtico eventual, se prevé, no se quiere, pero en último término se acepta, en este especial más que eventual o cualificado, se prevé, se quiere y se acepta. Por tanto, la apropiación versa sobre el valor del décimo y la expectativa del premio, aceptada y querida, y al completarse la acción, con el resultado aleatorio del sorteo, en el que el décimo resulto premiado, hay que concluir en que la intención del agente fue la de apropiarse del importe del uno y otro, y por tanto la cuantía se medirá por la del premio con el que fue agraciado. A este respecto no importa que el lucro se desplazase a tercero, porque existiendo tal ánimo, es indiferente que recayera en el autor del delito o favoreciera el lucro injusto a otro, por cuanto que existió y fue paralelo al perjuicio patrimonial determinado del destinatario del billete o susceptible de determinarse, como ocurrió tras el sorteo. Por tanto, prosperando ambos motivos del recurso, debe estimarse que la Sala sentenciadora infringió el artículo 535 del Código Penal por inaplicación en la Sentencia recurrida, procediendo por tanto a casarla y anularla y dictar en su lugar aquella otra que ordena el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Sentencia de 26 de diciembre de 1973).

Que los hechos que se consideran probados integran el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, por cuanto el procesado Manuel Santos Vega tenía en depósito, con comisión de entrega a XXX de un billete de Lotería Nacional de 50 pesetas, cuyo sorteo no se había celebrado, y tras de hacer alguna gestión por dar con su paradero, como no lo consiguiera, decidió adueñarse y disponer del mismo, lo que implicaba no solo el valor facial del billete, sino la expectativa del premio, con la previsión de que fuera agraciado, aceptada y querida, y al ocurrir el evento del premio de las 150.000 pesetas no cabe la menor duda que la apropiación se extendió a esta posibilidad esperada, aunque dependiera de un factor aleatorio ajeno a su voluntad, objetivo, pero previsto y querido, produciendo un perjuicio patrimonial real a XXX de 150.000 pesetas tras el evento del sorteo. El ánimo de lucro fue menos intenso en cuanto que -dispuso del billete en favor de tercero, si bien, a cambio de otro del mismo sorteo, y por la misma cantidad, con lo que el lucro sobre el billete apropiado se desplazó a tercero, lo que no impide la configuración penal descrita.

Que en la comisión de tal hecho ha de apreciarse la circunstancia análoga al arrepentimiento espontáneo, del artículo 9 núm. 10, en relación con el número 9 del mismo precepto, en calidad de atenuante muy cualificada por las siguientes circunstancias: tan pronto como recibió la visita del perjudicado, comprendiendo el alcance de su acción y abrumado por ella, pese a que él no había cobrado el premio, le entrega 20.000 pesetas de su bolsillo y procura que el favorecido con la suerte le entregue otras 50.000 pesetas y el resto se ofrece a abonarlo mediante la aceptación de las letras de cambio que fuesen menester, con lo que el impulso de su acción, la disminución de los efectos del delito y el tiempo en que se produjo fueron los convenientes para que pueda surgir la figura análoga que se aprecia, donde quedó desdibujado el arrepentimiento íntimo, pero sus actos externos dan lugar a que de manera indudable el Tribunal pueda apreciarla. El carácter de muy cualificada ha de otorgarse en méritos a que el lucro quedó desplazado a tercero, a que la acción del autor hubo de complementarse para surgir el delito de elementos objetivos extraños, aleatorios, a la conducta -del sujeto; a que el dolo del autor no merece la calificación de dolo directo, sino más bien eventual, aunque cualificado, y por fin que, pese a que no percibió el premio materialmente, reparo con sus propios medios económicos, ofreciendo saldar la responsabilidad civil por cuantos medios tenía a su alcance, que no fueron aceptados por el perjudicado. Razones todas que por aplicación de la regla 5.1 del artículo 61 del Código Penal autorizan a bajar la pena a imponer en un grado. (Sentencia de 26 de diciembre de 1973).

V. AFINIDADES CON LA MALVERSACIÓN

La conducta prevista y penada, como apropiación indebida en el artículo 535 del Código Penal, entraña una infidelidad por parte del depositario, administrador o comisionado que, con abuso de confianza que se le otorgó, dispone a su antojo y voluntad, como efectivo propietario, de los fondos o bienes muebles para su custodia o manejo, con fines determinados, fueron encomendados al gestor en cuestión, que lejos de conservarlos a disposición o aplicarlos a su debido destino, traiciona el encargo que asumió y ejerciendo poderes de libre disposición connaturales al dominio y esenciales del mismo, que sólo al titular o a sus delegados, con autorización bastante, incumben, se comporta arbitrariamente, como dueño de estos bienes, sea en provecho propio o ajeno, incorporándolos a su patrimonio, gastándolos, según le plazca o distrayéndolos o desviándolos de su legítimo y recto destino o finalidad, sin que sea indispensable, aunque sí lo más frecuente, que el abuso se realice en provecho propio, ya que los fines de mediata liberalidad a costa ajena no pueden por menos de encajar en la figura examinada, en la que la nota de lucro egoísta es de carácter general, pero no absoluto, siendo por otra parte bien patente la semejanza entre este tipo legal y el de malversación, a salvo la distinta calidad de los fondos y del agente en cada caso, por más que la ausencia de personal provecho no aparezca, en cuanto a consecuencias penales, específicamente valorada en la apropiación indebida, cual lo está en la malversación de caudales públicos, aunque si podría serlo a través de la atenuante genérica que mejor convenga, que bien puede ser la de móviles altruistas, calificada o no según proceda.

VI. DIFERENCIAS CON EL HURTO CON ABUSO DE CONFIANZA

En el hurto no se traspasa voluntariamente la posesión, cosa que ocurre en la apropiación. Que la línea que permita la diferencia o distinción práctica de ambos delitos, de hurto, máxime si se comete con abuso de confianza, y el de apropiación indebida, se deduce de ambos conceptos, y requisitos que respectivamente, el dueño o poseedor, no traspasa por su voluntad las cosas, a la posesión del agente, sino que continúa ostentándola de manera absoluta, directa o indirectamente, y aquellas son sustraídas por el sujeto pasivo, tomando por su espontánea decisión la «res furtiva», que quiere hacer suya, en contra del deseo y autorización del legítimo propietario, o poseedor autónomo, mientras que en el segundo delito, o sea, en el de apropiación indebida, el sujeto activo ha tenido previamente que confiar la cosa al agente-«res comendata»-, transfiriéndole su posesión, en virtud de alguno de los títulos fiduciarios, que de forma enunciativa determina el citado artículo 535, con ciertas facultades de autónoma disposición sobre las cosas entregadas, por lo que, al hacerse dueño de las mismas, deslealmente, el delincuente no toma la cosa ajena, que no posee, sino que

distrae o se apropia de la que no es suya, pero que legítimamente posee, sirviendo a efectos de dicha distinción, al alcance de los verbos típicos, que delimitan el contorno de las figuras referidas, precisando su contenido material, que en definitiva, en la infracción criminal del hurto, supone, que el sujeto activo toma y hace suyas las cosas que no posee anticipadamente, y sin que la voluntad del titular jurídico lo autorice, mientras que en la apropiación indebida, opera esta voluntad para transmitir la posesión, y de la recibida posesión se aprovecha quien la adquiere legítimamente, para distraer o apoderarse de las cosas, dejando de cumplir el imperativo deber condicionante de devolverlas a su dueño, o entregarlas a otra persona, debidamente señalada y autorizada para recibirlas. (Sentencia de 23 de septiembre de 1975).

Así como la dinámica del "modus operandi" en el delito de hurto esta constituida por el tomar la cosa sin voluntad del titular dominical, en el de apropiación el traspaso del objeto de la figura punitiva se hace mediante apropiación, distracción o negación del "accipiens", que lo ha recibido sin traslación dominical, es decir, como mero detentador o poseedor, en virtud de un negocio o acto jurídico con lo que si la cosa apropiada no fue entregada por el "tradens" al "accipiens" se estará en presencia del hurto y por el contrario siempre que lo fuere, en razón de un negocio jurídico, surgirá la apropiación indebida. Y como de los hechos que se declararon probados no se desprende que el procesado como funcionario del "Negociado de Compensación, Giros y Transferencias" del Banco Rural y Mediterráneo le fuese confiado o tuviese por razón de su función y servicio, la cantidad apropiada, sino que realizó la conducta delictiva "aprovechándose" de las facilidades que el ejercicio de su empleo le deparaban a través de operaciones en las que resultaban diferencias en perjuicio de la entidad bancaria, que resultó perjudicada como sujeto pasivo del delito, resulta correcta la apreciación de la Sala al considerar los hechos como constitutivos del delito de hurto con la agravante específica de abuso de confianza y no del de apropiación indebida. (Sentencia de 5 de noviembre de 1979).

VII. TÍTULOS QUE CONLLEVAN ENTREGA DE LOS BIENES EN LA PRIMERA FASE DEL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

i. INTRODUCCIÓN

En este delito no es requisito indispensable que la transferencia de la cosa sea realizada por el dueño de la misma, ya que puede efectuarla también el poseedor o el mero detentador que tenga el derecho útil, para crear el título restitutorio y para su defensa jurídica, bastando que tal cosa sea ajena para el agente, pues la existencia de esta condición negativa de la no pertenencia a quien de ella se apodera es bastante para

generar el delito, con tal de que la posesión con obligación de retorno, al cabo del tiempo por ambas partes marcado bilateral mente o unilateral mente impuesto por el concedente, se entrega por distinta persona que además se ha de presumir dueño mientras lo contrario no conste, o que obre para quien lo sea, en relación de naturaleza interna, no explícita o conocida, que no debe de perjudicar a la existencia de la infracción delictiva, pues queda extramuros de la investigación y no es necesario manifestarse exteriormente para la realización del delito.

La posesión es legítima, nacida de título jurídico recibida del dueño de la cosa o de sus representantes legales o de quien sea titular simplemente de la posesión y concede al recipiendario de los mismos ciertas facultades de autónoma disposición, aunque el título les obligue a cumplir determinadas obligaciones con los efectos, cosas o dinero, mas con tal destino o vocación de la cosa las poseen durante algún tiempo, con autonomía material, aunque con obligación jurídica, bien sea de entregarlos a persona o entidad determinada, o devolverlos a la persona de quienes se recibieran.

El tipo del artículo 535 del Código Penal otorga tutela al Derecho de dominio contra el injusto enriquecimiento que a costa de aquel se consigue, por el sujeto, a quien el propietario le hubiere otorgado la posesión legítima del dinero, efectos o cosas muebles, con autónomas facultades de disposición, por alguno de los títulos determinados en el mismo de depósito, comisión, administración o por cualquier otro que genere la obligación de entregarlo o devolverlo, porque al llegar el instante de la restitución o entrega cancelatoria, de la situación provisional y posesoria creada, se produce el despojo injusto, por adueñamiento antijurídico, por medio de acto prohibido de autoridad, que transmuta aquella concedida posesión en propiedad ilícita, a medio de abuso de confianza, quebrantamiento de la lealtad debida, ánimo de lucro defraudatorio y perjuicio equivalente. El elemento objetivo o real de este delito derivado de la voluntad del sujeto pasivo que entrega la posesión de la cosa o bienes al agente de manera jurídica, pero a medio de un título fiduciario, ha de manifestarse de manera relevante y cierta, pues lo exige el verbo «recibir» que utiliza el artículo 535 citado y ha de tener la estimación de mera transferencia de la posesión, por lo que absolutamente quedan desconectados de esta infracción criminal todo acto o negocio jurídico que suponga la transmisión de la propiedad de tales objetos materiales, pues si conforme al tipo han de devolverse al dueño o entregarse por cuenta de este a otras personas en destino impuesto o concertado, resultaría imposible efectuarlo de concederse el dominio, por cuya razón es obvio que no pueden constituir apropiación indebida los negocios traslativos del dominio y si únicamente la mera titularidad posesoria concedida por el dominus al agente y que se muda en propiedad antijurídica en la forma expuesta.

ii. DEPÓSITO, COMISIÓN, ADMINISTRACIÓN, OTROS TÍTULOS QUE PRODUZCAN OBLIGACION DE ENTREGAR O DEVOLVER, NEGAR HABER RECIBIDO LAS COSAS

La enumeración del Código es enunciativa o abierta. Es doctrina ya conocida y reiterada por la Sala Segunda la de que los títulos fiduciarios mentados en el artículo 535 del Código Penal, depósito, comisión, administración, siquiera sean los más típicos en orden a la perpetración del delito de apropiación indebida, no tienen carácter cerrado o de «*numerus clausus*», como lo demuestra la cláusula que inmediatamente los subsigue: o por otro título que produzca la obligación de entregar o devolver -«*ad exemplum*», Sentencia 28 de septiembre de 1971; todo lo cual está indicando que el accipiens tiene tan sólo la posesión de la cosa confiada, *res commendata*, y que justamente por no tener la propiedad se posibilita el delito de que tratamos, lo que de inmediato obliga a un atento estudio de la relación jurídica subyacente, para, sea por su complejidad o por su carácter atípico, llegar a la conclusión -decisiva en el ámbito jurídico penal, de si el tradens llegó o no a despojarse de la propiedad, cualquiera que sea la calificación que dieran las partes al negocio jurídico-civil, con el que se ligaron.

La posesión es legítima, nacida del título jurídico recibida del dueño de la cosa o de sus representantes legales o de quien sea titular simplemente de la posesión y concede al recipiendario de los mismos ciertas facultades de autónoma disposición, aunque el título les obligue a cumplir determinadas obligaciones con los efectos, cosas o dinero, más con tal destino o vocación de la cosa las poseen durante algún tiempo, con autonomía material, aunque con obligación jurídica, bien sea de entregarlos a persona o entidad determinada, o devolverlos a la persona de quienes se recibieran. (Sentencia de 28 de mayo de 1974).

La doctrina sentada por la Sala Segunda, sobre apropiación indebida, cobra inusitado interés en los supuestos de alquiler de automóviles sin conductor, con la consiguiente repercusión en la praxis judicial, cuando al término del contrato se retiene indebidamente el vehículo con correlativo impago -de los alquileres, supuestos que la doctrina de esta Sala ha considerado atípicos, por entender que constituían mero incumplimiento de pago, a reclamar por el perjudicado en la vía civil (Sentencia de 15 de junio de 1970), o bien que integraban, en gran mayoría de casos, verdaderos delitos de estafa por haberse aparentado solvencia y crédito inexistentes que provocaron la entrega del coche arrendado con el perjuicio que de ello deriva al -dejar en descubierto los alquileres devengados por el pretendido arrendatario (Sentencias de 7 de marzo de 1969, 19 de septiembre de 1969, 2 de junio de 1970, 15 de octubre de 1970 y 13 de noviembre de 1973); pero no existiendo ese propósito inicial de fraude, aun cabe la posibilidad de apropiación indebida, no del importe del -alquiler, pues nadie puede apropiarse de lo que no recibe, sino del automóvil mismo, a condición, claro está, que ese ánimo de apropiación definitiva, este debidamente acreditado, ya por acto

dispositivo ya por actos igualmente inequívocos y concluyentes conforme a la doctrina antes sentada, de modo que no pueda decirse que hubo mera retención del vehículo o dilación o mora en el cumplimiento del plazo pactado para el reintegro del coche, una vez finalizado el alquiler del mismo. (Sentencia de 27 de junio de 1975)

Usufructuarlo de tractor. El primer motivo del recurso considera infringido el artículo 535 del Código Penal, porque hubo para use y explotación del tractor, cesión que, a juicio del recurrente, es graciable y se desarrolla exclusivamente dentro del campo del Derecho civil. Pero el motivo ha de decaer, pues aunque la doctrina de esta Sala ha declarado que las apropiaciones de mero use son atípicas, porque no hay ánimo de retención definitiva, siempre ha condicionado esta postura a que conste de manera concreta que se trate de una simple: morosidad en la devolución. Pero cuando, como en el caso de autos, ha sido puesta de manera evidente la voluntad del recurrente de hacer suyo el tractor transformando su posesión legítima en propiedad antijurídica, es claro que se cometió el delito que inicialmente se combate. Y tal voluntad, en el presente caso se ha puesto de manifiesto de manera reiterativa, pues en una primera fase se produce un embargo del tractor al recurrente como si fuera de su propiedad, para responder de deudas propias lo que determino que su verdadero dueño tuviera que ejercitar la oportuna tercería de dominio, que fue fallada a su favor. Y posteriormente, pese al requerimiento notarial, para la entrega del tractor se niega a devolverlo, decidiendo finalmente hacerlo propio, incumpliendo la obligación de devolverlo, integrando así el delito de apropiación indebida, por el que se le condena justamente. (Sentencia de 30 de marzo de 1977).

Compraventa a plazos de automóviles. En relación con las compraventas a plazos de automóviles, con reserva de dominio, por parte del propietario, también la doctrina de esta Sala es inequívocamente uniforme, declarando que no se transmite en tales supuestos el dominio, que este lo conserva el vendedor; el comprador, de manera ordinaria es poseedor en calidad de poseedor sin que pueda venderlo sin haber abonado previamente la totalidad del precio, porque hasta entonces no adquiere la propiedad del mismo. Y que de proceder de otra manera -venta sin abono del precio- se produce un quebrantamiento del depósito, por haber recibido en esta calidad un traslado posesorio, estando aplazada la cesión del dominio con todas sus facultades integras y entre ellas el derecho de disposición. Procediendo, pues, a la venta, el comprador, quebranta el deber de guarda y custodia, cometiendo el delito de apropiación indebida. (Sentencias de 22 de enero y 19 de mayo de 1970 de 1970, 3 de marzo de 1971, 20 de octubre de 1973, 7 de mayo de 1975 y 29 de septiembre de 1975). Aunque el vehículo se inscriba en la Jefatura de Tráfico a nombre de tercero. El vehículo y su titularidad, corresponde al vendedor, sin que el hecho de la inscripción a nombre del querellado del vehículo en la Jefatura de Tráfico, altere la realidad jurídica de sus respectivas situaciones de dueño del automóvil por parte del querellante y poseedor por parte del procesado como sostiene la Sentencia de 3 de febrero de 1969, invocada con acierto en el recurso, pues

la transferencia puramente administrativa podrá afectar a terceros, pero no repercute en las relaciones internas de los contratantes y Por tanto si uno es dueño, el procesado es poseedor y al encargarle la venta, -sobre la posesión, recibe una comisión de venta, procede a efectuar esta y en lugar de abonar el precio recibido de 100.000 ptas., las retiene desde el 29 de septiembre de 1967, con el pretexto de unos servicios que solo ascienden a 9.000 ptas., hasta el 5 de diciembre de 1972, en que según se desprende ,del examen de los autos, las ofrece mediante Notario, es evidente que se reúnen cuantos requisitos exige el artículo 535 del Código Penal, para estimar cometido el delito de apropiación indebida, sintetizados en innumerables resoluciones de esta Sala en el lucro ilícito y el abuso de confianza, otorgado mediante la comisión de venta, de la que el culpable se prevale para hacer propio el dinero. (Sentencia de 10 de diciembre de 1975).

Bancos de Descuento. Deposito irregular. Delitos Financieros. Que los denominados por la doctrina penal, delitos contra la economía pública o delitos financieros, son conductas antijurídicas que lesionan el tráfico comercial, mercantil o estrictamente financiero, porque atacan directamente al interés social del orden público, por ausencia de sumisión al deber propio de 4as sociedades mercantiles y al interés mismo del Estado, prevalentes en su valoración y defensa, sobre el mal que hacer, que los postergue indebidamente; presentando tales infracciones, como características esenciales: integrar el sujeto activo, sociedades o grupos de personas, que actúan a medio, de sus órganos de manifestación; formar el sujeto pasivo, muchas personas, unidas entre sí, generalmente, por el vínculo común del ahorro, dando lugar al delito-masa; producirse una situación de total indefensión de los perjudicados, parte débil de la relación antecedente; y manifestar pequeña entidad el daño individual sufrido, si se pasa de la situación de riesgo, aunque sea grande el alcance económico de la maniobra perjudicial en su integridad. Que generalmente estos delitos, realizados a medios de sociedades anónimas mercantiles, son de mero riesgo o peligro, porque se consuman por el quehacer u omitir peligroso, sin que se precise la generación de un evento, o cambio del mundo exterior, requiriendo para tener vida, de una previa tipicidad específica y formal, que anticipe la punición ante el mero peligro abstracto o concreto, razón por la que, al existir un vacío normativo o legal en nuestra patria, ya que nuestra legislación penal no regula-como fuera de desear, dada la necesidad que la defensa social exige-de forma expresa y directa los delitos financieros de riesgo, deben aplicarse, los dogmáticos principios de la adecuación típica, de la legalidad, y de la culpabilidad espiritualizada, dejando de estimar su presencia, pues no pueden castigarse conductas, por anormales e incluso ilícitas que resulten, si no son penalmente típicas, ya que solo al legislador y no al Juez, corresponde el arbitrio incriminatorio abstracto previo del concreto judicial-, del que nunca se pueda prescindir, ni siquiera por la vía de la interpretación extensiva o analógica, no autorizada en el humano Derecho Penal-«poenalia sum restringenda». Que sin embargo, una parte importante de los denominados delitos financieros, que no son de mero riesgo, sino de resultado material,

y consistentes en maniobras tendentes a beneficiar a los directores de las empresas, en menoscabo de la sociedad misma, de sus accionistas o de sus acreedores, o aquellas otras en que se apliquen de manera fraudulenta los bienes, dándoles fin distinto de aquel para que fueron entregados, o por fin, los supuestos de abuso de los bienes sociales, si el agente obra con ánimo de fraude y produce un daño concreto, indudablemente pueden y deben encajar dentro de los tipos penales comunes, en las varias formas de delitos contra la propiedad, que van de inexorablemente aplicarse, dada su amplitud material, más aun cuando la ausencia de normas especiales, que sancionen esas conductas tan reprobables, exige la defensa a través de la tipicidad vigente, de los principios de la confianza, que debe presidir la vida socio-económica, al de la inalterabilidad del capital social, el del patrimonio de destino, y el de la intermediación del crédito, que eludan y marginen, con reprochabilidad culpabilística judicial, las conductas ampliamente desleales, el aprovechamiento ilegal, y el enriquecimiento torcido, producto de claras extralimitaciones de función o poder, que lesionan intereses varios e importantes. Que el delito de apropiación indebida, del artículo 535 del Código Penal, -dispensa pública protección al derecho de propiedad, contra el injusto enriquecimiento, que a costa ajena se logra por la persona, a quien aquel hubiera transferido dinero o cosa mueble, en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, pues después de obtenerlos, con ciertas facultades de, disposición autónoma, por uno de dichos títulos de posesión legítima, produce la ilegítima retención o adueñamiento, por acto de autoridad propia prohibida, con incorporación a su patrimonio, abuso de confianza, y rotura de lealtad debida, así como con ánimo de lucro defraudatorio, y correlativo perjuicio, cambiándose en definitiva la posesión legítima que se tenía, en propiedad ilegítima, que no puede consentirse, porque consiste en un acto de despojo injusto. Que cuando el título posesorio constitutivo del elemento objetivo de -tal delito, sea el denominado comisión, su contenido acoge tanto el contrato mercantil de dicho nombre, como a cuantas situaciones, en el sentido más amplio, encajan en la «comisio» romana, y sean posibles dentro de las relaciones sociales y jurídica, incluso los meros encargos, y las entregas de, dinero con finalidad determinada, de gestión crediticia en intermediación legal, que lleven explícita o implícita la prohibición de apropiación por el -gestor, o su distracción del fin a que están adscritos, pues el verbo típico «distracer» no es sinónimo del de «apropiar -integrantes ambos del núcleo típico-, ya que acoge el mero apartamiento del dinero del fin determinado aunque se confundan, si a ello se agrega el apoderamiento por el administrador, porque en ambos supuestos, la confianza depositada, y el deber de obrar con la «fidelitas» propia de la buena fe, defendiendo un ajeno interés, produce la criminalización de la gestión, que contradice tales principios fiduciarios, ante el acto de enriquecimiento injusto o acaecido. Que los Bancos de Descuento, son entidades constituidas para intermediar en el crédito, pues los bienes que reciben y han de devolver, dada la, estabilidad a través del tiempo, de las cantidades recogidas, las aplican en operaciones de crédito, con otras personas distintas de los imponentes,

lucrándose en la actividad mediadora; mas esta función prevalente e importantísima, en el orden económico, enmarcada en la confianza en ellos depositada, de una buena y honesta gestión, de leal comerciante, en defensa de los derechos de personas débiles, que incluso al margen de lo penal, se impone civilmente en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas, no puede nunca autorizar a convertir la intermediación en las operaciones crediticias, en actos desleales, por lesión del sistema oficial, amparado en los principios de la exacta y normal gestión, buena fe y defensa económica, realizados por los propietarios o administradores, con extralimitación abusiva de poderes, y hasta de la función encargada legalmente, a medio de conductas de «baratería», que supongan adueñamiento del dinero depositado, en provecho propio y perjuicio cierto ajeno, sin causa legitimadora para ello, aunque la apropiación se finja o simule a medio de operaciones comerciales, no prohibidas administrativamente antes del D. de 26 de abril de 1969, a tales directivos, pero que jamás pueden permitirse, de envolver una antijuridicidad penal, al no resultar serias, sino meramente encubridoras del exclusivo ánimo de apoderamiento, que encajan indudablemente en el delito de apropiación indebida, si contienen los requisitos subjetivos y objetivos que integran tal figura típica. Que aunque el depósito irregular y el préstamo mutuo, se ha estimado, no engendran delito de apropiación indebida, es de tener en cuenta que no puede calificarse como tales negocios, la entrega de dinero que hacen a tales Bancos los depositarios o cuentacorrentistas, porque más que efectuarse a título de transferencia de uso y propiedad ilimitada, quedando aquellos obligados, como deudor de género, a devolver no la misma cosa, sino otro tanto de la misma especie y calidad -«tantundem ejusdem generis»-, se realizan a título de amplia pero exclusiva comisión, de acuerdo a la misma expresiva dicción del -artículo 309 del Código de Comercio, que niega la existencia del depósito irregular, porque las entregas a tal entidad de dinero se efectúan con la condición y finalidad, implícita, pero cierta de que se usen, por la misma en otras operaciones serias de crédito, con distintas personas, que permitan mantener su existencia y su valor, en pro de la seguridad de la devolución, y siempre con la especial limitación, debida a la honesta gestión social de buen comerciante, y defensa del impositor, de impedir la apropiación antijurídica de tales administradores, pues se trata en definitiva de un patrimonio adscrito a un fin, cuyo destino normal no puede quebrantarse con la infidelidad administrativa, que ha de surgir, no opera sobre bienes propios del dueño o administrador del Banco, sino de las personas imponentes, que no se han desprovisto en absoluto de su dominio, que pueden reivindicar instantáneamente por lo general, pues otorgaron la posesión legítima de su dinero, en muy amplia comisión dispositiva de crédito, y en buena gestión, pero nunca para la artera y defraudatoria, por lo que la entidad bancaria es a estos efectos mera poseedora con finalidad delimitada, y como se ha repetido, de amplio espectro operativo, en orden a los Buenos negocios crediticios, cualquiera que sea la fortuna que estos corran, pero jamás ilimitada y permisiva de tan repudiables defraudaciones, pues si se opinare de otra manera, se dejarían indefensas, por ficciones jurídicas inadecuadas, a una gran

masa de personas, contra el egoísmo lucrativo de tales dueños o gestores, de entidades bancarias, lo que ni es lícito, ni equitativo, ni moral, al estar sometidos al control de la honestidad y decencia públicas, y del Derecho penal, protector de valores indeclinables contra la codicia ajena. (Sentencia de 23 de junio de 1973).

Procuradores de tribunales.-Que legalmente, según el Estatuto de Procuradores de 19 de diciembre de 1947, en su artículo 2.1, son estas aquellas personas que reuniendo las condiciones legales, puedan encargarse mediante poder, conferido en debida forma de representar los intereses ajenos ante los Tribunales de Justicia y organismos de todas clases. En el artículo 4 del citado Estatuto se expresa que la representación del Procurador se acreditara por medio de la escritura de poder, declarada bastante para la acción o acciones que se trate de ejercitar, consignándose en la misma, además del nombre y los dos apellidos del mandatario. Más adelante se insiste que la representación podrá conferirse al Procurador mediante comparecencia ante el Juzgado llamado a conocer del Proceso. Por tanto, en el orden legal la relación cliente-Procurador, según este Estatuto, se configura como representación, apoderamiento, en suma, como contrato por el cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra. Nos encontramos ante el mandato del artículo 1.709 del C. Civil, con el carácter de remunerado, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato (art. 1.716 del propio Código Civil). Y de aquí a los efectos del C. P. que las provisiones de fondos hechas al mandatario tienen por fin específico, salvo prueba en contrario, la aplicación de los mismos a los fines para los que se realizan, negocio, pleito o ejercicio de acciones, que son motivo, causa y finalidad de dicha provisión. (Sentencia de 31 de mayo de 1977). Que por tanto que la aplicación al propio beneficio particular del Procurador, de la provisión de fondos, salvo sus honorarios justificados y fijados en el Arancel correspondiente, sin darlos el destino de abono de los gastos de los juicios en cuya consideración, fueron concedidos, ha venido siendo considerado en la doctrina jurisprudencial de manera invariable y pacífica, como apropiación indebida, al recibirse en calidad de mandatario para un fin concreto y determinado y apoderarse, con ánimo de lucro de los mismos, interviniendo así los dos requisitos quintaesencia de la apropiación, cuales son el lucro ilícito y el abuso de confianza, de la que se defrauda al poderdante. Por ello la doctrina de esta Sala, en Sentencias de 30 de marzo de 1920, 30 de junio 1927, 15 de marzo 1888, 13 de enero de 1928, 11 de marzo de 1963, 4 de febrero y 30 de octubre de 1971, estiman en líneas generales y de manera unánime que el Procurador de Tribunales que recibe cantidades de su cliente para el pago de gastos judiciales, apropiándose y lucrándose con ellas, comete el delito de apropiación indebida. (Sentencia de 31 de mayo de 1977).

VIII. SITUACIONES ATÍPICAS EN RELACIÓN EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

i. CUANDO HAY PENDIENTE LIQUIDACIÓN DE CUENTAS

Que cuando las relaciones entre las partes presenten una profunda complejidad y no supongan una posesión unilateral provisional y al final restitutoria, sino que se entremezclen obligaciones recíprocas, con efectos compensatorios de consecuencias múltiples, amparados por el derecho y la buena fe, tal figura desaparece, si todo ello conduce a una indispensable liquidación de cuentas, que mientras no se realice puede amparar al poseedor, desprovisto a su vez de dolo su quehacer, si cree racionalmente que actúa lícitamente y opera de buena fe, asistido de argumentación lógica en defensa de sus intereses, pues entonces la retención de la cosa o dinero no incide en el ámbito criminal, porque las razones o motivos que exigen tal rendición y el reconocimiento de los derechos en favor del agente, que puedan ser objeto de su compensación dineraria, eliminan de antijuridicidad a su quehacer, que queda atípico y extramuros del Derecho penal. (Sentencia de 14 de octubre de 1975).

ii. CUANDO EL LUCRO NO ES ILÍCITO Y HAY PENDIENTE LIQUIDACIÓN DE CUENTAS

Por tanto de que aquellos dos elementos esenciales, que en definitiva vienen a ser la esencia de la apropiación indebida: lucro ilícito y abuso de confianza, falta en el supuesto que se estudia el primero de ellos. Y ello en razón a que, como tiene declarado la doctrina de esta Sala, que cuando el apoderamiento o la retención traen como razón de ser, motivo diferente del lucro tal como hacerse pago, aunque sea de modo torpe, de deudas, no se da el lucro ilícito si se da el dolo característico de los delitos contra la propiedad, sino a lo sumo se procede por vías de hecho sin violencia ni intimidación al cobro de cantidades adeudadas, ante la pasividad o la negativa del deudor a satisfacer voluntariamente lo que por él es debido. (Sentencias de 13 de diciembre de 1905, 4 de octubre de 1935 y 22 de junio de 1976). En segundo lugar, porque también es declaración reiterada de esta Sala que cuando se entremezclan obligaciones recíprocas con efectos compensatorios, amparados por el Derecho y la buena fe, la figura de la apropiación desaparece, cuando todo ello conduce a una indispensable liquidación de cuentas, que es, en definitiva, la determinante del amparo de la actuación del deudor, que si a la vez es acreedor del supuesto perjudicado y cree que su derecho ha sido desconocido, la obligada compensación dineraria elimina de antijuridicidad su quehacer, dejándolo atípico y extramuros del Derecho penal (Sentencia de 14 de octubre de 1975).

Por tanto la falta de liquidación de comisiones por el supuesto perjudicado durante más de un año; la falta de tal liquidación total, con posterioridad, impide determinar si al retener el recurrente el importe del cheque cobrado lo hizo lucrándose ilícitamente y por ello, al prosperar el motivo, debe casarse la sentencia recurrida, dictando en su lugar y de acuerdo con el artículo 902 de la L. E. Criminal, otra más ajustada a Derecho. (Sentencia de 13 de diciembre de 1976).

iii. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES

Que si bien el delito de apropiación indebida y el incumplimiento de un contrato civil o mercantil, pueden aparecer confundidos, porque toda apropiación de cosas, efectos o dinero, cuando se genera luego de concertarse tal vínculo contractual, resulta ser un incumplimiento, según la normativa privada, pues ambos tienen en común el requisito objetivo de la no realización del acto debido efectuar, e impuesto con la entrega de las cosas, como puede ser el pago, la venta, la compra, la devolución o el servicio; sin embargo, dicha infracción criminal, enmarcada en el ámbito penal, y tal incumplimiento de negocio jurídico peculiar del campo privado, se distinguen, valorando el elemento culpabilista y subjetivo, que denota la actitud psicológica del agente, pues si únicamente demora o retrasa, de forma maliciosa o por culpa, durante algún espacio de tiempo, el exigible cumplimiento, pero queriendo realizar la prestación, como lo determina su actividad, al menos parcial en tal sentido, sin hacer distracciones definitivas de valores, se estará ante una mera irregularidad civil o mercantil, pero si no actúa de manera absoluta, en pro de la efectividad de lo acordado, que le vinculaba, no iniciando o desistiendo sin razón de toda actividad, y poniendo de relieve solo su deseo de lucrarse antijurídicamente, por el adueñamiento definitivo realizado de dinero o cosas entregadas en posesión, llevándolos a su patrimonio, con deseo evidente de hacerlas dormitivamente suyas, enriqueciéndose ilegalmente y perjudicando al propietario, por no hacer la entrega o devolución pactada, es obvio que comete el delito de referencia, porque esta conducta contiene por su inmoralidad y antijuricidad, valores de culpabilidad más altos, que se enmarcan en el artículo 535 del C. P., necesitando de una reprochabilidad judicial más intensa, en condición delictual, siendo en definitiva el criterio diferenciador de dicho ilícito civil y penal, la intensidad del dolo del agente-según sea *bonus* o *malus*, unido a la gravedad intrínseca y alcance de la acción de incumplimiento. (Sentencia de 11 de noviembre de 1974).

iv. APROPIACIÓN DE MERO USO

Esta apropiación es atípica. Que interpretando restrictivamente la doctrina de esta Sala expuesta, entre otras, en Sentencias de 13 de noviembre de 1970 (R-. 4936), 28 de septiembre de 1971 (R. 3648) y 31 de mayo de 1972, el alcance de los verbos típicos apropiarse y distraer, usados en el artículo 535 del C. P. y en atención también a la ausencia de normas especiales, cuales los de los artículos 396 y 397, para la malversación, y por fin atendiendo a la necesidad de que la cosa poseída sea adueñada convirtiéndola en suya como propietario el agente, se ha venido admitiendo excepcionalmente como atípica la apropiación de mero uso, o de usos no dominicales aunque ilícitos por utilizar la cosa sin ánimo de retención definitiva o apoderamiento irreversible, al margen de las facultades y obligaciones pactadas, y con el deseo indudable de una restitución tardía, pero a tal fin se ha exigido que consten estas condiciones anímicas internas, de manera concreta, expresa y directamente recogidas en la narración fáctica, o porque así lo comporte, en «facta concludentia», el mismo acto dispositivo realizado por el poseedor, propio de una simple morosidad y de valorarse - dentro del ámbito del Derecho civil, pues de no aparecer así demostrado ha de entenderse siempre que la conducta es propia del delito de apropiación indebida, porque todo cambio de la situación jurídica previa la integra si -concorre el aprovechamiento económico y actuación dominical, sin justificación o causa atendible, por el originario poseedor y no puede atribuirse al mero uso con conducta retardataria en la restitución, siempre singular o excepcional. (Sentencia de 11 de diciembre de 1973).

v. NEGATIVA A ENTREGAR DECIMO DE LOTERIA PREMIADO CUANDO NO SE HA PAGADO PREVIAMENTE

DOCTRINA: Apropiación indebida. Negativa a entregar billetes de lotería premiados por entender el vendedor «que eran suyos, ya que el otro no se los había pagado».

El poseedor de billetes de lotería podrá incurrir en el delito de apropiación indebida en dos supuestos: En el caso de que sea poseedor en nombre ajeno, o en el caso de ser poseedor de buena fe que, posteriormente, adquiriera el conocimiento de la ajena propiedad, de modo que en ambos casos logre (o intente) el cobro de los billetes premiados del deudor emisor de los mismos (del Tesoro Público), sin tener derecho para ello.

En el caso de autos el procesado dueño del bar frecuentado por el querellante, interpeló a éste si, como en otras ocasiones, quería lotería que, periódicamente, recibía de determinada Administración, contestando el interpelado que le «guardara» cinco décimos correspondientes al sorteo a celebrarse cuatro días más tarde, décimos que el

procesado cortó de la tira que le restaba del billete y guardó en una carpeta, marchándose el querellante sin abonar el importe; pero enterado al día siguiente del sorteo que el número había sido premiado con 400.000 mil pesetas por décimo, se presentó en el bar reclamando la entrega de las cinco fracciones del billete, a lo que él procesado se negó «por entender que eran suyas» ya que no se las había pagado, cobrando posteriormente el encartado los 2.000.000 de pesetas correspondientes

De tal relato se deduce:

a) Que en cuanto a la posesión de los décimos por el recurrido no aparece con toda nitidez que se desprendiera de la misma en concepto de dueño y que siguiera en ella «in nomine alieno» a título de mero depositario, pues si la tradición real, por su carácter material y externo, no ofrece dificultades, la «traditio ficta», de tanta resonancia cuando a ella se vincula de manera decisiva la transmisión del dominio, como en el caso de los títulos al portador, ha de estar perfectamente revelada; de modo que si el presunto adquirente de los décimos se limitó a decir al vendedor de los mismos que se los «guardara», «esto es, reservara, sin pagar el importe de los mismos, separándolos de la tira del billete el vendedor y reteniéndolos en su poder, tales tratos más bien parece que deban reputarse de «precontrato» o de «promesa» bilateral de compraventa en el que es esencial el término para llevar a efecto el contrato mutuamente prometido, término que en defecto de estipulación de las partes y estando involucrado un contrato aleatorio, no puede ser otro que el tiempo que restaba hasta la celebración del sorteo, pues acaecido éste, reclamar la prestación por el favorecido, desnaturaliza la esencia del «aleas»; es decir, que si no está suficientemente claro que hubiera verdadera transmisión de la propiedad de los títulos querellante, tampoco se puede hablar de que el querellado fuera un mero depositario de los mismos, condición «sine qua non» o elemento normativo del tipo de apropiación indebida;

b) que, aun en el supuesto de que se entendiera que hubo verdadero «depósito» de los décimos en manos del procesado, como en el caso de participaciones de lotería de la sentencia de 26 de mayo de 1950 o de muebles de la de 31 de diciembre de 1964, faltaría el dolo típico del delito, por ausencia del elemento intencional; la creencia de ser propia la cosa de que se dispone, pues así lo expresa la sentencia recurrida cuando alude a la negativa del inculcado a entregar los décimos por entender «que eran suyos, ya que el otro no se los había pagado»; por lo que, ya sea por dudosa falta de antijuridicidad (a dilucidar en vía civil), ya, en todo caso por falta de culpabilidad en su forma dolosa (ésta propia y exclusiva de la vía penal), se llega a la tesis de negar la existencia del delito de apropiación indebida en la conducta del inculcado, sin perjuicio de las acciones civiles que puedan asistir al presunto perjudicado.

IX. DISTINCIÓN ENTRE EL DOLO CIVIL Y EL DOLO PENAL

Para buscar la diferencia entre el dolo penal y el civil, hay que acudir a la normativa punitiva, en primer lugar, con la finalidad de ver si existe o no tipicidad, y siempre que sea atípico, por no estar subsumido en las figuras específicas o análogas del delito de estafa, apropiación indebida, u otros engaños posibles, la existencia de la conducta dolosa no puede traspasar lo ilícito civil, para penetrar en el penal. Es necesario que la proyección tipológico-delictiva de la ley capte el encaje, dentro de sus preceptos del dolo penal, pues en caso contrario nos contrariamos, en su caso, ante un ilícito meramente civil, y esto se deduce de la narración fáctica, que resulte de los hechos de la correspondiente sentencia.

5. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA DESPUÉS DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

I. INTRODUCCIÓN

Pasando a ocuparnos del delito de apropiación indebida, el art. 253 CP castiga a

1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

2.- Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

Tiene declarado la Jurisprudencia de esta Sala que cuando se trata de dinero, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo:

a) Que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad;

b) Que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede las facultades conferidas por el

título de recepción, dándole un su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado;

c) que como consecuencia de este acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual normalmente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades de actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada (SSTS 841/06, de 17-7 ; 707/12, de 20-9 o 648/13, de 18-7, entre muchas otras).

Se trata de un delito contra el patrimonio que exige que el sujeto activo reciba dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble de forma legítima, por cuya razón, en este primer estadio se produce esa posesión legítima que el autor del delito trasforma más tarde convirtiéndola en ilegítima. Por lo tanto la ajenidad y el conocimiento de esta característica es consustancial al tipo ya que no se puede apropiarse indebidamente de lo propio estando poseyendo lo que constituya objeto material del delito.

En segundo lugar se requiere que el título por el que el sujeto activo ostenta la posesión del objeto material del delito sea uno de los descritos en el tipo, es decir, cualquiera que conlleve la obligación de devolver a quien entregó la cosa mueble que constituya el objeto material del delito, o a entregarlo a un tercero, lo que excluye poseer como dueño, aun cuando el culpable haga ostentación a título de dueño.

El tercer elemento del delito está compuesto por la conducta de apropiación con ánimo de lucro, momento en el que la inicial posesión legítima se transforma en ilegítima, apoderamiento que, como antes se indicaba, debe tener vocación de permanencia, carácter definitivo revelador de la intención de hacer suyo lo que al sujeto activo le consta que no lo es y que solo detenta gracias al título posesorio anterior, en definitiva, revelador del animus rem sibi habendi, intención que no es solo un estado psicológico del autor del delito, sino una situación jurídica en conflicto con el derecho de propiedad del perjudicado. Este elemento del delito característico de la apropiación indebida concurre también cuando el culpable niega haber recibido el objeto material del delito, negación que causa perjuicio al verdadero dueño debido a la desposesión.

Por último, se requiere que la conducta llegue a producir un resultado lesivo, perjuicio patrimonial para el tercero, aun cuando en la doctrina no es una cuestión pacífica hay quien considera que se trata de un delito de mera actividad que se consuma por la realización del acto dispositivo, por lo que no admiten la existencia de figuras imperfectas de actuación, y otros, de forma mayoritaria, consideran que este delito es de

resultado desde el momento en que la formulación del tipo así lo exige ("los que en perjuicio de otro...") de forma que la consumación requiere un mínimo de efectividad de la disposición.

El perjuicio típico consiste en la pérdida por parte del dueño del valor económico de la cosa que tiene como contrapartida el enriquecimiento del sujeto activo por la incorporación a su patrimonio de ese valor. Sigue siendo determinante la distinción del momento inicial en el que el sujeto activo mantiene de forma lícita y válida la posesión como consecuencia de un negocio jurídico por virtud del cual se produce el desplazamiento posesorio a su favor, momento inicial que es el antecedente lógico de la segunda fase en la que se comete el delito por la transformación de la posesión legítima en ilegítima cuando, haciendo suyo lo recibido e incorporándolo a su patrimonio, el autor no devuelve o niega haberlo recibido.

II. DIFERENCIAS ENTRE LA ESTAFA Y LA APROPIACIÓN INDEBIDA

La esencia de la estafa es el engaño, o sea, cualquier ardid, argucia o treta que utiliza el autor para inducir a error al sujeto pasivo, provocando con ello un conocimiento inexacto o deformado de la realidad operante en la voluntad y en su consentimiento, y que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o realización de prestación, que de otra manera no hubiera realizado y que ocasiona un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo.

El engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La valoración de la idoneidad del engaño no puede prescindir de las reales y concretas circunstancias del sujeto pasivo, conocidas o reconocibles por el autor. Además el engaño habrá de ser bastante, esto es, idóneo, causante, suficiente y bastante para producir el error que genera el fraude, no bastando un engaño burdo, fantástico o increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelven, suficiencia ésta la del engaño que habrá de ser examinada en cada caso concreto.

Por el contrario, la doctrina entiende por apropiación indebida el ataque al derecho de propiedad a través de una doble modalidad, apropiación de cosa perdida y de cosa recibida, dejando fuera el engaño, elemento esencial la estafa.

La doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 513/2007, de 19 de junio, 228/2012, de 28 de marzo y 664/2012, de 12 de julio, entre otras muchas) ha resumido la interpretación jurisprudencial de este delito diciendo que el precitado artículo 252 sanciona dos modalidades distintas de apropiación indebida: la apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico. En definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto al 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, empleando el mismo para un uso distinto para el que se entregó, redundando en un ilícito enriquecimiento del sujeto activo del delito. Por ello, cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo:

a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado.

c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

La doctrina jurisprudencial exige para apreciar el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, que se haya superado lo que se denomina el “punto sin retorno”, que distingue el mero uso indebido, una modalidad de apropiación de uso no delictiva, de la apropiación indebida en sentido propio (STS 228/2012, de 28 de marzo). Como señala la STS 374/2008, de 24 de junio, para entender que se ha consumado el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero “hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales”. En el mismo sentido, la STS 513/2007 de 19 de junio o la STS 938/98, de 8 de julio.

Cuando, la recepción del dinero responde a la gestión profesional de un determinado patrimonio, nuestra jurisprudencia venía sosteniendo, en la interpretación del que era el artículo 252 del CP aplicado a la recurrente, que la distracción se explicaba como una disposición del dinero más allá de lo que autoriza el título de recepción y con vocación definitiva. Se mostraba así la "distracción" como una especie de gestión desleal, pero que hacía referencia al exceso respecto de lo que permite el título de recepción (STS 162/2013, 21-2 o 338/2014, de 15-4) y a su vocación de que la apropiación permanente (SSTS 622/13, de 9-7 o 691/14, de 23-10); sin que debiera confundirse con la administración desleal del artículo 295 del Código Penal vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar, que entrañaba un abuso por los administradores (no una transgresión) de las funciones propias de su cargo. Decíamos en nuestra Sentencia 279/09, de 11-4, que la administración desleal " puede revestir muy diferentes modalidades, como puede ser que terceros o, normalmente, competidores, proporcionen al agente dinero o cualquier otro tipo de utilidad a cambio de faltar a los deberes propios de su cargo; o que se busque de ese modo una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra; o, incluso, pudieran comprenderse dentro de este concepto los usos temporales ilícitos de bienes que con posterioridad son restituidos y que, por tanto, aún proporcionando beneficios a quien los disfruta, no representan una definitiva apropiación indebida. En suma, la amplitud conceptual de los elementos objetivos del "perjuicio social" y del "beneficio ajeno a la sociedad" puede comprender la realización material de cualquier conducta de administración desleal consistente en disponer fraudulentamente o en contraer obligaciones con cargo a la sociedad que originen ese daño económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren".

III. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

En cuanto a los elementos del delito de apropiación indebida, distinguimos un elemento objetivo, un elemento subjetivo, un elemento de actividad y un elemento normativo.

i. ELEMENTO OBJETIVO

Este consistirá en la cosa objeto de apropiación que podrá venir integrada por dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que sean susceptibles de apropiación y cuyo valor económico exceda de cuatrocientos euros. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

En estos delitos se exige que exista un perjuicio patrimonial del sujeto pasivo, que no tiene que coincidir con el enriquecimiento del sujeto activo, toda vez que no tiene por qué haberlo incorporado a su patrimonio, puede que se lo haya dado a un tercero. El perjuicio patrimonial es el elemento-resultado esencial del delito de apropiación indebida.

Así, y desde un punto de vista positivo, el concepto de apropiación requiere la verificación de una conducta de apropiación en sentido estricto (Aneignung), que se concibe como la constitución de una relación de dominio con la finalidad de ejercer un uso de la cosa análogo a aquel que tan sólo corresponde al propietario y que implica, externamente la utilización, aunque tan sólo sea temporal, de la cosa por parte del sujeto activo como si fuese el propietario de la misma, realizada con la intención de incorporarla, si quiera sea momentáneamente, a su propio patrimonio. En efecto, y como gráficamente describiera Binding, el ladrón de una cosa, o quien pretende apropiarse de ella, quiere situarse en la misma posición que ocupa el propietario y crear para sí una relación sobre ésta, a la que tan sólo le faltaría la sanción jurídica para ser una (auténtica) relación de propiedad. Quiere, a través de la negación de la voluntad del propietario, someter a la cosa a su voluntad de dominio, disponer de ella, consumirla, usarla: ésta debe ser “suya”, y en la constitución de semejante relación de dominio es en lo que reside la esencia de esta apropiación en sentido estricto.

ii. ELEMENTO SUBJETIVO

Este consistirá en el ánimo de lucro del autor del hecho, no es otra cosa que la voluntad consciente de realizar el elemento objetivo del tipo, incorporando al propio patrimonio lo recibido por título que obliga su restitución o devolución, se trata de una conducta dolosa.

En el caso de la apropiación indebida, por diferencia al delito de estafa, el dolo no puede ser anterior a la posesión por título que genera obligación de devolver, sino que necesariamente debe ser posterior, es decir, cuando surge la obligación de devolver, momento en el que la posesión lícita se transforma en delictiva. En la estafa, el dolo necesariamente debe ser precedente al desplazamiento patrimonial.

Puede entenderse como la intención que guía a una persona cuando realiza un comportamiento, que supone perseguir la obtención de una ventaja patrimonial o cualquier otro provecho ilícito".La jurisprudencia ha ido flexibilizando sensiblemente y de forma progresiva el concepto de manera que en la actualidad alcanza a cualquier aprovechamiento o satisfacción aunque no tenga significado económico. En este sentido ha entendido que hay ánimo de lucro cuando la utilidad es de carácter recreativo o de mero placer, de índole espiritual, política o social, fines meramente contemplativos,

benéficos o de vanagloria o incluso la realización de un derecho propio o de obtener un pago debido que no es exigible por ninguna vía legal. Se trata de un elemento subjetivo pero integrante del tipo, el cual, por tanto, contiene un elemento intencional que no tiene alcance objetivo ya que los delitos que exigen en la descripción típica el ánimo de lucro no requieren que se logre la efectividad del lucro para que el delito se consuma. El hurto, como el robo se consuman con el tomar la cosa o el apoderamiento con ese animus específico, pero es indiferente que el lucro propuesto llegue o no a alcanzarse. Tratándose de un elemento subjetivo del injusto, generalmente se ha venido refiriendo a la culpabilidad considerándolo como dolo específico junto al genérico de sustracción (capiendi, furandi). No obstante, algunos autores entienden que el dolo se agota - típicamente- con la sustracción de la cosa (verbo núcleo del tipo: tomar, apoderarse...) y prefieren situar el ánimo de lucro en la antijuricidad, pese a su naturaleza subjetiva.

La jurisprudencia entiende que la intención que guía al autor puede ser la obtención de lucro propio o de un tercero. Bien entendido, que cada sujeto será responsable de su propia intervención. De este modo, si una persona ha participado en el delito en cualquiera de las formas de autoría o participación tendrá responsabilidad penal en atención a su actividad, aunque no se beneficie directamente del lucro; si su intervención ha sido con posterioridad al delito responderá a título de encubrimiento; y si no ha participado ni antes ni después pero ha obtenido un lucro, tendría responsabilidad en materia de responsabilidad civil como partícipe lucrativo.

La exigencia de ánimo de lucro es incompatible con la comisión imprudente del delito. Desde el momento en que se trata de un elemento consciente y directamente intencional, ha de vincularse a la voluntad, sin que quepa apreciarlo en una conducta imprudente. Por tanto, en los delitos en los que el animus lucrandi forma parte del tipo, queda descartada la forma de comisión culposa.

El ánimo de lucro es característico de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico lo cual es consecuencia de la dimensión de aprovechamiento y disposición que tiene el bien jurídico protegido en estos delitos.

Así es inherente a los delitos de apoderamiento, como son el hurto, el robo, la extorsión, y también, aunque no se requiera expresamente en el hurto y robo de uso de vehículos de motor y en la usurpación. También ha de concurrir en las defraudaciones (estafa, apropiación indebida y demás defraudaciones). Y respecto a los delitos contra el orden socioeconómico, en los delitos relativos a la propiedad intelectual, en los delitos relativos a los servicios de radiodifusión e interactivos, en el delito societario de imposición de acuerdos abusivos, y en los delitos de receptación.

iii. ELEMENTO DE LA ACTIVIDAD

Este consistirá en apropiarse, distraer o negar el hecho de haber recibido la cosa objeto de apropiación. Por el contrario, no darán lugar a la comisión del delito el simple retraso en la devolución de la cosa o ejercicio indebido del derecho de retención, siempre que el sujeto conserve la cosa sin voluntad de hacerla propia.

Que el sujeto obligacional que recibe el dinero o cualquier otro bien en cumplimiento de ese negocio jurídico, se lo apropie para sí o para un tercero; es decir, le de una finalidad diferente de la que le corresponde. Cabe también la posibilidad de que niegue que lo ha recibido, aunque en este caso se entiende que lo ha incorporado a su patrimonio. En el ámbito jurídico penal el concepto apropiarse indebidamente de un bien no siempre equivale exclusivamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien que tiene obligación de devolver, disponiendo de éste como si fuese el propietario. Por ejemplo, cuando el dinero recibido en concepto de depósito y que debe, por lo tanto, devolver, lo destina el depositario a pagar deudas de su sociedad en vez de darle el destino que le es propio: devolución al depositante cuando éste se lo pida o transcurra el plazo señalado (a esto se le conoce como distraer el dinero).

iv. ELEMENTO NORMATIVO

Este consistirá en la recepción de la cosa por título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

Es necesaria la existencia previa de una relación jurídica obligacional en virtud de la cual el sujeto activo recibe el dinero o cualquiera otro de los objetos, entendido esto en un sentido amplio, que el precepto contempla. Es necesario no sólo que exista esa relación sino que se haya cumplido y el autor reciba lo estipulado en aquella. Esa relación jurídica puede ser de la más variada índole: depósito, comisión, administración, mandato, transporte, comodato, prenda. La cláusula que se emplea por el legislador "o por otro título que produzca obligación de devolverlos" es abierta, en el sentido de que la enumeración que se hace es de "numerus apertus", se puede incluir cualquier negocio jurídico por extraño que sea, y que produzca esa misma obligación de devolución. Ese negocio jurídico puede ser cualquier de los contemplados por las normas civiles y mercantiles o, incluso, cualquier otro que las partes hayan creado, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del código civil, por muy complejo o atípico que este sea. No cabe en los casos de compraventa, donación o préstamo mutuo ya que en ninguno de ellos se da la obligación de devolver lo recibido; en el caso del préstamo lo que se obliga el prestatario es a devolver otro tanto de la misma especie y calidad de lo recibido, pero no lo mismo.

En definitiva, este delito contiene dos etapas diferenciadas: la primera se concreta en una situación inicial lícita, generalmente contractual, en la que el sujeto activo recibe en calidad de depositario, mandatario o de cualquier otra manera, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, con la finalidad convenida de devolución o bien de empleo en un destino determinado. Y, una segunda etapa, en la que el agente transmuta esa posesión legítima en disposición ilegítima, abusando de la tenencia material de los bienes y de la confianza recibida, disponiendo de ellos, ya sea para apropiárselos, para sí o para un tercero, ya para darle un destino diferente.

La apropiación indebida es un delito especial, de propia mano, por lo que la acción delictiva sólo la puede llevar a cabo quien ha recibido el dinero: Sólo puede ser sujeto activo de este delito la persona que forma parte de la relación jurídica-obligacional, porque sólo él es quien puede quebrantar esa relación de confianza que nace de aquella y dañar el patrimonio ajeno. Por lo tanto, en los casos en los que el obligado a la restitución de la "cosa" la entregue a un tercero que ve incrementado su patrimonio de forma injusta en detrimento del sujeto pasivo del delito, este tercero no puede ser sujeto activo. Éste podría ser cómplice del delito o cooperador necesario, pero nunca autor material.

Con la introducción de este presupuesto, la apropiación indebida se erigía en una infracción construida al abrigo del concepto civil de posesión. En efecto, y según esto, este delito no tendría la misión de sancionar cualquier tipo de conducta de contenido apropiatorio, sino tan sólo aquellas infracciones que versarían sobre elementos patrimoniales ajenos previamente poseídos por el sujeto activo. La esencia del tipo delictivo se cifraba, por ello, en el hecho de que el autor hiciera suya una cosa mueble que ya poseyera lícitamente por haberla recibido con anterioridad del sujeto pasivo en virtud de alguno de los títulos que el precepto detallaba. El texto legal era claro, en este sentido, al exigir que la cosa objeto de la posterior apropiación hubier sido entregada —en virtud de un título jurídico que estableciera la obligación de entregarla o devolverla— a quien más tarde se convertiría, merced a la conducta apropiatoria, en el sujeto activo del delito. Nótese que con ello se producía, en realidad, una doble limitación relevante en el concepto penal de apropiación; en primer lugar, tan sólo serían susceptibles de integrar esta noción, a los efectos del art. 535 ACP las conductas que, reuniendo los elementos apropiatorios previamente definidos, tuvieran por objeto una cosa mueble que le hubiera sido entregada voluntariamente al sujeto activo del delito para que éste la custodiase (o poseyese); en segundo lugar, no era suficiente con que el sujeto activo tuviera la posesión de la cosa, sino que era preciso, adicionalmente, que la misma se hubiera adquirido en virtud de uno de los títulos jurídicos citados en el precepto; consecuencia de todo ello era, por lo tanto, la necesidad de que las cosas se hallasen bajo la legítima y previa posesión de este sujeto, y que esa legítima posesión se fundase en un específico título jurídico de los que impusiese la obligación de entregar o devolver. El contenido de injusto de la apropiación indebida quedaba, gracias a ello,

final y perfectamente delimitado: la apropiación indebida consistiría en la apropiación antijurídica de los elementos patrimoniales ajenos que hubieran sido previamente dados en posesión al sujeto activo para que éste los custodiase y posteriormente los entregase o devolviese.

IV. REFERENCIA AL DEPÓSITO, COMISIÓN O ADMINISTRACIÓN

Títulos que producen obligación de entrega o devolución, hay que señalar que esta enumeración tiene carácter meramente ejemplificativo debiendo incluirse también títulos como la prenda, la sociedad, el mandato, el arrendamiento o el depósito irregular.

Sin embargo, no existirá obligación de entrega o devolución en los supuestos de compraventa, permuta o donación en los que no sólo se transmite la posesión sino también el dominio de la cosa.

Por otro lado, un Acuerdo de la Junta General de Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005 ha señalado que tampoco se consideran títulos válidos para originar este delito las cláusulas de reserva de dominio o prohibición de enajenar en un contrato de compraventa.

V. IMPAGO DE LA CUOTA OBRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Este no será constitutivo de apropiación indebida sino de un delito de fraude a la Seguridad Social del art. 307 siempre que la cuantía de lo defraudado exceda de ciento veinte mil euros, en virtud del principio de especialidad consagrado en el art. 8.1.

En caso contrario, la Consulta 2/1996 de la Fiscalía General del Estado ha considerado que el hecho sería atípico, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas establecidas en la legislación laboral.

VI. PERCEPCIÓN IRREGULAR DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO

Esta constituirá un delito de fraude de subvenciones del art. 308 siempre que la cuantía de lo defraudado exceda de ochenta mil euros y, en caso contrario, estaríamos ante un ilícito administrativo.

VII. APODERAMIENTO DE CANTIDADES DE DINERO QUE TENÍAN UN FIN DETERMINADO

Hay que señalar que el delito también se cometerá en casos de apoderamiento de cantidades de dinero entregadas para ser destinadas a un fin concreto como en el caso del promotor que no destina las cantidades recibidas a la construcción de las viviendas. Sin embargo, si la voluntad de construir hubiese faltado desde el principio y el promotor hubiera empleado engaño para producir el error de la víctima, estaremos ante un delito de estafa.

VII. DESARROLLO DEL DELITO

En cuanto al desarrollo del delito, la consumación tendrá lugar desde el momento en que el sujeto activo incorpore a su patrimonio el objeto material del delito o disponga de él. El delito se entiende consumado cuando se produce ese apoderamiento material de la cosa objeto de depósito o cuando se le ha dado un destino distinto al contemplado en el contrato. En el caso de que se retenga la cosa objeto de devolución, también se entiende consumado cuando debe devolverse y no se hace. No obstante, el código civil prevé situaciones en las que el depositario tiene derecho de retención, como por ejemplo cuando el mecánico retiene el coche hasta que el dueño le pague lo reparado; o en la prenda, cuando el acreedor retiene el objeto dado en prenda hasta que se le pague la totalidad de la deuda. El momento de la consumación tradicionalmente se ha conocido con la expresión "cerrar la mano".

IX. PENA

Primero, el art. 253 CP castiga a

-1.- Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

-2.- Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses

Segundo, el art. 254 CP castiga a

-1.- Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

-2.- Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses.

En materia penológica el precepto no ha sufrido alteración respecto de la redacción anterior, castigándose con las penas del delito de estafa del art. 249 o 250, es decir, pena de prisión de 6 meses a 3 años aplicando las mismas reglas penológicas en función de la cuantía defraudada, el quebranto económico producido al perjudicado, las relaciones entre éste y el autor del delito, los medios empleados y cuantas circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Desaparecida la falta de apropiación indebida, cuando la cuantía no supere los 400 € la pena que corresponde es la de multa de 1 a 3 meses.

Se mantienen en la nueva redacción del delito de apropiación indebida del art. 253 del CP el tipo agravado, es decir, prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses cuando concurren las circunstancias del art. 250, con la agravación del nº 2, es decir, que si concurren las circunstancias 4ª, 5ª, 6ª o 7ª con la 1ª, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses, así como cuando el valor de lo apropiado supere los 250.000 €. En el tipo agravado difícilmente será de aplicación la causa 2ª y 6ª de abuso de firma de otro y de abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y autor de la apropiación, dado que el abuso de confianza se contiene en esta agravación es consustancial al tipo de la apropiación indebida

Ha desaparecido la referencia al depósito necesario o miserable del antiguo art. 252 del CP que se fundamentaba en la especial situación de necesidad.

La LO 1/2015 de reforma del Código Penal ha unificado el contenido de los anteriores arts. 253 y 254 que describían, como tipos especiales de apropiación indebida, la apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido, figura intermedia entre el hurto y la apropiación indebida (en ocasiones denominada hurto de hallazgo) y la apropiación por error en el transmitente, que castigaba el supuesto de apropiación de un bien transmitido por error del transmitente, no era una auténtica apropiación indebida pues en el sujeto activo no existía un primer estadio de posesión válida y legítima sino que recibía por error. La nueva redacción del art. 254 del CP supone una cláusula de cierre del régimen penal de la apropiación indebida ("fuera de los supuestos del artículo anterior").

En cuanto a la apropiación de cosa perdida, conviene recordar que el que encuentra una cosa mueble abandonada por su propietario puede convertirla en suya mediante ocupación.

Sin embargo, tratándose de cosas perdidas, el art. 615 del Código Civil dispone que el hallador deberá restituir la cosa a su antiguo poseedor. Por otro lado, si el hallador ignorase la condición de la cosa, el art. 616 dispone que el hallador está obligado a consignar la cosa en poder del Alcalde del municipio donde se hubiese verificado el hallazgo.

En cuanto a la recepción indebida de dinero o cosa mueble, el art. 254 viene a establecer una sanción penal para los casos más graves del cuasicontrato de cobro de lo indebido si bien no se trata de un delito de apropiación indebida ya que no se recibe la cosa por un título que origine obligación de entrega o devolución ni tampoco de estafa, ya que el error no se deriva del engaño.

X. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

La consumación del delito no se produce solo con la apropiación del objeto material que se manifiesta con los actos de disposición, o la negación de haberlo recibido, sino especialmente con la causación del perjuicio, apropiación y perjuicio que no siempre se producen en el mismo instante. En tal sentido se admite que la apropiación indebida es un delito de resultado y no de mera actividad, de forma que sin perjuicio no existe delito. De todo ello se concluye la posibilidad de comisión del delito en grado de tentativa.

XI. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA CONTINUADO

Para los delitos contra el patrimonio, este precepto (art. 74.2 Código Penal) prevé una individualización acorde con el perjuicio total causado, pudiendo incluso acudirse motivadamente a la pena superior en uno o dos grados cuando el hecho revista notoria gravedad y hubiere afectado a una pluralidad de personas (inciso 2º).

Al respecto, destacaba la STS núm. 173/2012, de 28 de febrero, con expresa remisión a las SSTS núm. 76/2013, de 31 de enero, 997/2007, de 21 de noviembre y 564/2007, de 25 de junio, cómo se ha de evitar que la proclamación de la continuidad delictiva, mediante la acumulación de las cantidades que han sido objeto del delito, sea tenida en cuenta para la aplicación de un doble efecto agravatorio. En este sentido, en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 18/07/2007, se convino

que «en los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de ese mismo artículo», a lo que el posterior Acuerdo de 30/10/2007 agregó que «el delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP, queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración». Con ello se ha pretendido un doble objetivo. De un lado, resolver las incógnitas referidas a la aplicación de la regla primera del art. 74 CP a una singular forma de delito continuado, a saber, aquél del que puede predicarse su naturaleza patrimonial. La idea de que esta categoría de delitos conoce una regla especial en el art. 74.2 CP ha animado buena parte de las resoluciones de esta misma Sala (SSTS núm. 155/2004, de 9 de febrero, 1256/2004, de 10 de diciembre ó 678/2006, de 7 de junio, entre otras muchas). Con arreglo a este entendimiento, el art. 74.2 CP encerraría una norma especial que excluiría la aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1 CP. Sin embargo, la experiencia aplicativa desarrollada bajo la vigencia de tal criterio ha puesto de manifiesto la conveniencia de reorientar esa interpretación, en la medida en que no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de la regla agravatoria prevista en el art. 74.1 CP. La ausencia de un verdadero fundamento que explique ese tratamiento privilegiado se hace mucho más visible en aquellos casos, por ejemplo, en los que un delito continuado de falsedad, de marcado carácter instrumental para la comisión de otro delito continuado de estafa, se venía sancionando con una gravedad que no afectaba, en cambio, al delito patrimonial. De ahí la importancia de la idea proclamada en el mencionado Pleno, con arreglo a la cual el delito continuado también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena, determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de incorporar el delito patrimonial a la razón de política criminal que, con carácter general, proclama el art. 74.1 CP (SSTS núm. 284/2008, 26 de junio, 199/2008, 25 de abril y 997/2007, 21 de noviembre).

La idea que late en el Acuerdo obliga a concluir la exclusión del efecto agravatorio en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho. Así, por ejemplo, en aquellas ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado haya sido ya tomada en consideración para integrar acciones constitutivas de falta en un único delito continuado, no procederá el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 CP. En definitiva, se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1 CP a aquellos delitos en los que el importe total del perjuicio haya determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación (v.gr. faltas de estafa o apropiación indebida que se convierten en delito continuado o delitos de estafa o apropiación indebida que, por

razón de su importe, se desplazan del tipo básico al subtipo agravado). En esta situación, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1 CP implicaría el menoscabo de la prohibición constitucional de «bis in idem», infringiendo así la medida de la culpabilidad predicable del autor".

Tampoco puede apreciarse el quebranto del principio de proporcionalidad. Es evidente que la gravedad de la pena debe corresponderse con la gravedad del hecho y la peligrosidad del sujeto, resultando vinculada con el principio de culpabilidad. No obstante, de la comparación del umbral mínimo de extensión de la pena que resulta imponible a quienes reiteren delitos contra el patrimonio cuya cuantía conjunta no alcance o supere los 50.000 euros, no puede extraerse el quebranto del principio constitucional de proporcionalidad de las penas y mucho menos sostenerse que ello deba conducir a la punición de la continuación delictiva con sujeción exclusiva al artículo 74.2 del CP. La punición de un comportamiento delictivo está sujeta a dos niveles de determinación legal y un último juicio de ponderación judicial. Los dos primeros hacen referencia al marco penal abstracto fijado por el legislador y a las reglas dosimétricas que, en orden a la individualización de la pena, vienen establecidas en el artículo 66 del Código Penal para los supuestos de concurrencia de una o varias circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; existiendo un último espacio de individualización judicial de la pena, función exclusiva del Juez por cuanto responde a extremos que el legislador no puede prever. El mayor rigor que la proporcionalidad sugiere que debe observarse en la sanción de aquellas conductas que -acumuladamente- superen los 50.000 euros de defraudación o perjuicio, no se evalúa desde los mínimos legalmente aplicables, sino desde la sanción que el comportamiento pueda llegar a merecer y que, desde ese parámetro, las conductas que por su reiteración superan el umbral de agravación del actual artículo 250.1.5 del CP, son susceptibles de ser sancionadas con una pena que duplica el número de años de prisión que -también como límite máximo viene establecido para los delitos contra la propiedad que no alcancen ese importe y resulten sancionados conforme con los criterios interpretativos expuestos, cuando no resulten aquellos incluso sancionados con la pena superior en uno o dos grados, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere afectado a una pluralidad de personas (inciso 2º, del artículo 74.2). La aplicación del artículo 74.1 del CP no sólo no resulta contraria al principio de proporcionalidad, sino que se ajusta a este, por contemplar la diferente respuesta penal que ha de merecer la reiteración de conductas lesivas del bien jurídico y sin perjuicio, claro está, de la individualización de la pena que -desde la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente- resulte adecuado imponer, entre los límites fijados por el legislador.

XII. DISTINCIÓN ENTRE APROPIACION Y DISTRACCIÓN

Para inventar el problema de la inclusión del dinero o cosas fungibles la jurisprudencia de esta Sala vino diferenciando dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal: apropiarse y distraer, con notables diferencia en la estructura típica. En las SSTs. 9.5.2014 y 2.3.2016, recoge que, en definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer 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. La doctrina del TS. SS. 513/2007 de 19.6, 218/2012 de 28.3, 664/2012 de 12.7, entre otras muchas, resumió la interpretación jurisprudencia de este delito proclamando que el art. 252 de 1995, sancionaba dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro o que niega haberlas recibido y la distracción de dinero o cosas fungibles cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darles un destino específico.

Es doctrina de la Sala Segunda del TS -entre otras SS. 2182/2002 de 24 de mayo, 1289/2002 de 9 de julio, 1708/2002 de 18 de octubre y 1957/2002 de 26 de noviembre - que en el delito de apropiación indebida, como sostiene acertadamente la sentencia impugnada, el título por el que se recibe la cosa ha de originar la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario. Esa jurisprudencia también ha establecido que la obligación surge cualquiera que sea la relación jurídica que la genere, pues los títulos que el precepto relaciona específicamente, como el depósito, la comisión y la administración no constituyen un *numerus clausus* sino una fórmula abierta como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto ("o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos"), de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionada "incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver. El delito de apropiación indebida se caracteriza, en suma, por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos. En el iter criminis se distinguen dos momentos, el inicial cuando se produce la recepción válida y el subsiguiente cuando se produce la apropiación con ánimo de lucro, de lo recibido, lo que constituye deslealtad o incumplimiento del

encargo recibido, como ocurre en el caso paradigmático de la comisión, que colma el "tipo de infidelidad" que, tras una importante evolución doctrinal y jurisprudencial, es una de las modalidades de apropiación indebida (STS. 4.2.2003).

Y en cuanto al dinero, por mucho que haya desaparecido la voz distracción del art. 253 CP actual, y por mucho que el Preámbulo de la LO. 1/2015 quiera desviar siempre su tipicidad a la administración desleal es evidente que sigue siendo posible la apropiación indebida de dinero.

Como muy bien explica la STS. 2.3.2016 esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art 252 CP como "distracción", constituyendo

en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta específica de "distracción" ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento. Por el contrario la Sala Segunda ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 433/2013, de 2 de julio (conducta apropiatoria de dinero en el ámbito societario), STS 430/2015, de 2 de julio (apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal), STS 414/2015, de 6 de julio (apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015, de 7 de julio (apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015, de 16 de julio, (apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015, de 5 de octubre, (apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa), STS 615/2015, de 15 de octubre (apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre, (apropiación de dinero por apoderado), STS 732/2015, de 23 de noviembre (apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015, de 1 de diciembre (apropiación indebida de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (apropiación indebida de dinero por intermediario), STS 65/2016, de 8 de febrero (apropiación indebida de dinero por agente de viajes), STS 80/2016, de 10 de febrero, (apropiación indebida de dinero por el patrono de una fundación), STS 89/2016, de 12 de febrero (apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc.

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

XIII. DELITO LEVE DE APROPIACIÓN INDEBIDA

Tanto el art. 253.2 como el art. 254.2 CP contemplan como delito leve de apropiación indebida la que fuera anteriormente falta del art. 623 CP. Disponen que “si la cuantía de lo apropiado no excediera de 400 €, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

Por lo tanto, la diferencia entre el delito de apropiación indebida y su modalidad como delito leve se basa en el dato meramente cuantitativo de los 400 euros. Existen otras infracciones penales en las que la diferencia entre el delito y el delito leve se determina por el aspecto cualitativo de la infracción, sin embargo, en el caso de la apropiación indebida los preceptos que lo regulan dejan claro que la diferencia es cuantitativa, y de 400 euros; a partir de esa cifra habrá un delito de apropiación indebida y por debajo de esa cantidad una infracción penal calificada como delito leve, que se aplica a cualquiera de las conductas analizadas. Resulta de interés señalar en este punto que la pena a imponer será la de multa, no ofreciéndose al Juez la posibilidad de que elección entre pena de multa y pena de localización permanente, como sí permitía el ya derogado art. 623 CP.

XIV. CONCURSO DE NORMAS

Con la tipificación de forma autónoma del delito de administración desleal no existen ya problemas de concurso entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal, ya que el sujeto activo administrador de un patrimonio ajeno que se contempla en el art. 252 del CP puede cometer cualquiera de los dos delitos o si realiza las dos acciones típicas, cometerá los dos, existiendo en tal caso concurso real del art. 73 del CP ya que se infringirá las facultades concedidas excediendo en su ejercicio, o infringirá la devolución o entrega.

Con la supresión del delito del art. 295 del CP ha dejado de existir el conflicto de subsumir la conducta en el de este tipo o en el del antiguo art 252 de apropiación indebida en la modalidad de distracción, concurso que se resolvía a favor del delito de apropiación indebida por ser el más grave, con arreglo al principio de alternatividad del art. 8, 4ª del CP. También se ha acudido a la figura de los círculos concéntricos para optar por el delito de apropiación indebida, como círculo mayor que comprendía el delito de administración desleal, círculo menor, aplicándose para dirimir el concurso normativo el principio de especialidad (art. 8, 1ª del CP).

El delito de apropiación indebida es, junto con el hurto, el prototipo del delito continuado, siempre que concurren los elementos requeridos por el art. 74 del CP, es decir, un requisito objetivo determinado por la homogeneidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad de los modos de comisión del delito, y conexión temporal en la ejecución, y como requisito subjetivo se requiere unidad del dolo conjunto, es decir, de voluntad decidida de llevar a cabo las diversas acciones. La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige: a) pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables b) identidad de sujeto activo, c) elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras, d) homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito, e) elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y f) una cierta conexidad espaciotemporal.

El Tribunal Supremo diferencia el delito continuado de la unidad natural de acción diciendo que no se trata de que un solo hecho constituya dos o más delitos, sino de que nos encontremos ante una unidad de acción delictiva de tracto casi sucesivo que se concreta en una sola lesión al bien jurídico protegido, en función de la finalidad perseguida por el autor. Lo determinante es discernir si los diversos actos se realizaron en una sola ocasión o en fechas o momentos y lugares diversos. La realización de la conducta delictiva en un momento o fase criminal determinada no interrumpida constituye un solo delito.

El delito continuado no concurrirá cuando en el supuesto de agravación del art. 250.1, 4ª (especial gravedad) o la 5ª (valor del perjuicio superior a 50.000 €) ni tampoco en los casos en que deba aplicarse el nuevo motivo de agravación introducido en el art. 250.2, es decir, cuando el importe del perjuicio supere los 250.000 €, lo que hace prácticamente imposible, por el principio de especialidad y alternatividad del art. 8 del CP, la regla de agravación del art. 74.2 (delito masa) según el cual, tratándose de delitos contra el patrimonio, prevé la imposición de la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado, imponiendo la pena superior en uno o dos grados si el hecho reviste notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas, lo que no debe confundirse con el elevado número que se menciona en la causa 5ª de agravación, a pesar de las dificultades de delimitación en función de necesidad de identificación de los perjudicados para que concurra el elevado número, mientras que no es tan imprescindible para la admisión del delito masa, y en función de la cuantía total del perjuicio causado que en el art. 74.2 del CP requiere que sea elevada.

En los casos de continuidad delictiva, por aplicación de la regla del art. 74.2, se impondrá la pena en consideración al perjuicio total causado si sumadas las cuantías su valor sea inferior a 250.000 €, pero cuando dicha suma total exceda de esta cantidad, podrá aplicarse el nuevo tipo agravado del art. 250.2, con la pena en toda su extensión (prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses). Aplicar además la mitad superior de la pena o la mitad inferior de la pena superior en grado que dispone el art. 74.1 infringiría el principio ne bis in idem. Pero en estas mismas circunstancias una o varias de las infracciones ejecutadas ya lo es por cuantía superior a 250.000 euros, entonces sí podría aplicarse la regla del párrafo primero del art. 74, sobre la pena del tipo hiperagravado, imponiendo la pena en su mitad superior (prisión de seis a ocho años y multa de dieciocho a veinticuatro meses) o la mitad inferior de la pena superior en grado (prisión de ocho a diez años y multa de 30 a 36 meses).

XV. DISPOSICIONES COMUNES

En cuanto a la EXCUSA ABSOLUTORIA en relación con todos los delitos contemplados en esta exposición, el art. 268 CP dispone que:

-1.- Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.

-2.- Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito

Por su parte, el art. 269 CP dispone que la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

XVI. DIFERENCIAS CON LA ESTAFA

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha señalado, que la "fiducia cun amico" en la que el transmitente conserva la propiedad, es un título de los que producen obligación de conservar y devolver el bien o activo patrimonial recibido, que en caso de quebrantamiento de la relación de confianza a través de la acción típica de apropiación del bien, es hábil para fundamentar la responsabilidad por apropiación indebida. Y, en los casos como el presente, en los que la acción típica no consiste en la apropiación " a posteriori", sino en el engaño previo para obtener los bienes con el pretexto de mantenerlos a disposición de los titulares reales y devolverlos una vez cumplida la finalidad convenida, pero sin intención alguna de cumplir esta obligación de devolución, nos encontramos ante un delito de estafa, ya que el desplazamiento patrimonial se ha conseguido induciendo a error a los titulares de los bienes recibidos.

En la variedad de estafa denominada "negocio jurídico criminalizado" el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar mientras que, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante animo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, y desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (STS 12 de mayo de 1998, 23 y 2 de noviembre de 2000 y 16 de octubre de 2007, entre otras). Cuando una de las partes contractuales disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que se obliga y como consecuencia de ello la parte contraria desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia al otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado (STS 26 de febrero de 1990, 2 de junio de 1999 y 27 de mayo de 2003, entre otras).

Debe, ante todo precisarse que, como es conocido, la naturaleza de un contrato depende de lo convenido y no del nombre que le den las partes, que pueden calificarlo indebidamente o no reconocerlo como una modalidad contractual específica, lo que es indiferente, porque un negocio jurídico es lo que es, en función del contenido de las contraprestaciones pactadas y de la finalidad perseguida por los contratantes, incluso si se acuerda verbalmente, o si los contratantes desconocen la propia existencia de la figura contractual pactada. El nombre no hace al contrato, sino que la esencia de éste está más allá de la autonomía individual y depende de la naturaleza de las cosas. La naturaleza de los contratos no puede cambiar por el solo hecho de que los contratantes los denominen de modo diverso al que legalmente les corresponda o no los denominen de manera alguna; en otras palabras, para determinar la naturaleza de los contratos no hay que atenerse a como lo califican o nombre las partes, sino a las prestaciones y al objeto convenidos.

El Código Civil español no contiene referencia alguna a la fiducia, por lo que la regulación de los efectos del negocio fiduciario debe seguir necesariamente pautas doctrinales o jurisprudenciales, pero en cualquier caso es claro que el titular fiduciario (en este caso el acusado) carece de facultades autónomas de disposición y tiene por ello la obligación de conservar los bienes y devolverlos en su momento, conforme a lo acordado, sin poder incorporar el bien recibido a su propio patrimonio, porque la titularidad fiduciaria, que es la que recibió el acusado de los donantes, es una titularidad aparente, puramente externa y formal, provisional y transitoria, para el cumplimiento de un fin previsto y determinado.

Así ha declarado la Sala Primera de este Tribunal Supremo que "la figura de la fiducia "cum amico" ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria" (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2000; 5 de marzo y 16 de julio de 2001; 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007).

“En esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza" (SSTS Sala Primera de 13 julio 2009 y 1 de diciembre de 2010).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la STS 262/2012, de 2 de abril ha señalado, que la "fiducia cum amico" en la que el transmitente conserva la propiedad, es un título de los que producen obligación de conservar y devolver el bien o activo patrimonial recibido, que en caso de quebrantamiento de la relación de confianza a

través de la acción típica de apropiación del bien, es hábil para fundamentar la responsabilidad por apropiación indebida.

Y, en los casos en los que la acción típica no consiste en la apropiación "a posteriori", sino en el engaño previo para obtener los bienes con el pretexto de mantenerlos a disposición de los titulares reales y devolverlos una vez cumplida la finalidad convenida, pero sin intención alguna de cumplir esta obligación de devolución, nos encontramos ante un delito de estafa, ya que el desplazamiento patrimonial se ha conseguido induciendo a error a los titulares de los bienes recibidos.

Es cierto que estafa y apropiación indebida son delitos heterogéneos, pues en el primero el ataque patrimonial se lleva a cabo mediante un engaño con el consiguiente desplazamiento en el patrimonio, mientras que en el segundo el desplazamiento no tiene origen en aquel engaño motor, sino en el abuso de confianza ya depositado en el sujeto activo.

Ambas infracciones tienen como elemento común la quiebra de la lealtad en las relaciones económicas. En la estafa la quiebra es anterior al acto de disposición efectuado por la víctima y causante del mismo: Es el engaño antecedente, bastante y causante, como ya se ha dicho. En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el receptor del dinero, no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición (STS. 918/2005 de 11.7).

No obstante hay supuestos limítrofes entre estafa y apropiación. Así cuando el sujeto activo es gestor de inversión tales límites son difíciles de señalar porque en ambos casos pudiera decirse que engaña a su principal en la medida que es desleal con el mismo al no dar el dinero entregado por éste que fue pactado.

Por ello, sin ser un acto constitutivo de estafa cabe la posibilidad de que el acusado realice una maniobra de transformación del título inicialmente legítimo mediante engaño, con tal que ese desplazamiento patrimonial no sea directamente consecuencia de una maniobra del perjudicado producida por error, sino un actividad de desvío de fondos por quien tiene autonomía negocial para llevar a cabo tal mecánica delictiva.

La cuestión que a veces se plantea, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los

respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o substancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particularidades del caso enjuiciado.

El Tribunal Constitucional en sentencia 155/2009 de 25.6, en cuanto al alcance del deber de congruencia respecto a la pretensión punitiva, declaró que: "... es también doctrina constitucional reiterada que el Juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento a un doble condicionamiento, fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico queda constituido por los hechos que han sido objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal. El órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar, consecuentemente, la subsunción con ellos. El condicionamiento jurídico queda constituido, a su vez, por la calificación que de esos hechos realiza la acusación. Ahora bien, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el Juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del ius puniendi, el Juez podrá condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad, de manera que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio.

Ahora bien la jurisprudencia de esta Sala Segunda, por todas STS. 203/2006 de 28.2 - admite la posibilidad de modificación de las conclusiones provisionales y considera que no se ha infringido el principio acusatorio básico del proceso penal, porque éste, lo que impide es que se traspasen los límites de la acción, que queda acotada, en la calificación provisional por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen, pero no que se califiquen adecuadamente esos hechos al evacuarse el trámite de conclusiones definitivas autorizado por el art. 732 LECrim. para el procedimiento ordinario y por el art. 788.4 para el abreviado, en el que,

manteniéndose la identidad esencial del hecho objeto de la acusación se puede variar, sin infringir la Ley, las modalidades del suceso, sus circunstancias, la participación de los encartados, tipo de delito cometido y grados de ejecución, pero ningún sentido tendría el trámite de modificación de conclusiones si fuesen las provisionales las que acotasen los términos del debate.

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo -sentencia, entre otras,, 609/2007 de 10.7 - que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, y por ello ha dicho reiteradamente que toda sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes y no sobre las provisionales. La pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría, por un lado, de sentido a los artículos 732 y 793.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (ahora art. 788.4) y, por otro lado, haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (SSTC. 19.2.87, 16.5.89, 284/2001 de 28.2). Ni el procesamiento ni la calificación provisional vinculan de manera absoluta al Tribunal sentenciador. El verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y a él debe ser referida la relación a juicio de congruencia del fallo (SSTS. 7.9.89, 30.6.92, 14.2.94, 1/98 de 12.1 y STC. 13.2.2003). En esta dirección la STC. 228/2002 de 9.12, precisa que si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que impongan una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación. Ahora bien -como dice la STS. 1185/2004 de 22.10 - tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la LECrim., en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues esto puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 LECrim). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicasen que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECrim.). Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte "cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones substanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria (art 746.6 en relación con el art. 747 LECrim.).

Con mayor precisión la LECrim. prevé para el procedimiento abreviado, art. 793.7 (actual 788.4), que "cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecia un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes". Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas. En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la LECrim. se permite su ejercicio respecto a esos nuevos hechos y su calificación jurídica. Por ello una modificación esencial de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas puede lesionar el derecho de defensa cuando el acusado haya ejercido las facultades en orden a la suspensión de la vista y proponiendo nuevas pruebas y le haya sido denegada, por cuanto la aplicación de la doctrina general sobre la necesidad de que la práctica de prueba inadmitida fuese relevante para la modificación del fallo, no es aplicable en los casos de inadmisión o falta de práctica de toda prueba de descargo propuesta imputable al órgano judicial.

Por tanto, desde la perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, es decir desde la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente, al contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no momentos previos como el de las conclusiones provisionales (SSTC. 141/86 de 12.11, 11/92 de 27.1, 278/2000 de 27.11). Igualmente, dada la instrumentalidad de este derecho con el derecho de defensa es a la parte a quien corresponde, en primer lugar, dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión (SSTC. 20/87 de 19.2, 17/88 de 16.2). Si el defensor del acusado estimaba que la calificación del Ministerio Fiscal era sorpresiva al introducir hechos nuevos y por ello no le era posible defenderse adecuadamente de ellos, debió conforme al art. 793.7 (art. 788.4), solicitar la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa, lo que no hizo. En esta dirección la STS. 295/2012 de 25.3, recuerda que el Tribunal Constitucional (STC 33/2003, de 13 de febrero), ha señalado que las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que supongan una calificación distinta o más grave no lesionan el derecho a no ser condenado sin acusación (principio acusatorio), pues si el órgano judicial se ciñe a la acusación formulada en la calificación definitiva, se ha respetado tal principio. En cualquier caso, está prevista la suspensión del juicio oral a instancia de parte. En efecto, el art. 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que « cuando, en sus

conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas ». Y el propio fundamento a la agravación, es la constatación de una tesis alternativa por las acusaciones.

En igual sentido, el art. 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone a tal efecto que « las partes podrán presentar sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación dos o más conclusiones en forma alternativa, para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia ». Y en el artículo 732, se disciplina que practicadas las diligencias de la prueba, las partes podrán modificar las conclusiones de los escritos de calificación; en este caso, formularán por escrito las nuevas conclusiones y las entregarán al Presidente del Tribunal, añadiendo que «las conclusiones podrán formularse en forma alternativa, según lo dispuesto en el art. 653 ». En el supuesto de que la calificación alternativa sea la acogida finalmente por el Tribunal sentenciador, la STS. 1120/2003 de 15.9, declaró que no existe, en tal caso, vulneración del principio acusatorio.

En el caso actual, en cuanto a la posibilidad de incluirse por las acusaciones como calificación definitiva un delito de apropiación indebida, como alternativa a la calificación de delito, es cierto que se conculca el principio acusatorio si negada la existencia de un delito de apropiación indebida, se condena por un delito de estafa, que no fue objeto de acusación, si tenemos en cuenta que ambos delitos tienen el carácter de delitos heterogéneos, pues mientras este último tiene sede principal el requisito del "engaño", aquel tiene su raíz en el concepto de "abuso de confianza" (SSTS. 860/2008 de 17.12, 513/2007 de 19.6 867/2000 de 29.7, 767/2000 de 3.5. Criterio reiterado en la STS. 5/2003 de 14.1, que precisa que el delito de apropiación indebida no requiere del engaño como elemento relevante e impulsor de la conducta delictiva como no está presente en la estafa el componente de deslealtad propio de la apropiación indebida y ello supone, sin duda, una diferencia esencial entre ambas figuras delictivas en el modo concreto con que se produce el ataque al bien jurídico.

Por ello a los efectos del principio acusatorio "los delitos de estafa y apropiación indebida tienen un carácter absolutamente heterogéneo, en cuanto diferentes son los requisitos subjetivos que uno y otro requieren para su comisión, así en la estafa, art. 248- es imprescindible el engaño, mientras que en la apropiación indebida -art. 252- se define más bien a través de lo que se podría llamar abuso de confianza, aspectos

subjetivos de la acción perfectamente diferenciados y cuya acusación y subsiguiente defensa han de tener en pura lógica un tratamiento totalmente distinto (SSTS. 1280/99 de 17.9, 210/2002 de 15.2, 84/2005 de 1.2). La STS. 1176/99 afirma que la consumación también corresponde a hechos distintos según se trate de uno u otro delito, pues la Estafa se produce desde que el dinero queda a disposición de los acusados, siendo los actos posteriores propios de la fase de agotamiento, mientras que la apropiación indebida y la exigencia de haber recibido la cosa en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, específica de este delito del art. 252, no existe en el delito de estafa. En la STS. 104/2012 de 23.2, hemos dicho, aun cuando el delito de apropiación indebida coincide con el de estafa, en el resultado, o sea, en que hay un enriquecimiento a costa del perjuicio de un patrimonio ajeno, sin embargo hay entre ambos una diferencia sustancial respecto al dolo específico de los mismos, pues mientras en la estafa, consiste en el empleo de maquinaciones engañosas para sorprender la buena fe y la credibilidad del sujeto pasivo, en la apropiación indebida no es el engaño, sino el abuso de confianza que aquél depositó en el autor del delito. El delito de apropiación indebida no requiere del engaño como elemento relevante e impulsor de la conducta delictiva, sino que la intención lucrativa surge después de tener el sujeto activo del delito la cosa en su poder que en su día le entregó sin engaño la otra parte, esto es el propietario confía la posesión al apropiamiento por su libre voluntad y consentimiento no viciado, o sea legítimamente, aunque después de recibirla el receptor quebrante la relación de confianza y el convenio establecido entre ambos por actos ilícitos unilaterales de propia autoridad, convirtiendo antijurídicamente tal posesión en propio y autónomo dominio o disponiendo de la misma como dueño para un destino distinto del pactado en provecho propio, o de otras personas, por lo que el engaño no puede reputarse como elemento constitutivo de este delito. Contrariamente en la estafa, el engaño resulta indispensable para configurar el tipo penal, ya que es el que provoca dolosamente el desplazamiento de la cosa, motivando por error la voluntad y actuación de la víctima que la entrega voluntariamente pero a causa de dicho engaño (SSTS. 224/98 de 26.2, 767/2000 de 3.5, 867/2000 de 29.7, 210/2002 de 15.2, 5/2003 de 14.1, 84/2005 de 1.2, 1210/2005 de 28.10, 513/2007 de 19.6 , 700//2007 de 20.7. Consecuentemente si por las acusaciones no se plantea la posibilidad de incardinar la actuación del acusado en el delito de estafa, el principio acusatorio impediría al Tribunal pronunciarse sobre tal extremo, pero, tal heterogeneidad será relevante, en el sentido de excluir pronunciamiento condenatorio, si solo se ha calificado conforme a uno de tales tipos penales. Por el contrario mediante la calificación alternativa, basada precisamente en la eventual suficiencia probatoria del engaño como medio que permitió el acceso al patrimonio defraudado, entraría de lleno la necesidad de valorar la calificación alternativa ofrecida por estafa. Lo que procede, en suma, es valorar si la prueba permite formar la convicción del Juzgador sobre los hechos sometidos a su consideración y sí, calificados alternativamente por la parte como estafa o estafa, cabe tal subsunción típica.

En efecto la STS. 1185/2004 de 22.10, perfila con carácter general las relaciones entre el derecho de defensa y el principio acusatorio en relación con el trámite procesal de la modificación de conclusiones, delimitando los recursos de la defensa ante una posible modificación de conclusiones: suspensión del juicio oral por la vía del art. 733 ó 746. Y en la STS. 5.12.2005 puede leerse: "... carece de todo fundamento legal y doctrinal la alegación de que la modificación de las conclusiones acusatorias efectuadas en el acto del Juicio Oral, signifique una reducción de los derechos de defensa del acusado. Dicho trámite, como es notorio, está previsto tanto en el art. 732 como en el 793.6 L.E.Crim. -actual 788.4-, y, en términos generales, su inexistencia convertiría poco menos que en inútil toda la actividad procesal que se desarrolla en el acto trascendental del Juicio Oral y que constituye la fase esencial de todo el proceso (véanse, por ejemplo, SS.T.S. de 28 de octubre de 1.997, 12 de enero, 20 de julio, 7 de octubre y 18 de noviembre de 1.998 y, 28 de febrero de 2.001). De ahí que en dichas resoluciones se haya mantenido que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, por lo que la sentencia debe resolver sobre ellas y no sobre las provisionales. El derecho a ser informado de la acusación, junto con la interdicción de la indefensión suponen, de un lado, que el acusado ha de tener pleno conocimiento de la acusación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico, debiendo tener la oportunidad y los medios para defenderse contra ella, y de otro, que el pronunciamiento del Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa. El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso. La posibilidad de que en las conclusiones definitivas de la acusación se operen cambios, incluso relevantes, se deduce con toda claridad del art. 788.4 L.E.Crim., "cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos... el Juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones, y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes...".

a) Por tanto en cuanto a los elementos jurídicos de la calificación cabe cualquier tipo de alteración, que en principio, no supone mutaciones del objeto del proceso pues éste no viene constituido por un delito concreto y determinado, ni por una calificación jurídica, sino por un suceso o acontecimiento. Se trataría de puras modificaciones jurídicas que arrancan del mismo relato fáctico contenido en la calificación provisional, con la excepción de aquellas modificaciones que pretendan introducir un tipo penal que

haya sido rechazado previamente por una resolución judicial firme -por ejemplo auto apertura juicio oral (STS. 860/2008 de 17.12).

b) En cuanto a la variación de los elementos fácticos, como primer criterio de carácter general y pacífico, puede afirmarse que no es posible la alteración subjetiva, entendida como la introducción de nuevos responsables penales o civiles.

En el otro extremo las simples variaciones que no comportan una modificación sustancial del hecho son admisibles sin límites, así como las que no conlleven una nueva calificación jurídica. El supuesto que se presta a mayor controversia es el de la introducción de nuevos hechos en las conclusiones con la correlativa introducción de nuevas tipologías penales, dado que el art. 788.4 solo contempla variaciones jurídicas de la calificación provisional pero no alteraciones de los hechos. Algún autor ha querido encontrar ahí un argumento legal para negar la posibilidad de introducir hechos nuevos, pero aunque el precepto no se refiere explícitamente a la modificación de los hechos, resulta evidente que las alteraciones expresamente previstas vendrán acompañadas normalmente, de un previo cambio en los hechos, mutación, que por tanto, implícitamente está contemplada en la norma.

En el caso presente consta que las dos acusaciones pública y privada, alternativamente en sus conclusiones definitivas calificaron los mismos hechos objeto de acusación como un delito de apropiación indebida, art. 252 en relación con los arts. 249 y 74 (M.F y Marino) y art. 252 en relación art. 250.1.5 y 6 (acusación particular) y basta su examen comparativo del relato de hechos del escrito de acusación del Ministerio Fiscal y de los hechos probados de la sentencia para constatar que no se ha producido mutación alguna fáctica relevante, si tal factum puede o no ser constitutivo de un delito de apropiación indebida es cuestión de legalidad ordinaria revisable vía art. 849.1 LECrim. -ya analizada en motivos precedentes- pero no implica vulneración del principio acusatorio.

XVII. DIFERENCIAS CON LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES CIVILES

En este tipo de delito hay que tener especial cuidado en no criminalizar todo tipo de incumplimiento contractual. El derecho penal sólo debe actuar cuando no se puede acudir a otras vías menos gravosas, no puede inmiscuirse en el ámbito de las relaciones civiles entre particulares, o de estos con empresas, salvo cuando sea estrictamente necesario. Por ello, es conveniente diferenciar la figura delictiva de la apropiación indebida del mero incumplimiento contractual. En el segundo caso no existe voluntad apropiatoria sino solamente un retraso en el cumplimiento de la obligacional, mientras

que en el primero hay un propósito claro de hacer la cosa suya, incorporándola al patrimonio del infractor o dársela a un tercero. Cuando no hay voluntad seria y firme de devolución, ya sea por imposibilidad al haberse transmitido a un tercero, ya sea porque así lo exprese, es cuando estamos ante un delito de apropiación indebida. Si el sujeto obligado entiende que no debe hacer esa devolución al amparo de algún precepto legal o sobre la base de cualquier otra relación jurídica entre ambos, habrá que determinar primeramente la cuestión civil sobre si existe o no esa obligación de devolución, para después acudir a la vía penal.

XVIII. EL DERECHO DE RETENCION

Como su nombre indica, el derecho de retención (que en realidad es una facultad, pues no goza de autonomía respecto del derecho de crédito garantizado con ella) confiere a su titular la posibilidad de retener en su poder una cosa que no le pertenece y que debería restituir a otra persona. Más exactamente, el titular de un derecho de retención es un acreedor que tiene la posesión de una cosa del deudor, permitiéndose por la ley prolongar dicha posesión en tanto en cuanto el deudor no cumpla su obligación.

El derecho de retención no goza de una regulación unitaria en el Código, que sólo lo concede a determinados acreedores y por razones diversas. Ostentan concretamente un derecho de retención:

El poseedor de buena fe (ignorante de los vicios de su posesión) que ha sido vencido en juicio por quien tenía mejor derecho a poseer, hasta que se le abonen por éste los gastos necesarios y útiles realizados en la cosa poseída (artículo 453 del Código Civil).

El adquirente de buena fe y en venta pública de una cosa mueble perdida o sustraída (o el Monte de Piedad donde se empeñó la misma), hasta que el verdadero propietario le reembolse el precio (o la cantidad del empeño) que dio por ella (artículo 464.II y III del Código Civil).

El usufructuario, una vez terminado el usufructo, hasta que el nudo propietario le abone los desembolsos realizados en la cosa usufructuada que sean de cargo de éste (artículos 502 y 522 del Código Civil).

El ejecutor de una obra en cosa mueble ajena, hasta que se le pague esta obra (artículo 1600 del Código Civil).

El mandatario, sobre las cosas objeto del mandato, mientras el mandante no le resarza los daños sufridos al cumplir el encargo ni le reembolse las cantidades anticipadas por dicho mandatario (artículo 1730 del Código Civil).

El depositario, sobre la cosa mueble depositada, mientras el depositante no le pague todo lo que le deba por razón del depósito (artículo 1780 del Código Civil; vid. art. 5.3 Ley 40/2002, de 14 de noviembre, que concede derecho de retención sobre los vehículos aparcados a los titulares de aparcamientos).

El acreedor pignoraticio, sobre la cosa entregada en prenda para asegurar su crédito, hasta que el deudor no cumpla la obligación convenida posteriormente con el mismo acreedor y vencida antes que la garantizada en prenda (artículo 1866.II del Código Civil).

La mayoría de la doctrina opina que no, al tratarse de una medida excepcional de autotutela prevista para casos muy concretos, de los que no puede extraerse un principio general. Pero sí se admite su aplicación a supuestos que por remisión se regulan por alguno de los preceptos citados (por ejemplo, el que debe devolver lo indebidamente cobrado tiene los mismos derechos que el poseedor de buena fe en la liquidación del estado posesorio, y por tanto el de retención, según el artículo 1898 del Código Civil). Incluso se defiende la extensión del derecho de retención a contratos atípicos cuyo régimen jurídico deba completarse con la regulación de un contrato típico semejante que prevea este derecho.

La naturaleza jurídica del derecho de retención, y sus consiguientes efectos, son muy discutidos en la doctrina. Ello se debe a que el Código no especifica estos efectos, salvo respecto del particular derecho de retención concedido al usufructuario en el artículo 502 para que se reintegre, con los productos de la cosa usufructuada, por lo gastado en reparaciones extraordinarias que debería haber hecho el nudo propietario (efecto que no se deriva en los otros casos). Y se debe también a que en algunos de los preceptos sencillamente habla de retener (arts. 453, 464, 522) y en otros de retener en prenda la cosa que debe restituirse (artículos 1600, 1730, 1780). ¿Tiene en estos casos el derecho de retención los mismos efectos que un derecho de prenda, que es un derecho real de garantía? Pregunta candente pues la prenda despliega efectos erga omnes (es decir, frente a cualquier persona, no sólo contra el deudor de la obligación garantizada), dota de un privilegio especial al crédito garantizado (artículo 1922.2.º del Código Civil) y permite a su titular realizar el valor del bien pignorado en caso de incumplimiento de dicha obligación.

Para algunos autores, en los artículos 1600, 1730, 1780 y 1866 se sancionaría un auténtico derecho real de garantía, un derecho de prenda con los efectos anunciados. Pero son mayoría los que lo niegan aduciendo una imprecisión terminológica del Código, tan pródigo en ella, para justificar la distinta dicción legal. Y aunque estos

autores reconocen que hay que estar a cada manifestación en concreto del derecho de retención para derivar sus efectos, tienden a unificar el régimen del mismo, pues coinciden en señalar que se trata de una garantía legal con dos únicas facultades (salvo que la ley expresamente añada otras): la prolongación de la posesión de una cosa y la eficacia erga omnes. Este derecho sólo legitimaría a su titular para prolongar la tenencia de una cosa, cuando ya el título que permitía esta tenencia se ha extinguido, con el fin de presionar al deudor para que cumpla, siendo oponible frente a todos la negativa a restituir la cosa.

El acreedor que ejerce su derecho de retención no puede:

Cobrar con preferencia a otra acreedor de su deudor, en caso de colisión, salvo que su crédito sea privilegiado porque así lo disponga otra norma (por ejemplo, el taller que ha reparado mi coche puede retenerlo en su poder, porque se lo permite el artículo 1600, y además cobrar su crédito con la preferencia que le otorgan los artículos 1922.1º y 1926 del Código Civil; sin embargo, el depositario de mis muebles puede retenerlos en su poder hasta que le abone la cantidad pactada por razón del depósito, pero no cobrar antes que otros de mis acreedores, pues su crédito no es privilegiado).

Usar ni disfrutar de la cosa retenida; pero sí debe realizar todo lo necesario para cuidarla con la diligencia de un buen padre de familia hasta que la restituya, pues en definitiva este deber de restitución es una obligación de dar sometida a las normas generales que la regulan (en particular, artículos 1094 y 1095 del Código Civil).

Enajenarla para imputar el precio obtenido al crédito impagado, salvo que se dirija contra ella como integrante del patrimonio del deudor y sujeto, por tanto, como cualquier otro de sus bienes, a la responsabilidad universal establecida en el artículo 1911 del Código Civil; eso sí, con la ventaja de tener este bien perfectamente localizado.

Perseguirla si ha salido de su control (carece, pues, del llamado *ius distrahendi* característico de los derechos reales); como cualquier otro poseedor de una cosa, el retentor sólo estaría legitimado para dirigirse contra quien le ha privado, en contra de su voluntad, de esa posesión en el año siguiente al despojo (artículos 446 y 1968.1º del Código Civil, 250.1.4º y 439.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ejemplo, si ante la negativa del taller que ha reparado mi coche a devolvérmelo, pues no le abono la factura, me lo llevo utilizando las llaves de repuesto que tengo en mi casa, el taller podrá recuperarlo si entabla la acción prevista para recobrar la posesión del vehículo, pero si deja pasar un año sin actuar no tendrá ninguna acción.

En definitiva, la eficacia erga omnes del derecho de retención (que no es la propia de los derechos reales) se traduce en negar la restitución de la cosa tanto al deudor como a cualquier otra persona que alegue un derecho sobre ella (por ejemplo, el

comprador del vehículo retenido, u otro acreedor del deudor que ha solicitado su embargo). Esta eficacia sólo puede derivarse de un derecho de retención legal, no de un derecho de retención convencional, amparado sin problemas por el artículo 1255 del Código Civil siempre que sus efectos queden limitados a las partes que lo han pactado. El derecho de retención se extingue cuando queda satisfecha la obligación garantizada por él y cuando su titular pierde la posesión del objeto sobre el que recae, ya sea voluntariamente o por falta de reacción contra una privación ilegal de la misma.

XIX. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

i. JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1995

1-SENTENCIA DEL TS DE 22 DE ENERO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida.

El dolo característico de la apropiación indebida radica- en el abuso de confianza en que el culpable incide y del que se prevale para trasmutar o cambiar la posesión o detentación del bien mueble que recibe o tiene con licitud, pero con carácter transitorio, accidental y precario con un fin taxativamente marcado y preordenado en propiedad ilegítima personal, por hacer uso de facultades dispositivas sobre los recibidos inherentes y propias del dominio que exclusivamente compete al auténtico dueño.

Resultando probado, y así se declara, que la entidad mercantil "Asociación Industrial Cordobesa, S.A." (Asincosa), se constituyó por escritura pública de 2 de mayo de 1957, con domicilio legal en Córdoba, el Consejo de Administración de la misma confirió poderes al Consejero Delegado de ella, procesado en esta causa, don Gregorio, que llevó la gestión financiera y social de la empresa en cuestión, la empresa descontó en sus nóminas a los obreros, las partes correspondientes a ellos de cuotas de la Seguridad Social y Accidentes del Trabajo, por importe de 1.087.058 pesetas, las que no ingresó en el correspondiente Departamento de Cotización de la Delegación Provincial del Instituto Nacional de Previsión de esta capital, y esto fue por orden expresa en este sentido del procesado, y obrando por cuenta, al servicio y en beneficio

de la referida empresa o sociedad, si bien los trabajadores gozaron hasta ahora de las prestaciones de asistencia sanitaria facilitadas por el Instituto Nacional de Previsión con carácter general y de las relativas a incapacidad laboral transitoria y protección a la familia realizadas por la empresa en pago delegado por importe de 2.005.064 pesetas; con fecha 30 de octubre de 1974 la empresa solicitó ingresar únicamente las cuotas obreras desde enero de 1974 a lo que no se accedió en fecha 11 de noviembre de 1974, existiendo descubiertos por débitos a la Seguridad Social por importe de 8.379.841 pesetas en fecha 21 de octubre de 1976.

La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de apropiación indebida, previsto y castigado en el artículo 535, en relación con el 528, número primero, del Código Penal , siendo autor el procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y contiene la siguiente parte dispositiva: Fallamos que debemos condenar y condenamos al procesado don Gregorio, como autor responsable del delito de apropiación indebida, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Considerando que sobre la expresada alegación defensiva cabe sucintamente distinguir, matizar y objetar: Primero. Que la inicial aseveración viene contradicha por las afirmaciones fácticas de que el recurrente, desde agosto de 1957, asumió por los plenos poderes financieros y sociales, que cómo Consejero-Delegado de la empresa le fueron otorgados por el Consejo de Administración, en cuyo sentido vino cumpliendo regularmente el descuento de cuotas salariales y de la empresa hasta mediados de 1970, en que por orden expresa del mismo se suspendieron los ingresos que se vinieron haciendo al Instituto Nacional de Previsión, y si bien se abonaron prestaciones delegadas, tal circunstancia era preceptivamente ineludible, por cuanto la Ley de 21 de abril de 1966 y la Orden de 25 de noviembre siguiente citadas configuraban a las empresas privadas como entidades colaboradoras obligatorias, cuya mecánica de detracción de cuotas y pago anticipado de conceptos de dicha Seguridad Social por aquéllas se regula en el artículo 3 de la precitada Ley dispuso que el empresario que habiendo efectuado el descuento no lo ingrese, incurrirá en responsabilidad ante las entidades gestoras, "sin perjuicio de la responsabilidad criminal correspondiente", por lo que la cantidad total descontada tenía que ser ingresada, como hasta abril de 1970 se había venido haciendo, en el referido Instituto, en virtud de título legal imperativo, sin que quepa aducir que las prestaciones delegadas satisfechas ascendían al doble de las cuotas salariales descontadas, porque como asimismo debían ingresarse las cuotas empresariales muy superiores, al momento de la liquidación de octubre de 1976, si bien se habían pagado unos 2.000.000 de pesetas en concepto de prestaciones anticipadas o, delegadas, existía un déficit por falta de ingresos totales superior al de 8.000.00 de pesetas. Segundo. Que la aseveración de falta de numerario para simultanear el ingreso de las cuotas laborales con las prestaciones delegadas es igualmente inveraz, por cuanto

si el recurrente, representando a la empresa, retuvo las cantidades descontadas a los obreros de sus salarios o nóminas mensuales, no puede, en sana lógica, aducirse que no se ingresaron por carencia de numerario, ya que lo que correspondía ingresar era cabalmente lo descontado en tal concepto, sin que tampoco fundadamente pueda sostenerse que faltó el elemento intencional, en cuanto el procesado lo había hecho hasta 1970 con normalidad, y a partir de abril de este año siguió retrayendo dichas cuotas obreras, reteniéndolas y dándoles otro destino distinto al legalmente ordenado, conforme se desprende del fallo de la sentencia en que se le condena a indemnizar al Instituto repetido el total cierto, líquido y precisado de las cuota referidas no ingresadas. Tercero. Que el abuso de confianza y deslealtad que la actuación del procesado arroja, ya determina un propio provecho o beneficio al ser evidente que el cambio de destino, a sabiendas y por su voluntad, generó un perjuicio indirecto para los trabajadores, que transitoriamente quedaron en descubierto con la Seguridad Social y un daño efectivo, directo y concreto para el Instituto Nacional de Previsión, que ha sido hasta ahora privado de la cantidad que le" pertenecía como dueño, que al ser destinada a otras atenciones o menesteres indefinidamente repercutió en provecho del recurrente o de la empresa "Asincosa", permitiendo a uno u otra cubrir con, ella otros, fines que les urgía, convenía o interesaba más, bien para otras preferencias personales o empresariales, beneficio constitutivo de ánimo de lucro, cuya existencia se niega en la alegación defensiva, y el cual puede estar representado, no sólo por una ganancia dineraria tangible, sino como esta Sala tiene declarado, por el ánimo o propósito de obtener cualquier clase de beneficio, enriquecimiento, provecho, ventaja o utilidad, aunque fueran meramente contemplativas o de ulterior liberalidad o beneficiencia (sentencias de 28 de mayo de 1974 , 6 de febrero de 1975 y 9 de diciembre de 1976). Que la invocada ausencia de malicia o dolo que configura el delito imputado al no tener conciencia el recurrente de estar cometiendo con su conducta una infracción penal, sino en todo caso administrativa, no cabe ser acogida por cuanto tal conducta mantenida durante varios años, cambiando la trayectoria anterior a 1970, que había sido la correcta y ordenada, determinaba "per se" la presunción de la existencia del dolo requerido, salvo prueba en contrario que correspondía suministrar al inculpado, siendo bastante para determinar la culpabilidad discernible con que los hechos realizados constituyan objetivamente un tipo de infracción subsumible en un precepto punitivo, sin que sea preciso hacer declaración expresa respecto al ánimo doloso, y el procesado conocía perfectamente el contenido y alcance de la Ley de Seguridad Social que sancionaba penalmente la retención de las cuotas asignadas a los trabajadores, específicamente destinadas a su ingreso en el Instituto Nacional de Previsión para quedar amparados por la Seguridad Social, no ingresadas, y distraídas a otros fines por las empresas privadas; encargadas de tal misión, lo que vino haciendo el inculpado, cometiendo la apropiación delictiva desde que pagados los salarios y detraídas las cuotas de los productores, éstas pertenecían a aquel Instituto, y, sin embargo, no le fueron entregadas a pesar de su concreto destino, lo que se ratificaba por los tanteos verbales hechos por el procesado para ingresar parte

mínima de aquellas cuotas retenidas y distraídas ilícitamente a otros fines y hasta su proposición formal de 30 de octubre de 1974 de ingresar únicamente las cotizaciones obreras correspondientes a este último año, que fue denegado el 11 de noviembre siguiente, lo que aun en la hipótesis de haberlo conseguido, si bien repercutía en la responsabilidad civil, no extinguía la "responsabilidad penal ya contraída, conforme al artículo 68 de la Ley de Seguridad Social citada, como la doctrina jurisprudencial ha declarado uniformemente en sentencias de 28 de mayo de 1974, 22 de febrero de 1975, 20 de abril de 1976 y 17 de febrero y 7 de mayo de 1977, razones que consecuentemente conllevan a desestimar por su improcedencia los dos primeros motivos del recurso interpuesto por la representación del procesado al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando infringido por aplicación indebida el artículo 535 del Código Penal, que apareciendo correcta y acertadamente calificado y estimado por la Audiencia Provincial juzgadora, procede mantener y confirmar.

2-SENTENCIA DEL TS DE 23 DE ENERO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. Preterintencionalidad.

El procesado adquirió el automóvil por 515.000 pesetas, satisfaciendo en el acto 200.000 pesetas, aplazando el resto por valor de 105.000, aceptando tres cambiales por valor de dichas 105.000, que no hizo efectivas a su vencimiento, pero vendiendo el vehículo a un tercero a los cuatro días de haberlo adquirido, no obstante la cláusula de reserva de dominio estipulada en el contrato privado de compraventa, por lo que no es aplicable la atenuante de preterintencionalidad, pues el perjuicio patrimonial causado al perjudicado por el agente y correlativo lucro conseguido por el hacer delictivo fue lo inicialmente por él querido y admitido en su voluntad como resultado.

Resultando probado, y así se declara, que el procesado adquirió de don Luis el vehículo automóvil marca «Mercedes Benz», tipo 200 DS, matrícula RI-..... , por precio de 515.000 pesetas, del que satisfizo en metálico la cantidad de 200.000 pesetas, y aceptó por el resto tres letras de cambio por valor de 105.000 pesetas cada una y vencimientos a treinta, sesenta y noventa días de aquella fecha, que no hizo efectivas a sus respectivos vencimientos, vendiendo, dicho procesado el citado vehículo el 9 de dichos mes y año a un tercero, no obstante la cláusula de reserva de dominio aceptada en dicho contrato, lucrándose, en perjuicio de aquel vendedor, en la cantidad de 315.000 pesetas.

Considerando que la aplicación de la circunstancia atenuante de preterintencionalidad, cuarta del artículo noveno del Código Penal, requiere que el

resultado último de la acción delictiva supere la voluntad del agente, produciendo un resultado más grave que no se había querido producir, pero cuando la consecuencia de la acción es previsible y dolosamente querida como aparece de la declaración de hechos probados en la que se afirma que el procesado que adquirió un automóvil marca «Mercedes Benz», tipo 200 DS, por precio de 515.000 pesetas del que satisfizo en el momento de la compra la cantidad de 200.000 pesetas en metálico, aplazando el pago del resto, aceptando a tal fin tres cambiales por valor de 105.000 pesetas cada una, a treinta, sesenta y noventa días, que no hizo efectivas a sus respectivos vencimientos, pero vendiendo el vehículo a un tercero a los cuatro días de haberlo adquirido, no obstante la cláusula de reserva de dominio estipulada en el contrato privado de compraventa suscrito por las partes, no es aplicable la citada circunstancia atenuante, pues el perjuicio patrimonial causado al perjudicado por el agente y correlativo lucro conseguido con su hacer delictivo, fue lo inicialmente por él querido y admitido en su voluntad, como resultado, al vender el vehículo cuyo dominio todavía no se le había transferido, con lo que faltan las condiciones básicas de una menor culpabilidad, para la apreciación de la atenuante al no producirse otro resultado que el realmente querido por el agente; todo lo razonado hace forzosamente estimable el único motivo propuesto por el Ministerio Fiscal y obliga a anular y casar la sentencia recurrida y a dictar segunda más ajustada y conforme a derecho.

3-SENTENCIA DEL TS DE 2 DE FEBRERO DE 1979

DOCTRINA: Eximente. Trastorno mental. Neurosis.

Los neuróticos ocupan el último lugar en la escala descendente de la perturbación mental y sólo las formas más acusadas y graves de tal anomalía podrían aspirar a la completa exención de responsabilidad penal, por lo que las demás reacciones psicógenas sólo puede pretender, cuando "más, un poderío atenuante.

El acusado Luis, que desempeñaba el cargo de administrador contable de la planta dedicada a emulsiones asfálticas de la "Sociedad Anónima Probisa, Productos Bituminosos, S. A." recibió el importe de siete talones contra la cuenta corriente de la empresa en el Banco de Bilbao, y el de ocho talones contra la cuenta en el Banco Español de Crédito, expedidos en distintas fechas durante el período de tiempo al principio expresado, de las cuales, unos no les hizo figurar en la contabilidad, y otros lo fueron en cantidades inferiores a las verdaderas, disponiendo en su particular provecho del importe de los primeros y de las diferencias en el caso de los segundos, por un alcance total de 607.830 pesetas.

La sentencia se estimó que los hechos probados constituían un delito de apropiación indebida de los artículos 535 y 528, número primero, del Código Penal y reputándose autor al procesado.

Considerando que si bien la denominación de neurosis ha dejado de ser en la clínica psiquiátrica el término genérico que servía para cobijar la totalidad de las enfermedades mentales, conserva aún una gran fluidez en su significado, de modo que separada la neurosis de la verdadera alteración o psicosis, la misma engloba todo trastorno mental, y aun corporal, producido por causas y motivos puramente psíquicos que dan lugar a variadísimas disfunciones, sin lesión actualmente demostrable, a modo de reacción psicógena anormal ante una vivencia determinada, por lo que -ya se comprende- sus manifestaciones son innumerables, difíciles de encuadrar en una verdadera taxonomía clínica, siendo dos los grupos que de las neurosis se pueden hacer con carácter más general: las neurosis de deseo o de protección que comprenden, a su vez, un abundante repertorio como la neurosis traumática, sinistrósica o de renta, tan ligada a los accidentes de tráfico o laborales, la neurosis de guerra, de paro, de prisión, de situación o de objeto, la neurosis histérica e histerismo, como la vulgar u conocida neurastenia; y las neurosis incoercibles, entre las que cabe apuntar la neurosis obsesiva, fobias, impulsiones y compulsiones y, como una variante propia las neurosis de ansiedad o de angustia; breve reseña la expuesta que, por sí misma, ya está indicando la diversa valoración jurídico-penal que pueden merecer tan distintas manifestaciones de la neurosis, de modo que ésta, por sí sola, no alcanza a modificar la imputabilidad del que la padece, puesto que, en principio, queda al neurótico la capacidad de apreciar el valor moral y antijurídico del acto que realiza, no menos que su capacidad de auto-dominio; sin que ello quiera decir que en casos extremos de obsesiones e impulsos irresistibles se haya llegado a conceder la exención total (sentencias de 16 de abril de 1902 , 16 de abril de 1945, 23 de enero de 1946, 10 de marzo de 1947) ó que en casos de reacciones patológicas psicógenas, consecuentes o enfermedades orgánicas del sistema nervioso o a graves alteraciones psíquicas se haya otorgado la exención incompleta (sentencias de 18 de abril de 1940, 12 de mayo de 1941, 29 de agosto de 1959), por lo que, en conclusión, y a modo, de resumen de la situación actual del tema, una reciente resolución de esta Sala ha establecido que los neuróticos ocupan el último lugar en la escala descendente de la perturbación mental y sólo las formas más acusadas y graves de tal anomalía podrían aspirar a la completa exención de responsabilidad penal, por lo que las demás reacciones psicogénicas sólo pueden pretender, cuando más, un poderío atenuante (sentencia de 13 de octubre de 1971) o no ejercer influencia alguna sobre la imputabilidad jurídico-penal (sentencias de 14 de marzo de 1978). Considerando que haciendo aplicación de la doctrina expuesta a la personalidad del recurrente, si el "factum" de la sentencia recurrida lo presenta como un sujeto de inestabilidad emocional, con neurosis de angustia y posibilidad de reacciones desproporcionadas ante determinados estímulos, pero sin trascendencia -en acciones como las que han motivado

esta causa- sobre el discernimiento ni sobre su voluntad; habrá que convenir que el juicio valorativo del Tribunal de instancia es correcto y adecuado a los cánones clínicos que presiden la variedad de neurosis de ansiedad o de angustia afectante al procesado y que en este caso sólo altera -al igual que en la psicopatía, cuya relación con la neurosis es muy estrecha- el elemento afectivo o emocional del psiquismo, pero no al intelectual ni volitivo, soportes esenciales de la imputabilidad que, por lo mismo, no queda disminuida en tales casos (sentencia de 28 de septiembre de 1965); tanto más que tal trastorno emocional tendría más bien reflejo o respuesta ante estímulos de la misma índole, pero no en actos como los juzgados en esta causa constitutivos de un continuado delito de apropiación indebida prolongado durante más de siete meses, con una actuación meticulosa y perfecta del acusado, que supo ocultar con alteraciones contables, y que no se descubrió hasta que abandonó el domicilio familiar y el propio empleo en unión de una joven con la que mantenía relaciones extramatrimoniales; capacidad laboral y profesional que, por otra parte, está muy de acuerdo con la normal conducta del neurótico en cuanto la misma no esté afectada por su síndrome; es decir, que en el caso "sub iudice", no se da una reacción patológica psicógena consecuente a una grave enfermedad o a una importante alteración psíquica que autorice -a tenor de la doctrina jurisprudencial- la exención incompleta que se postula por el único motivo subsistente del recurso, que, por lo mismo, debe ser desestimado.

4-SENTENCIA DEL TS DE 6 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4857/1979)

DOCTRINA: Apropiación indebida. Representante de sociedad.

Existe delito del artículo 535 por cuanto el procesado, representante de la sociedad perjudicada, se quedó con cantidades cobradas por cuenta de la misma, así como de mercancías que habiendo sido servidas a clientes fueron rehusadas por éstos, beneficiándose de unas y otras, lo que pone de manifiesto la intención del agente de apropiarse el dinero y mercancías con carácter definitivo.

Resultando que el hoy procesado Emilio, que era representante en Granada de «Chocolates Trapa, Sociedad Anónima», realizó en esta capital entre el 9 de octubre de 1975 y el 6 de junio de 1976, los siguientes hechos: A) Se quedó con cantidades cobradas por cuenta de la misma por un total aproximado de 130.000 pesetas, así como mercancías a diversos clientes, que fueron rehusadas por éstos, por un total de 70.000 pesetas, beneficiándose con unas y otras. B) Simulando que clientes imaginarios habían efectuado pedidos por valor de unas 97.000 pesetas se quedó con las mercancías

remitidas por la casa, de las que dispuso en un establecimiento de su propiedad. C) En la fecha no concretada exactamente, pero anterior al 29 de mayo de 1976, entregó a los representantes de la casa en Sevilla, para abonarle una deuda que con ellos tenía y liquidar unas cuentas pendientes, sendos cheques contra su cuenta corriente, en la sucursal del Banco Central de Granada, cuyos importes de 5.009 pesetas y 79.643 pesetas no se pudieron hacer efectivos por carecer de fondos para ellos en la expresada cuenta el citado día 29 de mayo de 1976, que se puso como fecha a ambos efectos.

Se denuncia la aplicación indebida del artículo 535 del Código Penal, fundamentándola en que de la declaración de hechos probados no aparecen los elementos característicos para que puedan considerarse cometido el delito de apropiación indebida, al no existir la apropiación dolosa; motivo no atendible, en cuanto que en la citada relación fáctica se declaran probados extremos tan importantes como que el procesado, representante en Granada de la sociedad perjudicada, se quedó con cantidades cobradas por cuenta de la misma, así como de mercancías que habiendo sido servidas a clientes fueron rehusadas por éstos, beneficiándose de unas y otras, lo que pone de manifiesto la intención del agente de apropiarse de dinero y mercancías con carácter definitivo, esto es, la realización dolosa y con ánimo de lucro de la acción típica; sin que la supuesta liquidación de cuentas alegada por el recurrente, como pendiente, aparezca de los hechos probados, por el contrario se rechaza su existencia y valor exculpatorio en el considerando primero de la sentencia recurrida al examinar las pruebas aportadas al proceso. Considerando que en el segundo de los motivos, se sostiene la indebida aplicación del artículo 529, número primero, en relación con el 528, número segundo, ambos del Código Penal, en base a que en el hecho probado no constan los requisitos para configurar el engaño ilícito, pues la simulación de clientes imaginarios no es delito, sólo es una ligereza; motivo que tampoco puede prosperar en cuanto el ardid engañoso puesto en juego por el procesado para conseguir un lucro ilícito con el consiguiente detrimento patrimonial, consistió en el simular que clientes imaginarios habían efectuado pedidos, lo que constituye el engaño típico de «aparentar negociaciones imaginarias», previsto en el número primero del artículo 529 del Código Penal, sirviéndose esos pedidos, lo que muestra la eficacia real del engaño para lograr la entrega por parte del sujeto pasivo defraudado, ya que de no haber empleado tal ardid no se le hubiera entregado la mercancía, pues se afirma categóricamente en los hechos probados que a él no se lo vendían, con lo que es obvio que sin tal engaño, conscientemente tramado, no se hubiese logrado la recepción de la mercancía de la que dispuso en un establecimiento de su propiedad, con el consiguiente beneficio patrimonial correlativo perjuicio a la entidad suministradora.

5-SENTENCIA DEL TS DE 6 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4947/1979)

DOCTRINA: Apropiación indebida. Delito continuado.

Superada la arcaica tesis del delito continuado como un expediente «*pieta is causa*» hoy se le concibe como una entidad delictiva con vida propia y autónoma que responde a supuestos claros y precisos, favorables o adversos al reo, en que se comete, real y verdaderamente un solo delito, pero a base de una ideación criminosa única, específica y unitaria con proyección de futuro, con finalidad también única y con desenvolvimiento ejecutivo a través de una serie de manifestaciones que se realizan en determinado límite de tiempo y espacio, pero todo ello en perfecta conexión de propósito criminoso, precepto jurídico violado, homogénea forma de ejecución de ordinario con comunidad de sujeto pasivo, aunque ello no es de rigor exigible.

Resultando que en Córdoba, desde el año 1973, el procesado Lucio, prestaba su servicio en calidad de cobrador y contrato de comisión libre a la sociedad «Pinturas Industrial Espinar, S. L.», de esta capital, y por tal motivo ha tenido en su poder facturas por valor de unos dos millones de pesetas entregadas por dicha empresa para su cobro a diversos clientes; y el procesado valiéndose de las facilidades que ello le proporcionaba, y con unidad de propósito, a partir de los seis meses de empezar a prestar dicho servicio, ha venido cobrando algunas facturas en diversas fechas a clientes de aludida firma, no abonándola a ésta y quedándose en su beneficio con el importe, que en conjunto alcanza la suma de 453.656,81 pesetas.

La sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados constituyen un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en el artículo 535, en relación con el artículo 528, número primero, del Código Penal.

Superada la arcaica tesis que configuraba el «delito continuado» como un expediente «*pietatis causa*» o como solo aplicable en los casos de indeterminación de lo sustraído con identidad de sujeto pasivo; hoy, doctrinal y jurisprudencialmente, se concibe el «delito continuado» como una entidad delictiva con vida propia y autónoma, que responde a supuestos claros y precisos, favorables o adversos al reo, en que se comete, real y verdaderamente, un solo delito, pero a base de una ideación criminosa única, específica y unitaria, Con proyección de futuro, con finalidad también única y con desenvolvimiento ejecutivo a través de una serie de manifestaciones que se realizan en determinado límite de tiempo y de espacio, pero todo ello con perfecta conexión de propósito criminoso, precepto jurídico violado, homogénea forma de ejecución; de ordinario con comunidad de sujeto pasivo, aunque ello no es de rigor exigible, cual ocurre, entre otros supuestos en la modalidad del «delito continuado masa» en que todo es consecuencia de la antedicha ideación criminosa, única posteriormente realizada, a través de sucesivos actos de ejecución de lo inicialmente proyectado. Este es el caso claro y diáfano, que aquí se enjuicia, en que el acusado, prevaliéndose de su calidad de

cobrador concibió la idea de irse apoderando en propio beneficio y en perjuicio de la empresa comitente, del importe de determinadas facturas que cobraba pero no abonaba a la empresa, hecho que fue repitiendo a través del tiempo y en el que incluso se da la singular circunstancia, también contraria a la tesis recurrente, de que no constan las fechas en que fueron cobradas las facturas apropiadas; pues una cosa es conocer las facturas, circunstancia que consta documentalmente acreditada en autos, y otra muy distinta que estuvieran determinadas las fechas de los sucesivos y repetidos apoderamientos; constando y apareciendo sólo que en el amplio plazo que la sentencia señala, esto es, desde 1973 hasta 1977, se apoderó de un total de 453.656 pesetas, cantidad que había recibido por y para la empresa, a la que debió abonárselo, pero que con desviación del destino pactado, incorporó indebida e ilegalmente a su propio patrimonio; dándose, por último, la circunstancia no esencial pero sí frecuente en el delito continuado de que el sujeto pasivo perjudicado con las repetidas apropiaciones fue únicamente la entidad denunciante, esto es, que hubo también identidad de sujeto pasivo. Estas razones vedan la estimación de ambos motivos y obliga imperiosamente a mantener el fallo recurrido.

6-SENTENCIA DEL TS DE 8 DE FEBRERO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida.

El dolo característico de la apropiación indebida viene constituido por el propósito intencional inspirador del abuso de confianza, elemento subjetivo del injusto en que el culpable incurre y del que se prevale para cambiar o transmutar la posesión o tenencia de lo que recibe y detenta con licitud pero con carácter transitorio y accidental, con finalidad concreta y precisada, en propiedad ilegítima personal con ánimo de lucro propio o ajeno atribuyéndose o haciendo uso de facultad dispositiva sobre lo recibido que es inherente y propia del dominio que exclusivamente compete al legítimo dueño.

Assurances Generales de Frailee, I. A. R. T, representada por su delegado general en España, nombró subdirector en La Coruña al procesado Juan Ramón, el cual, debía entregar a la compañía todas las cantidades que el procesado cobraba en nombre de la misma. Posteriormente, un dictamen pericial fijó definitivamente el saldo en la cantidad de 1.135.914 pesetas, cantidad que fue la que el procesado hizo suya durante el último año de su gestión y parte del anterior, de modo sucesivo y en fechas no determinadas exactamente, destinándola a usos propios con ánimo de beneficio y que suponía la diferencia entre las cantidades cobradas por aquél por primas de seguros, las pagadas por siniestros, por gastos justificados y las retenidas por comisiones pactadas, diferencia que de conformidad con la relación contractual que vinculaba a la citada

compañía y agente de la misma, solamente podía permanecer en poder de éste con carácter provisional y momentáneamente en tanto no fuesen enviadas a la aseguradora, pero que en todo caso, debían ser entregadas en, cuanto se produjere el requerimiento de la entidad lo que no ocurrió en este supuesto como se ha dicho, por no tener dicha cantidad el procesado al ser requerido para su entrega, pese a reconocer que constituía saldo en su contra resultante de su gestión como agente de seguros al servicio de la sociedad querellante.

Considerando que como esta Sala ha tenido ocasión de declarar con reiteración, la acepción o significación académica, coincidente con la común del lenguaje ordinario, del verbo transitorio «apropiar», no es otra que la de hacer propia de alguno cualquier cosa, apoderarse de ella y tomarla para sí, conducta y actuación que al ser tipificada como reprochable por el Código. Penal la adiciona con el adjetivo de indebida, equivalente a ilícita, en el ámbito del derecho, que tanto puede referirse y concurrir en el ordenamiento jurídico civil, como en el penal, pero cuya distinción la determina el texto auténtico del artículo 535 del citado Cuerpo legal punitivo, al señalar que su incardinación en la jurisdicción criminal, surge cuando el agente o sujeto activo se apropia, distrae o niega la devolución de dinero, efectos o cualquier cosa mueble recibida en virtud de título, causa o concepto que presuponga necesariamente obligación de devolver o entregar lo recibido a un fin taxativamente fijado o preordenado, de ahí que el dolo característico de la apropiación penal que marca más ostensiblemente la línea separatoria entre lo ilícito civil y lo antijurídico penal, venga constituido por el propósito intencional inspirador del abuso de confianza, elemento subjetivo de lo injusto en que el culpable incurre y del que se prevale para cambiar o transmutar la posesión o tenencia de lo que recibe y detenta con licitud pero con carácter transitorio y accidental, con finalidad concreta y precisada, en propiedad ilegítima personal, con ánimo de lucro propio o ajeno, atribuyéndose o haciendo uso de facultad dispositiva sobre lo recibido, que es inherente y propia del dominio que exclusivamente compete al legítimo dueño, que por ello, resulta perjudicado en su derecho como titular dominical, y a cuya tutela responde el bien jurídico protegido por la figura delictiva contemplada, como delito de resultado material y de enriquecimiento injusto, cuya integración se logra acrecentando el patrimonio del inculpado a costa del detrimento y daño del perjudicado como sujeto, pasivo.

En aplicación de lo expuesto y siendo así que los hechos probados de la sentencia impugnada sustancialmente acreditan, que con fecha 14 de enero de 1971, la entidad querellante «Assurances Generales de France» a través de su delegado en España, nombró al querellado subdirector de la misma en La Coruña, nombramiento anulado y reemplazado por el de agente de la compañía en la referida capital por convenio de 15, de junio siguiente, acordándole en otras estipulaciones, la obligación por parte del agente de «llevar una contabilidad sencilla y la de transcribir a la compañía toda cantidad disponible sin esperar a la comprobación de cuentas, así como a entregar

el saldo efectivo al primer requerimiento de cualquier funcionario de aquella debidamente autorizado», así como que el agente, «se considerará, en todo caso, depositario de las cantidades percibidas por cuenta de la entidad aseguradora» (cláusula quinta, apartado f) del contrato), ampliándose el ámbito territorial del procesado que se concretaba a La Coruña, a los partidos judiciales de Carballo, Corcubión y Pujitodeume, continuando así las relaciones mercantiles entre querellante y querellado hasta el 21 de diciembre de 1972, en que fue cesado como tal agente a partir del 25 de enero siguiente, personándose un inspector de aquella en la referida capital a fin de practicar la liquidación definitiva de las cuentas pendientes, que quedó plasmada en documento privado de esta última fecha, suscrito de conformidad entre dicho inspector y procesado, que arrojaba un saldo favorable a la compañía de 1.346.502,50 pesetas de las cuales 200.000 correspondían a un préstamo personal recibido por el inculpado de la aseguradora al 1 de septiembre de 1972, «haciéndose constar en el documento firmado que aquél no podía hacer efectivo dicho saldo por carencia de numerario», cuyo saldo fue posteriormente revisado y fijado por dictamen pericial en la cantidad de 1.139.914 pesetas, descontado el préstamo personal, agregando literalmente el relato fáctico, que dicha cantidad, «fue la que hizo suya el procesado durante el último año de su gestión y parte del anterior, de modo sucesivo y en fechas no precisadas exactamente, destinándola a usos propios con ánimo de beneficio, que suponía la diferencia entre las cantidades cobradas por aquél por primas de seguros y las abonadas por siniestros, gastos justificados y comisiones retenidas, diferencia que conforme a lo pactado sólo podía permanecer en poder del querellado con carácter provisional y momentáneo en tanto se remitían a la aseguradora, para en todo caso entregarlas al ser requerido para ello, lo que no ocurrió en este caso por no tener tal cantidad el procesado al ser requerido para su entrega», de cuya transcripción se evidencia inequívocamente la plena concurrencia de los requisitos que configuran el delito imputado esencialmente consistentes: tratarse de una cantidad real y precisada de dinero; que se detentaba provisional y transitoriamente, aunque con licitud por el procesado; que la conducta de éste dio lugar a la asunción antijurídica de propiedad, al disponer de ella con facultades dominicales; que tal desplazamiento supuso un perjuicio cierto y determinado para la entidad querellante, con correlativo beneficio económico del procesado; y que tal actuación fue motivada por el ánimo de lucro. La precedente exposición fáctica y motivada calificación jurídica de constituir un delito de apropiación indebida, como con amplitud y acierto se razona en el primero de los considerandos de la sentencia, no aparece en forma alguna aminorada o desvirtuada por la alegación defensiva consistente: a) en no aparecer debidamente constatado el concepto que permitió al recurrente retener la cantidad, cuyo quebrantamiento determinaba la responsabilidad criminal o el título que le obligaba a devolver la cantidad recibida; y b) que la supuesta cantidad apropiada no podía conocerse hasta la liquidación realizada con el inspector de la entidad querellante que al incluir la deuda personal del procesado, novó el inicial convenio por otro de asunción de deuda, que fue suscrito con entera buena fe, el que

excluía el ánimo de hacer propio el saldo por el recurrente, para cuya entrega no fue expresamente requerido; alegación enteramente desprovista de consistencia fáctica y legal por cuanto de una parte el cargo desempeñado por el procesado como agente de la perjudicada, era el de representante o mandatario de la misma, con las facultades expresamente determinadas de cobrar las primas de los seguros y pagar los siniestros, gastos justificados y retener las comisiones devengadas, enviando el sobrante a la compañía a cuyo servicio se encontraba, siendo en todo caso mero depositante de las cantidades percibidas por cuenta de aquélla, y de otra parte, que el reconocimiento del saldo resultante de las cuentas existentes entre la aseguradora y su empleado, suscrito con la denominación fin de gestión» no implicaba novación de nada, según se desprende de su contenido, ni podía suponer y ser otra cosa que establecer o fijar la cantidad apropiada por el procesado, que fue requerido para su entrega por el referido inspector y que no pudo hacerse efectiva entonces, ni con posterioridad, por haber dispuesto de ella el procesado en su exclusivo beneficio y carecer de bienes para devolver lo que se apropió, con quebrantamiento de la lealtad debida a su entidad patronal y abusando de la confianza en él depositada de la que se aprovechó su mal quehacer delictivo, entrando dicha alegación en notoria discordancia y abierta contradicción con la versión fáctica de la sentencia, incurriendo manifiestamente en la causa de inadmisión tercera del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que ahora es causa de desestimación del motivo admitido del recurso, acogido al número primero del artículo 849 de la precitada Ley, alegando infringido por aplicación indebida el artículo 535 del Código Penal , que apareciendo correcta y debidamente aplicado, procede mantener y confirmar.

7-SENTENCIA DEL TS DE 23 DE FEBRERO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. Requisitos.

El delito del artículo 535 requiere: 1) En cuanto al objeto que sea dinero, efecto o cualquier otra cosa mueble; 2) En cuanto al título ha de mediar una recepción de tales objetos, bien mediante depósito, comisión, administración, comodato, arrendamiento de obras o servicios o cualesquiera otro que transmita legítimamente la posesión, mas sin atribuir el dominio o la disponibilidad sobre las cosas; 3) Respecto a la dinámica de la ejecución el agente recibe los objetos y aprovechando las facilidades que la tenencia física e inmediata de las cosas convierte la posesión legítimamente adquirida con ciertas facultades de autónoma disposición, en propiedad antijurídica, asumiendo facultades de disposición que sólo al dueño competen, bien incorporando las cosas a su propio

patrimonio, bien disponiendo de ellas en provecho propio o ajeno ó distrayéndolas del destino que debería darles¹, según el título por el que las recibió o negaren haberlas recibido; 4) Un perjuicio patrimonial para el depositario, comitente, mandante, arrendador o «dominus» en general o para tercero; 5) Animo de lucro o propósito de obtener un beneficio propio o ajeno, elemento ese esencial de la culpabilidad.

Resultando probado y así se declara, que en Valencia, los procesados quedaron de acuerdo en distribuirse y se distribuyeron, la zona comercial de esta capital, en cuatro distritos, los que se adjudicaron entre sí, por partes iguales, con el fin de colocar cada uno, en su distrito correspondiente, géneros alimenticios en los establecimientos del ramo, suministrados por la empresa «Juan Barnils», de la que recibieron géneros en concepto de depósito, los que cada procesado colocó entre los clientes de su respectivo distrito, cobrando el importe de la mercancía servida, los procesados de sus respectivos clientes y en lugar de entregar los procesados a la empresa proveedora el importe de la mercancía vendida a los establecimientos retuvieron cada uno de los procesado y en su beneficio propio las cantidades recibidas.

La doctrina de esta Sala respecto del artículo 535 del Código Penal, es terminante y tan reiterada y constante que forma cuerpo respecto de los requisitos que integran el delito de apropiación indebida y que pueden resumirse en los siguientes: Primero. En cuanto al objeto, se ha de tratar de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. Segundo. En cuanto al título, ha de mediar una recepción de tales objetos, bien mediante depósito, -comisión, administración, como dato, arrendamiento de obras o de servicios o cualesquiera otro que transmita legítimamente la posesión de aquéllos, más sin atribuir el dominio o la disponibilidad sobre las cosas. Tercero. Respecto a la dinámica de ejecución, o acción propiamente dicha, ya delictiva, el agente recibe los referidos objetos y aprovechando las facilidades que la tenencia física e inmediata de las cosas, convierte la posesión legítimamente adquirida, con ciertas facultades de autónoma disposición, en propiedad antijurídica, asumiendo facultades de disposición que sólo al dueño competen, bien incorporando las cosas a su propio patrimonio, bien disponiendo de ellas en provecho propio o ajeno, o distrayéndolas del destino que debería darles según el título por el que las recibió o negaren haberlas recibido. Cuarto. Un perjuicio patrimonial para el depositario comitente, mandante, arrendador o «dominus» en general o para tercero. Quinto. Animo de lucro o propósito de obtener un beneficio propio o ajeno, elemento éste esencial de la culpabilidad (sentencias de 10 de noviembre de 1975, 13 de diciembre de 1976, 28 de marzo, 12 y 17 de mayo y 11 de octubre de 1977, 20 de marzo y 14 de octubre de 1978).

Considerando que examinado a la luz de esta doctrina el único motivo del recurso que alega la infracción del artículo 535 del Código Penal , las argumentaciones esenciales del mismo se basan en que realmente sólo hay una retención y no apropiación, lo cual es atípico, porque el ánimo no es de retención definitiva, con lo cual

la retención no sería punible, y mediando relaciones comerciales hay serias dificultades para determinar quiénes fueran deudores o, acreedores, si los recurrentes o la sociedad suministradora y que en definitiva, mediando la necesidad de una previa liquidación de cuentas, habría a lo sumo una obligación civil incumplida. Más la argumentación tiene que decaer necesariamente porque va fundamentalmente contra los hechos probados que se construyen sobre un esquema bien sencillo: Primero. Los recurrentes son comisionistas de la empresa «Barnils», de la que reciben géneros alimenticios en depósito que deben colocar en los establecimientos del ramo. Segundo/Colocan dichos géneros entre los clientes que se habían distribuido por distritos, y cobran el importe de la mercancía servida. Tercero. No entregan este importe a la empresa, reteniendo la correspondiente comisión, sino que retienen «en su propio beneficio» el importe íntegro de la mercancía. Cuarto. Que al no entrar en el patrimonio de la empresa, ésta resulta perjudicada. Quinto. Dichas cantidades se aplicaron «a sus propias necesidades», se «hicieron suyas», se «gastaron en provecho propio», todo lo cual fue reconocido expresamente por los procesados. Por tanto la retención, no fue de comisiones, cosa lícita, sino del importe íntegro de la mercancía servida, sin que hubiera precisión de previa liquidación de cuentas, porque sin mediar ésta ya estaba el importe íntegro, comisión y precio en poder de los recurrentes, con perjuicio de la comitente. Por tanto se reunieron los requisitos del lucro ilícito y abuso de confianza, esencia de la infracción que se combate y que determina la desestimación del motivo que se contempla.

8-SENTENCIA DEL TS DE 23 DE FEBRERO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. Condición de muebles.

Sólo pueden reputarse bienes inmuebles desde el punto de vista jurídico-penal, los que lo son por naturaleza pero en modo alguno los que siendo originariamente muebles adquieren después por pura Acción jurídica aquella condición por incorporación o por destino.

Resultando que el procesado Abelardo, mayor de edad, buena conducta y sin antecedentes penales, Había adquirido en unión de su esposa Aurora y la madre de ésta Penélope, unas determinadas fincas sitas en término municipal de Herencia (Ciudad Real), habiendo contratado de común acuerdo con su esposa en los primeros meses del año 1971 con Tomás la electrificación y puesta en riego de las mismas, el que se obligaba a colocar la total instalación, corriendo de su cuenta el poner todos los elementos necesarios para ello, como tuberías, aspersores, transformadores, etc., habiendo sido firmada por ambas partes, o mejor dicho aceptada por el procesado, su

mujer y la madre de ésta la oferta realizada por el señor Tomás y firmada por todos donde se hacía constar expresamente la cláusula siguiente: «que hasta el pago total de la instalación, el comprador no adquiriría la propiedad de la misma que quedaría en su poder en garantía del cumplimiento de sus obligaciones de pago». La instalación fue terminada y entregada de conformidad en 30 de junio de 1971. Pagando los procesados distintas cantidades del importe total, realizando de común acuerdo una actualización de las cuentas pendientes en documento de 5 de febrero de 1973 en el que se reconoce por los procesados que debían determinada suma al señor Tomás y para facilitar su pago, se libraron varias cambiales con renovación de las anteriores, que si bien fueron abonadas algunas de aquéllas a su vencimiento, quedaban pendientes en 31 de agosto de 1974, la cantidad de 2.849.467 pesetas y a pesar de que tanto el procesado como su mujer ya condenada tenían pleno conocimiento de la cláusula reseñada anteriormente sobre, reserva de dominio, procedieron a vender ambos el 20 de julio de 1974, por un precio confesado de 30.000.000 de pesetas la mencionada finca, donde el señor Tomás había realizado las instalaciones de riego a que nos venimos refiriendo y que los procesados habían adquirido; venta que comprendía y transfería el pleno dominio al comprador don Cristóbal , no sólo de las fincas, sino toda la instalación eléctrica, perjudicando así al señor Tomás en la cantidad de 2.849.467 pesetas, que restaban por abonar, de las que se beneficiaron el procesado y su mujer. Que el matrimonio actuaba siempre de acuerdo y a pesar de que aquél había conferido a ésta un poder y licencia marital para aceptar mandatos y realizar contratos, ésta no hacía nada sin consentimiento y aprobación de aquél que tenía perfecto y cabal conocimiento de todas las actividades que desarrollaba en el cumplimiento de la administración de las fincas citadas.

Considerando que constante jurisprudencia de esta Sala viene proclamando, que sólo pueden reputarse como bienes inmuebles, desde el punto de vista jurídico-penal, aquéllos que lo son por naturaleza, pero en modo alguno los que siendo originariamente muebles adquieren después por pura ficción jurídica aquella condición por incorporación o por destino. Que afirmándose en la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada, que el procesado vendió una finca de su propiedad silenciando al comprador que en ella había realizado el querellante unas instalaciones de electrificación y puesta en riego bajo pacto de reserva de dominio hasta su completo pago, con lo que perjudicó a éste en la cantidad de 2.849.467 pesetas, de las que se benefició, es claro que, por concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que exige, entre ellos y por aplicación de la doctrina consignada en el fundamento jurídico precedente, el de la condición mobiliaria del objeto material de la infracción, se da vida al delito de apropiación indebida tipificado y sancionado en los artículos 535 y 528, número primero, del Código Penal , que la Sala sentenciadora califica y pena con pulcritud, lo que obliga, necesariamente, a rechazar el motivo segundo del recurso.

9-SENTENCIA DEL TS DE 23 DE FEBRERO DE 1979

DOCTRINA: Cheque en descubierto. Carácter delictual.

La infracción penal de cheque en descubierto está configurada como delito en el Código Penal, sin que pueda en ningún caso o supuesto convertirse o degradarse en falta.

Resultando probado, y así se declara, que el procesado Lázaro, representante de "Destilerías Cazalla, S.A.", por cuya razón tenía en depósito mercancías de dicha empresa en un almacén de su propiedad sito en la calle Fuertes Acevedo, número 54, de Oviedo, para el pago de una deuda que tenía contraída con Pedro Miguel, el día 18 de agosto de 1973, entregó a este último mercancías propiedad de "Destilerías Cazalla" por valor de 150.000 pesetas, para que se hiciera el pago con ellas.

El delito de cheque en descubierto previsto y penado en el antiguo y derogado artículo 535 bis, conceptuaba como cometido el mismo por cualquier libramiento de cheque a sabiendas de que en la cuenta corriente del librador no existían fondos bastantes para hacerlo efectivo, pero con la reforma de aquella Ley el mismo delito tipificado en el 563 bis, establece en su párrafo quinto, como causa de exención a posteriori de responsabilidad penal, que el librador haga efectivo su importe cinco días después de su presentación al cobro, y como este último extremo no se precisa en la sentencia, "deja pendiente la duda de si los hechos que motivaron las anteriores condenas siguen siendo delictivos cuando ocurre el delito imputado en agosto de 1973, a tenor de lo cual y en aplicación del principio "in dubio pro reo" y artículo 24 del Código Penal, no aparece válidamente probada la concurrencia de los hechos constitutivos de la circunstancia agravante de reincidencia", alegación puramente subjetiva, interesada e inviable, teniendo sucintamente en cuenta: a) que los recursos de casación como medios impugnatorios que son, deben atenerse a los puntos que fueron objeto de controversia en la instancia y que pudieron ser debatidos en la misma, pues las normas de congruencia establecidas en los artículos 142, 742 y número tercero del 851 de la citada Ley Procesal, se constriñen a resolver las cuestiones planteadas, no aquéllas que dejaron de proponerse oportunamente y que no pudieron ser debatidas con la amplia contradicción que la ley concede, y cuyo planteamiento, totalmente extemporáneo e inoportuno, viene a constituir una cuestión nueva, no suscitada en la instancia, como ocurre en el caso presente, en que no obstante haberse imputado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular en sus conclusiones definitivas la existencia de la predicha doble reincidencia, la defensa del procesado mantuvo en todo momento procesal la inexistencia de delito y de circunstancias modificativas, para reconocer ahora aquél y

poner e duda éstas, no obstante admitir las cuatro condenas precedentes por emisión de cheque en descubierto; b) que la invocada duda sobre si los cheques en descubierto pudieran haber dejado de ser delitos conforme a la excusa absolutoria por el posterior pago de los mismos, conforme al artículo 563 bis citado, es enteramente quimérica pues al afirmar el relato fáctico la existencia de dichas condenas ejecutorias por otros tantos delitos de cheque en descubierto, denota que tales antecedentes los arroja, bien la hoja histórico-penal del procesado procedente del Registro Central de Penados, o bien la certificación de tales antecedentes en el Registro Municipal de la localidad de donde es oriundo el condenado, cuyos datos correspondientes sólo se facilitan y archivan una vez las sentencias dictadas han adquirido firmeza; c) que la infracción penal de cheque en descubierto está configurada, como delito en el Código Penal, sin que pueda en ningún caso o supuesto convertirse o degradarse en falta, al ser ésta inexistente en el articulado de aquél; y d) eme para alterar o modificar el relato fáctico respecto a los antecedentes afirmados, habría de haber sido impugnado por la vía procesal del error de hecho del número segundo del artículo 849 citado, y no por el cauce utilizado de corriente infracción legal, razones que consecuentemente conllevan a rechazar por su carencia de justificación el motivo examinado, sin perjuicio de que al procesado en período de liquidación y ejecución de la condena impuesta; pudieran serle de aplicación la reforma sobre modificación de cuantías en determinados delitos a tenor de la Ley de 8 de mayo de 1978 e, incluso, de la Ley 81/1978, de 28 de diciembre, de modificación en materia de reincidencia y reiteración.

10-SENTENCIA DEL TS 26 DE FEBRERO DE 1979

DOCTRINA: Cheque en descubierto. Excusa absolutoria.

No es cierto que la nueva ordenación del cheque en descubierto, según la reforma de 15 de noviembre de 1971, exija para la existencia de ese delito que no solamente haya fondos el día de su vencimiento, sino que tampoco los haya en los cinco días siguientes; lo que introdujo la citada reforma fue una auténtica excusa absolutoria que como tal tan solo afecta a la punibilidad, fijando el momento consumativo del delito cuando en la fecha consignada en el documento no exista a favor del librador fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.

Resultando probado, y así se declara; que los procesados, administrativo, conductor y jefe de ventas, respectivamente, de la empresa «Explotaciones Agrícolas Marsal, S. L.», domiciliada en la ciudad de Sabadell; en época imprecisada del año 1974, sin concierto previo ni unidad de propósito, en forma independiente, en beneficio económico propio y acciones individuales separadas, mediante el sistema de cobrar

facturas de clientes y no liquidarlas a la empresa de las que laboralmente dependían, se apropiaron cada uno de 200.000 pesetas.

Lo es cierto que la nueva ordenación del cheque en descubierto llevada a cabo por la reforma del Código Penal de 15 de noviembre de 1971 exija para la existencia de ese delito que no solamente no haya fondos el día de su vencimiento sino que tampoco los haya en los cinco días siguientes; lo que introdujo la citada reforma en este orden, fue una auténtica excusa absolutoria que, como tal, tan solo afecta a la punibilidad, fijando el momento consumativo del delito cuando en la fecha consignada en el documento no exista a favor del librador fondos bastantes en poder del librador para hacerlo efectivo, por lo que la citada excusa absolutoria en nada afecta a la tipificación del delito, por esta razón, junto a lo expuesto en el presente considerando, procede desestimar el único motivo del recurso.

11-SENTENCIA DEL TS DE 2 DE MARZO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida.

Desde el momento en que el acusado se apropió en su particular beneficio de los fondos que el denunciante le había entregado para un concreto destino que abiertamente incumplió, queda consumado, e incluso agotado, el delito de apropiación que se incrimina; y el hecho, de que después de iniciado el proceso penal origen de este recurso existieran convenios o concertos para la tardía devolución de lo apropiado, no excluye la responsabilidad penal incluso aunque se hubiera llegado a la devolución, ya que ello solamente repercutiría en la responsabilidad civil.

Resultando probado y así se declara que en Zaragoza el día 21 de octubre de 1974 el procesado Ernesto de no informada conducta y sin antecedentes penales, recibió como colaborador del «Instituto Español del Ahorro, S. A.», 200.000 pesetas del directivo de «Industrias del Frío y Alimentación» (IFASA), don Félix para que le adquiriese 75 títulos, librando al efecto para esa adquisición en la fecha aludida un cheque nominativo, cantidad la de este talón que cobró el procesado y sin realizar la compra de los aludidos títulos se quedó, para beneficiarse, con las 200.000 pesetas; posteriormente, el 4 de enero de 1977 el procesado pretendió devolver las 200.000 pesetas entregando una cambial y un cheque que resultaron impagados, este último por carencia de fondos en la cuenta del procesado.

La sentencia, estimó que los indicados hechos probados, eran constitutivos de un delito de apropiación indebida.

Desde el momento en que el acusado se apropió en su particular beneficio de los fondos que el denunciante le había entregado para un concreto destino que abiertamente incumplió, quedó consumado, e incluso agotado, el delito de apropiación que se incrimina; y el hecho, de que después de iniciado el proceso penal origen de éste recurso existieran convenios o conciertos para la tardía devolución de lo apropiado, no excluye la responsabilidad penal, ya contraída por la comisión de un delito público y perseguible incluso de oficio; y aunque se hubiera llegado a la devolución, que consta no se logró, ello sólo hubiera repercutido en la responsabilidad civil, pero no excluiría en manera alguna, la responsabilidad penal antes contraída por la indebida apropiación; lo razonado hace desestimable el primer motivo.

No puede admitirse en buenos términos legales y en modo alguno, que para evitar, o tan siquiera paliar las consecuencias de un delito ya plenamente consumado, se cometa otro enteramente distinto y con diversa tipificación; pues si para fingir el pago y devolución de lo apropiado se acudió a la expedición ilícita de un talón bancario sin fondos, fuera cual fuera la finalidad que con el libramiento se pretendiera, y sin que en la fecha consignada en el documento cambiario exista en su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo, es claro y manifiesto y sin posible duda sobre este extremo, que se comete otro delito enteramente distinto, independiente y diferente en el que ni tan siquiera existe la relación de causa a efecto entre el delito inicial y posterior, puesto que ni la apropiación indebida delictual ni la entrega del cheque en descubierto son medios necesarios para cometer uno y otro delito, por lo que es imposible aplicar el artículo 71 del Código Penal, pues siendo éste último enteramente distinto, que se tratara de eludir las consecuencias civiles del anterior, finalidad que nunca podría lograrse. Con el libramiento de un cheque carente de fondos para su cobertura, fue maniobra delictiva en absoluto innecesaria y reiterativa de la voluntad de delinquir por lo que es notorio y patente la independencia comisiva y consecuentemente punitiva, de ambos delitos. También éstas razones vedan el acogimiento de este segundo motivo, por lo que desestimados ambos, decae el recurso y es preciso en su consecuencia mantener íntegramente el fallo discutido.

12-SENTENCIA DEL TS DE 5 DE MARZO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. Requisitos.

Los requisitos exigidos por el artículo S35 del Código Penal para dar vida al delito de apropiación indebida, consisten: en distracción de dinero, abuso de confianza, ánimo de lucro y perjuicio de tercero.

Resultando probado y así se declara que el procesado estuvo prestando sus servicios, con el carácter de encargado, durante el período comprendido entre los años 1974 y 1976, en la Auto Escuela Barry, propiedad de don Simón, y a quien estaba atribuido el percibo de los recibos correspondientes a la enseñanza que en dicha escuela se impartía, fue haciendo uso particular, sin ingresar en las arcas de la repetida Auto Escuela, de diversas cantidades, que, entre aquellas fechas, los alumnos le abonaban, hasta la suma de 395.474 pesetas que en documento privado suscrito voluntariamente por dicho procesado con fecha 30 de mayo de 1976, reconoció haber recibido y no reintegrado a su principal.

La expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran constitutivos de un delito de apropiación indebida.

Pretende la casación de la resolución combatida en base a la existencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas resultantes de documentos auténticos que muestran la equivocación evidente del Juzgador sin estar desvirtuados por otras pruebas, cosa en este caso absolutamente incierta por cuanto el documento en que basa el recurrente el pretendido error de la Sala sentenciadora es un finiquito o liquidación de las cuentas pendientes entre denunciante y denunciado que sólo expresa el montante del débito actual, es decir, del que existía en el momento de su redacción; pero confeccionado tras conocerse que el deudor debía al propio tiempo y con independencia de la cifra que se figuraba en él, dos cheques por valor de 28.000 y 31.000 pesetas, integrantes también de la deuda, que fueron impagados en las fechas de sus respectivos vencimientos, por lo que el Tribunal de instancia no cometió las infracciones que se denuncian en el recurso, sino antes al contrario interpretó las pruebas con corrección absoluta y llegó a la conclusión de que la cantidad total apropiada por el procesado fue la de 395.474 pesetas, o sea las 336.474 pesetas que se figuraron en el documento y las 59.000 pesetas que representaban los talones bancarios de que se ha hecho mérito. Cualquiera que sea el carácter jurídico que se de al documento de liquidación de cuentas suscrito por las partes, lo cierto es, como afirma la Audiencia sentenciadora, que el procesado, prevalido de su condición de encargado de "Auto Escuela Barry", hizo suyas dedicándolas a satisfacer sus propias necesidades, esas determinadas cantidades de dinero que cobraba a los clientes de dicha Escuela, a la que perjudicaba enriqueciéndose correlativamente a su costa, con lo que se reúnen todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 535 del Código Penal para dar vida al delito de apropiación indebida, a saber, distracción de dinero, abuso de confianza, ánimo de lucro y perjuicio de tercero.

13-SENTENCIA DEL TS DE 21 DE MARZO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. Requisitos. Título fiduciario de comisión.

Los requisitos configuradores del delito de apropiación indebida quedan sintéticamente integrados:

a) Que se trate de cosa mueble; b) Que se posea por título legítimo; c) Que se de o asuma apropiación antijurídica de propiedad o facultades dominicales; d) Que exista perjuicio para el titular dominical, y e) Que se realice con ánimo de lucro.

El título fiduciario de comisión, que es uno de los mencionados expresamente en el artículo 535 del Código Penal, tipificador de la apropiación indebida, no se circunscribe únicamente a acoger la comisión mercantil regulada en el Código de Comercio, sino que tiene una significación mucho más amplia al entrar en su ámbito tanto el mandato civil, como la amplia representación de cualquier condición.

Resultando: Probado y así se declara: Que el procesado Juan Carlos desempeñó en esta capital el cargo de Agente General de la Compañía "Unión Popular de Seguros, Sociedad Anónima", entre Cuyas obligaciones tenía la de recaudar de los asegurados el importe de las primas, cuyas cantidades había de remitir periódicamente a la Entidad, previo descuento de los siniestros y otros gastos de los que estaba autorizado para descontar, y en lugar de cumplir con tal obligación, en un período de tiempo no precisado pero con anterioridad al, 11 de octubre de 1972, con unidad de propósito y persistencia en su resolución, retuvo en su beneficio haciendo suyas las cantidades que percibía de los asegurados para entrega a su principal, por un total justipreciado, en la fecha citada, de 725.844,02 pesetas, cantidad que no obstante ser requerido el 20 de noviembre de 1976, al ser indagado, para su justificación, no lo ha verificado.

La citada sentencia se estimó que los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida.

El delito de apropiación indebida, modalidad especial de la estafa de la que fue segregado en el Código Penal refundido de 1944, adquiriendo sustantividad y autonomía al quedar tipificado y descrito en el artículo 535 de dicho Código, vino a trazar con más precisión la línea divisoria existente entre lo antijurídico criminal y lo ilícito civil, separando las respectivas esferas jurisdiccionales mediante el dolo específico que caracteriza el fraude patrimonial de cada una de ellas, que en la penal lo determina el propósito intencional inspirador constituido por el abuso de confianza, con quebrantamiento de la lealtad debida, cuando sin causa legítima el receptor de dinero, efectos o cosas muebles con valor económico determinado, mediante título significativo de propósito, comisión o administración, o por cualquier otro que lleve consigo obligación de devolver, entregar o destinar a cualquier fin inequívocamente acordado o predeterminado, lleva a cabo su prohibida retención o adueñamiento, con ánimo de

lucro propio o ajeno, transformando la tenencia o posesión de aquéllas, lícita, pero transitoria y circunstancialmente recibida, en propiedad ilegítima, con perjuicio patrimonial real, cierto y precisado del verdadero dueño o titular, cuyo interés y derecho es el bien jurídico penalmente protegido por esta figura delictiva, que por ello es de resultado y de enriquecimiento injusto, cuya perfección se logra con el simultáneo detrimento económico ajeno, o sea, acrecentando el inculpado su propio patrimonio a costa y en perjuicio del propietario defraudado, de ahí que los requisitos configuradores del delito contemplado queden sintéticamente integrados: a) que se trate de cosa mueble; b) que se posea por título legítimo; c) que se dé o asuma apropiación antijurídica de propiedad o facultades dominicales; d) que exista perjuicio para el titular dominical, y e) que se realice con ánimo de lucro.

El acusado retuvo en su beneficio haciendo suyas las cantidades que percibía de los asegurados para su entrega a su principal, por un total justipreciado, en la fecha citada de 725.844,02 cantidad que no obstante ser requerido el 20 de noviembre de 1976, al ser indagado, para su justificación, no lo ha verificado», de cuya transcripción, se desprende notoriamente, de una parte, la condición de empleado del procesado de la Compañía a la que tenía obligación de remitir las cantidades cobradas de los asegurados en la misma, tras descontar las correspondientes al pago de siniestros y otros gastos específicamente señalados, ya que su dicha condición de Agente de la Entidad aseguradora que representaba era lo que le facultaba para recibir legítimamente las primas abonadas por los asegurados, como así vino haciéndolo durante un período de tiempo prolongado, aunque no precisado, hasta el 11 de octubre de 1972, y de otra parte, que lejos de dar a las cantidades en tal concepto y condición recibidas, el destino concreto por el que las recibió en su cualidad de empleado, mandatario y representante de la Entidad propietaria, se adueñó de las mismas hasta la cantidad precisada en los hechos probados, transmutando la mera posesión accidental de la misma en ilícita facultad dispositiva para su propio beneficio, ejercitando atribuciones inherentes a la titularidad dominical, con defraudación correlativa, real y precisada de la Empresa aseguradora a la que venía obligado a servir con lealtad, quebrantando al propio tiempo la confianza en él depositada en su doble atribución personal y laboral, con abuso del cargo desempeñado y menosprecio de los deberes y relaciones de mutuo respeto y fidelidad indispensables en el desenvolvimiento de la actividad y objeto social de la Empresa a través de los componentes humanos que la integran, actuación llevada a efecto durante meses con intencionalidad única impulsada por el ánimo de lucro propio, dándose clara y específicamente cuantos elementos subjetivos y objetivos configuran el delito calificado, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación defensiva esgrimida en el recurso de que "la cuestión enjuiciada se refería implícitamente al tema de una liquidación de cuentas, de naturaleza eminentemente civil, que excluía la tipificación de la apropiación indebida tanto por faltar el ánimo de lucro como el dolo

propio de este delito, alegación, inacogible por cuanto se basa en una versión de hechos, que sin razonarla, ni desarrollarla, sino invocándola simplemente, se encuentra en plena discordancia con la sentada por el Tribunal "a quo» deducida de la convicción forjada en conciencia de los elementos de juicio aportados y prueba practicada a su presencia, versión defensiva subjetiva, parcial o interesada, por la; que se pretende superponer el criterio del recurrente al sostenido y razonado jurisdiccionalmente en la sentencia recurrida, lo que en sí mismo implica la desestimación de la referida alegación, pudiendo agregarse que en el supuesto enjuiciado no existía una previa liquidación de cuentas entre la Compañía denunciante y su empleado, pues ésta había quedado ultimada en 11 de octubre de 1972, con un saldo acreedor a favor de aquélla de 725.844 pesetas, que el recurrente como mandatario y comisionado había percibido legítimamente de las primas 3e seguros cobradas en nombre de aquélla y con él destino perfectamente acreditado de remitirlas a su legítima propietaria, por corresponder a un saldo dimanante de un título fiduciario de comisión, que es uno de los mencionados expresamente en el artículo 535 del Código Penal , que no se circunscribe únicamente a acoger la comisión mercantil regulada en el Código de Comercio, sino que tiene una significación mucho más amplia al entrar en su ámbito tanto el mandato civil, como la amplia representación de cualquier condición, incluso el mero encargo, siempre que el titular o dueño comitente otorgue a otro, actuación por el mismo, con el único límite que sea de destino impuesto o predeterminado, porque la transferencia posesoria del dinero, efectos o cosas muebles ha de efectuarse con una precisada finalidad, que no puede tener otro resultado que el del cumplimiento específico ordenado por el "dominus", sin desviaciones que representen la frustración de la facultad o comisión conferida y que suponga la voluntad del comisionado de hacer suyo lo así recibido por actos concluyentes, asumiendo poderes dominicales ilegalmente, al quedarse o disponer del dinero o efectos en su propio beneficio, incrementando su propio patrimonio, privando al verdadero propietario de lo que le pertenecía, acto de disposición ilícita, en el que va inherente el ánimo de lucro y el dolo específico de la apropiación indebida, como insistentemente tiene declarado esta Sala (sentencias de 25 de junio de 1971, 18 de octubre de 1973, 29 de marzo de 1974 y 14 de octubre de 1978, entre otras) que es exactamente lo acaecido en el supuesto enjuiciado; en que facultándose al procesado, como apoderado de la Entidad aseguradora defraudada, para cobrar las primas de los asegurados y abonar los importes de los siniestros, remitiendo a aquélla los saldos a su favor existentes, se vino apropiando en diversas ocasiones y durante un lapso de tiempo no concretado de dichos saldos sin, justificación alguna, hasta la cantidad antes expresada, de la que se lucró, acrecentando su patrimonio con correlativo perjuicio de la Compañía que le había confiado el cargo desempeñado, que le permitió llevar a cabo su actuación con quebranto de la lealtad laboral debida y abusó de la confianza en él depositada, razones que conllevan a rechazar el único motivo del recurso acogido al número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando infringido por aplicación indebida el artículo 535 en relación con el 528 número 1º del Código

Penal, que apareciendo correcta y acertadamente estimados procede mantener y ratificar.

14-SENTENCIA DEL TS DE 23 DE MARZO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. Delito continuado.

Habiendo un inicial propósito y una serie de medidas de ejecución del mismo, es totalmente indiferente que habiéndose apoderado del número de pantalones que la sentencia declara, lo haya vendido en una o varias ocasiones y a una o distintas personas para que técnico-jurídicamente exista una sola figura delictual apropiativa bien calificada de continuada.

Resultando probado y así se declara que el procesado Joaquín , mayor de edad y sin antecedentes penales, que era encargado de la Entidad Prendas Exclusivas de Jorba, S. A., de Tarrasa, en diversas ocasiones, no bien precisas en cuanto a su fecha, pero con unidad de propósito y fin, desde diciembre de, 1975 a marzo de 1976 dispuso en beneficio propio de 1.853 pantalones, que han sido valorados en 1.148.424 pesetas, de los cuales vendió 550 al también procesado Inocencio, asimismo mayor de edad y sin antecedentes penales, comerciante establecido en Sabadell que no consta los hubiese adquirido con conocimiento de su ilegítima procedencia y en poder del cual se han recuperado 487 pantalones, que han sido tasados en 307.883 pesetas, si bien habían sido adquiridos por dicho comerciante en la cantidad de 210.150 pesetas.

La expresada sentencia se estimó que los hechos probados constituían un delito continuado de apropiación indebida de los artículos 535 y 528, número 1.º, del Código Penal.

Se impugna por no haber aplicado el artículo 69 del Código Penal y rechazar el delito continuado» en qué el Tribunal Provincial encuadró con acierto los hechos que se incriminan; pero basta contemplar los hechos probados de los que el recurrente prescinde, argumentando con notoria incongruencia con los mismos, para comprender que habiendo un inicial propósito y una serie de medidas de ejecución del mismo, es totalmente indiferente que habiéndose apoderado del número de pantalones que la sentencia declara, lo haya vendido en una o varias ocasiones y a una o distintas personas para que técnico-jurídicamente exista una sola figura delictual apropiativa bien calificada de continuada, lo que hace radicalmente desestimable el motivo y en definitiva el recurso.

15-SENTENCIA DEL TS DE 26 DE MARZO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. Diferencias con estafa.

Aun cuando la apropiación indebida, como modalidad autónoma de la estafa, coincide con ésta en el resultado, o sea en qué se da un enriquecimiento ilícito a costa de un patrimonio ajeno, sin embargo, existe entre ambos delitos una diferencia sustancial respecto al dolo específico de los mismos, puesto que este último consiste en el empleo de maquinaciones engañosas para sorprender la buena fe y la credulidad del sujeto pasivo, mientras en la apropiación no es el engaño, sino el abuso de confianza que aquél deposita en el autor del delito o en otras palabras que el matiz diferenciador entre la apropiación indebida y la estafa radica en que el quebrantamiento patrimonial se logra en ésta merced al empleo por parte del culpable de medios engañosos, que no son menester ejercitar en la apropiación indebida, en el que el desplazamiento de los bienes que produce a virtud de alguno de los títulos enunciativamente relacionados en el texto primitivo que la tipifica.

Resultando: Probado y así se declara que el procesado, Donato, fundador, gerente, director y prácticamente único socio de la Entidad "Navegación, Aviación y Mercado S. A."(NAMESA), creada en 10 de octubre de 1974, la que no ha celebrado nunca ninguna junta general ordinaria ni extraordinaria ni consta que haya practicado nunca balance alguno de su movimiento social, y cuyo capital nominal constituido por las aportaciones de los socios tampoco consta haya sido ingresado en la Sociedad, pues ninguno de ellos ha desembolsado la cantidad figurada, aparentando que la misma tenía unas perspectivas muy halagüeñas de negocios de gran rendimiento económico, y con el señuelo de aumentar dicho capital, logró que don Bartolomé , súbdito belga, le entregara en 14 de enero de 1975, 500.000 pesetas a título de anticipo del pago del 24 por 100 de las acciones representativas del capital social o que le serían devueltas en el plazo de seis meses con el interés del 10 por 100; que cómo quiera que dicha cantidad le hubiera sido prestada al señor Bartolomé para atender a la urgente demanda dinerada del procesado, por un pariente suyo, pero que no podía servir de base a una transferencia legal de las citadas acciones, ya que tal dinero no había sido facilitado a través del instituto de la Moneda, por tratarse de capital extranjero, en 17 de abril de 1975 el señor Bartolomé remitió al procesado Donato, otras 500.000 pesetas en divisas y con las debidas formalidades legales para la adquisición de las repetidas acciones, sin que el procesado haya devuelto la cantidad que primeramente recibió e ingresó en su cuenta corriente, así como tampoco las acciones ni la cantidad que recibió en segundo lugar, de cuyo total bajo pretexto de invertirlo en la Sociedad, se ha apropiado en su exclusivo beneficio, ya que no ha hecho entrega de cantidad alguna a título de intereses o

beneficios al querellante señor Bartolomé, así como tampoco a los socios nominales de la Entidad, que desconocen por completo la marcha de la misma, y que solo alguno de ellos ha percibido sumas pequeñas en concepto de retribución de servicios, y todos los cuales dejaron de pertenecer a la misma cediendo la titularidad de sus acciones sin contraprestación de clase alguna.

La citada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de estafa comprendido en el artículo 529-1º en relación con el artículo 528-1º ambos del Código Penal.

El proteico y polifacético delito de estafa, que en síntesis constituye un desplazamiento patrimonial de una a otra persona logrado mediante engaño, surge al ámbito penal siempre que tal expoliación defraudatoria viene determinada por la simulación, falacia o maniobra dolosa que inclina la voluntad del perjudicado á consentir y aceptar el pacto, concierto, acuerdo o negocio propuesto por otro, que aunque externa y aparentemente revista la forma de un convenio o estipulación civil o mercantil, no deja en su fondo de ser una ficción tipificada criminalmente por su ilícito contenido en cuanto una de las partes se encuentra imposibilitada de cumplir o deliberadamente no piensa hacerlo, en aquello que le incumbe y específicamente se obliga, cuya imposibilidad oculta a la otra o mendazmente le da a conocer hallarse en las condiciones requeridas para llevar a efecto su cometido, sin requerir que la conducta engañosa, venga o esté revestida de una especial o calificada entidad, ni que consista en actos o hechos dotados de cierta relevancia suasoria, sino que basta que contenga la suficiente eficacia o idoneidad para la concreta finalidad urdida, pudiendo consistir en hábiles y sutiles promesas o aseveraciones que dada la ocasión, condiciones o circunstancias concurrentes en los sujetos activo y pasivo del delito sean racionalmente susceptibles de infundir credulidad y confianza en la víctima inclinando su ánimo y voluntad ante la errónea representación del resultado, a disponer de lo que patrimonialmente se le solicita o pide, de lo que no hubiera dispuesto al no mediar la persuasoria inducción sugerida, sobre la validez y certeza de la contraprestación ofrecida, por el autor del delito con su artificioso y astuto procedimiento, siendo por tanto esencial a la estafa, de una parte el ardid empleado, prometiendo o haciendo creer cosa distinta a lo que constituye y es verdad real, y de otra, la defraudación económica lograda con el correlativo beneficio conseguido o intentado a favor del autor o de un tercero, y siendo así que los hechos probados de la sentencia impugnada sustancialmente acreditan: Primero. Que en 10 de octubre de 1974, en Valencia, el procesado constituyó la Entidad "Navegación, Aviación y Mercado S. A.", en anagrama (NAMESA), de la que prácticamente era fundador, gerente, director y virtualmente único socio, que en ninguna ocasión celebró juntas, ni practicó balance alguno, ni se llegó a desembolsar el capital nominal escriturado por los que figuraban como socios de la misma, los que posteriormente dejaron de pertenecer a ésta haciendo cesión de la titularidad de sus acciones sin contraprestación alguna. Segundo. Que no obstante la

ficción que dicha Empresa constituía en la realidad industrial y mercantil, el procesado la presentó "aparentando unas perspectivas muy halagüeñas de negocios de gran rendimiento", al perjudicado don Bartolomé, súbdito belga del que consiguió con el señuelo de aumentar el capital social, que le entregara el 14 de enero de 1975, la cantidad de 500.000 pesetas, como anticipo del pago del 24 por 100 de las acciones representativas del capital social, que le serían devueltas en el plazo de seis meses con el interés del 10 por 100, al ser la cantidad entregada en moneda española y precisarse legalmente que lo fuera en divisas extranjeras a través del Instituto de la Moneda para la cesión de las correspondientes acciones. Tercero. Que el 17 de abril siguiente, o sea a los tres meses posteriores, el señor Bartolomé remitió al procesado otras 500.000 pesetas en moneda extranjera, divisas y con las debidas formalidades legales para la adquisición de las indicadas acciones, sin que el procesado devolviese la anterior y primera cantidad que recibió e ingresó en su cuenta corriente personal, "así como tampoco las acciones ni la cantidad recibida en segundo lugar, de cuyo total, bajo el pretexto de invertirlo en la Sociedad, se ha aprovechado en su exclusivo beneficio". Cuarto. Que no ha realizado devolución o entrega alguna en dinero, acciones, beneficios o intereses al querellante, ni a ningún de los que en principio figuraban como socios nominales de la Entidad, que han desconocido por completo la marcha de la misma y la actuación del recurrente; de cuya transcripción se desprende inequívocamente los requisitos esenciales configuradores de la estafa consistentes en el perjuicio patrimonial ocasionado con el correlativo beneficio del recurrente cierto, real y precisado, el engaño previo con la apariencia de Empresa, negocios y actividades industriales altamente lucrativas inexistentes, que se hicieron valer de forma idónea y de manera explícita, con actuación insidiosa y astuta frente al perjudicado, consiguiendo, primero cómo apremio urgente y necesario para la ampliación del capital social en moneda nacional e inmediatamente después en moneda extranjera, con el pretexto de cumplir legalidades indispensables, sin devolución de aquélla, ni cumplimiento alguno de la contraprestación convenida, todo lo que operó como falacia idónea para constituir causa directa, personal y única de la defraudación ideada, perseguida y consumada (sentencias de 25 de febrero de 1974, 20 de enero de 1976, 12 de diciembre de 1977 y 5 de octubre de 1968) dando existencia inconcusa al delito por el que fue acusado y condenado en instancia el recurrente. La calificación delictiva decretada en el fallo recurrido y suficientemente razonada en la sentencia respectiva, no aparece rectificada ni desvirtuada en todo, ni en parte por la alegación defensiva sobre la que se sustenta al recurso esencialmente consistente: en que a tenor de la premisa fáctica hubo dos entregas dineradas diferentes y perfectamente identificadas cronológicamente por importe de 500.000 pesetas cada una, cuya naturaleza jurídica era distinta, por lo que al acumularlas indebidamente en un solo delito por importe de su cuantía total se infringió el artículo 69 del Código Penal, que exigía penarlas separadamente en el supuesto de reputarlas delictivas; que la primera representaba un anticipo que materializó un pariente del querellante residente en España, con la condición que de no llevarse a

efecto la cesión de la participación social de un 24 por 100 en favor de aquél, debería ser devuelta en el plazo de seis meses con las intereses correspondientes, por lo que tuvo carácter de préstamo y en forma alguna partió en su origen de un engaño, mientras la segunda entrega sustitutiva de la anterior no se llevó a efecto a requerimiento del procesado, sino de forma espontánea por el querellante a fin de legalizar desde el punto de vista monetario la entrada e inversión en España de la aportación económica convenida; que la mencionada diferenciación entre dichas entregas, una como préstamo y la otra como aportación y adquisición del 24 por 100 de capital de la Empresa y la recepción de ambas, por el recurrente sin contraprestación o devolución, tendrían a efectos dialécticos, unas consecuencias delictivas para el recurrente completamente distintas, puesto que una podría imputarse en el peor de los supuestos como estafa, mientras la otra lo sería a título de apropiación indebida, y en consecuencia la resolución impugnada al considerarlas como un solo delito continuado, englobando tales cantidades por la suma resultante imponía el grado más grave de la pena señalada para el delito de estafa, vulnerando lo dispuesto en el artículo 69 citado, argumentación confusa, ambigua e incongruente con la resultancia fáctica y motivación de la sentencia recurrida, habida cuenta: a) que lo aducido a fines defensivos no responde a lo afirmado en la premisa narrativa, sino a una interpretación y versión personal, subjetiva e interesada del fáctum probatorio vinculante e intangible en este trámite, en el que con convicción, objetividad y correcta precisión se afirma claramente la ficción y entelequia que significaba la Entidad "NAMESA", Empresa que una vez constituida no llegó a justificar actividad social, conforme se desprende de la inexistencia de juntas, de su carencia de capital desembolsado y de falta de balance alguno relacionado con su objeto y movimiento social asignado, sobre cuya pura Sociedad de fachada, el procesado desplegó su audaz falacia cerca del perjudicado "aparentando" perspectivas de negocios de gran rendimiento, que de manera virtualmente sorprendente, ya que no pudo presentar realidades alcanzadas, ni demostrar actuaciones lucrativas ya obtenidas con seguridad, indujeron al perjudicado a adquirir parte de la Empresa con la aportación de 500.000 pesetas, que "por la urgente demanda del procesado" le anticipó, para serle después devueltas al ser sustituidas por su equivalente en moneda extranjera, dada la nacionalidad del participante en negocio radicado y explotado en España, como así lo llevó a efecto tres meses después, siendo dichas cantidades recibidas y utilizadas por él procesado en su exclusivo provecho, sin que por su parte efectuase prestación alguna en favor del defraudado, ni por devolución de la inicial cantidad entregada, ni por intereses sobre la misma convenidos, ni por las acciones que le correspondían en un 24 por 100 del capital social, ni por beneficio alguno conseguido del rendimiento de la Empresa, de la que no consta que tuviera actividad comercial alguna, representando toda la maniobra efectuada por el recurrente una completa y total mendacidad elucubrativa con el único y finalístico propósito defraudatorio del perjudicado, plenamente logrado; b) que de los hechos probados no se desprende, ni puede con lógica reflexión deducirse la existencia de que las dos entregas dinerarias aportadas, la primera en moneda nacional y la

segunda en divisas extranjeras, tuvieran naturaleza jurídica penal distinta, pues ambas constituyeron parciales fases continuadas de un único propósito delictivo, qué al ser resultado de un engaño previo y único, consistente en aparentar la existencia de una Empresa en completa actividad comercial y con rendimientos lucrativos de notoria importancia, de la que todo era enteramente falso, salvo la constitución y denominación de la misma, dichas entregas cada una por sí y las dos conjuntamente al venir enlazadas y coexionadas por una sola causa, un solo motivo, una sola finalidad y un único sujeto activo y pasivo, o sea, un solo beneficiario y un solo perjudicado por cantidad cierta y determinada aunque fraccionada en dos momentos cronológicos sucesivos, integraba un único delito de estafa, como había sido estimado por el Tribunal de instancia; c) que aun cuando la apropiación indebida, como modalidad autónoma de la estafa, coincide con ésta en el resultado, o sea, en que se da un enriquecimiento ilícito a costa de un patrimonio ajeno, sin embargo, existe entre ambos delitos una diferencia sustancial respecto al dolo específico de los mismos, puesto que en este último consiste en el empleo de maquinaciones engañosas para sorprender la buena fe y la credulidad del sujeto pasivo, mientras en la apropiación no es el engaño, sino el abuso de confianza que aquél deposita en el autor del delito, o en otras palabras, que el matiz diferenciador entre la apropiación indebida y la estafa radica en que el quebranto patrimonial se logra en ésta, merced al empleo por parte del culpable de medios engañosos, que no son menester ejercitar en la apropiación indebida, en el que el desplazamiento de los bienes se produce a virtud de alguno de los títulos enunciativamente relacionados en el texto punitivo que la tipifica; y d) que la cuestión única ahora planteada en el recurso, tiene carácter "ex novo", al no haber sido objeto de formulación, ni en conclusiones provisionales, ni en las definitivas, tras el debate y resultado del juicio oral, lo que impidió ser resuelta en instancia, vetando con ello el ejercicio de la facultad revisora propia de la casación, ante la que resulta procesalmente inviable, por no ser una segunda instancia, alegar nuevas cuestiones que no pudieron resolverse por el Tribunal "a quo" por no haber sido correcta y debidamente suscitadas, conforme tiene declarado esta Sala (sentencias de 15 de noviembre de 1958, 30 de octubre de 1961 y 24 de marzo de 1962), razones que consecuentemente conllevan a rechazar el motivo subsistente del recurso por corriente infracción legal, alegando infringido por inaplicación el artículo 69 de referencia, que apareciendo acertadamente inestimado por la Audiencia Provincial juzgadora, procede ratificar el criterio valorativo mantenido por la misma.

16-SENTENCIA DEL TS DE 30 DE MARZO DE 1979

Cuando al procesado en su cometido laboral le fue entregado y recibió el talón bancario con el expreso encargo de cobrarlo e ingresar su importe en la cuenta corriente de la Empresa y en lugar de hacerlo se apropió del importe incorporándolo ilícitamente a su patrimonio, realizó el acto apropiativo que la ley castiga en la norma penal del artículo 535 del Código Penal.

Resultando. Probado y así se declara, que el procesado Juan Francisco, que trabajaba como administrativo en la Empresa "Función de Metales Gil", propiedad de Luis Alberto, sita en la calle Riereta de esta ciudad, estando encargado de la contabilidad, libro de caja, cuentas corrientes y pagos de la Empresa, en fecha 10 de julio de 1973, recibió de manos de su principal, el talón bancario número 7.338.094 del Banco de Bilbao, de importe 493.893,80(pesetas, para que lo ingresara en la cuenta corriente de la Empresa, pero en vez de hacerlo y con evidente ánimo desuero, lo hizo efectivo a través de una tercera persona que desconocía las intenciones del procesado y, su importe lo gastó en atenciones personales y familiares.

La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 535 en relación con el 528-1.º del Código Penal.

Impugnada en primer término la sentencia que se contradice, por lo que se reputa indebida aplicación del artículo 535 del Código Penal, al estimar subjetivamente que no puede entenderse cometido el delito de apropiación porque el dinero que recibió el acusado y del que ilícitamente se apoderó en su propio y personal beneficio, no lo fue en "depósito", sino que era y pertenecía a la empresa denunciante, y que el procesado no hizo otra cosa que sustraer un bien mueble de quien lo tenía legítimamente en su poder, conducta que el Código castiga en el artículo 533 en su relación con el 531.

De haber prosperado la precedente tesis el agente hubiera debido ser condenado con más grave pena, la del hurto concretamente agravada por el "abuso de confianza", pues la sustracción de una cosa mueble de quien la tiene legítimamente en su poder es el ilícito pena) concreta y específicamente tipificado en el artículo 514-1.º, castigado en el 515-1.º. y específicamente agravado en el 516-3.º, por la facilidad operativa delictual que implica el abuso de confianza; sin que haya posibilidad técnico-jurídica de encuadrar la actuación dolosa del discrepante en la peculiar y atípica figura de la estafa establecida por el legislador para prever supuestos específicamente imprevistos de defraudación, viniendo a ser una "figura en blanco" que ante el temor legislativo de no haber precavido todas las formas en que el ser humano puede defraudar penalmente a otro, crea, precautoriamente, una tipología penal omnicompreensiva de concretos "números apertus" no relacionados ni expresados "números clausus" en los artículos anteriores de esta Sección 2.a, rubricada "de las estafas y otros engaños", calidad en que no se pueden encasillar los actos que se incriminan, pues el acusado no defraudó ni

engañó, que es la esencia de las estafas, sino que se apropió, indebida y delictualmente, de lo que no le pertenecía; sin que fuera preciso que recibiera el cheque cuyo importe se apropió, ni en depósito ni en administración, sino en "comisión de cobro" en favor de la Empresa que laboralmente le encomendó tal gestión propia de su quehacer profesional, sin que el artículo 535 siga tampoco un sistema estricto de enumeración excluyente que repudie otros títulos distintos de los que expresamente se citan depósito, comisión y administración, pues ya se cuida el precepto de ensanchar el ámbito de las apropiaciones indebidas a otro cualquier título con tal de que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, y no cabe duda que, cuando en su cometido laboral le fue entregado y recibió el talón bancario con el expreso encargo de cobrarlo e ingresar su importe en la cuenta corriente de la empresa, lo recibió y le fue entregado con la encomienda de percibir su importe y devolverlo mediante el ingreso, y qué, al apropiárselo incorporándolo ilícitamente a su patrimonio, realizó el acto apropiativo que la ley castiga en la norma penal base de la condena que se discute y como el acto está típicamente especificado a este "principio de especialidad" específica se atuvieron correcta y acertadamente los juzgadores de instancia; y notorio desacierto hubiera sido subsumir los hechos en las genéricas y legalmente imprevistas defraudaciones del artículo 533, ya que una vez más caso insistir en que no es dable confundir ni hacer paralelos o sinónimos los actos de apropiación y los de defraudación, ya que el imputado no engañó a la empresa, sino que se limitó a apoderarse de lo que le era ajeno y se le había confiado con la obligación de cobrarlo y devolver su importe. Lo que argumentalmente se ha razonado implica: la desestimación de los dos motivos, la radical del recurso y la íntegra confirmación del fallo recurrido.

17-SENTENCIA DEL TS DE 27 DE ABRIL DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. Arrendamiento de obras. Apropiación del dinero recibido.

Incumplimiento de contrato.

En la aplicación del artículo 535 del Código Penal, tipificador del delito de apropiación indebida, en negocios donde media un arrendamiento de obras regulado en el artículo 1.588 y siguientes del Código Civil, viene estableciendo esta Sala que es título apto e idóneo para generar el mencionado delito la apropiación de los materiales que el "dominus" entregue al artífice p constructor y que éste no destine a la finalidad convenida o de los que se apropia incorporándolos a su patrimonio, pero en el caso de recibir dinero del referido dueño en concepto de precio, de parte de él o con el carácter

de precio anticipado de las obras que se ha obligado a realizar, es indudable que el receptor del dinero, no se constituye en mero poseedor legítimo de tales bienes, con obligación posterior de entregar o restituir, sino que habiendo adquirido la propiedad del mencionado dinero, le corresponde sobre él todos los derechos atribuidos y concedidos al dueño por el artículo 348 del Código Civil entre ellos el "jus disponendi" y, por tanto, si no lo destina a la construcción pactada sino que se lo apropia, incorpora a su patrimonio o dispone del mismo en su exclusivo provecho y además no realiza la obra pactada, ello entrañará un incumplimiento de contrato, con indudable trascendencia en el orden civil, pero carecerá de relevancia en el orden penal por vía del mencionado artículo 535.

Resultando probado y así se declara que, el procesado Luis María, en unión de otro inculcado declarado rebelde, concertó con José Augusto y Silvio, la construcción de una nave de estructura metálica, en parcela propiedad de éstos, ubicada en el kilómetro 17,200 de la carretera Madrid- Toledo, recibiendo el inculcado en base al contrato referido 100.000 pesetas en metálico y dos cambiales por un importe de 100.000 pesetas cada una, pendiente de una última liquidación al término de la obra, según lo estipulado, estableciéndose al mismo tiempo en el convenio los plazos en que tenían que terminarse aquéllas sin que las mismas llegaran a realizarse, ya que únicamente se procedió a su iniciación; que suponía el total de las 100.000 pesetas entregadas, por el inculcado, referenciadas letras por el contrario fueron endosadas por los inculcados a José Ángel en pago de débitos que había contraído con anterioridad con el referido José Ángel, las cuales no fueron satisfechas, por la persona que encargó las obras.

La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de apropiación indebida, comprendido en el artículo 535 en relación con el 528. En la aplicación del artículo 535 del Código Penal en negocios donde media un arrendamiento de obras, regulado en el artículo 1.588 y siguientes del Código Civil, viene estableciendo esta Sala que es título apto e idóneo para generar apropiación indebida de los materiales que el "dominus" entregue, al artífice o constructor y que éste no destine a la finalidad convenida o de los que se apropia incorporándolos a su patrimonio, pero en el caso de recibir dinero de referido dueño en concepto de precio, de parte de él o con el carácter de precio anticipado de las obras que se ha obligado a realizar, es indudable que el receptor de dicho dinero, no se constituye en mero poseedor legítimo de tales bienes, con obligación posterior de entregar o restituir, sino que habiendo adquirido la propiedad de mencionado dinero, le corresponde sobre él todos los derechos atribuidos y concedidos al dueño por el artículo 348 del Código Civil, entre ellos el "jus disponendi" y por tanto si no lo destina a la construcción pactada sino que se lo apropia, incorpora a su patrimonio o dispone del mismo en su exclusivo provecho y además no realiza la obra pactada, ello entrañará un incumplimiento de contrato, con indudable trascendencia en el orden civil pero

carecerá de relevancia en el orden penal por vía del artículo 535 del Código punitivo, y menos aún cuando en la narración histórica no hay huella, rastro o atisbo de que él procesado se valiera de ningún tipo de falacia, o engaño para conseguir la entrega del dinero y de las letras de cambio, que pudieran incardinar su conducta en las figuras de la estafa (sentencia de 20 de octubre de 1976). Doctrina reiterada en sentencia de 21 de marzo de 1978, donde vuelve a insistirse que concertado un contrato de arrendamiento de obra, y recibido parte del precio y realizada parcialmente la prestación, es evidente que la cantidad percibida, como parte del precio no ingresó en su patrimonio en virtud de ningún título posesorio de los que produzcan obligación de entregar o devolver sino en virtud de un título traslativo de dominio de la cosa fungible, de forma que la obligación de devolver surgiría solamente del ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil porque en otro caso, se está ante el mero incumplimiento de un contrato privado, si no medió el engaño precedente que convertiría los hechos en delito de estafa. Examinado a la luz de esta doctrina el único motivo que considera infringido por aplicación indebida el artículo 535 del Código Penal, el mismo ha de prosperar en cuanto que según resulta de los hechos probados el recurrente concierta con José Augusto y Silvio la construcción de una nave de estructura metálica en parcela propiedad de éstos. Recibe de ellos, como parte del precio y pendiente de una última liquidación al término de la obra, 100.000 pesetas en metálico y dos letras por importe cada una de 100.000 pesetas. Procedió a la iniciación de las obras y emplea en éstas las primeras 100.000 pesetas. Pero por lo que respecta a las letras, parte del precio, negocia con ellas endosándolas a un acreedor suyo. El dinero que las cambiales representaban al ser parte del precio, no las recibe a título "posidendi", sino como "dominus" y al disponer de ellas, hace uso de su derecho, porque integran parte de un precio convenido sin engaño alguno. De esta forma la única realidad jurídica que subyace es la de un contrato incumplido, un ilícito civil, mas no en forma alguna de tipo penal, por lo que procede estimar el recurso, casar y anular la sentencia y en su lugar dictar la ordenada, conforme al artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

18-SENTENCIA DEL TS DE 17 DE MAYO DE 1979

DOCTRINA: Infracción de ley: aplicación indebida de la ley.

Comete el delito de apropiación indebida definido y sancionado en los artículos 535 y 538 del Código Penal, el que con perjuicio de otro le defraudare quedándose con las cosas que hubiere recibido por título que produzca' obligación de entregarlas o devolverlas.

Resultando probado, y así se declara, que los procesados Narciso y Jesús Manuel, como dueños de la Agencia de Aduanas de esta capital, que gira bajo el nombre de "Viuda de Francisco Aparicio", de la que es titular el primero y apoderado el segundo, recibieron el día 18 de septiembre de 1972 la cantidad de 7.481.478,57 pesetas, que la compañía mercantil "Atlántida, Sociedad Limitada" les había remitido mediante transferencia bancaria para atender a los gastos por despacho aduanero correspondientes a la importación de una partida de 1.074.799 kilos de alcohol etílico por haber dispuesto de la cantidad que a tal fin se les había entregado, al destinarla en provecho propio a otras atenciones de las que no dan razón; el día 11 del propio mes y año el procesado Jesús Manuel, por poder y bajo la antefirma "Viuda de Francisco Aparicio", libra el talón 9 A-10.773.783, contra la oficina principal del Banco Central de esta ciudad, a favor del Tesoro Público, por importe de 7.323.741 pesetas, comprensivo del total de la liquidación antes referida, más otra correspondiente a distinta entidad por la cifra de 932 pesetas, cuyo documento no fue atendido por el Banco librado al carecer éste en la cuenta corriente de fondos suficientes, por lo que fue devuelto a la Delegación de Hacienda que ordenó la inmediata iniciación del correspondiente expediente de apremio, viéndose perjudicada la compañía "Atlántida, S. L.", en la cantidad dicha de 7.322.809 pesetas, que tuvo necesidad, primero, de depositaren la Caja General de Depósitos, y después, de entregar definitivamente, para que la mercancía importada fuese levantada de muelle

La expresada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados constituyen un delito de apropiación indebida, previstos y castigados en el artículo 535.

El inciso segundo del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sirve de fundamento al recurso que por quebrantamiento de forma entabla la representación de los procesados, exige la manifiesta contradicción entre hechos, de los que, como probados, se declaren en las sentencias recurridas, y como en el presente caso la contradicción alegada por la parte recurrente no puede merecer tal concepto, toda vez que la afirmación categórica que se consigna en el "factum" de que los hermanos Narciso y Jesús Manuel son dueños de la Agencia de Aduanas que gira bajo el nombre de "Viuda de Francisco Aparicio", no es incompatible con la que después se hace de que el primero, es decir, Narciso, es titular de dicha Agencia, y el segundo, apoderado, pues dueños pueden ser los dos y venir sin embargo la Agencia a nombre de uno sólo, es visto que procede desestimar el expresado motivo por faltar base legal que permita su aceptación. Comete el delito de apropiación indebida, definido y sancionado en los artículos 535 y 528 del Código Penal, el que con perjuicio de otro le defraudare quedándose con las cosas que hubiere recibido por título que produzca obligación de entregarlas o devolverlas, por lo que el Tribunal sentenciador obró con acierto al castigar a los procesados como reos de dicho delito, ya que en la sentencia combatida se afirma y declara como probado que los recurrentes recibieron la cantidad de 7.481.478,56 pesetas de la compañía, mercantil "Atlántida, S. L.", para, atender a los

gastos por despacho aduanero de una partida de alcohol etílico de importación, cosa que no hicieron, y si en cambio disponer en provecho propio de la repetida suma para satisfacer otras necesidades suyas, lo que pone de relieve la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que para dar vida a la figura delictiva por la que se les sanciona exige el primero de los dos preceptos sustantivos que se citan, a saber: distracción de dinero, abuso de confianza, ánimo de lucro y perjuicio de tercero.

19-SENTENCIA DEL TS DE 23 DE MAYO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida.

Uno de los elementos generales de la figura tipificada en el artículo 535 del Código Penal es el relativo a la acción, o sea la apropiación, la cual requiere por parte del reo una voluntad de hacer suya la cosa, exteriorizada por actos concluyentes, es decir, por actos a los que, en cada caso concreto, no puede atribuirse otra significación que la de arrogarse los poderes del dueño, y no se arroga estos poderes quienes no hacen suyo el dinero, ni lo retienen para sí, ni se benefician con él, sino que se limitan, sin intención dolosa de conseguir un lucro ilícito, uno a ordenar y otros a consentir el pago de honorarios por trabajos efectuados por un Perito industrial, cuya utilidad parcial se reconocen, a efectuar el pago de honorarios de un Letrado por el asesoramiento jurídico en cuanto les afectaba a los procesados como miembros de la Junta Rectora de la Cooperativa y en abono del importe de los trabajos efectuados con el mismo fin a un investigador privado, así como pequeños gastos, que se detallan en el hecho probado, efectuados en diversos establecimientos, todo lo cual se hizo efectivo mientras los procesados se encontraban en el ejercicio de su cargo y se sentaron dichas partidas en la contabilidad con lo que faltan los presupuestos básicos de tipicidad para incardinar la acción en la figura punible de la apropiación indebida sancionada en el artículo 535 del Código Penal, podrá quizá existir un ilícito civil por mala gestión y administración de los bienes de la Cooperativa, pero no el ilícito penal con que venían sancionados en la sentencia recurrida.

Resultando probado y así se declara: Que la Cooperativa de Viviendas Virgen de la Esperanza, 2.a y 3.a fase, d Villaverde, tenía Estatutos aprobados por la Dirección General de Promoción Social del Ministerio de Trabajo con fecha 4 de octubre de 1968 y su domicilio social en la calle Maestro Arbós, número 5, de Madrid, teniendo en la Junta Rectora de esta Cooperativa los procesados los cargos que seguidamente se expresan: Rodolfo era Presidente; José Daniel , Vocal y gestor; Sebastián fue tesorero hasta el 18 de abril de 1970 y desde esta fecha Secretario, y Vicente fue Vocal hasta la citada fecha de 18 de abril de 1970 y después y desde la misma Tesorero. Con fecha 29 de noviembre de 1969 se facilitó al Colegio Oficial de Peritos Industriales de Madrid la cantidad de 3.419.491,95 pesetas, para otro miembro de esta Junta Rectora, hoy no

juzgado, en situación de rebeldía, que es Perito de dicho Colegio, esta cantidad fue abonada mediante cheque que firmó el Vicepresidente de la Junta no enjuiciado en este trámite. Con fecha 24 de marzo de 1970 igualmente se facilitó al mencionado Colegio la cantidad de 4.178.532,45 pesetas, para el mismo miembro de la Junta Perito Industrial, esta cantidad fue igualmente abonada por cheque. Las cantidades que se pagaron con los dos mencionados cheques, que suman (seuo) 7.598.024,40 pesetas, se referían a trabajos que figuraban en minuta de dicho Perito, hoy en rebeldía, pero fueron Casi por completo, inútiles a la Cooperativa, ya que en parte se referían a parcelas que no existían o que no las poseía la Cooperativa y que carecían de caracteres coincidentes con las que ésta realmente tenía.

La expresada sentencia se estimó que los hechos probados constituían un delito de apropiación indebida del artículo 535.

Uno de los elementos generales de la figura tipificada en el artículo 535 del Código Penal es el relativo a la acción, o sea la apropiación, la cual, como tiene declarado esta Sala, requiere por parte del reo una voluntad de hacer suya la cosa, exteriorizada por actos concluyentes, es decir, por actos a los que, en cada caso concreto, no puede atribuirse otra significación que la de arrogarse los poderes del dueño, y no se arroga estos poderes quienes, como los procesados, no hacen suyo el dinero, ni lo retienen para sí, ni se benefician con él, sino que se limitan, sin intención dolosa de conseguir un lucro ilícito, uno a ordenar y otros a consentir el pago de honorarios por trabajos efectuados por un Perito Industrial, cuya utilidad parcial se reconocen, a efectuar el pago de honorarios de un Letrado por el asesoramiento jurídico en cuanto les afectaba a los tan referidos procesados como miembros de la Junta Rectora de la Cooperativa y en abono del importe de los trabajos efectuados con el mismo fin a un investigador privado, así como pequeños gastos, que se detallan en el hecho probado, efectuados en diversos establecimientos, todo lo cual se hizo efectivo mientras los procesados se encontraban en el ejercicio de su cargo y sesenta dichas partidas en la Contabilidad con lo que faltan los presupuestos básicos de tipicidad para incardinar la acción en la figura punible de la apropiación indebida sancionada en el artículo 535 del Código Penal, podrá quizás, existir un ilícito civil por mala gestión y administración de los bienes de la Cooperativa, pero no el ilícito penal con quien venían sancionados en la sentencia recurrida, por lo que procede estimar el motivo primero del recurso y los tres motivos del recurso del procesado José Daniel que por su estrecha relación han sido conjuntamente tratados. La modalidad falsaria en documento privado sancionada en el artículo 306 en concordancia con el artículo 302, ambos del Código Penal, requiere, sobre las características dinámicas generales, como repetidamente ha declarado esta Sala, el demerito finalista del perjuicio a tercero, o ánimo de causárselo, por lo que este delito adquiere una contextura de mera actividad y se consume por la sola presencia adicional del propósito lesivo; propósito lesivo que, aquí, se hace constar en el hecho probado al narrar la mutación de cantidad y horas de trabajo anteponiendo

un 1ª las cifras que figuraban en el recibo ya firmado, y que no tenía otra finalidad la interpelación del guarismo que el perjuicio a la Cooperativa, como lo pone de manifiesto la propia narración de hechos probados que inicia el párrafo en el que se declara la falsedad con el adverbio de modo "igualmente» que significa con igualdad, también, asimismo, lo que expuesto después de la expresión o numeración de las cantidades de que se dice se vio privada con injustificados motivos por los hechos de los procesados, viene a expresar el elemento finalista de perjuicio de tercero que guió la actividad falsaria de los recurrentes; por lo que procede desestimar el motivo segundo del recurso en el que se denuncia la indebida aplicación del artículo 306 del Código Penal.

20-SENTENCIA DEL TS DE 28 DE MAYO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida.

El título de administrador es uno de lo que "ejemplificativamente" determina el artículo 535, pero es de recordar que dicha tipología penal sigue un doble sistema; pues después del enumerativo, refiere "numerus apertus" a cualquier otro título que produzca la "obligación de entregarlos», sin que fuera dable al agente descomprometerse de la obligación de entrega que inexorablemente le había impuesto una decisión judicial firme y ejecutoria. No se trataba pues de un mero incumplimiento civil sino de un malicioso y doloso propósito de apoderarse reteniéndola de la participación que correspondía al querellante.

Resultando probado, y así se declara expresamente, que él procesado Alejandro, en el año 1968 decidió realizar la construcción y explotación de un surtidor de gasolina en la localidad de Villanueva de la Reina, donde habita, en unión de su cuñado Carlos Antonio y de un tercero, al que, más tarde, en 1970, el procesado y Carlos Antonio compraron su participación quedando el negocio planteado a partes iguales entre el dicho Carlos Antonio en una mitad, y en la otra, el procesado y su cónyuge, habiendo estado mientras tanto en construcción el surtidor que inició su funcionamiento en el mes de julio de 1970, continuando hasta la actualidad, y como en el interior hubieran surgido desavenencias entre Carlos Antonio y el procesado, que era quien llevaba la cuestión del negocio' y a cuyo nombre se había hecho por CAMPSA la concesión, llegaron a pleitear entre sí, llegándose, en juicio de menor cuantía, seguido en el año 1972 ante el Juzgado de Primera Instancia de Andújar, a dictarse sentencia el 14 de junio de ese año, confirmada en apelación por otra de 3 de febrero de 1973, de la Audiencia Territorial de Granada, en la que se condenaba al procesado y a su esposa a que otorgaran escritura pública de sociedad civil con el repetido Carlos Antonio , a que no le pusiera a éste

obstáculo para entrar en los locales, dependencias y oficinas de la estación, de servicio para poder vigilar y comprobar el negocio, a que le rindiera cuentas detalladas y completas de las operaciones realizadas en la gasolinera desde que comenzó su actividad y a entregarle la mitad de los beneficios obtenidos, lo que hicieron en cumplimiento de la sentencia con los conseguidos hasta el 1 de agosto de 1973, pero más tarde persistiendo los socios en sus desavenencias y el procesado en la gestión sólo/ del negocio, repetidas veces desatendió la decisión judicial que le obligaba a permitir la entrada en los locales de dominio común a Carlos Antonio por lo que fue procesado por delito de desobediencia, que ha sido sobreseído por el auto de esta Audiencia, de 17 de enero de 1978, aplicando el Real Decreto de Indulto de 14 de marzo de 1977, y, animado del propósito de beneficiarse económicamente ha ingresado el procesado en la cuenta corriente en el Banco Central de Villanueva de la Reina, que gira sólo a su nombre la totalidad de los beneficios obtenidos en la explotación de la estación de gasolina común, que no niega tenga este, carácter, pero sin que haya dado nunca más cuentas a su socio, alegando no haberse querido prestar el mismo a un acuerdo y que no puede darle beneficios porque no consta ante CAMPSA la existencia de la sociedad, aunque le constaba el montante de las cantidades, que como mitad de los beneficios había de pagar, ya que él las había calculado unilateralmente dos veces.

La citada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados constituyen un delito de apropiación indebida previsto y penado en los artículos 535 y 528, 1.º, del Código Penal.

El recurrente entiende mal aplicado el artículo 535 del Código Penal porque en su entender de los hechos probados no fluye delito alguno sino una mera cuestión civil; pero es lo cierto que de los hechos probados se deduce el propósito preconcebido del agente de no cumplir el mandato judicial que declarando la comunidad societaria, confiriendo la administración al acusado, con obligación de permitir el acceso de su consocio a los locales y el control de gastos e ingresos y que desde 1 de agosto de 1973 con sutiles pretextos se ha negado a entregarle periódicamente la mitad de los ingresos, cuya totalidad ingresaba en su cuenta corriente tratando incluso en conciliación de 1977 de forzar a su socio a otro régimen de distribución distinto del ordenado judicialmente, habiendo retenido con estos procedimientos desde 1 de agosto de 1973 a 10 de mayo de 1977 un total de 377.972 pesetas cantidad que reconociendo en definitiva debida ha consignado tardíamente, al formular conclusiones provisionales su defensa en febrero de 1977 cuando ya estaba en marcha, y muy avanzado, este proceso. Estos hechos no son un mero incumplimiento civil, sino una auténtica apropiación indebida pues su condueño a quien estaba conferida la administración material del negocio se apoderó y retuvo el todo durante largo espacio de tiempo estando sólo dispuesto a entregarlo cuando ha forzado a su contradictor al planteamiento de un juicio penal, sin que esta tardía consignación eluda ya cometido el delito y pueda repercutir más que en la responsabilidad civil, pero nunca en la criminal ya plenamente consumada con tan

dilatada retención apropiativa conculcadora del deber que tenía de entregar su participación a su socio, o condueño. El título de administrador es uno de los que "ejemplificativamente" determina el artículo 535, pero es de recordar que dicha tipología penal sigue un doble sistema, pues después del enumerativo, refiere "numerus apertus" a cualquier otro título que produzca la "obligación de entregarlos», sin que mera dable al agente descomprometerse de la obligación de entrega que inexorablemente le había impuesto una decisión judicial firme y ejecutoria. No se trataba, pues, de un mero incumplimiento civil sino de un malicioso y doloso propósito de apoderarse reteniéndola de la participación que correspondía al querellante. Lo razonado provoca la desestimación de este primer motivo. Los motivos tercero, cuarto y quinto con el mismo amparo procesal niega el tercero, la existencia de un solo delito continuado, sino de tres, referentes a tres ficticias liquidaciones que el acusado intentó practicar; el cuarto presuponiendo la estimación de tres delitos de inferior cuantía que se establece en concatenación con el motivo quinto, para que la pena a imponer debieron dar lugar a sobreseimiento por indulto dada la cuantía de las penas que por el fraccionamiento en tres de la entidad delictiva sancionada habría de producirse. Este hábil artificio argumental, es totalmente inconsistente y pugna con los hechos probados, pues si inexcusablemente debía periódicamente entregar la mitad de los beneficios y con vanas excusas y pretextos se apoderó con un solo propósito criminoso de lo correspondiente al querellante y mantuvo indebidamente esta apropiación durante el período que media entre 1 de agosto de 1975 y 1 de mayo de 1977, reteniendo un total de 377.972,70 pesetas, es indudable que la inicial decisión apropiatoria se mantuvo por todo el tiempo expresado generando un solo delito de la indicada cuantía al que no cabe fraccionar caprichosamente en tres entidades penales de menor cuantía a las que por pena, la pena entonces aplicable hubiera de aplicarse el "indulto anticipado», estas breves pero contundentes razones rechazan estos tres motivos y desestimados todos los interpuestos debe confirmarse el fallo recurrido en su integridad, sin perjuicio de su revisión en ejecución de sentencia, por si le fuera aplicable la nueva Ley de cuantías.

21-SENTENCIA DEL TS DE 8 DE JUNIO DE 1979 (Roj STS 4150/1979)

DOCTRINA: Respeto a los hechos probados.

Al contener el resultando de hechos probados de la sentencia recurrida la afirmación categórica de que no quedó probado que el procesado se hubiese apropiado de la cantidad de 543.093,79 pesetas ni de ninguna otra, claro resulta, que procede desestimar el motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 535 del Código Penal, siendo totalmente incongruente la

pretensión de la acusación de que se de como probado el delito de apropiación indebida por el hecho de que en el resultando de hechos probados se afirme que el procesado era el hombre de confianza y apoderado de la empresa y de que se observaron deficiencias en la contabilidad al tiempo de cesar en el desempeño de su cargo, ya que el que haya habido tales deficiencias en la contabilidad no quiere decir que haya faltado dinero y mucho menos que nadie se hubiese apoderado de cantidad alguna.

Resultando probado y así se declara expresamente: Que el procesado Eduardo, en el año 1947 entró a prestar servicios en el negocio de «Almacenes de Hierro» de don Tomás y ante el deseo del procesado de cesar en el servicio del señor Tomás para establecerse por su cuenta, se procedió a un examen de la contabilidad de los años 1970 y lo que iba de 1971, observándose deficiencias en la misma, pero sin que se haya acreditado suficientemente que el procesado se quedara con 543.093,79 pesetas, ni con ningunas otras cantidades, que recibiera como apoderado del señor Tomás y para su entrega a éste como de su propiedad.

La expresada sentencia se estimó que los hechos no constituían delito y se dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos que debemos absolver y absolvemos al procesado Eduardo, del delito de apropiación indebida de que venía acusado, dejando sin efecto con todas sus consecuencias legales el auto de procesamiento contra él dictado en estas actuaciones, con declaración de coscas de oficio.

Al contener el Resultando de hechos probados de la sentencia recurrida la afirmación categórica de que no quedó probado que el procesado se hubiese apropiado de la cantidad de 543.093,79 pesetas ni de ninguna otra, claro resulta que procede desestimar el único motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 535 del Código Pena , siendo totalmente incongruente la pretensión de la acusación de que se dé como probado el delito de apropiación indebida por el hecho de que en el Resultando de hechos probados se afirme que el procesado era el hombre de confianza y apoderado de la Empresa y de que se observaron deficiencias en la contabilidad al tiempo de cesar en el desempeño de su cargo, ya que el que haya habido tales deficiencias en la contabilidad no quiere decir que haya faltado dinero y mucho menos que nadie se hubiese apoderado de cantidad alguna.

22-SENTENCIA DEL TS DE 8 DE JUNIO DE 1979 (Roj 4152/1979)

DOCTRINA: Apropiación indebida. El abuso de confianza no es elemento específico del delito.

La moderna doctrina científica ya no ve en el abuso de confianza el dolo específico del delito de apropiación indebida, con el consiguiente quebranto de previos vínculos de lealtad que ello comportaría, sino que la existencia de fiducia es más bien elemento objetivo de la acción, en cuanto inherente al título (depósito, comisión, administración o análogo) que obliga a entregar o devolver la cosa ("res cōmmendata" o cosa confiada), elemento fiduciario, de corte objetivo, que aun en ocasiones llega a faltar como acontece en el depósito miserable o necesario, expresamente mentado en el artículo 535 del Código Penal en su párrafo segundo, para castigar el hecho más gravemente, de suerte que basta el dolo de apropiación o ánimo de haber la cosa como propia por parte del "accipiens" una vez que ya le fue otorgada la posesión de aquélla por el "tradens" correlativamente con la acción apropiadora que quebranta la propiedad ajena pero no la posesión que ya tenía (lo que diferencia este delito del hurto), como tampoco es necesario que la entrega de la cosa se haga por parte del dueño con voluntad viciada por el engaño (a diferencia de la estafa).

Resultando probado y así expresa y terminantemente se declara: Que Carlos Francisco vino prestando sus servicios como Agente de Ventas a comisión a la Compañía mercantil "Círculo de Lectores, S. A.", desde el mes de mayo de 1968 hasta el mes de octubre de 1976, y al cesar en dicha relación comercial retuvo en su poder, con propósito de su aprovechamiento definitivo, diversas cantidades de dinero procedentes de las cuotas de los suscriptores de la citada Sociedad, cobradas por el procesado en nombre de ésta, así como materiales que le habían sido entregados por dicha Empresa.

La citada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida.

La moderna doctrina científica, seguida ya por esta Sala (sentencias de 30 de noviembre de 1956, 3 y 16 de octubre de 1972, entre otras), ya no ve en el abuso de confianza el dolo específico del delito de "apropiación indebida", con el consiguiente quebranto de previos vínculos de lealtad que ello comportaría, sino que la existencia de fiducia es más bien elemento objetivo de la acción, en cuanto inherente al título (depósito, comisión, administración o análogo) que obliga a entregar o devolver la cosa ("res commendata " o cosa confiada), elemento fiduciario, de corte objetivo, que aún en ocasiones llega a faltar como acontece en el depósito miserable o necesario, expresamente mentado por el artículo 535 del Código Penal en su párrafo 2.º, para castigar el hecho más gravemente, de suerte que basta el dolo de apropiación o ánimo de haber la cosa como propia por parte del "accipiens" una vez que ya le fue otorgada la posesión de aquélla por el "tradens", correlativamente con la acción apropiadora que

quebranta la propiedad ajena pero no la posesión que ya se tenía (lo que diferencia este delito del hurto), como tampoco es necesario que la entrega de la cosa se haga por parte del dueño con voluntad viciada por el engaño (a diferencia de la estafa). La anterior reflexión es por entero aplicable al único motivo del recurso que pretende se aplicó indebidamente al procesado el artículo 535 del Código Penal por entender que en su actuación no hubo abuso de confianza, pues ya se ha visto que tal elemento subjetivo no está exigido por el injusto típico ni por la culpabilidad; aparte de que habiendo obrado el recurrente como agente dementas a comisión de la Empresa por él perjudicada con la retención definitiva y lucrativa de dinero y materiales confiados en el ejercicio de su mediación, ya por los clientes de la Sociedad a la que servía, ya por esta última, es visto que se dio una relación de confianza dimanante del propio contrato mercantil que lo ligaba a su principal; de la que abusó el procesado con su falta de reintegro de las cosas habidas como comisionista, aunque la sentencia recurrida, por entenderlo implícito, no aluda expresamente a tal abuso que, repetimos, no viene exigido por el tipo penal aplicado; como tampoco es en absoluto necesario la concurrencia del engaño, que también echa en falta el recurrente, pues tal requisito también se ha visto que es propio de la estafa pero no de la apropiación indebida, lo que motivó la total independencia de esta última figura delictiva con respecto a la primera a partir de la reforma penal de 1944, por más que ambas figuras estén castigadas con las penas previstas en el artículo 528 del Código Penal ; razones más que sobradas para desestimar el único motivo del recurso.

23-SENTENCIA DEL TS DE 12 DE JUNIO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. Negativa a entregar billetes de lotería premiados por entender el vendedor «que eran suyos, ya que el otro no se los había pagado».

El poseedor de billetes de lotería podrá incurrir en el delito de apropiación indebida en dos supuestos: En el caso de que sea poseedor en nombre ajeno, o en el caso de ser poseedor de buena fe que, posteriormente, adquiriera el conocimiento de la ajena propiedad, de modo que en ambos casos logre (o intente) el cobro de los billetes premiados del deudor emisor de los mismos (del Tesoro Público), sin tener derecho para ello.

En el caso de autos el procesado dueño del bar frecuentado por el querellante, interpeló a éste si, como en otras ocasiones, quería lotería que, periódicamente, recibía de determinada Administración, contestando el interpelado que le «guardara» cinco décimos correspondientes al sorteo a celebrarse cuatro días más tarde, décimos que el

procesado cortó de la tira que le restaba del billete y guardó en una carpeta, marchándose el querellante sin abonar el importe; pero enterado al día siguiente del sorteo que el número había sido premiado con 400.000 mil pesetas por décimo, se presentó en el bar reclamando la entrega de las cinco fracciones del billete, a lo que él procesado se negó «por entender que eran suyas» ya que no se las había pagado, cobrando posteriormente el encartado los 2.000.000 de pesetas correspondientes

De tal relato se deduce:

a) Que en cuanto a la posesión de los décimos por el recurrido no aparece con toda nitidez que se desprendiera de la misma en concepto de dueño y que siguiera en ella «in nomine alieno» a título de mero depositario, pues si la tradición real, por su carácter material y externo, no ofrece dificultades, la «traditio ficta», de tanta resonancia cuando a ella se vincula de manera decisiva la transmisión del dominio, como en el caso de los títulos al portador, ha de estar perfectamente revelada; de modo que si el presunto adquirente de los décimos se limitó a decir al vendedor de los mismos que se los «guardara», «esto es, reservara, sin pagar el importe de los mismos, separándolos de la tira del billete el vendedor y reteniéndolos en su poder, tales tratos más bien parece que deban reputarse de «precontrato» o de «promesa» bilateral de compraventa en el que es esencial el término para llevar a efecto el contrato mutuamente prometido, término que en defecto de estipulación de las partes y estando involucrado un contrato aleatorio, no puede ser otro que el tiempo que restaba hasta la celebración del sorteo, pues acaecido éste, reclamar la prestación por el favorecido, desnaturaliza la esencia del «aleas»; es decir, que si no está suficientemente claro que hubiera verdadera transmisión de la propiedad de los títulos querellante, tampoco se puede hablar de que el querellado fuera un mero depositario de los mismos, condición «sine qua non» o elemento normativo del tipo de apropiación indebida;

b) que, aun en el supuesto de que se entendiera que hubo verdadero «depósito» de los décimos en manos del procesado, como en el caso de participaciones de lotería de la sentencia de 26 de mayo de 1950 o de muebles de la de 31 de diciembre de 1964, faltaría el dolo típico del delito, por ausencia del elemento intencional; la creencia de ser propia la cosa de que se dispone, pues así lo expresa la sentencia recurrida cuando alude a la negativa del inculcado a entregar los décimos por entender «que eran suyos, ya que el otro no se los había pagado»; por lo que, ya sea por dudosa falta de antijuridicidad (a dilucidar en vía civil), ya, en todo caso por falta de culpabilidad en su forma dolosa (ésta propia y exclusiva de la vía penal), se llega a la tesis de negar la existencia del delito de apropiación indebida en la conducta del inculcado, sin perjuicio de las acciones civiles que puedan asistir al presunto perjudicado.

La expresada sentencia se estimó que los hechos declarados, probados no constituían delito alguno, por lo que se dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos

que debemos absolver y absolvemos al procesado Jaime del delito de apropiación indebida de que venía acusado por el Ministerio Fiscal y por el particular querellante, declarando ser de oficio las costas procesales originadas y alzándose las fianzas y embargos constitutivos.

Los billetes de la Lotería Nacional son documentos al portador, por lo cual no se reconoce más dueño de ellos que la persona que los presente, sin perjuicio del derecho de tercero, cuya declaración corresponde a los Tribunales ordinarios (artículo 11 de la Instrucción General de Loterías de 23 de marzo de 1956); títulos valores a los que, como tales, se incorpora un derecho de carácter obligacional consistente en una prestación de dinero de cuantía indeterminada en cuanto lo es la de los premios que correspondan por sorteo a los números asignados a los billetes; de suerte que el régimen jurídico de estos títulos es el señalado para todos los efectos al portador (artículo 545 del Código de Comercio), según el cual es la «posesión» del título la que en principio denota el dominio y, de otra parte/la simple «tradición» del documento es bastante para transmitir la posesión y con ella la posibilidad de ejercitar el derecho a él incorporado; por lo que «a contrario sen-su», sin tradición o entrega del título no se transmite tampoco el dominio del mismo.

La anterior consideración tiene subido interés si la misma se conecta con el delito de apropiación indebida, delito que, como es sabido, exige la previa posesión de la cosa («res commendata») en manos del «accipiens» por habérsela conferido el «tradens»; por lo que habida cuenta de la peculiar forma de transmisión de los títulos al portador, vinculada a la tradición, quien reclame la propiedad sin tener la posesión tendrá que demostrar, a los efectos de dicho delito, que se desprendió de la misma sin abdicar el dominio, de modo que el poseedor de los títulos lo sea «in nomine alieno» (a título de depósito, comisión, administración, etc.), y que la posesión le fue entregada a éste por el dueño, ya por tradición real o fingida, en una suerte, en este último caso, de «constitum possessorium», todo lo cual habrá de probar, el dueño, como hemos dicho, para desvirtuar la apariencia de propiedad conectada a la posesión, como, correlativamente, el poseedor de los títulos que sea objeto de la reclamación, cumplirá con demostrar su buena fe en la adquisición si quiere mantenerse en ella a salvo la reivindicación del propietario en los casos de pérdida o privación ilegal (artículo 464 del Código Civil y artículo 547 y siguientes del Código de Comercio).

Todo lo cual ya está indicando que el poseedor de billetes de lotería podrá incurrir en el delito de apropiación indebida en dos supuestos:

En el caso de que sea poseedor en nombre ajeno.

En el caso de ser poseedor de buena fe que, posteriormente, adquiera el conocimiento de la ajena propiedad

De modo que en ambos casos logre (o intente) el cobro de los billetes premiados del deudor emisor de los mismos (del Tesoro Público), sin tener derecho para ello.

Aplicadas las anteriores reflexiones a la sentencia recurrida, es preciso ratificar la tesis absolutoria de la misma, una vez que de su «factum» se desprende que el procesado, dueño del bar frecuentado por el querellante, interpeló a éste si, como en otras ocasiones, quería lotería que, periódicamente, recibía de determinada Administración, contestando el interpelado que le «guardara» cinco décimos correspondientes al sorteo a celebrarse cuatro días más tarde, décimos que el procesado cortó de la tira que restaba del billete y guardó en una carpeta, marchándose el querellante sin abonar el importe; pero enterado el día del sorteo que el número había sido premiado con 400.000 pesetas por décimo, se presentó en el bar reclamando al procesado la entrega de las cinco fracciones del billete, a lo que éste se negó «por entender que eran suyas», ya que el recurrente no se las había pagado, cobrando posteriormente el encartado los 2.000.000 de pesetas correspondientes; pues de tal relato se deduce:

a) Que en cuanto a la «posesión» de los décimos por el recurrido, no aparece con toda nitidez que se desprendiera de la misma en concepto de dueño y que siguiera en ella «in nomine alieno» a título de mero depositario, pues si la tradición real, por su carácter material y externo, no ofrece dificultades, la «traditio ficta», de tanta resonancia cuando a ella se vincula de manera decisiva la transmisión del dominio, como en el caso de los títulos al portador, ha de estar perfectamente revelada; de modo que si el presunto adquirente de los décimos se limitó a decir al vendedor de los mismos que se los «guardara», esto es, reservara, sin pagar el importe de los mismos, separándolos de la tira del billete el vendedor y reteniéndolos en su poder, tales tratos más bien parece que deban reputarse de «precontrato» o de «promesa» bilateral de compraventa, en el que es esencial el término para llevar a efecto el contrato mutuamente prometido, término que en defecto de estipulación de las partes y estando involucrado un contrato aleatorio, no puede ser otro que el tiempo que restaba hasta la celebración del sorteo, pues acaecido éste, reclamar la prestación por el favorecido, desnaturaliza la esencia del «aleas»; es decir, que si no está suficientemente claro que hubiera verdadera transmisión de la propiedad de los títulos al querellante, tampoco se puede hablar de que el querellado fuera un mero depositario de los mismos, condición sine qua non o elemento normativo del tipo de apropiación indebida;

b) que, aun en el supuesto de que se entendiera que hubo verdadero «depósito» de los décimos en manos del procesado, como en el caso de participaciones de lotería de la sentencia de 26 de mayo de 1950 (en la que se apoya el recurrente) o de muebles de la de 31 de diciembre de 1964, faltaría el dolo típico del delito, por ausencia del elemento intelectual: La creencia de ser propia la cosa de que se dispone, pues así lo expresa la sentencia recurrida cuando alude a la negativa del inculpado a entregar los

décimos por entender «que eran suyos, ya que el otro no se los había pagado»; por lo que, en conclusión, ya sea por dudosa falta de antijuricidad (a dilucidar en la vía civil), ya en todo caso por falta de culpabilidad en su forma dolosa (ésta propia y exclusiva de la vía penal), se llega a la tesis de instancia de negar la existencia del delito de apropiación indebida en la conducta del inculpado, sin perjuicio de las acciones civiles que puedan asistir al presunto perjudicado; todo lo cual impone la desestimación del único motivo del recurso.

24-SENTENCIA DEL TS DE 15 DE JUNIO DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida: Requisitos.

Los requisitos que integran el delito de apropiación indebida pueden resumirse en los siguientes: 1.º En cuanto al objeto, se ha de tratar de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble.

2.º En cuanto al título, ha de mediar una recepción de tales objetos, bien mediante depósito, comisión, administración, como dato, arrendamiento de obras o servicios o cualesquiera otro que transmita legítimamente la posesión de aquéllos, mas sin atribuir el dominio o la disponibilidad sobre las cosas.

3.º Respecto a la dinámica de ejecución o acción propiamente dicha, ya delictiva, el agente recibe los objetos y aprovechando las facilidades que la tenencia física o inmediata de las cosas, convierte la posesión legítima adquirida, con ciertas facultades de autónoma disposición, en propiedad antijurídica, asumiendo facultades de disposición que sólo al dueño competen, bien incorporándolas a su patrimonio, bien disponiendo de ellas en provecho propio o ajeno o distrayéndolas del destino que debería darles según el título por el que las recibió o negaren haberlas recibido.

4.º Un perjuicio patrimonial para el depositante comitente, mandante, arrendador o dóninus en general para tercero.

5.º Animo de lucro o propósito de obtener un beneficio propio o ajeno, elemento esencial de la culpabilidad.

Resultando probado y así se declara: Que el procesado Gabino que había sido contratado como Agente de ventas por la Empresa comercial "Martini Rossi, S. A.», para la zona de Baleares, teniendo como cometido en virtud del empleo conferido, además de promocionar las ventas de los productos de la Entidad, el de cobrar los efectos mercantiles girados por la Empresa a los clientes y devueltos por impagado a aquélla que se los remitía con tal fin y con la obligación en virtud de dicha comisión de

remitir a "Martini Rossi, S. A.», bien el importe de los pagos, bien los efectos si la gestión de cobro hubiera resultado infructuosa, desde el mes de mayo de 1973, hasta el 1 de septiembre de 1976, de forma continuada y procurando evitar que la Empresa se apercibiera mediante retrasos en las liquidaciones periódicas, dispuso y gastó en su propio beneficio de cantidades procedentes de aquellos cobros por un total de 2.196.604 pesetas que no remitió a aquélla, que ha resultado perjudicada en dicha suma total.

La expresada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados integran un delito continuado de apropiación indebida definido en el artículo 535.

La doctrina de esta Sala respecto del artículo 535 del Código Penal, es terminante y tan reiterada y constante que forma cuerpo respecto de los requisitos que integran el delito de apropiación indebida y que pueden resumirse en los siguientes: Primero. En cuanto al "objeto», se ha de tratar de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. Segundo. En cuanto al "título», ha de mediar una "recepción de tales objetos», bien mediante depósito, comisión, administración, como dato, arrendamiento de obras o de servicios o cualesquiera otro que transmita legítimamente la posesión de aquéllos, mas sin atribuir el dominio a la disponibilidad sobre las cosas Tercero. Respecto a la "dinámica de ejecución», o acción propiamente dicha, ya delictiva, el agente recibe los referidos, objetos, y aprovechando las facilidades que la tenencia física e inmediata de las cosas, convierte la posesión legítima adquirida, con ciertas facultades de autónoma disposición, en propiedad antijurídica, asumiendo facultades de disposición que solo al dueño competen, bien incorporando las cosas a su propio patrimonio, bien disponiendo de ellas en provecho propio o ajeno, o distrayéndolas del destino que debería darles según el título por el que las recibió o negaren haberlas recibido. Cuarto. Un perjuicio patrimonial para el depositante, comitente, mandante, arrendador o dominus en general o para tercero. Quinto. "Animo de lucro» o propósito de obtener un beneficio propio o ajeno, elemento éste esencial de la culpabilidad.

Examinado a la luz de esta doctrina el único motivo del presente recurso, considera infringido el artículo 535 del Código Penal , con tres series de argumentaciones principales: Primera. Que no existió por parte del recurrente ánimo alguno de adueñamiento de las cantidades que debía como comisionista. Segundo. Que no hubo disposición definitiva de pertenencias ajenas. Tercero. Que entre la compañía perjudicada y el recurrente había pendiente una liquidación periódica de cuentas. Esta tercera alegación, por ir contra la declaración expresa de los hechos probados, no puede ser objeto de examen, en cuanto en tal extremo debió ser objeto de inadmisión, que en este momento se convierte en causa de desestimación. Respecto de la primera alegación, falta del ánimo de lucro, debió ser objeto de prueba específica por parte del recurrente, puesto que la voluntariedad de las acciones se presumen siempre a tenor del párrafo segundo del artículo 1.º del. Código Penal , a no ser que conste lo contrario, constancia que ha de partir del procesado, cuanto más que en los hechos probados se afirma de

forma rotunda y categórica que dispuso y gastó en su propio beneficio de la cantidad apropiada que no envió a la Entidad comitente, como era, según los mismos hechos, su obligación: "remitir el importe de los pagos». La segunda de las alegaciones: falta de ánimo de disposición definitiva de las pertenencias ajenas, decae en cuanto que la apropiación comienza en 1973, continúa hasta el 1976, y en la fecha de la sentencia de 31 de marzo de 1978, continuaba tal adueñamiento, contra lo pactado, contra su obligación de reintegro de las cosas no vendidas o del precio obtenido por ellas en virtud de la representación del comitente, pues infringiendo los deberes de conservación, de entrega al principal de la mercadería o su importe, como dispone el Código de Comercio (artículo 263) habrá quebrantado la facultad dominical de disposición que sigue perteneciendo a la mandante, y por ende había incurrido en el delito por el que se le condenó, al retener no su comisión solamente, sino el importe íntegro de la mercancía en su propio beneficio, que al no entrar en el patrimonio de la Empresa, resulta ésta perjudicada.

25-SENTENCIA DEL TS DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1979

DOCTRINA: Prueba. Distinción entre pertinencia y necesidad.

En el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se consagra el principio de la pertinencia de la prueba a cuya concurrencia se subordina la procedencia o improcedencia de la admisión, y en el artículo 746, tercero, se sienta el principio de la necesidad, o sea, que para que una prueba deba ser admitida basta con que sea pertinente, entendiéndose por tal que guarde relación con los hechos procesales o temas objeto de debate, mientras que para que su práctica se estime necesaria es menester que la omisión de la misma pueda derivarse indefensión para la parte que la hubiere propuesto, de ahí que para poder valorar la trascendencia de la prueba para decidir sobre su carácter de necesaria o no y si procede suspender el juicio oral, es indispensable que la parte que la propuso haya dado a conocer los extremos o preguntas sobre las que había de versar.

Resultando probado y así se declara, que el procesado Pedro Miguel, de treinta y un años, viajante, en fechas no bien precisadas del año 1974, aprovechando su condición de delegado de la compañía «Vademeco, S. A., donde trabajaba como delegado, con ánimo de beneficio económico, vendió mercancías de dicha sociedad anónima por valor de 1.600.000 pesetas, que hizo suyas, así como 216.882 pesetas que había cobrado por cuenta de su sociedad, aunque después devolvió 388.298 pesetas, sin que se haya acreditado que las pesetas de las que se benefició le correspondiesen en concepto de comisiones, que la casa en que trabajaba, le adeudase.

La expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 535.

Como con reiteración ha declarado esta Sala, dentro de los principios que gobiernan la prueba testifical en trámite de plenario, hay que distinguir el que se sienta en el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la procedencia a la admisión, y, a su vez, el que se sigue en el número tercero, del artículo 746, en orden a la práctica de dicha prueba, pues mientras que en el primero se consagra el principio de la pertinencia, a cuya concurrencia se subordina la procedencia o improcedencia de la admisión, en el segundo se sienta el principio de la necesidad, o sea, que para que una prueba deba ser admitida basta con que sea pertinente, entendiéndose por tal que guarde relación con los hechos procesales o temas objeto de debate, mientras que, para que su práctica se estime necesaria, es menester que de la omisión de la misma pueda derivarse indefensión para la parte que la hubiere propuesto, de ahí que, como también con reiteración tiene declarado esta Sala, para poder valorar la trascendencia de la prueba para decidir acerca de su carácter de necesaria o no y, en definitiva, de si procede suspender el juicio oral, es indispensable que la parte que la propuso haya dado a conocer los extremos o preguntas sobre las que había de versar, dado que, únicamente así podrá el Tribunal de instancia primero y el de casación después, valorar la importancia de la prueba a los efectos pretendidos por la parte que la hubiese propuesto, lo que no ha acontecido en el caso de autos, en el que además de las especiales circunstancias que abundan en la justificación de la desestimación del único motivo del recurso interpuesto al amparo del número primero del artículo 850 de la Ley Procesal Penal, como son la de que a prueba no fue propuesta por la parte recurrente, sino por el Ministerio Fiscal, y, además, que la representación del procesado hizo suyas, al formular sus conclusiones provisionales primero y posteriormente las definitivas, las conclusiones primera, tercera y cuarta del Ministerio Fiscal y solicitó le fuera impuesta al procesado la pena que realmente le fue impuesta en la sentencia recurrida.

26-SENTENCIA DEL TS DE DE 11 DE OCTUBRE DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. Caracteres.

La apropiación indebida era caracterizada por la existencia de un negocio jurídico civil, en el que abusando de la confianza que el mismo engendra, se realiza o comete un fraude patrimonial mediante la apropiación de su contenido económico traducido en dinero, efectos, o cualquier otra cosa mueble.

Resultando probado y así se declara que Carlos Alberto, trabajaba para la empresa "Los Rodeos, S. A.», teniendo como misión principal el cobro de facturas por

cuenta de la sociedad, y desde el mes de enero de 1977 hasta el mes de agosto de este mismo año, abusando de la confianza en él depositada, se fue apropiando del importe de diversos cargos, hasta hacer suyo un total de 768.129,50 pesetas, de las que dispuso en provecho y atenciones personales, sin que hasta el momento haya devuelto expresada cantidad, pese a los requerimientos que le hicieron en tal sentido.

Teniendo en cuenta que los dos motivos del presente recurso, articulados por infracción de Ley al amparo del número primero del artículo 849 del Código Procesal Penal, lo están por entender que han sido infringidos los mismos preceptos penales -los 535 y 528, primero, del Código Penal -aunque fundamentados, muy sintéticamente, con dos argumentaciones, esta única infracción legal da lugar a que su estudio casacional pueda ser realizado conjuntamente, vía que se propone realizar la Sala en aras de la sencillez y claridad. La esencia o contenido de los razonamientos empleados, consiste en que los artículos citados han sido aplicados indebidamente, porque el delito de apropiación indebida no existe, ya que por una parte los hechos probados no contienen conceptos determinantes y explicativos del tipo penal y por otra no explican la finalidad de los "cargos" encomendados al recurrente. Sobre esta figura delictiva de la apropiación indebida, atacada en la impugnación de inexistente, la Sala tiene declarado, de forma reiterado – Sentencias de 14 de noviembre de 1978 y 21 de marzo de 1979 - que está caracterizada por la existencia de un negocio jurídico civil, en el que, abusando de la confianza que el mismo engendra, se realiza o comete un fraude patrimonial, mediante la apropiación de su contenido económico traducido en dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. Y como, con los hechos que la sentencia declara como probados, se manifiesta que el procesado recurrente "teniendo como misión principal el cobro de facturas por cuenta de la Sociedad» en la que trabajaba "se fue apropiando del importe de diversos cargos, hasta hacer suyo un total de 768.129,50 pesetas, de las que dispuso en provecho y atenciones personales», de estos supuestos se deduce como evidente que, valiéndose de la relación jurídica existente con la empresa, el citado procesado cometió el fraude patrimonial, dándole a los cargos que la sociedad tenía a su favor la finalidad de disponer en beneficio propio, por lo que los dos motivos del recurso deben ser desestimados.

27-SENTENCIA DEL TS DE 11 DE OCTUBRE DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. Comisión.

De los hechos se desprende la existencia de un contrato nombrado de comisión por las partes ante ficticio otorgado a fines defraudatorios del Fisco, sustituyendo a otro idéntico en el que el llamado comisionista obraba en nombre propio y no como lo hizo

en el nuevo contrato como titular de la sociedad regular colectiva "A. M.», y cuya verdadera naturaleza jurídica no se nos revela aceptándose en el Considerando primero como título, o el de comisión, o el de administración, títulos bastantes cualquiera de ellos para generar el delito en caso de no restitución del dinero o género recibido.

Resultando probado y así se declara qué el procesado Everardo, convino con "Starlux, S. A.», siquiera fuera obrando como titular de una sociedad regular colectiva nombrada "Antonio Milla y Cía. S. R. C.» -ente ficticio o interpuesto sobre la anónima y el procesado a fines defraudatorios del Fisco- un contrato que otorgaba un contrato de comisión mercantil con sujeción a lo dispuesto en los artículos 244 a 280 del Código de Comercio. El procesado apareció habiendo percibido 326.340 pesetas del cliente "Supermax Asea», de la plaza de Huesca, 117.912 pesetas del cliente "Saturnino Acín Villacampa», de la plaza de Barbastro, y, finalmente, 63.688,35 pesetas del cliente, también de la plaza de Huesca, central distribuidora "Solanilla», a quienes se había facturado con fechas, respectivamente, del 20 de septiembre, 31 y 9 de octubre, siempre del año 1974, ascendiendo, por lo tanto, el descubierto a un total, por este concepto de cantidades percibidas por suministros en interés de "Starlux», de 507.940 pesetas, cantidad ésta que el procesado había percibido.

En la expresada sentencia se estimó que los hechos probados constituían un delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal.

El recurso se basa en el siguiente motivo: Al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 535 del Código Penal, ya que de los hechos probados resulta que entre el recurrente y la sociedad "Starlux» existía un contrato mercantil o laboral, generador de obligaciones recíprocas, sin que por parte de "Starlux» se cumpliera con todas las suyas, específicamente la de una exclusiva territorial (con la consiguiente reducción de comisiones pactadas), incumplimiento que determinó diversas reclamaciones del recurrente y una situación de discrepancia, cuya resolución exigía una rendición de cuentas y, en todo caso, su discusión ante la Jurisdicción Civil.

No es posible aceptar la tesis mantenida por el recurrente en el único tema de casación propuesto en el recurso, porque es indiscutible que la Sala de Instancia procedió con acierto en la aplicación del precepto jurídico pertinente a los hechos probados que se consignan en la sentencia recurrida, al ser tales hechos constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, pues del detallado análisis de ellos se desprende la existencia de un contrato denominado por las partes contratantes de comisión, este ficticio otorgamiento a fines defraudatorios del Fisco el 1 de abril de 1972, que venía a sustituir a otro de idéntico contenido de 1970 en el que el llamado comisionista obraba en nombre propio y no como lo hizo en el nuevo contrato como titular de la sociedad regular colectiva "Antonio Milla y Cía., SRC.», y cuya

verdadera naturaleza jurídica no se nos revela, aceptándose en el Considerando primero de la sentencia como título, o el de comisión, que paladinamente se emplea en el contrato, o el de administración, si subyaciera una relación laboral bajo el "nomen», impropio, de la comisión mercantil, título bastante, cualquiera de ellos, para generar el delito en caso de no restitución del dinero o género recibido, es decir, que cualquiera que fuera la voluntad interna de los contratantes, se infiere o induce de las cláusulas del contrato y de la conducta por ellos seguida en las fechas anteriores, coetáneas y posteriores a la de su celebración, la obligación inexcusable de entregar los precios obtenidos por las ventas de las mercancías al propietaria de la misma, así como su propio beneficio, por lo que se dan en el presente caso todas las mercancías no vendidas que debía de tener a su disposición, y lejos de ello, las hizo suyas y dispuso de las mismas en y cada uno de los elementos del delito de apropiación indebida definido en el artículo 535 antes citado, puesto que el procesado -con abuso de la confianza en él depositada, se apropió del dinero producto de la venta de varias partidas y productos de la fabricación de "Starlux» y obsequios para el fomento de las ventas, todo lo cual venía obligado a entregar a esa sociedad, sin que la alegación en que fundamenta su recurso el procesado de existir un situación de cuentas pendientes entre las partes que hace indispensable una liquidación de ellas por el concepto de comisione que hubiera devengado de habersele permitido desempeñar su cometido en la totalidad de la provincia puede desvirtuar la citada calificación jurídica al aparecer de los hechos probados la voluntad dolosa de hacerse con precio y mercancía y no retener un y otras para fines compensatorios de las hipotéticas comisiones; todo lo cual conduce a la desestimación del único motivo del recurso.

28-SENTENCIA DEL TS DE 16 DE OCTUBRE DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. Título que obliga a devolver o entregar.

El artículo 535 del Código Penal inserta un catálogo de contratos y relaciones jurídicas idóneos para engendrar el delito de apropiación indebida, catálogo que nos "numerus clausus", sino que tiene carácter ejemplificativo "o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos", cabiendo dentro de tan abierto y amplio concepto el comodato, el mandato, los arrendamientos de obras y servicios, y cosas, la sociedad y cualesquiera otros negocios jurídicos que comporten la entrega de la posesión legítima de cosa, muebles, sin traslado de propiedad ni atribución de facultades de disposición.

Resultando probado y así se declara: Que el procesado Humberto era, junto con otros pocos familiares, el propietario y principal gestor de la empresa denominada

"Ferra, Sociedad Anónima", que constituida mediante escritura pública de fecha 14 de abril de 1971 padecía en los últimos meses de 1975 y primeros de 1976, una apurada situación económica que comenzaba a presentar y culminó poco después en un generalizado sobreseimiento en el pago de sus obligaciones y ello debido principalmente a haber apelado al crédito, al parecer, para gastos de instalación o primer establecimiento y depender también para su tráfico corriente del crédito a corto plazo concedido en onerosas condiciones por los Bancos privados y luego por entidades financieras y principalmente por la denominada "Compañía de Operaciones Financieras, Sociedad Anónima" (CIDEOFISA), de Zaragoza; en el contexto de tan apremiante situación, el procesado, actuando en todo momento como gestor de "Ferra", cedió a "Cideofisa", librándolas a su orden, tres letras de cambio contra Eusebio, y aceptadas por éste, cada una de ellas por importe de 500.000 pesetas; percibiendo "Ferra" de "Cideofisa" la cantidad estipulada y pasando esta entidad a ser legítima tenedora de las cambiales, que, llegado su vencimiento, no fueron pagadas, por cuya causa "Cideofisa" entabló demanda de juicio ejecutivo en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Zaragoza y en que se despachó ejecución por auto de 23 de junio de 1976 contra Eusebio; no constando el empleo que "Cideofisa" ha dado o se propone dar a la otra letra, que paralelamente el procesado Humberto, sabiendo y constándole que había cedido a "Cideofisa", con anterioridad a los vencimientos, las cambiales, ya que las del juicio ejecutivo circunstanciado lo fueron como queda dicho mediante crearse a la orden de "Cideofisa", al saberse la falta de pago por Eusebio se entrevistó con él en 26 y 27 de enero de 1976, con el designio de regularizar la situación creada por el mal fin de las letras, recibiendo Humberto de Eusebio 600.000 pesetas en metálico y además tres letras de cambio, aceptadas, con vencimientos al 28 de febrero, 30 de marzo y 30 de abril siempre del año 1976, cada una de ellas de 180.000 pesetas, completándose la regularización mediante asumir Eusebio ciertas obligaciones dinerarias de "Ferra", y, no obstante estar destinada la cantidad recibida, así como las tres cambiales últimamente citadas, al prefijado fin de la devolución a Eusebio de las primeramente circunstanciadas, el procesado dispuso para otros fines del numerario y libró las tres-cambiales recibidas de Eusebio percibiendo y aplicando su importe para sí o para "Ferra", a la orden del Banco Central.

La citada se estimó que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 535 CP.

Considerando que este Tribunal se ocupa con frecuencia del delito de apropiación indebida, por lo que es ocioso enunciar, una vez más, su naturaleza jurídica, sus requisitos, su dinámica comisiva y los problemas que, con carácter general, suele ofrecer, bastando, por consiguiente, en este caso, con estudiar la temática que el recurrente plantea en el único motivo de su recurso y que se reduce a las dos cuestiones siguientes: a) el comportamiento del procesado que recibió 600.000 pesetas en metálico y tres letras de cambio aceptadas por el acusador particular para "regularizar la situación

creada por el mal fin" de otras letras anteriormente aceptadas por dicho acusador y cedidas a terceros por el procesado, no se ajusta a ninguno de los contratos o negocios jurídicos que el artículo 535 del Código Penal enumera como generantes del delito de apropiación indebida, y d) la conducta de dicho procesado constituye un supuesto de los denominados usos ilícitos no dominicales, los cuales tendrán trascendencia en el orden civil, pero son atípicos y, por consiguiente, irrelevantes en la esfera penal.

Considerando que tiene declarado este Tribunal, de modo uniforme y constante, que, en el citado artículo 535, se inserta un catálogo de contratos y de relaciones jurídicas idóneos para, engendrar el delito de apropiación indebida, catálogo que no es "numeras clausus" sino que tiene carácter ejemplificativo - "o por otro título que produzca obligación de entregarlos a devolverlos"-, cabiendo dentro de tan abierto y amplio concepto el comodato, el mandato, los arrendamientos de cosas, servicios y obras, la sociedad y cualesquiera otros negocios jurídicos que comporten la entrega de la posesión legítima de cosas muebles sin traslación de propiedad ni atribución de facultades de disposición. Y como, en el caso presente, la entrega y correlativa recepción de las 600.000 pesetas y de las tres letras de cambio con vencimiento el 28 de febrero, 30 de marzo y 30 de abril de 1976, obedecían y tenían por finalizada la regularización de la situación creada por él impago de tres letras anteriores aceptadas por el "tradens" y cedidas a tercero por el "accipiens", así como la "devolución" de las últimas citadas al referido "tradens", el menos perspicaz entiende que el dinero y los efectos entregados lo fueron en calidad de mandato y que las, "res commendata" se destinaban al pago y rescate de las letras primitivas o, al menos, al apaciguamiento de tenedor legítimo de las mismas -"Cideofisa"- mediante el pago parcial de ellas y la obtención de un aplacamiento o espera; y si, como se comprueba en la narración histórica de la sentencia recurrida, el mandatario, lejos de destinar el dinero y las letras a la finalidad convenida cuya gestión y logro se le encomendó, "dispuso para otros fines del numerario" y percibió el importe de las cambiales cediéndolas al Banco Central y aplicando el citado importe "para sí o para "Ferra"", es evidente que asumió unas facultades dominicales que no le correspondían y que son totalmente extrañas al contrato de mandato, adueñándose del dinero y del importe de las letras sin aplicarlos al objeto del citado mandato, perfeccionando así, con su comportamiento, el delito de apropiación indebida estudiado.

Considerando que la teoría de "los usos ilícitos no dominicales" se basa en una sutil distinción que, de un lado, destipifica, respecto al delito de apropiación indebida, la simple retención sin propósito de apoderamiento definitivo, y, de otro, trata de aproximar dicha infracción al- delito de malversación de caudales públicos, creando una figura semejante a la descrita en el artículo 396 del Código Penal -aplicación a usos propios o ajenos- en la que el "accipiens" no se propone hacer suyas o distraer definitivamente las cosas muebles recibidas, sino que las aplica a la satisfacción de una necesidad perentoria y fugaz, propia o ajena, hallándose dispuesto a reintegrar

prontamente lo indebidamente aplicado; pero en el caso presente, sobre que en la narración histórica de la Sentencia recurrida, nada se dice que permita construir y apoyar esta tesis, la que de ese modo es exclusivo fruto de la inventiva o de la imaginación del recurrente éste olvida que el artículo 396 crea una figura artificiosa y de difícil deslinde con el exclusivo fin de facilitar el reintegro de la cantidad malversada estimulando al reo mediante el resorte de una sustanciosa atenuación, y que, por lo tanto, es "condición si ne que non" de la misma, como lo sería de la exoneración preconizada al amparo de los "usos ilícitos no dominicales", la restitución dentro de un plazo que la ley fija, restitución "que ni aparece en el "factum" de la sentencia impugnada ni se ha verificado después pese a los tres años transcurridos. Procediendo, en virtud de todo lo expuesto, la desestimación del único motivo del recurso sustentado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 535 del Código Penal.

29-SENTENCIA DEL TS DE 23 DE OCTUBRE DE 1979

CAUSA: Apropiación indebida.

FALLO: Desestimando recurso contra la sentencia de la Audiencia de Madrid de 15 de julio de 1978.

DOCTRINA: Apropiación indebida. Empleado que dispone de importe de ventas.

El procesado Jefe de Administración de la empresa en perjuicio de la misma y prevaliéndose de la confianza en él depositada, dispuso en su propio beneficio el importe de lo recaudado, por vender al contado, por importe de 579.616 pesetas, en lugar de ingresarlo en el Banco a disposición de su empresa con lo que se dan todos los elementos subjetivos y objetivos del artículo 535 del Código Penal.

Resultando probado, y así se declara, que el procesado Luis Pablo , de treinta y un años, buena conducta y sin antecedentes penales, que prestaba sus servicios como Jefe de Administración de la Empresa "Dhual, S. A.", en la Delegación de esta sociedad en Arganda, dispuso de las recaudaciones por venta de proyectos al contado correspondientes a los días 27, 28, 29 y 30 de julio de 1976, que ascendieron en total a la suma de 1.026.974 mil pesetas, de las que descontadas 447.357,90 pesetas, importe de facturas justificadas, otros abonos y haberes en su relación laboral con la empresa, dan una diferencia de 579.616,10), cantidad esta de la que se apoderó en perjuicio de dicha sociedad. Denunciado el hecho el día de agosto de 1976, el procesado se presentó

en el domicilio de la, empresa el día 5 del mismo mes y efectuó una entrega en metálico de 191.002 pesetas.

Considerando que se fundamenta por el recurrente el único motivo por quebrantamiento de forma que formula en el recurso al amparo de número primero del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en que en los hechos declarados de la sentencia recurrida se consignan conceptos que, por su carácter jurídico, implican predeterminación en el fallo, citando a tal efecto la frase contenida en el "factum" de "cantidad esta de la que se apoderó en perjuicio de la sociedad...", la cual ni es concepto jurídico ni contiene expresiones de técnica jurídica, sino que son términos que tienen una concepción vulgar y corriente, cuya significación está al alcance de cualquier persona con conocimientos comunes, y así lo tiene repetidamente declarado esta Sala al entender que el término apoderamiento, en cualquiera de sus formas gramaticales, no constituye concepto jurídico y no representa el vicio procesal de quebrantamiento de forma denunciado, por lo que procede su desestimación. De la narración de hechos estimados probados en la sentencia recurrida aparece perfectamente configurada la figura delictiva de la apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, ya que el procesado, Jefe de Administración de la empresa, en perjuicio de la misma y prevaliéndose de la confianza en él depositada, dispuso en su propio beneficio del importe de lo recaudado por ventas al contado correspondiente a los días 27, 28, 29 y 30 de julio de 1976, cantidad que, después de efectuar unos pagos, quedó reducida a 579.616,10 pesetas, que según se dice, con indudable sentido fáctico, en el Considerando primero de la sentencia, se apropió en su propio beneficio en lugar de ingresarla en el Banco a disposición de su empresa, con lo que se dan todos los elementos objetivos y subjetivos para integrar el delito con el lucro de una parte y correlativo perjuicio para a otra del dinero que le debió entregar su empleado y del que indebidamente dispuso en beneficio propio, por lo que procede desestimar el segundo motivo del recurso en el que se denunciaba, al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la indebida aplicación del artículo 535 del Código Penal. No existe en la relación fáctica la menor referencia al factor ético-psicológico de arrepentimiento preciso para la apreciación de la atenuante novena del artículo 9º del Código Penal, que es el presupuesto determinante y el que vivifica su sentido, y que aunque presumible a veces ha de ser sobre la base de conductas inequívocas, siendo insuficiente para su apreciación el mero hecho de presentarse en el domicilio de la empresa siete días después del apoderamiento y tres de haberse denunciado, efectuando una entrega en metálico de 191.002 pesetas, por o que no concurren en el hecho enjuiciado los elementos que caracterizan esta circunstancia atenuante, extremo que es el que impidió a la Sala sentenciadora, y vuelve a impedir en este trámite de casación, la estimativa de la circunstancia la que nos lleva a desestimar los motivos tercero y cuarto de recurso.

30-SENTENCIA DEL TS DE 27 DE OCTUBRE DE 1979

CAUSA: Apropiación indebida.

FALLO: Desestimando recurso contra sentencia de la Audiencia de Barcelona de 27 de octubre de 1978.

DOCTRINA: Prueba. Denegación. Artículo 850, primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La denegación de prueba del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son las que la Sala "considere pertinentes, pertinencia cuya apreciación no incumbe a las partes, sino al Tribunal que con la apreciación conjunta de todo el material probatoria traído al proceso puede resolver con acierto y cuyo acuerdo puede revisarse en casación examinando si la denegación produjo indefensión a las partes, lo que no apreció el Tribunal de instancia al denegar la admisión de las pruebas documental y pericial propuestas habida cuenta de las practicadas en el sumario, entre ellas el reconocimiento del procesado ante la presencia judicial del hecho de la apropiación.

Resultando probado, y así se declara, que el procesado Alberto, de veintidós años, de buena conducta y con antecedentes penales, empleado cajero de una de las plantas de la empresa "Comercial Electrodoméstica, S. A. (COESA)», sita en Barcelona, en calle de Marqués del Duero, 69-71, de enero a octubre de 1975, cobraba artículos que vendía dicha casa "COESA», pero en diversas ocasiones, con unidad de propósito y destruyendo las facturas de venta, no ingresaba en la caja los importes recibidos en metálico, hasta una cuantía de 494.095 pesetas, que hizo suyas para sus necesidades personales; a los pocos días de ser descubiertas las anomalías de caja, la madre del procesado firmó letras de cambio aceptadas hasta cubrir la suma no ingresada por su hijo, abonando 40.000 pesetas de las 494.095 pesetas en letras de cambio, restando, por tanto, como perjuicio a "COESA» 454.095 pesetas.

La denegación de pruebas, que puede motivar el recurso de casación por quebrantamiento de forma del número primero del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son las de aquellas que "consideren pertinentes», como se dice en este precepto, pertinencia cuya apreciación no incumbe a las partes, sino al Tribunal, que con la apreciación conjunta de todo el material probatorio traído al procesado, puede resolver con acierto -cómo tiene declarado esta Sala- tal problema para el mejor cumplimiento de la función de justicia que se le atiende asignada, y cuyo acuerdo puede ser revisado por esta Sala a través del recurso de casación, par a que ante la contemplación íntegra del caso penal, en su última fase, pueda examinar si la denegación de pruebas produjo o no indefensión a las partes, lo que no apreció el Tribunal de Instancia al denegar la admisión de la prueba documental y pericial

propuesta por la representación del procesado, habida cuenta de las pruebas practicadas en el sumario, entre la que se encontraba el reconocimiento que hizo el procesado ante la presencia judicial del reconocimiento obrante al folio 3 del sumario, del hecho de la apropiación del importe de varios recibos que cobraba directamente, y que una vez en su poder, en lugar de ingresarlos en la caja de la Empresa, se los guardaba para sus gastos particulares, siendo o ascendiendo la cantidad sustraída desde el mes de octubre de 1974 hasta la fecha del documento la de 494.035 pesetas, y ello unido a la dificultad de poder practicar las pruebas documental y pericial propuestas, el citado Tribunal de Instancia denegó acertadamente unas pruebas que habían de dilatar innecesariamente la tramitación del proceso, por lo que procede desestimar el único motivo de casación propuesto.

31-SENTENCIA DEL TS DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida y hurto con abuso de confianza. Su distinción.

Así como la dinámica del "modus operandi" en el delito de hurto esta constituida por el tomar la cosa sin voluntad del titular dominical, en el de apropiación el traspaso del objeto de la figura punitiva se hace mediante apropiación, distracción o negación del "accipiens", que lo ha recibido sin traslación dominical, es decir, como mero detentador o poseedor, en virtud de un negocio o acto jurídico con lo que si la cosa apropiada no fue entregada por el "tradens" al "accipiens" se estará en presencia del hurto y por el contrario siempre que lo fuere, en razón de un negocio jurídico, surgirá la apropiación indebida. Y como de los hechos que se declararon probados no se desprende que el procesado como funcionario del "Negociado de Compensación, Giros y Transferencias" del Banco Rural y Mediterráneo le fuese confiado o tuviese por razón de su función y servicio, la cantidad apropiada, sino que realizó la conducta delictiva "aprovechándose" de las facilidades que el ejercicio de su empleo le deparaban a través de operaciones en las que resultaban diferencias en perjuicio de la entidad bancaria, que resultó perjudicada como sujeto pasivo del delito, resulta correcta la apreciación de la Sala al considerar los hechos como constitutivos del delito de hurto con la agravante específica de abuso de confianza y no del de apropiación indebida.

Resultando probado, y así se declara, que el procesado Juan Antonio , que desde el 15 de abril de 1955 al 6 de agosto de 1971 prestó servicios en la Agencia Urbana número 4 de Madrid del Banco Rural y Mediterráneo, al frente del Negociado de Compensación, Giros y Transferencias, aprovechándose de las facilidades que el ejercicio de su empleo le deparaba, durante este tiempo, con unidad de propósito y

provecho propio, se apoderó de 6.100.897,75 pesetas a través de las siguientes operaciones: diferencia en documentos a compensar, 4.436.092 pesetas; diferencia en cuentas diversas, partidas en suspenso entre sucursales, 969.618,57 pesetas; talones entregados por clientes sin abonar en ninguna cuenta, 340.000 pesetas, y adeudo a clientes en concepto de liquidación de Seguros Sociales, sin abono en ninguna cuenta, 355.187 pesetas; y pesaroso de lo ocurrido con anterioridad a la denuncia del hecho, el 31 de julio de 1971 reintegró al Banco 450.000 pesetas y ofreció con otros bienes garantía por la cantidad restante, sin que hasta la actualidad haya hecho efectivo ninguna otra cantidad, ni se haya justificado que otras personas hubieran participado de los efectos del hecho.

El primer motivo que ha de resolver la Sala, tanto por razón cronológica de la interposición como por exigencia procesal, es el interpuesto por el acusador particular, en el que alega la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba y aduce como fundamentación el que se ha hecho constar en los supuestos fácticos "que el procesado se apoderó de 6.100.897,75 pesetas" y el no haber manifestado "que el apoderamiento fue de 94 talones firmados por don Luis Alberto padre político del procesado", y asimismo el haber consignado "el que no se ha justificado que otras personas hubieran participado de los efectos del delito", señalándose como documentos auténticos los 94 talones cuya firma ha sido reconocida por el librador; y aunque hay que reconocer que los documentos que se indican tienen la naturaleza de autenticidad, al ser reconocidos como ciertos por el firmante, el motivo debe ser desestimado, porque la frase omitida sobre el apoderamiento de los talones y la consignada sobre la no justificación de otras personas en la participación, no contradicen lo más mínimo el particular de que el procesado se apropió de 6.100.897,75 pesetas, contradicción que es necesaria para que se de la vía de la casación por el motivo alegado, de carácter revisionista excepcional en la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de Instancia, pues es preciso que el error fáctico nazca no solamente de documento auténtico, sino que se demuestre además la evidente equivocación del Juzgador.

El segundo motivo y último de la acusación particular está articulado por entender que el artículo 108 del Código Penal ha dejado de aplicarse indebidamente, y fundamenta esta no aplicación indebida en que el librador de los talones fue el que se benefició de los efectos delictivos, en este caso de parte de los 6.100.897,75 pesetas, ya que no fueron cargados a su cuenta corriente. Para que pueda tener aplicación este precepto penal, que recoge la denominada receptación civil por la doctrina, es preciso: a) que se de una participación del contenido del objeto delictivo, no derivada de la intervención en el delito, con responsabilidad penal, pudiendo ser sujeto activo tanto la persona individual como colectiva; y b) que esta participación sea por título lucrativo, lo que da lugar al problema jurídico de analizar, en cada caso, el acto o negocio jurídico que la origina. Y como de los hechos probados no se deriva más participación que la del procesado, el motivo que se analiza debe ser desestimado, ya que, por otra parte la

argumentación hecha por el recurrente de que no fueron cargados a la cuenta del librador de los talones, no quiere decir que por otros medios el procesado no disminuyese la provisión de fondos de la misma, pues lo cierto es que, además de no recogerse en la narración fáctica el "modus operandi" del procesado, del examen de la causa, que la Sala ha realizado, para la mejor comprensión de los hechos, no se evidencia, por ausencia de investigación, si existió o no disminución real en la cuenta del librador de los talones, así como tampoco la dinámica empleada por él procesado para lograr la apropiación que se le imputa, de modo tajante, en los hechos declarados como probados, que han de ser respetados en la casación al desarrollarse la invocación de aplicaciones indebidas de normas sustantivas de rigurosa aplicación en el enjuiciamiento penal.

El tercer y cuarto motivo sobre los que la Sala ha de pronunciarse son el primero y segundo de los dos únicos interpuestos por el procesado, y lo han sido por entender, en el articulado en primer lugar, que los artículos 514, primero; 515-1 y 516-2 han sido aplicados indebidamente; y en el formulado en segundo término, que el artículo 535 ha dejado de aplicarse, es decir, porque los hechos deben calificarse jurídicamente como constitutivos de un delito de apropiación indebida en lugar de hurto con abuso de confianza, como ha hecho la sentencia recurrida, por lo que toda la problemática de los dos motivos queda reducida a determinar la diferencia entre una y otra infracción delictiva y a concretar la subsunción de la conducta del procesado en uno u otro delito, lo que implica una alternativa de tesis concluyentes -tesis y antítesis- que permite y aconseja por razones de síntesis un enjuiciamiento unitario. Sobre esta diferencia de gran alcance punitivo, la Sala, una vez más, tiene que declarar, de acuerdo, con su doctrina – sentencias de 29 de octubre de 1976 , 23 de febrero de 1979 y 11 de octubre del mismo año -, que así como la dinámica del "modus - operandi" en el delito de hurto está constituida por el tomar la cosa sin la voluntad del titular dominical, en el de apropiación el traspaso del objeto de la figura punitiva se hace, mediante apropiación, distracción o negación del "accipiens", que lo ha recibido sin traslación dominical, es decir, como mero detentador o poseedor, en virtud de un negocio o acto jurídico, con lo que si la cosa apropiada no fue entregada por el "tradens" al "accipiens", se estará en presencia del hurto, y por el contrario, siempre que lo fuere, en razón de un negocio jurídico, surgirá la apropiación indebida. Y como de los hechos que se declaran probados y del examen de los autos practicado, para mejor comprensión de los hechos, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , no se desprende que el procesado, como funcionario del Negociado de Compensarán, Giros y Transferencias del Banco Rural y Mediterráneo, le fuese confiado o tuviese por razón de su función y servicio la cantidad apropiada, sino que realizó la conducta delictiva "aprovechándose de las facilidades que el ejercicio de su empleo le deparaba" a través de operaciones en las que resultaban diferencias en perjuicio de la entidad bancaria, que resultó perjudicada como sujeto pasivo del delito,

resulta correcta la apreciación de la Sala, al considerar los hechos como constitutivos del delito de hurto, con la agravante específica de abuso de confianza, y no del de apreciación indebida, por lo que estos dos motivos examinados, primero y segundo del escrito de interposición formulado por la representación del condenado, deben ser desestimados.

32-SENTENCIA DEL TS DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1979

DOCTRINA: Apropiación indebida. La incorporación al propio patrimonio de cantidades que debía devolver integra el delito de apropiación.

El delito de apropiación indebida se comete por la incorporación por parte del sujeto activo al propio patrimonio de una cosa mueble o de una cantidad de dinero que se le haya confiado la tenencia y no el dominio que éste trata de adquirir para sí, abusivamente por un acto de propia autoridad sin ánimo de entregarla, restituirla o devolverla como venía obligado; el procesado en vez de entregar las cantidades que venía percibiendo en la suscripción de pólizas o títulos de capitalización y ahorro, se fue quedando con ellas, incorporando así a su patrimonio, deducidas sus comisiones, que no justificó ni devolvió, resulta evidente que cometió el delito por el que viene condenado, puesto que la incorporación al propio patrimonio desnaturaliza la pretendida mora en la obligación de rendir cuentas.

Resultando probado, y así se declara expresamente, que el procesado Gaspar contrató en junio de 1975 con Narciso, delegado en Andalucía de "Central de Ahorros, S.A.", el ser en lo sucesivo agente del mismo, con la misión de obtener nuevos títulos de capitalización y ahorro, por lo que percibiría una comisión del 15 por 1.000 del total nominal contratado en cada nueva operación, corriendo de cuenta del procesado los gastos de los viajes que hiciera en cumplimiento de su trabajo, así como los envíos de la propaganda que se suministraba por la dicha entidad, y siendo Narciso responsable frente a "Central de Ahorros, S. A.", de la gestión de sus agentes, como lo era el procesado, el cual a partir de junio de 1976 y hasta octubre del mismo año, en vez de remitir, como hacía con anterioridad.- las cantidades que percibía al suscribir pólizas de la entidad dicha con diversos particulares de las localidades de los partidos de Andújar y Martos, se fue quedando con ellas, incorporando así a su patrimonio un total de 435.560 pesetas, de las que hay que descontar como comisión por las pólizas suscritas, y de las que la dicha cantidad era suma de los pagos parciales, la de 180.000, sin que haya quedado acreditado, que Narciso le hubiere dejado de abonar cantidad alguna por comisiones procedentes de la suscripción de otras pólizas, ingresando, pues, el procesado así un total de 243.560 pesetas.

El delito de apropiación indebida se comete por la incorporación por parte del sujeto activo al propio patrimonio de una cosa mueble o de una cantidad de dinero de la que se le haya confiado la tenencia y no el dominio que éste trata de adquirir para sí abusivamente por un acto de propia autoridad sin ánimo de entregarla, restituirla o devolverla como venía obligado; por lo que reconocido en el relato fáctico de la resolución impugnada, que el procesado en vez de entregar las cantidades de dinero que venía percibiendo en la suscripción de pólizas o títulos de capitalización y ahorro, como delegado en Andalucía de la "Central de Ahorros, S. A.", se fue quedando con ellas, incorporando así a su patrimonio, deducidas sus comisiones, la suma de 243.560 pesetas, que no justificó ni devolvió, resulta evidente que cometió el delito por el que viene condenado, puesto que la incorporación al propio patrimonio desnaturaliza la pretendida mora en la obligación de rendir cuentas que el recurrente alega en su defensa y criminaliza el negocio contractual, incluyéndolo en el tipo delictivo expresado, lo que fundamenta la desestimación del motivo primero del recurso.

Por lo que se refiere al segundo de dichos motivos, es preciso tener en cuenta que dictada la resolución impugnada en 20 de abril de 1978, la Sala tenía que atenerse a la legalidad vigente en dicha época, que no fue modificada hasta fechas posteriores, con lo que cumplió y no infringió el precepto que se cita como vulnerado, siendo, por tanto, correcta la pena impuesta, sin perjuicio de que en el trámite de ejecución de la misma pueda ser rebajada en aplicación el principio penal de la retroactividad de la ley más favorable al reo, que se invoca en el motivo extemporáneamente por lo que no puede ser acogido.

33-SENTENCIA DEL TS DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1979

FALLO: Estimando recurso contra sentencia de la Audiencia de Valencia de 30 de septiembre de 1978.

DOCTRINA: Apropiación indebida. Elementos necesarios para su apreciación.

Los elementos necesarios para la apreciación de la apropiación indebida nos vienen dados: 1.º En cuanto a la acción, por una dinámica o "modus operandi" alternativo y tripartito de apropiación, distracción o negación de la percepción de cosa mueble recibida por el sujeto activo del delito en virtud de un acto o negocio jurídico, no operativo de la transmisión del "ius disponendi" y sí meramente de la posesión o tenencia, determinante de un perjuicio patrimonial para el titular de la propiedad del objeto como resultado. 2.º En cuanto a la culpabilidad, por la existencia no solamente de la conciencia y voluntad de la conducta realizada, sino además por un ánimo de lucro, como sinónimo del deseo o propósito de lograr un beneficio propio o ajeno, elemento

culpabilístico que ha de ser tratado como factor subjetivo de lo injusto de una tipología anormal, al ser introducido en la descripción legal de la acción, y 3.º En cuanto a la antijuricidad, por la norma socio- cultural normal para determinar el alcance del perjuicio patrimonial y por la norma jurídico extrapenal que concrete la naturaleza del acto y negocio jurídico y sus efectos, a fin de especificar el alcance de la operatividad traslativa del objeto y finalidad perseguida por el agente de la acción.

El recurso de casación de carácter extraordinario, velatorio de la aplicación uniforme de la ley, creador de derecho mediante la interpretación de la norma al caso concreto, de acuerdo, no solamente con las nuevas ópticas que la doctrina aporta a la ciencia jurídica, sino también con las circunstancias que demanda la equidad y garantía de la recta Administración de Justicia, concede la vía revisionista de los supuestos fácticos excepcionalmente, a través del motivo segundo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el Juzgado, de modo evidente, incurre en error de hecho al apreciar la prueba, concesión que se hace para evitar el quebrantamiento de la justicia, y requiere para su apreciación:

Primero. Que resulte de documento auténtico, cuya autenticidad ha de nacer bajo el punto de vista externo, en el sentido de que han de tener vivencia jurídica de acuerdo con las formalidades que la ley exige para su otorgamiento, y del interno, en cuanto que su contenido ha de ser indubitado. Y segundo. Que citado error, sufrido en la captación probatoria del documento o documentos auténticos, no estuviese desvirtuado por otros medios probatorios a través de una lógica depurada y un análisis minucioso.

De acuerdo con la anterior doctrina, los motivos primero y segundo del escrito de interposición del recurso (articulados al amparo del motivo expuesto en el anterior Considerando, y fundamentados, el primero en que en la narración fáctica se debió hacer constar que los procesados actuaron conforme a los acuerdos de la sociedad y que los 20.000.000 de pesetas fueron reintegrados a la misma, y el segundo, en que igualmente debieron incluirse, en el Resultando de hechos probados, los supuestos de que la póliza de las acciones fueron entregados en el plazo establecido por el Juzgado y que la ampliación del capital, con cargo a la que se atribuyeron las 4.000 acciones al señor Carlos Manuel, quedó debidamente inscrita en el Registro Mercantil, estos dos motivos deben ser desestimados, porque aparte de que de los siete documentos que se señalan como auténticos, tres de ellos certificaciones del Secretario del Consejo de Administración de la sociedad anónima, el escrito de querrela y la comparecencia- no gozan de la autenticidad suficiente por ausencia de contenido indubitado en cuanto son manifestaciones o declaraciones de voluntad dotadas de mayor o menor fiabilidad, los supuestos fácticos que se indican como errores, no son más que omisiones, que no implican contradicciones con los que se declaran como probados, omisiones susceptibles de ser invocadas en la casación por otros conductos, siempre que incidan en

la eliminación de los requisitos de las figuras del delito, pero no por la vía casacional utilizada.

El delito de apropiación indebida, con denominación específica e independiente en la legislación, a partir del Código de 1944, que castiga el perjuicio económico causado a titulares dominicales, a través del abuso de la confianza que llevan consigo las relaciones de convivencia nacidas de actos o negocios jurídicos, origina una problemática compleja, como la mayor parte de las figuras penales, en los "casos límite", es decir, cuando se trata de determinar la distinción entre el ilícito civil y el penal y los rasgos característicos de sus figuras, por lo que la Sala, en el presente caso, estima necesario declarar, una vez más, que, de acuerdo con su doctrina - sentencias 13 de diciembre de 1976, 17 de mayo de 1977 y 21 de marzo de 1979, entre otras-, los elementos necesarios para su apreciación, nos vienen dados: Primero, En cuanto a la acción, por una dinámica o "modus operandi" alternativo y tripartido de apropiación, distracción o negación de la percepción de cosa mueble recibida por el sujeto activo del delito en virtud de un acto o negocio jurídico, no operativo de la transición del "ius disponendi" y sí meramente de la posesión o tenencia, determinante de un perjuicio patrimonial para el titular de la propiedad del objeto, como resultado.-Segundo. En cuanto a la culpabilidad, por la existencia, no solamente de la conciencia y voluntad de la conducta realizada, sino además por un ánimo de lucro, como sinónimo del deseo o propósito de lograr un beneficio propio o ajeno, elemento culpabilístico que ha de ser tratado como factor subjetivo de lo injusto de una tipología anormal, al ser introducido en la descripción legal de la acción.-Y tercero. En cuanto a la antijuricidad, por la norma socio- cultural normal para determinar el alcance del perjuicio patrimonial y por la norma jurídica extra-penal para concretar la naturaleza del acto y negocio jurídico, y sus efectos, a fin de especificar el alcance de la operatividad traslativa del objeto y finalidad perseguida por el agente de la acción.

Del examen de los hechos, bajo la óptica de la anterior doctrina, se deduce: a) que los procesados aceptaron del querellante el encargo de comprar acciones a la par de la empresa "Vinos Españoles, S. A." -VISA.-, por importe de 20.000.000 de pesetas, y como Vicepresidente y Consejero de la misma recibieron esta cantidad, a través de las correspondientes entidades bancadas y mediante diferentes efectos mercantiles, e, inmediatamente de tenerla en su poder, la emplearon en beneficio de la sociedad, habiendo entregado al citado querellante 4.000 acciones al valor nominal de 5.000 pesetas dos meses después del plazo convenido, mediante el aumento correspondiente de capital y emisión de nuevas acciones, lo que en sí no implica una conducta de distracción, única actividad con potencialidad para tener encaje en el tipo delictivo aplicado por la sentencia, en cuanto que no se dio desviación de la misión aceptada por los procesados, sino un simple retraso en el cumplimiento, sin entidad suficiente para enjuiciar sus efectos en el campo penal y sí meramente en el civil; b) que si bien es cierto que los procesados entregaron las acciones el 25 de julio de 1974, mediante

comparecencia ante el Juzgado, una vez incoado el sumario, también hay que reconocer que éste se inició mediante querrela presentada cinco días después del vencimiento -el 29 de abril de 1974-, por lo que esta circunstancia de entrega de las acciones, una vez que estaba en trámite la investigación de la posible infracción criminal, no implica por sí sola el ánimo lucrativo con deseos de causar un perjuicio patrimonial amparado por la legislación penal, y c) por otra parte, que a través de la antijuricidad o normativa cultural y la específica de carácter jurídico extrapenal, no existe la posibilidad de determinar directamente el perjuicio patrimonial sufrido por el sujeto pasivo de la acción, en cuanto que si bien es cierto que el importe nominal de los 20.000.000 de pesetas de las acciones que adquirió el querellante era superior al real, sin embargo no se puede olvidar, por una parte, que el precio ofrecido fue a la par, y por otra, que al quedar el querellante como socio de la entidad, el perjuicio o beneficio es de carácter abstracto, susceptible únicamente de concretarse después de la correspondiente disolución y liquidación de la sociedad de la que entró a formar parte como socio.

De las exposiciones interpretativas de naturaleza jurídica y operatividad subsuntiva tipológica realizadas en los dos anteriores Considerandos, se deduce la inexistencia del delito de apropiación indebida, apreciado en la sentencia recurrida, ya que las posibles transgresiones temporales y criterios diferentes sobre la efectividad del contenido de los acuerdos entre querellante y procesados, en el caso sometido a enjuiciamiento, no inciden en la ilicitud penal, por lo que es procedente, y debe declararse la estimación del tercer motivo del recurso, articulado por entender que el artículo 535 del Código Penal ha sido aplicado indebidamente.

JURISPRUDENCIA POSTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1995

1-SENTENCIA DEL TS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2016

Los estatutos de la caja de ahorros del mediterráneo (en adelante cam), establecían en su artículo 9: "Los compromisarios, los Consejeros Generales, y los miembros de cualquier Órgano de Gobierno de la Caja, de sus comisiones delegadas y de los órganos de apoyo al Consejo de Administración, tendrán carácter honorífico y gratuito, y no podrán originar percepciones distintas de las dietas por asistencia y gastos de desplazamiento que apruebe la Asamblea General a propuesta del Consejo de

Administración, dentro de los límites máximos que en cada momento establezca la autoridad competente".

El Tribunal de instancia acordó la absolución de los acusados Obdulio y Jose Daniel de los delitos de apropiación indebida y administración desleal de los que venían acusados. Contra la sentencia interponen recurso las acusaciones particulares en nombre de Fundación Obra Social de Caja Mediterráneo y del Fondo de Garantía de Depósitos.

En la jurisprudencia coexistían, al menos desde 1994, dos posiciones respecto del entendimiento del antiguo artículo 535, y luego del artículo 252 del C. Penal de 1995 . En una de ellas se entendía que en el mismo se regulaban un supuesto de apropiación indebida de cosas y otro supuesto distinto que, bajo el término distracción, comprendía en realidad un caso de administración desleal al estilo del artículo 266 del Código Penal alemán. Esta tesis fue recogida en la STS nº 224/1998, de 26 de febrero, en la que se argumentaba que en el art. 535 del CP derogado se yuxtaponían -como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente- dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su «status». En esta segunda modalidad, bastaba la causación de un perjuicio al patrimonio administrado, sin necesidad de demostrar la concurrencia del animus rem sibi habendi, que caracterizaba los supuestos de apropiación. En la otra posición jurisprudencial, más tradicional, se sostenía que en el artículo 535 y luego en el 252, que no lo había modificado sustancialmente, se recogían conductas apropiatorias y no conductas de uso inapropiado respecto del patrimonio administrado o entregado por cualquiera de los títulos típicos, aunque por las específicas características del dinero y otros bienes fungibles, cuando constituían el objeto del delito, se empleaba el término distracción, aunque siempre refiriéndose a actos de expropiación definitiva, o, lo que es lo mismo, a apropiaciones definitivas, o caracterizadas por esa vocación. Así, por distracción se entendía dar a lo recibido un destino distinto del impuesto, pactado autorizado, pero no con finalidad de mero uso, sino con el designio de extraerlo del patrimonio o del ámbito de dominio de su titular. De esta forma, cabían en el artículo 252 todos los supuestos de actos de significado apropiativo sobre bienes ajenos recibidos por alguno de los títulos mencionados en el artículo, es decir, depósito, comisión o administración, o, en general, por cualquier título que produjera la obligación de entregarlos o devolverlos. Se entendía asimismo desde esta posición, que esta interpretación se ajustaba mejor a la inevitable convivencia con el artículo 295, cuya presencia como norma en vigor hacía

difícil la pervivencia de la primera de las interpretaciones, pues los casos previstos en este último precepto como supuestos de administración desleal se encontrarían también comprendidos en el artículo 252, lo que conducía a situaciones de complicada resolución. En la sentencia de STS 224/1998, de 26 de febrero, Caso *Argentina Trust*, antes citada, se decía que habría conductas que quedarían comprendidas en ambos preceptos, resolviéndose el concurso aparente de normas con arreglo al artículo 8.4º, lo que era criticado debido a que podría conducir, en la práctica, a la reducción de la aplicación del artículo 295, sin que además se explicase la razón de prescindir de los demás cauces de solución previstos en el artículo 8 con carácter preferente al contemplado en su número 4. En cualquier caso, no era discutible que el artículo 295 no establecía un subtipo privilegiado de administración desleal aplicable en el ámbito societario, pues tal interpretación no encontraba justificación alguna desde el punto de vista de la política criminal. En otro sentido, ya en la STS nº 867/2002, de 29 de julio, se afirmaba que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad. La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación. La jurisprudencia trató de encontrar elementos y criterios que permitieran una distinción entre ambos casos. En la STS nº 915/2005, de 11 de julio, se decía que cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de

recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (cfr., en el mismo sentido SSTS 841/2006, 17 de julio y 565/2007, 4 de junio). Como corolario, podría afirmarse que los actos de significado apropiativo están fuera de las facultades del administrador respecto del patrimonio administrado, tanto si tienden al beneficio propio como al ajeno, y por lo tanto constituirían delito de apropiación indebida. Mientras que los actos caracterizados por el empleo o uso abusivo del patrimonio administrado, dentro de las facultades del administrador, constituirían delitos de administración desleal del artículo 295, siempre que cumplieran las demás exigencias del tipo descrito en ese artículo. En la STS nº STS 462/2009, 12 de mayo, luego de recordar que se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos, se citan sintéticamente la mayoría de ellas. En cualquier caso, las conductas consistentes en una actuación como dueño sobre dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, recibidos por alguno de los títulos mencionados en el precepto, se consideraban incluidos en el artículo 252, como distracción o como apropiación, y no en el artículo 295, que se aplicaría solo a los casos de actos de administración causantes de perjuicio en las condiciones previstas en ese tipo.

En la actualidad, ya vigente la reforma operada en el C. Penal por la LO 1/2015, la cuestión presenta otros perfiles. En la STS nº 700/2016, de 9 de setiembre, con cita de la STS 163/2016, 2 de marzo, se hace referencia a la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253. En definitiva, se entiende que constituirán delito de apropiación indebida los actos ejecutados sobre los bienes recibidos por alguno de los títulos típicos, que tengan significado o valor apropiativo, mientras que constituirán delito de administración desleal aquellos otros que supongan un uso inadecuado de los bienes sobre los que se tienen facultades para administrar, mediante un exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas que cause un perjuicio al patrimonio administrado.

2-SENTENCIA DEL TS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2016

En fecha no concretada del primer cuatrimestre del año 2010 Global Logistics, S.A., empresa dedicada al transporte internacional de mercancías, contrató los servicios como agente de aduanas de "Amartrans, S.L.", con domicilio en c/ Virgen del Socorro, 29 entlo de Alicante, cuyo representante legal es el acusado Raimundo, mayor de edad (n. 28-1-50) y cuyos antecedentes penales no constan, entregándole la cantidad de 75.848,13 euros para pagar IVA y arancel a la Agencia Tributaria, no haciéndolo el acusado, destinando el dinero a un fin distinto. La cantidad debida ha sido abonada por el acusado a Universal Global Logistics, S.A.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: La sala acuerda: Condenar a Raimundo como autor penalmente responsable de un delito de apropiación indebida del art. 252 y 250.1.6º CP.

El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron. No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo. Por otro lado, rectificando anteriores planteamientos la consolidada doctrina de esta Sala, siguiendo la del Tribunal Constitucional, ha entendido que la

prueba de cargo ha de estar referida a todos los elementos del delito, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (STC n° 147/2002, de 15 de julio; STS n° 521/2015, de 13 de octubre y STS n° 655/2015, de 4 de noviembre, entre otras).

En el caso, como ya se ha dicho, no se ha apreciado el aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional, por lo que no es preciso analizar la eventual prueba sobre tales aspectos. De otro lado, el Tribunal razona que el recurrente ha reconocido los hechos y, concretamente, que, debido a su situación de iliquidez temporal, dispuso del dinero que había recibido para el pago del impuesto. Asimismo declara probado, valorando la declaración del denunciante, que la empresa perjudicada tuvo que abonar el impuesto y el arancel a la Agencia Tributaria y posteriormente, el acusado lo reconoció y se avino a devolver el dinero en un periodo de tiempo, como efectivamente hizo. El recurrente no niega estos hechos, aunque sostiene que no sabía que actuaba ilícitamente, porque existían unos avales en garantía del pago de cualquier tributo. Añade que entre la sociedad y el recurrente existía una relación de cuenta corriente. A pesar de sus afirmaciones, y de que en la sentencia no se trata esta cuestión, es claro que la existencia de un aval que garantiza el pago del tributo, no permite a quien recibe el dinero con la obligación de proceder a su pago, que, en lugar de ello, lo emplee invirtiéndolo en su propio beneficio, y, por lo tanto, actuando sobre él como si fuera su dueño. Ninguna persona que desarrolle su actividad en el ámbito comercial y que tenga un conocimiento que pueda considerarse situado dentro de la normalidad, puede entender de forma razonable que la existencia de avales le autorizan para hacer suyo el dinero recibido para cumplir con la actividad avalada, transfiriendo así al avalista la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones que corresponden a aquel. Por lo tanto, el elemento subjetivo, consistente en el conocimiento del significado de su conducta y en la voluntad de ejecutarla con las consecuencias propias que le corresponden, surge sin dificultad de la descripción de los hechos probados.

En cuanto a la relación de cuenta corriente que se alega, además de que no constan sus características concretas, lo que impide valorar su posible relevancia, pudiera explicar algunos desfases temporales en la contabilidad, siempre de menor entidad, pero no justifica una distracción de dinero en la forma descrita en el hecho probado, en el que el recurrente lo hizo suyo, utilizándolo para sus propios intereses, hasta que fue reclamado por la sociedad que se lo había entregado. De esas consideraciones resulta igualmente la superación del llamado punto de no retorno, mencionado por el recurrente en alusión a algunos precedentes de esta Sala. A esa situación se llega cuando se ha dispuesto del dinero con vocación de permanencia, la cual resulta del hecho de que, conocido el uso ilegítimo y reclamada la devolución, ésta no resulta posible. Sin perjuicio del establecimiento posterior de cauces o sistemas de reintegro e indemnización. De los hechos probados resulta que el recurrente, sin autorización alguna, dispuso del dinero, que había recibido con la finalidad de hacer

unos determinados pagos, como si fuera suyo, y solo lo devolvió cuando le fue reclamado.

3-SENTENCIA DEL TS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2016 (N.º Resolución 888/2016)

La acusada Salome, mayor de edad y sin antecedentes penales, en el periodo comprendido entre los días 21-7-1997 a 21-2- 2005 en que fue despedida, estuvo empleada en la mercantil FERROS Y ALUMINIO NAVARRO SL, administrada por Juan, al frente de cuya entidad se encontraba aquella llevando la gestión y contabilidad, sobre quien su administrador había depositado su confianza, confiriéndole amplias facultades, teniendo por objeto dicha sociedad la construcción y venta de estructuras metálicas y cerrajería.

La acusada, haciendo uso de esas facultades, contrató por cuenta de la mercantil a su hija, la también acusada Bárbara, mayor de edad y sin antecedentes penales, lo que hizo con el ánimo de obtener un beneficio económico ilícito a costa de la empresa y a sabiendas de que esta acusada no prestaría servicios para la entidad empleadora, a cuyo fin la acusada Salome , actuando por cuenta de Ferros y Aluminio Navarro SL, suscribió con la acusada Bárbara un contrato laboral en fecha 5-12-2003 por el periodo de 6 meses, con el cargo de auxiliar administrativo y horario de trabajo de lunes a viernes de 15 a 19 horas; en fecha 5-6-2004 se suscribió la prórroga del contrato por 6 meses más y en fecha 4-12-2004 el contrato se convirtió en indefinido, cuya contratación supuso para la empresa un perjuicio por coste salario y de Seguridad Social de 11.014,78 euros. Una vez averiguado por el Administrador de Ferros y Aluminio Navarro SL que la expresada contratación era ficticia al no responder a una verdadera prestación de servicios, remitió a la acusada Bárbara una comunicación por escrito, fechada el día 1-3-2005 y recibida por su destinataria al día siguiente, en la que decía: "La dirección de esta empresa le comunica, por medio del presente escrito, que se ha observado que en los datos de esta sociedad aparece como trabajadora en virtud de unos contratos de trabajo que no han sido suscritos por el Administrador de la empresa, en consecuencia le notifico que a partir del día de hoy se ha procedido a darle de baja ante los organismos oficiales, dado que ud. no ha prestado ningún servicio ni ha tenido ninguna relación de carácter laboral con la empresa. En consecuencia, le comunico que esta empresa instará las acciones que le puedan competir a fin de depurar las responsabilidades en las que se haya podido incurrir". Tras recibir la acusada Bárbara la indicada comunicación procedió a presentar ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC) papeleta de conciliación, celebrándose en fecha 3-10-2005 el acto sin avenencia, interponiendo en fecha 19-4-2005 demanda por "despido", la que fue

tramitada en el Juzgado de Lo Social num. 11 de Valencia (autos num. 393/2005), en cuyo procedimiento la acusada, con el ánimo de hacer creer al Juez la existencia de una relación laboral con la entidad Ferros y Aluminio Navarro SL y pretendiendo un ilícito beneficio patrimonial a costa de dicha mercantil, aportó en el mismo los contratos de trabajo referenciados, dictándose en fecha 26-7-2005 Sentencia en la que fue desestimada la pretensión de la demandante, cuya sentencia fue confirmada en fase de Suplicación por el TSJCV mediante resolución de fecha 16-5-2006.

La sentencia declara probado que Salome, aprovechando las facultades que tenía en ambas empresas, realizó diversas acciones tendentes a apropiarse de fondos de Ferros y Aluminio Navarro SL, concretamente : 1) Como administradora de Magic Thec SL, facturó injustificadamente determinadas comisiones a Ferros y Aluminio Navarro SL, percibiendo el importe de lo facturado mediante transferencia bancaria; 2) En su calidad de gerente de Ferros y Aluminio Navarro SL, ordenó a la entidad Banco Popular que hiciera efectiva, con cargo a una cuenta de esta mercantil, una factura que correspondía a la entidad Magic Thec SL y 3) Cursó indicaciones a diversos clientes de la entidad Ferros y Aluminio Navarro SL, para que el importe de determinadas facturas que adeudaban a la empresa, las ingresaran en una cuenta bancaria cuyo titular era en realidad, el hijo de la acusada; cuenta en la que la condenada tenía la disponibilidad de los fondos.

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento: Fallamos. Condenar a la acusada Bárbara, como criminalmente responsable y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de 1- Un delito continuado de estafa procesal en grado de tentativa, en concepto de autora. 2- Un delito continuado de apropiación indebida, en concepto de autora por cooperación necesaria. Condenar a la acusada Salome criminalmente responsable en concepto de autora de un delito de apropiación indebida, subtipo gravado por razón de la cuantía.

Considerando en primer término la apropiación de fondos lograda con el pago indebido de comisiones a Magic Thec SL, el Tribunal de instancia extrae lo injustificado del abono del dinero, no sólo del hecho de que no se conozcan los términos de las relaciones comerciales entre ambas empresas y que -como una muestra más de ello- no exista ningún documento que justifique la razón de estas transferencias, sino del hecho de que la propia acusada admitiera en fase de instrucción (se destaca que en el juicio oral negaba recordar ese extremo) que los beneficios de Magic Thec SL se obtenían de vender el producto de Ferros y Aluminio Navarro SL a un mayor precio del adquirido, puesto en relación con una prueba pericial contable de la que se dice (FJ 1º, f. 18) que " las ventas que hacía Magic de productos comprados a Ferros se hacían con un margen comercial y, en este sentido, no hay más que ver, por ej., el análisis efectuado por los peritos informantes sobre los datos económicos analizados de una y otra empresa, reflejando el informe del perito de la defensa, D. Pedro Francisco, un margen

comercial a favor de MAGIC del 25,47% -fol. 326 rollo- (en la vista oral concretado en 27,89%) y, de igual modo, el perito de la acusación, D. Clemente , afirmó que ese margen podría oscilar entre el 25% o el 35%, e, incluso algo más cuando se trata de un producto de importación". Elementos de valoración a los que añade que, si tales comisiones fueran debidas, no se justificaría que se efectuaran sólo dos liquidaciones trimestrales (por el primer semestre del año 2004 y no por todo el periodo de colaboración entre ambas empresas) y que la transferencia correspondiente a la liquidación de los meses de abril, mayo y junio de 2004, pese a haber sido cobrada por Magic Thec SL en fecha 30 de junio de 2004, fuera retornada en fecha 29 de octubre de 2004.

Debe destacarse además que la existencia de un pacto que legitimara el cobro de comisiones, no fue sustentada siquiera por la acusada, quien en juicio oral aseguró no recordar, pero que en fase de instrucción expresó que los abonos se hicieron por indicación y en ventura de Juan , para desviar beneficios -a efectos fiscales- de la entidad Ferros y Aluminio Navarro SL, hacia la entidad Magic Thec SL. Una alegación de descargo con la que se pretendieron justificar, no sólo las transferencias de dinero que se hicieron en pago de estas supuestas comisiones, sino las ventas efectuadas por Ferros y Aluminio Navarro SL y que (según la declaración testifical de los pagadores y el extracto de la cuenta) resultaron abonadas en la cuenta bancaria del hijo de la acusada.

No obstante, el alegato no desvirtúa la valoración probatoria del Tribunal de instancia, pues no aduciéndose por la acusada que su participación del 51% de Magic Thec SL fuera simulada (como mero testaferro de Juan), no resulta razonable que -por razón meramente fiscal- se trasladen beneficios de una sociedad (Ferros y Aluminio Navarro SL) que se controla en su plenitud, a otra en la que sólo se ostenta el 48% del capital social; siendo además contradictorio con que se retorne a Ferros y Aluminio Navarro SL el dinero de las comisiones de uno de los dos trimestres, con plena constancia en su contabilidad. La alegación resulta más insostenible aún respecto de las ventas de Ferros y Aluminio Navarro SL que -sin soporte mercantil ninguno se abonaron directamente en la cuenta del hijo de la acusada. En lo tocante a la simulación del contrato laboral, el Tribunal de instancia no desconoce que la contratación temporal de Bárbara el día 5 de diciembre de 2003, su prórroga de fecha 5 de junio de 2004 y la contratación con carácter definitivo que se abordó el 4 de diciembre de 2004, no se ocultaron en el seno de la entidad contratante, sino que se participaron a la gestoría administrativa de la empresa y se reflejaron en contabilidad los costes que le eran inherentes. En todo caso, la sentencia extrae la conclusión de que se trataba de un contrato simulado orientado a la percepción injustificada de una retribución periódica, de la negación de consentimiento sostenida por el administrador de la entidad Juan, puesta en relación con que los contratos se otorgaran por la acusada Salome en representación de la entidad Ferros y Aluminio Navarro SL, no obstante figurar Juan como el otorgante. A ello añade que Salome declaró en el juicio oral que su hija le

ayudaba en la empresa quedándose en la oficina cuando ella no podía estar (ya que pasaba gran parte del tiempo fuera haciendo funciones de comercial), así como atendiendo el teléfono, gestionando albaranes o haciendo funciones de intérprete de inglés. La versión fue corroborada por Bárbara y la sentencia destaca cómo ambas acusadas sustentaron que Bárbara era conocida por los trabajadores de la empresa, asegurando incluso que Bárbara llegó a conocer a un trabajador llamado Alonso, con el que mantuvo una relación sentimental. A la vista de ello, el Tribunal rechaza la credibilidad del relato, plasmando que Enrique (esposo y padre de las acusadas) tuvo un relato divergente, pues manifestó que su hija acudía a las oficinas de la empresa "esporádicamente" y destacando, por otro lado, no sólo que tres trabajadores de la empresa negaron haberla visto en el centro de trabajo (incluyendo el primo de Bárbara y otro empleado llamado Martín, quien trabajaba precisamente en las oficinas), sino que Bárbara no supo identificar si había sido contratada por Ferros y Aluminio Navarro SL o por Magic Thec SL y que ignoraba el horario de trabajo fijado en el contrato. El motivo se desestima.

En orden a la eficacia de las sentencias dictadas por otros órganos jurisdiccionales, la doctrina de esta Sala tiene establecido que el pronunciamiento de un Tribunal no puede venir vinculado por el contenido de las sentencias dictadas en otro orden jurisdiccional. Como recuerdan nuestras sentencias 846/2012, de 5-11 o 608/2012, de 20-6, a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que imponga partir de lo que ya se ha sentenciado en otro proceso anterior, esta eficacia no resulta aplicable en el ámbito penal, con la sola excepción de las cuestiones prejudiciales a las que hacen referencia los artículos 3 y ss de la LECRIM. Los testimonios de resoluciones judiciales ajenas, acreditan que se dictó dicha resolución y cuál fue su contenido, pero en modo alguno hacen fe del acierto de lo resuelto, como no lo hacen tampoco de la veracidad o de la integridad de la prueba practicada ante aquellos órganos judiciales. En el proceso que actualmente contemplamos, el Tribunal de instancia asentó su convencimiento en las pruebas realizadas a su presencia que han sido anteriormente relatadas y la solidez de su convicción no se desvirtúa por la aportación de una conclusión judicial distinta, menos aún si no se percibe el contenido probatorio que condujo aquella decisión y si se constata que la revisión de la contabilidad de la empresa Ferros y Aluminio Navarro SL se realizaba al cierre de los ejercicios, haciendo objetivamente factible que la contratación de Bárbara no fuera percibida al terminar el primero de estos ejercicios (fue contratada durante el mes de diciembre del año 2003) y sí lo fuera en la siguiente ocasión en que las cuentas fueron sometidas a su aprobación, pues Salome y Bárbara fueron despedidas el 21 de febrero y el 1 de marzo de 2005, respectivamente. El motivo se desestima.

Tiene declarado la Jurisprudencia de esta Sala que cuando se trata de dinero, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) Que el

autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede las facultades conferidas por el título de recepción, dándole un su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de este acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual normalmente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades de actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada (SSTS 841/06, de 17-7 ; 707/12, de 20-9 o 648/13, de 18-7, entre muchas otras).

Cuando, como en este caso, la recepción del dinero responde a la gestión profesional de un determinado patrimonio, nuestra jurisprudencia venía sosteniendo, en la interpretación del que era el artículo 252 del CP aplicado a la recurrente, que la distracción se explicaba como una disposición del dinero más allá de lo que autoriza el título de recepción y con vocación definitiva. Se mostraba así la "distracción" como una especie de gestión desleal, pero que hacía referencia al exceso respecto de lo que permite el título de recepción (STS 162/2013, 21-2 o 338/2014, de 15-4) y a su vocación de que la apropiación permanente (SSTS 622/13, de 9-7 o 691/14, de 23-10); sin que debiera confundirse con la administración desleal del artículo 295 del Código Penal vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar, que entrañaba un abuso por los administradores (no una transgresión) de las funciones propias de su cargo. Decíamos en nuestra Sentencia 279/09, de 11-4, que la administración desleal " puede revestir muy diferentes modalidades, como puede ser que terceros, o, normalmente, competidores- proporcionen al agente dinero o cualquier otro tipo de utilidad a cambio de faltar a los deberes propios de su cargo; o que se busque de ese modo una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra; o, incluso, pudieran comprenderse dentro de este concepto los usos temporales ilícitos de bienes que con posterioridad son restituidos y que, por tanto, aún proporcionando beneficios a quien los disfruta, no representan una definitiva apropiación indebida. En suma, la amplitud conceptual de los elementos objetivos del "perjuicio social" y del "beneficio ajeno a la sociedad" puede comprender la realización material de cualquier conducta de administración desleal consistente en disponer fraudulentamente o en contraer obligaciones con cargo a la sociedad que originen ese daño económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren". Y no fue esta infidelidad en la gestión la que abordó la acusada Salome. Los hechos probados describen una ausencia de actuación empresarial real. El relato fáctico sostiene que se simuló la realización de un contrato laboral inexistente, que se hizo conociéndose que no habría una verdadera prestación de servicios y que se abordó

para canalizar flujos económicos entre el patrimonio de la empresa y el de su hija, declarándose acreditado que las acusadas lo hicieron conociendo que su actuación comportaría un perjuicio para la empresa (por abonos como aparentes costes salariales y las cotizaciones a la Seguridad Social), que finalmente se concretó en el pago de 11.014,78 euros. No se describe así una gestión infiel que aborda abusivamente actuaciones empresariales orientadas al beneficio propio o de un tercero, con quebranto o perjuicio del interés empresarial que hubiera podido alcanzarse con la operación, sino que simplemente se refleja un comportamiento ajeno a la actividad de gestión económica de la mercantil y que -con mecanismos falsarios que simulan abordar actuaciones empresariales que no existen- achican y trasvasan definitivamente los fondos de la empresa al patrimonio que el sujeto activo decide engrosar. Una conducta que resulta encuadrable en el delito de apropiación indebida del artículo 252 del CP vigente a la fecha en la que los hechos tuvieron lugar, del mismo modo que lo resultaría tras la reforma operada por LO 1/2015, habida cuenta que el actual criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal se centra en la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular, para la apropiación indebida, y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismo, en el caso de la administración desleal (STS 476/15, de 13-7, 163/2916, de 2-3 o 700/2016, de 9-9).

4-SENTENCIA DEL TS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2016 (N.º Resolución 887/2016)

El 11 de abril de 2.006, en Alicante, Rodolfo suscribió un contrato con la mercantil "Promociones Covisa, S.A.", firmando el contrato el apoderado Domingo, que de hecho ejercía la dirección material de la empresa, aunque en el contrato aparecía quien era el representante de la mercantil, el hijo del anterior, Justiniano, quien era administrador de la sociedad pese a que no llevaba a cabo él sino su padre la gestión material de la empresa, desconociendo el hijo los pormenores de la actividad del negocio. El contrato consistía en que el primero compró a la empresa un local comercial y una plaza de garaje, en el edificio en construcción inmueble que debería ser entregado en el plazo de 18 meses de haber alcanzado la cota cero (nivel planta baja), cota que se certificó por el arquitecto el 27 de septiembre de 2.006, obligándose a entregarlos libres de toda hipoteca, abonando Rodolfo la totalidad del precio pactado. El importe de la venta, que se fue abonando en sucesivos pagos, no fue ingresado en ninguna cuenta garantizada de la promoción de que se trataba, sino en una cuenta corriente de la empresa vendedora. Anteriormente, en escritura notarial de 14 de marzo de 2.006, Caja Rural había concedido un préstamo hipotecario sobre el edificio a construir a Covisa, por importe de 1.408.700 euros de principal (concretados sobre el local 300.700 € y

7.000 € sobre la plaza de garaje), con otras estipulaciones; hecho conocido por el comprador, Rodolfo.

El 21 de mayo de 2.008 Rodolfo comunicó a la vendedora la resolución del contrato ante la paralización de la obra, solicitando el reintegro de las cantidades abonadas, contestando la mercantil el 28 de mayo de 2.008 reclamando una nueva cantidad, 224.926,85 €, alegando mejoras en el local, condicionando la entrega del local al pago de dicha factura, dejando de pagar el préstamo hipotecario aproximadamente en las mismas fechas.

Construido el edificio, el acusado no entregó el local al Sr. Rodolfo libre de cargas como había pactado, pues sobre el mismo pesaba la referida hipoteca, que la sociedad vendedora no satisfizo. En ejecución de los débitos derivados de la hipoteca, en procedimiento hipotecario (Ejecución Hipotecaria 2082-2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Alicante, a instancia de Caja Rural del Mediterráneo contra Promociones Covisa, S.A.) se celebró subasta el 24 de marzo de 2.010, adjudicándose los bienes a la parte actora. El acusado no destinó el dinero recibido de Rodolfo a la construcción, ni al levantamiento de la hipoteca, habiéndolo incorporado a su acervo patrimonial para destinarlo a los fines que tuvo por conveniente.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al acusado en esta causa como autor responsable de un delito de apropiación indebida, asimismo absolvemos a Justiniano del delito de apropiación indebida.

La prueba desplegada no es definitiva. Subsiste una hipótesis alternativa a la mantenida en la sentencia de instancia que es, al menos, igual de probable. Veamos:

a) Primeramente conviene resaltar que estamos ante la entrega de cantidades a cuenta de la compra de un local comercial y no una vivienda lo que diluye la aplicabilidad del riguroso régimen especial de protección de adquirentes de viviendas y desbarata buena parte del edificio argumental de la sentencia de instancia. Es un caso no totalmente asimilable.

b) La entidad PROMOCIONES COVISA S.A. recibió las cantidades del querellante como pagos a cuenta del precio total de la construcción: un título traslativo del dominio y no de la mera posesión. No existe base para estimar que la entrega se hacía con el encargo específico de levantar la carga hipotecaria. Precisamente con esos fondos. Era esa una obligación sí del vendedor; pero no ligada a la recepción del precio que no se transmitió con ese singular mandato pactado. Ni el préstamo ni la compraventa son títulos idóneos para dar vida al delito de apropiación indebida por cuanto convierten al receptor en propietario del dinero. Mal puede apropiarse de algo quien ya es su propietario. Nótese por otra parte, y este argumento es secundario, que la

modalidad distraer ya no aparece en la formulación típica del art. 253 actual. Y el art. 252 habla de patrimonio ajeno.

c) En la hipótesis fáctica sostenida por la Audiencia -existiría una diferencia de unos 145.000 euros entre todo lo recibido y lo invertido en la construcción- no queda justificado por qué concluye que ese dinero desviado era precisamente el entregado por el comprador y no parte del importe del crédito, de mucho mayor monto, concedido por la entidad bancaria. En el esquema que construye el Tribunal a quo para fundar la condena solo justificándose que lo desviado fue precisamente parte del precio abonado por el querellante estaríamos ante una conducta delictiva. No se hace el más mínimo esfuerzo razonador en esa dirección. Se atribuye sin más a esa fuente el capital supuestamente dedicado a fines ajenos a la construcción.

d) Pero es que y sobre todo, no hay prueba concluyente de que efectivamente el coste de la construcción (incluidos gastos concomitantes como los financieros: devolución y descuentos de pagarés) no superase el total recibido (préstamo más cantidades entregadas a cuenta por el querellante). Con independencia de que el sobre-coste exigido por la constructora pueda considerarse abusivo y/o excesivo o no, solo existirá conducta con relevancia penal si hubiese quedado demostrado que parte del dinero recibido del comprador y sujeto a las condiciones de la legislación especial (de aplicabilidad cuestionable, como se ha dicho) se distrajo de los gastos de la construcción. La Sala maneja esa hipótesis basándose en unos cálculos muy simples en los que no incluye sin razones convincentes algunas cantidades expresadas por el acusado. Es una estimación muy abierta y nada concluyente. La prueba testifical y la documentación aportada por el querellado, e incluso datos tan neutrales como el precio asignado para primera subasta, previa su tasación, a la edificación, permiten estimar como igualmente probable que el dinero invertido en la construcción fuese superior a la suma del crédito hipotecario recibido más el dinero entregado como precio por el querellante. No puede afirmarse lo contrario sin lesión del principio de presunción de inocencia en cuanto supone inclinarse por la más gravosa de las dos hipótesis igualmente plausibles a tenor del conjunto de la prueba. La sentencia, no motiva suficientemente su convicción sobre este punto. Pasa por alto determinados elementos de prueba que abonan la estimación contraria a la que da por probada.

Estaríamos en definitiva ante una cuestión de tipo civil que, además, ya ha sido ventilada en tal orden jurisdiccional. No es ajena al derecho a la presunción de inocencia la necesidad de refutar cumplidamente las hipótesis alternativas aducidas que tengan un nivel razonable de probabilidad, objetivamente contempladas; no, aquéllas que según máximas de experiencia puedan ser descartables por inverosímiles o por ser tan altamente improbables que nadie las consideraría seriamente. La ausencia de una justificación de la certeza de la Sala convincente y concluyente no escapa a la tutela obtenible bajo el paraguas de la presunción de inocencia. La no refutación de la

hipótesis alternativa aducida sólidamente por la defensa convierte a la conclusión condenatoria en carente del soporte suficiente por ser excesivamente débil o abierta.

En este caso no puede deducirse de forma concluyente que las cantidades recibidas del comprador (no las recibidas de la entidad crediticia) no hayan sido invertidas en la promoción a que estaban destinadas. Y no podemos atender al alegato en casación de la acusación referente al importe de otras eventuales ventas que ni son mencionadas en el hecho probado ni lo eran en los escritos de acusación.

5-SENTENCIA DEL TS DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2016 (N.º Resolución 880/2016)

El acusado Serafín , en su condición de administrador único y en representación de la mercantil LICO EUROPA S.L, propietaria de unos terrenos sitos en la calle del municipio de Castalla, suscribió varios contratos con el fin de ejecutar diversas obras de construcción de inmuebles. En todos los contratos mencionados se establecía una cláusula cuarta que decía: "...todas las cantidades que reciba a cuenta del precio total de la compraventa serán ingresadas en la cuenta número 3082-1418-59-4322098221 de la Caja Rural del Mediterráneo-Rural Caja, teniendo a disposición de los compradores los avales parciales por las cantidades que, a cuenta del precio se perciban por la parte vendedora antes del otorgamiento de la escritura pública de compraventa". La finalización de las obras estaba prevista para diciembre de 2006. Ninguna de las viviendas antes relacionadas fueron entregadas a sus compradores en la fecha señalada, y ello a pesar del cumplimiento de sus obligaciones por parte de los mismos, resultando que por parte de los compradores se entregaron cantidades. El acusado Serafín , a pesar del compromiso adquirido en la citada cláusula cuarta de los contratos, y a pesar de haber realizado un contrato de afianzamiento general con la entidad de Seguros de Garantía recíproca, no garantizó la devolución de las cantidades entregadas a cuenta mediante la tramitación de los afianzamientos individuales.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al acusado en esta causa Serafín como autor responsable de un delito de apropiación indebida.

6-SENTENCIA DEL TS DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2016

El acusado Humberto, mayor de edad y sin antecedentes penales, con ánimo de obtener un beneficio ilícito, en su condición de administrador de la mercantil North Rim Ibérica, S.L., para abonar la deuda que como persona física tenía con dicha mercantil que ascendía a la cantidad de 765.841,41 euros, otorgo en fecha 6 de agosto de 2008 escritura pública de dación en pago de las 750 participaciones de las que era titular de la mercantil Edificaciones Zirelli Dos, S.L., que era de su propiedad, y de la mercantil Promociones Ramdon Dos S.L., que también era de su propiedad, a sabiendas de que su valor nominal era únicamente de 4.515 euros y que ambas mercantiles se encontraban en situación de insolvencia. Dos días después de otorgar la escritura de dación en pago, en fecha 8 de agosto de 2008, del acusado, como administrador único de la mercantil North Rim Ibérica, S.L. solicitó el concurso de acreedores de la misma.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, dictó sentencia con el tenor literal siguiente: Fallo. Que debemos condenar y condenamos al acusado Humberto, como autor responsable de un delito de apropiación indebida.

A juicio de la defensa, la sentencia de instancia condena por un delito continuado de apropiación indebida del art. 252 del CP, en relación con el art. 250.1.5, ambos vigentes a la fecha de los hechos. Sin embargo, esa condena por delito continuado no fue pedida por las acusaciones. La continuidad delictiva representa un añadido, con la consiguiente exacerbación punitiva, que no fue postulado ni por el Fiscal ni por las partes. Tiene razón la defensa y el motivo ha de ser estimado.

La Audiencia califica los hechos con un exceso fáctico y jurídico respecto de la acusación formalizada por las acusaciones. La continuidad delictiva prevista en el art. 74 del CP es algo más que una simple regla de determinación de la pena. Tiene una doble proyección fáctica, objetiva -la ejecución de una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejante precepto penal- y subjetiva -hacerlo en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión-. De ahí que cuando el órgano jurisdiccional suma a la conducta sobre la que se fundamenta la condena aspectos que no han sido aportados por la acusación, añade un complemento que desborda la parcela funcional del Tribunal y agrieta las posibilidades de defensa de quien se ve sorprendido por un desenlace punitivo por nadie interesado.

En la STS 362/2008, 13 de junio, se hacía eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -de la que las SSTC 122/2000, 16 de mayo y 53/1987, 7 de mayo, son fieles exponentes-, sobre el principio acusatorio, en la exigible correlación entre acusación y defensa. Allí se explica que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Permite en el proceso penal la posibilidad de la contradicción, vale decir la confrontación dialéctica entre las partes. Conocer los

argumentos del adversario hace viable manifestar ante el Juez los propios, indicando los elementos de hecho y de Derecho que constituyen su base, así como, en definitiva, una actuación plena en el proceso. Así pues, «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, F. 3; 95/1995, F. 2 36/1996, F. 4), vinculando al juzgador e impidiéndole exceder los términos en que venga formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales por lo tanto, el acusado haya tenido ocasión de defenderse» (SSTC 205/1989, F. 2; 161/1994, y 95/1995, F. 2). La estimación del motivo debería llevar a la reducción de la pena, ajustando su duración a un arco dosimétrico derivado de los arts. 252, en relación con los arts. 249 y 250.1 y 5º del CP, con la concurrencia de una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas (art. 21.6 del CP), que no habría permitido aceptar como pena imponible la de 1 año y 6 meses de prisión. Sea como fuere, la estimación del segundo de los motivos libera a la Sala de otras consideraciones acerca de la pena imponible.

A juicio del recurrente, la sentencia cuestionada ha incurrido en un error de derecho, por indebida aplicación de los arts. 252 y 250.1.5 del CP, al condenarse por un delito de apropiación indebida sin que del relato de hechos probados se desprendan los elementos que determinan la existencia de esa infracción penal. Son varias las razones invocadas para justificar el error en la subsunción de los hechos. La primera de ellas, está relacionada con el hecho de que la alusión que en el factum se realiza a los 765.841,41 euros no lo es a una cantidad sustraída, sino a una cantidad adeudada, a una deuda personal que el recurrente tenía con la sociedad concursada North Rim S.L. Además, Humberto era el administrador único y socio también único de la referida sociedad. La entrega en dación en pago de 750 participaciones de las que él mismo era titular en las dos sociedades Edificaciones Zirelli Dos S.L y Promociones Ramdon Dos S.L, ambas propiedad del acusado, sólo tuvo como objeto saldar una deuda que mantenía con la North Rim S.L. Esa dación en pago, al margen de que no cubriera el importe de la deuda contraída, nunca llegó a implicar un perjuicio para North Rim S.L, sino un incremento en su balance contable de 4.515 euros. No hubo ocultación a los administradores del concurso. De hecho, la dación en pago fue rescindida en el procedimiento concursal allanándose Humberto a la demanda de rescisión.

7-SENTENCIA DEL TS DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2016

El acusado actuaba como administrador único de la mercantil "Servicios y Comunicaciones MM10, S.L.". Suscribió con la entidad "Money Exchange, S.A." un contrato de agencia por el cual se comprometía a tramitar por cuenta y en nombre de esta las órdenes de transferencia recibidas de los clientes, así como a pagar a los destinatarios las órdenes de pago recibidas del exterior. Entre los meses de agosto de 2011 a diciembre de 2011 el acusado, con ánimo de ilícito enriquecimiento, decía ingresar el dinero en efectivo correspondiente a los giros a través de un cajero automático y ese dinero lo desviaba a cuentas de uso distinto al contractualmente establecido. La cantidad sustraída ascendió a 18.909,65 €, lo que fue reconocido por el acusado en una carta enviada a la empresa "Money Exchange, S.A.", comprometiéndose a pagar a plazos la deuda contraída. Dicha cantidad no ha sido recuperada y es reclamada por "Money Exchange, S.A."

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Que debemos condenar y condenamos al acusado Luis Enrique por la comisión de un delito continuado de apropiación indebida.

Como indica la sentencia núm. 474/2016, de 2 de junio, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 18 de julio de 2007 se estableció que «en los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de ese mismo artículo». A ello ha de sumarse lo decidido en el posterior Acuerdo de 30 de octubre de 2007, que dice así: «El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP, queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración».

La idea que late en el Acuerdo obliga a concluir la exclusión del efecto agravatorio en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho. Así, por ejemplo, en aquellas ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado haya sido ya tomada en consideración para integrar acciones constitutivas de falta en un único delito continuado, no procederá el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 CP . Y otro tanto debe decirse de aquellos supuestos en que la suma total alcanzada por la acumulación de los episodios defraudatorios que abarca el delito continuado ya ha sido tenida en cuenta para apreciar el subtipo agravado del art. 250.1.5ª del C. Penal, sin que la cuantía individual de ninguno de ellos supere en cambio los 50.000 euros. En definitiva, se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1 CP, a aquellos supuestos en los que el importe total del perjuicio haya determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación. En esta situación, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1 C. Penal implicaría el menoscabo de la

prohibición constitucional de «bis in idem», infringiendo así la medida de la culpabilidad predicable del autor (SSTS 173/2012, de 28 de febrero; 292/2013, de 21 de marzo; y 540/2013, de 10 de junio). Por ende en autos, no puede ser utilizada la continuidad para aplicar el tipo agravado, que de otro modo no hubiera sido posible; y después de nuevo con quebranto obvio quebranto del non bis, para aplicar la pena en su mitad superior. Ciertamente, la peculiar punición de los tipos agravados de estafa y apropiación indebida, donde comparten tramo punitivo con el tipo básico, puede determinar la paradoja de que la opción de optar por el tipo agravado del art. 250 (consecuencia del art. 74.2), resulta más beneficiosa que la aplicación del tipo básico del entonces 252 en su mitad superior (previsión del art. 74.1), como acontece en este caso. La redacción de la norma, parece conducir a que sea preceptivo el art. 74.2 y la ulterior imposición en su mitad superior, que sólo entra en juego cuando alguna de las infracciones ocasiona un perjuicio superior a los 50.000 euros. Aunque resulta difícilmente admisible, que precisamente porque la suma de las cantidades apropiadas supere la cifra de 50.000 euros, conforme al art. 250, no sólo sean imponibles penas hasta seis años de prisión, sino también, sean imponibles penas de prisión de un año o de un año, ocho meses y veintinueve días; mientras que la misma conducta, si las cantidades apropiadas no superan esa cifra de 50.000 euros, la pena mínima de prisión sea de un año y nueve meses.

Pero más allá de estas paradojas y las exigencias del principio de especialidad para aplicar el tipo agravado, el principio acusatorio obliga; el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 20 de diciembre de 2006, se sometió a consideración de los Magistrados el límite que representa la pena más grave de las solicitadas por las acusaciones y tras el debate correspondiente, en el que se analizó el alcance del artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se tomó el siguiente Acuerdo: "El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa"; de reiterada aplicación (las SSTS 20/2007, 22 de enero; SSTS 159/2007, 21 de febrero; 393/2007, de 27 de abril; 424/2007, 18 de mayo; 11/2008, de 11 de enero; y 89/2008, de 11 de febrero entre otras muchas, han proclamado como principio general la vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de pena formalizada por la acusación).

8-SENTENCIA DEL TS DE 20 DE OCTUBRE DE 2016

La acusada Valle, mayor de edad y sin antecedentes penales, firmó el 2 de abril de 2007 un contrato de opción de compra con José Enrique y Adolfo, quienes representaban a GESTINBOR MADRID S.L. y a ACTIVOS INMOBILIARIOS VELÁZQUEZ SL, en virtud del cual la acusada recibía de los anteriores la cantidad de 621.200 euros como parte del precio de adquisición de unas fincas, que a través de un juicio de retracto reclamaba Valle a FADESA, fincas sitas en Colmenar de Oreja, de modo que, en caso de ganar dicho pleito e ingresar en la propiedad de la Sra. Valle esas fincas, ésta se comprometía a venderlas a las mercantiles referidas a cambio de 1.161,644 euros precio del que se restaría la citada cantidad. En caso de que dicho pleito se perdiera, la Sra. Valle devolvería a la otra parte contratante la cantidad que había recibido y que había ingresado en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Aranjuez en calidad de depósito, donde se estaba desarrollando el juicio por el derecho de retracto. La demanda de retracto fue desestimada en todas las instancias, en sentencia de la instancia el 13.09.07, en sentencia de la Audiencia Provincial resolviendo el recurso de apelación el 1.12.08, y por auto del Tribunal Supremo inadmitiendo el recurso de casación el 18.05.2010. Recibidas en el Juzgado de 1ª Instancia las actuaciones del juicio de retracto, el 5 de noviembre de 2010 procedió a la devolución de la cantidad de 560.001,99 euros, correspondientes a la cantidad depositada deducidas las costas del juicio, mediante un mandamiento de devolución que recogió la Abogada D. Julia Pacheco Hernández que entregó a Valle y siendo está consciente de que tenía la obligación de devolver ese dinero a GESTINBOR MADRID S.L. y a ACTIVOS INMOBILIARIOS VELÁZQUEZ S.L. Este mandamiento se ingresó en la cuenta corriente NUM005 abierta en Caja Madrid a nombre de Valle y de Abelardo. Con la intención de evitar la devolución y de eludir la persecución de su patrimonio por las sociedades, la acusada Valle, de acuerdo con su marido, el acusado Abelardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, entre los días 8 y 10 de noviembre de 2010 retiraron de la cuenta corriente la cantidad de 560.198,99 euros que había allí ingresado como devolución del depósito, realizando varios reintegros por casi la totalidad de dicha cuantía, que ambos acusados se repartieron con sus hijos, todos ellos, con conocimiento de la procedencia de ese dinero y de las circunstancias en que la Sra. Valle había tenido acceso a él y con intención de evitar su persecución por sus legítimos acreedores, emplearon gran parte del mismo en su consumo particular.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Que debemos condenar y condenamos a Valle, Abelardo, María Esther, Andrea, Camila y Artemio como autores responsables de un delito de insolvencia punible Que debemos absolver y absolvemos a Valle del delito de apropiación indebida.

Por el cauce del art. 5,4 LOPJ, se objeta la infracción del art. 24 CE por entender que se habría destruido la presunción de inocencia, algo que tendría que haberse apreciado por la sala de instancia, y también vulnerado el principio de tutela judicial efectiva. Esto para concluir que la suma recibida por Valle lo habría sido en concepto de

depósito y, por eso, habría cometido también el delito de apropiación indebida, del art. 252 C penal. El Fiscal se ha opuesto al motivo, argumentando que las partes acusadoras carecen de legitimación para invocar el principio de presunción de inocencia, constitucionalmente previsto para la tutela del imputado. Y que se trata de un criterio que, por ser inherente a la propia naturaleza del derecho fundamental invocado, ha sido acogido de modo regular en la jurisprudencia de esta sala (SSTS. 236/2012, de 22 de marzo y 599/2012, de 11 de junio, que también oportunamente cita). Consta también la oposición de la defensa.

Por lo demás, la objeción a examen se agota en un simple enunciado, cuando ocurre que la sala de instancia ha explicado con pormenor suficiente y de un modo convincente por qué la cantidad de que se trata fue entregada y recibida en concepto de parte de pago del precio. En efecto, pues es claro que Valle no tuvo nunca la condición de depositaria y que recibió el dinero consignado en el juzgado en su propio nombre. En el mismo contrato (cláusula séptima) se habla de él como parte del precio; y este documento, ya se ha dicho, contiene todos los elementos precisos para su consideración como contrato de compraventa, por más que su cumplimiento se hallase condicionado al éxito de la demanda de retracto. Y, como se lee en la STS 228/2009, de 6 de marzo, "el dinero que se entrega por el comprador como pago del precio en una compraventa no es título meramente posesorio para el vendedor, sino traslativo de dominio, lo que significa que el vendedor que lo recibe adquiere la propiedad del precio cobrado y no su simple tenencia para devolverlo o entregarlo.

El contrato de opción de compra reunía los elementos fundamentales del contrato de compraventa y la entrega de dinero, cuando tiene lugar por este concepto, se encuentra excluida de la tipicidad del delito de apropiación indebida. Y están en lo cierto, porque, en efecto, el dinero entregado por el comprador en tal condición, esto es, como parte de pago del precio, pasa a ser de la titularidad, y no de la simple tenencia, de quien como vendedor lo recibe. En este caso, es cierto que sobre la cantidad tantas veces citada pesaba el condicionamiento de la prosperabilidad de la demanda de retracto, pero este es un dato que, como tal, carece de aptitud en sí mismo para alterar la naturaleza del título de recepción de la misma. Que es lo que con buen fundamento y razonadamente ha entendido la sala, a partir de los términos de lo pactado.

9-SENTENCIA DEL TS DE 18 DE OCTUBRE DE 2016

El acusado Jose Francisco , en el año 2006 era el administrador único de la entidad mercantil Promociones y Construcciones Jabo 2004 S.L., con domicilio social en la calle Príncipe de Asturias nº 4 de la localidad de Santaella En tal concepto,

suscribió con Josefa, Juan Manuel, Marisa y Adrian, respectivos contratos privados de compraventa de bienes inmuebles, en concreto apartamentos y, en su caso, garaje, en la promoción denominada "Edificio Antonia del Moral" que la citada mercantil regida por el acusado estaba construyendo en la Calle 0 nº N. ° 0 de Santaella. Josefa suscribió contrato privado de compraventa con la mercantil del acusado en fecha 1 de Marzo de 2005 adquiriendo en su virtud una vivienda por el precio de 54.663,09€. Juan Manuel suscribió contrato privado de compraventa con la mercantil del acusado en fecha 1 de Marzo de 2005 adquiriendo en su virtud por una vivienda y cochera por precio de 63.848,26€. Marisa suscribió contrato privado de compraventa con la mercantil del acusado en fecha 7 de Abril de 2005 adquiriendo en su virtud una vivienda (que sería primera vivienda o residencia habitual) por un precio de 67.410,00 €. Adrian suscribió contrato privado de compraventa con la mercantil del acusado en fecha 27 de Julio de 2005 adquiriendo en su virtud una vivienda (que sería primera vivienda o residencia habitual) por un precio de 63.684,26 €. En los mencionados contratos privados de compraventa se estipuló que el precio de la compraventa se abonaría en diversos pagos que tendrían lugar sucesivamente hasta el momento de la elevación a escritura pública y el resto mediante subrogación en la hipoteca que habría de constituir la promotora sobre cada una de las fincas, de forma que la subrogación debería documentarse en la escritura de compraventa que había de otorgarse según contrato a finales de 2006. A lo largo del año 2006, los compradores entregaron a el acusado Jose Francisco las siguientes cantidades como resto del precio total del precio de la finca adquirida, y en las respectivas escrituras en las que se elevó a público el contrato privado de compraventa se comprometió el acusado a cancelar las hipotecas que gravaban cada una de las fincas, de forma que sería de parte del acusado como parte vendedora todos los gastos que de las mismas se deriven. El acusado, lejos de cancelar dichas hipotecas con el precio recibido por los compradores y que recibió con la finalidad expresada, incorporó a su patrimonio dichas cantidades, manteniendo el gravamen hipotecario sobre cada una de las fincas, si bien pagó mensualmente las cuotas de dichos préstamos hipotecarios durante varios años hasta que dejó de hacerlo. La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos. Que debemos condenar y condenamos a José Francisco como autor de un delito continuado de apropiación indebida ya calificado.

La sentencia de instancia afirma que dos querellantes compradores viven en las viviendas adquiridas del acusado. Y otros dos la adquirieron como segunda vivienda. De tal suerte que la naturaleza de vivienda se refleja además en el dato de que en los documentos de compra se hace constar esa función del inmueble adquirido. Lo que conlleva implícito que el vendedor que suscribe las ventas no puede ignorar esa funcionalidad del objeto del contrato. Lo que estima suficiente para proclamar la comisión del subtipo agravado y la continuidad, sin necesidad de examinar si en cuanto a las otras dos viviendas se producía igual destino o por el contrario se dedicaban a

segunda vivienda o a la especulación en el mercado inmobiliario. La propia naturaleza del inmueble nominado vivienda en el contrato de adquisición no permite estimar ignorancia en la naturaleza de lo vendido a falta de indicios que justifiquen la eventual convicción de que era adquirida para fines especulativos o diversos de aquellos a los que se atribuye la tipicidad a los efectos del ordinal 1º del artículo 250.1 del Código Penal. El motivo se rechaza.

Acierta la recurrida cuando afirma que el máximo de pena imponible se corresponde con la pena del delito del artículo 250 del Código Penal en su mitad superior (que procedía por razón de continuidad) menos un día (tres años y seis meses de prisión). Pero podía llegar incluso hasta un mínimo de nueve meses, si se rebajaban los dos grados. Sin duda la pena impuesta (tres años) es legalmente posible. Pero la ponderación que efectúa el Tribunal no se muestra justa. Porque la cantidad no supera en exceso ni siquiera la que por sí daría lugar al tipo agravado. Porque aunque los perjudicados son cuatro, ni tal cantidad es numerosa ni cabe olvidar que es la multiplicidad de pagos parciales lo que da lugar a la continuidad ya valorada para determinar la pena de partida. De ahí que la ponderación no es asumible si la rebaja apenas implica una mínima entidad de la pena (seis meses de los 42 posibles). Lo que nos lleva a estimar parcialmente este motivo solamente en cuanto al efecto que con el mismo se pretendía por el recurrente. Fijando la cantidad de pena privativa de libertad en dos años y seis meses de prisión. Y también habremos de reducir la pena de multa a cinco meses.

10-SENTENCIA DEL TS DE 14 DE OCTUBRE DE 2016

El acusado, Rosendo es Abogado desde el 27/05/1981, ejerciendo su profesión en la calle Ángel Bruna, 10-2º 6 (30201 Cartagena). En el año 2008, en fecha indeterminada pero próxima a la Navidad de dicho año y en todo caso con posterioridad al día 25/08/2008, Luis Pablo y su esposa Ascensión a la cual conocía con anterioridad al acusado por haber sido profesor-tutor de la misma en la UNED, como profesor de Derecho Romano y contar con su confianza, fueron contratados sus servicios profesionales como abogado raíz del fallecimiento del padre de Luis Pablo ocurrido el día 25 de Agosto de 2008 y ello como consecuencia de surtir diferencias en la testamentaria y división del caudal relictivo de Gabino, con sus hermanos e interesados en la herencia, para que asumiera su defensa en cualquier tipo de acción acorde con el encargo recibido frente a los demás herederos, encargo que incluía, la formulación de la oportuna declaración- liquidación fiscal a los efectos del Impuesto de Sucesiones y

Donaciones derivado de tal óbito y pago de la deuda tributaria, así como el ejercicio de acciones legales derivadas del conflicto de intereses con los demás herederos. El acusado, para atender al encargo realizado recibió de Luis Pablo y esposa en diversas cafeterías y bares de la Ciudad de Cartagena, varias cantidades de dinero en relación al encargo recibido, el primer pago por importe de 3500 Euros "para pago impuesto Sucesiones", posteriormente en 21 de Julio recibió la suma de 500 Euros en concepto de provisión de fondos y dando un recibo de su puño y letra que decía "en concepto de Provisión de Fondos por defensa de sus intereses en tramitación testamentaria correspondiente a Don Gabino ". Posteriormente en fecha 09/08/2010, el acusado nuevamente documentó -esta vez por escrito mecanografiado, pero firmado por él- la recepción hasta esa fecha de la cantidad total de 9.000,00 Euros a solicitud de la esposa de Luis Pablo llamada Ascensión, de cuyo recibo seis mil euros se correspondían con el pago a cuenta del Impuesto Sobre Sucesiones de Don Gabino padre de Luis Pablo, a justificar documentalmente mediante las correspondientes facturas oficiales la primera semana de septiembre de 2010. El día 21/08/2009, los Albaceas Contadores Partidores de la herencia del padre de Luis Pablo, con el concurso del resto de herederos y la cónyuge viuda, otorgaron escritura en la que procedieron a la protocolización de las operaciones particionales de dicha herencia, sin que participara en dicho otorgamiento Luis Pablo por no estar conforme con su contenido, dando instrucciones al acusado de proceder Judicialmente frente a Albaceas Contadores Partidores y resto de interesados en la herencia, para impugnar la partición hereditaria efectuada por los Albaceas Contadores.

En fecha 27/07/2011, por la Unidad de Gestión del Impuesto (UGI) del Servicio Tributario Territorial de Cartagena de la Dirección General de Tributos de la Consejería de Economía y Hacienda de la Región de Murcia se procedió a la incoación frente a Luis Pablo de dos expedientes tributarios de liquidación provisional de los tributos derivados del fallecimiento de Gabino y de la partición de su herencia, expedientes núms. 0correspondiente al impuesto de Sucesiones y Donaciones y otro N 0 de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, sin que Luis Pablo tuviese conocimiento previo de la actuación inspectora derivada del pago del impuesto y por la Administración Tributaria se dictaron sendos Acuerdos en los expediente referidos de Liquidación Provisional, resultando que en el número N 0 le fue reclamada la suma de 1.434,49 Euros de los cuales 1.268,91 Euros se correspondían con la cuota tributaria y 165,58 Euros a los intereses de demora, en tanto que en el expediente N 0 le fue reclamada la cantidad de 6.040,71 Euros siendo 5.211,69 Euros que se correspondían con la cuota tributaria y 829,02 Euros a los intereses de demora, pago que se efectuó por Luis Pablo en fechas 18 y 19 de Octubre de 2011. Realizado el pago por Luis Pablo, de los referidos impuestos, más los intereses de demora, en fecha 15 de Noviembre de 2011 por la Agencia Tributaria se procedió a la apertura de dos expedientes sancionadores por falta de declaración de los impuestos dentro de plazo

establecido y no haber solicitado, la prórroga para su pago, números ISN NUM007 y ISN NUM008, por importe respectivamente de 333,09 Euros y 1.368,07 Euros . Dicho importes fueron igualmente abonados por Luis Pablo en fecha 5 de Enero de 2012. En fecha 10 de Marzo de 2011, se remite burofax al letrado D. Rosendo por Luis Pablo, en el cual se le compelía a la entrega de la documentación que le fuera entregada para el juicio de testamentaria que se le encargo, así como la justificación de los pagos efectuados en su nombre de las cantidades recibidas.

La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos condenar y condenamos, a Rosendo, ya circunstanciado, como responsable en concepto de autor, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de apropiación indebida.

Y en este supuesto ha de estimarse que esa "racionalidad" en el argumentar lógico de la Sentencia recurrida, a la hora de vincular el resultado de las diferentes diligencias probatorias con la conclusión fáctica de ellas extraída y, en concreto, con la comisión de los delitos objeto de condena, tanto la apropiación indebida como la deslealtad profesional, concurre plenamente, a la vista del contenido de los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo de la Resolución de instancia, que se apoyan para ello, no sólo en la declaración del propio perjudicado y testificales, sino también en la corroboración obtenida acerca de la versión inculpativa en la documental obrante en las actuaciones cuyo contenido no ofrece duda alguna.

La descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, al aplicar los artículos de referencia que definen el delito de apropiación indebida, al afirmar que el acusado recibió ciertos importes de dinero para la realización de actividades profesionales en Defensa de los intereses del querellante así como para el pago del impuesto de sucesiones, no dando a lo recibido ese destino previsto y apropiándose de ello en su propio beneficio.

11-SENTENCIA DEL TS DE 14 DE OCTUBRE DE 2016

Benigno, desde el año 2007 venía ejerciendo funciones de auxiliar administrativo en la Notaría de la cual es titular Manuela, sita en la localidad de La Zubia (Granada). Entre las funciones que tenía encomendadas se encontraba la de emitir y cobrar facturas de los clientes. Aprovechando tal cometido, desde enero del año 2008

hasta marzo de 2013, fue haciendo suyas diversas cantidades que suman un total de 59.159,88 euros.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Debemos condenar y condenamos a Benigno como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida.

El tribunal de instancia valora la prueba practicada no sólo sobre el hecho típico, la apropiación indebida, reconocida por el acusado y atestiguada por la víctima y los compañeros de trabajo, sino también sobre el montante de lo apropiado. Ese dato fáctico, preciso para determinar la penalidad y la responsabilidad civil, resulta de los reconocimientos del acusado y de la prueba pericial realizada. Un documento, obrante la folio 423 refiere las cantidades pro años y su suma arroja la cantidad que se declara probada. Un segundo, que recoge lo apropiado sólo en las tres últimas anualidades refleja otra cantidad, inferior a la probada, pero similar a la de las anualidades. Un tercer documento, folio 426, refiere la misma cantidad. En sus declaraciones reconoce su firma, en ocasiones la cantidad, y aduce la existencia de presiones lo que realiza en presencia de testigos. Por último en el juicio oral realiza un cálculo aproximado en los 40.000 euros y las periciales son analizadas por el tribunal explicando la razón de la declaración, basada en la documentación, en la pericial y en las declaraciones personales oídas en el juicio oral. El hecho probado referido al importe de lo apropiado fue fruto de una actividad probatoria practicada en el juicio oral y valorada racionalmente. Consecuentemente, el motivo se desestima.

Por error en la valoración de la prueba denuncia que de los documentos que designa, folio 423 y 425 de la causa, en los que se recoge los reconocimientos de los hechos y la cuantía de lo apropiado resulta de un error de derecho al inaplicar la atenuante de confesión o, al menos, la analógica de confesión, al tratarse de una actuación posterior al delito confesando los hechos de la imputación. Con la STS 832/2010, de 5 de octubre, y la STS 240/2012, de 26 de marzo, hemos de poner de relieve que el fundamento de la atenuación en la confesión del reo radica, una vez superada la anterior concepción de la atenuación basada en motivaciones pietistas o de arrepentimiento, en razones de política criminal, pues la confesión ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal. Confesar supone poner en conocimiento de la autoridad judicial o de la policía, los hechos acaecidos, y requiere que la misma sea sustancialmente veraz, no falsa o tendenciosa o equívoca, sin que deba exigirse una coincidencia total con el hecho probado. Esa confesión, además, supone un reconocimiento de la vigencia de la norma y un aquietamiento a las previsiones de penalidad previstas en el ordenamiento para su conducta. El requisito de la veracidad de la confesión, siquiera sustancial, parte del propio fundamento de la atenuación, pues si lo que pretende el confesante no es la declaración de unos hechos posibilitando la actuación instructora sino la defensa ante un hecho delictivo no se cumple con esa

finalidad que fundamenta la atenuación. Ahora bien, eso no implica que, puesta sobre la mesa la veracidad de los hechos, no pueda el confesante poner también de relieve aquellos elementos de donde deducir cualquier género de comportamiento atenuatorio de su responsabilidad penal. En la STS de 25 de enero de 2000 , se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serán los siguientes:

1º Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción.

2º El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable.

3º La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial.

4º La confesión ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial.

5º La confesión habrá de hacerse ante la autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificada para recibirla.

6º Tiene que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante.

Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como primeras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS 23.11.2005, con cita en las sentencias 20.12.1983, 15.3.1989, 30.3.1990, 31.1.1995, 27.9.1996, 7.2.1998, 13.7.1998 y 19.10.2005). Esto mismo se repite en la STS 775/2008, de 26 de noviembre , en donde se destaca que tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales "a no declarar contra sí mismo" y "a no confesarse culpable", puesto que ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (STC 75/1987, de 25 de mayo). Pues bien, en el hecho el condenado afirmó en el juicio que lo firmó porque se le amenazó con presentar una querrela, que no obstante se presentó, y a lo largo de sus declaraciones ha tratado de restar eficacia a esa admisión de hechos. Por otra parte, esa pretendida confesión no se ha realizado ante una autoridad judicial que permitiera la declaración de admisión de hechos, ni ha servido para configurar los elementos de la tipicidad del delito objeto de la acusación.

Denuncia en este motivo la vulneración del principio non bis in idem al haber sancionado dos veces el mismo hecho y dar lugar a una doble consideración del montante de la apropiación, una para conformar el delito continuado y otra para la agravación derivada de exceder lo apropiado de 50.000 euros. El motivo se desestima.

La sentencia impugnada aplica correctamente la doctrina jurisprudencial que resulta del Acuerdo del Pleno de la Sala II de 30 de octubre de 2007 que proporciona una interpretación de la regla penológica del art. 74 del Código penal, delito continuado cuando la cuantía de lo apropiado, o de lo defraudado, supone una penalidad distinta. La regla del art. 74 Cp, que permite subir la pena en grado, no se aplica cuando la consideración del perjuicio total causado ha conformado una agravación, pues esa regla penológica ya ha sido tenida en cuenta para conformar la agravación y no puede, a la vez, suponer una elevación de la pena, pues supondría una doble consideración de la cuantía apropiada para conforma la penalidad.

12-SENTENCIA DEL TS DE 13 DE OCTUBRE DE 2016

El inculpado, Benito , desde el año 1989 hasta el año 2013, prestó sus servicios para la mercantil García Gallardo e Hijos, SL, ostentaba la categoría profesional de auxiliar administrativo, y entre sus funciones realizaba las relativas a cobros y pagos efectuados por dicha sociedad a los clientes, y sus correspondientes anotaciones contables. En el proceso de gestión de almacén, entre los ejercicios 2001 y 2013, se produjeron anomalías, todas ellas asignadas al nombre del proveedor "VARIOS" identificado con el código de almacén 100. Esta cuenta se creó inicialmente para aquellos proveedores que por su escasa representatividad no parecía oportuno abrirles una cuenta de gestión específica. Las operaciones anómalas, en su gran mayoría, generaban una factura-liquidación a nombre del proveedor La Crujía. SA, Ayuso&Morillos SL y Frutas Era. SL, que no son veraces, enmascarando detracciones de dinero efectivo de la caja de la mercantil García Gallardo e Hijos SL, concretamente unas salidas en efectivo de 176.334,02 euros cuyo destinatario o beneficiario es desconocido.

La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Debemos absolver y absolvemos a D. Benito del delito de apropiación indebida del que venía acusado y declaramos de oficio las costas causadas.

Y como quiera, según ya se dijo en el apartado 4) del anterior Fundamento Jurídico, que no existe tampoco prueba documental, única susceptible de nueva valoración por nuestra parte, que evidencie de modo incuestionable, frente al criterio probatorio conjunto expresado por la Audiencia, un error de ésta en esa determinación de lo suficientemente acreditado, no cabe otra conclusión en este caso que la desestimación de los motivos y del Recurso y la confirmación, por consiguiente, de la Sentencia recurrida de contenido absolutorio.

13-SENTENCIA DEL TS DE 5 DE OCTUBRE DE 2016

Se declara probado que Marino mayor de edad y sin antecedentes penales, con el propósito de obtener un ilícito beneficio económico, aprovechando la confianza que generaba por tener relación de parentesco con la pareja de uno de los perjudicados, y presentándose como consultor financiero les ofreció y convenció a Roque, a Bibiana (ya fallecida), a Olga y a Sofía para firmar varios contratos siempre en el formato de "préstamo y reconocimiento de deuda" entregando ellos varias cantidades de dinero que el acusado dijo iban destinadas a inversiones financieras, manifestándoles que iban a ser invertidas en el sector inmobiliario, lo que aseguraba altos intereses. Marino que en ningún momento justificó la inversión anunciada ni el destino del o cuyas estas cantidades, que incorporó a su patrimonio.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallo: Que debemos condenar y condenamos al acusado Marino como autor de un delito continuado de apropiación indebida ya definido. Le absolvemos del delito de estafa continuada por el que venia siendo acusado.

Con carácter previo y en cuanto al ámbito de la presunción de inocencia, debemos recordar que la presunción de inocencia se refiere a todos los elementos fácticos que integran la tipificación del delito. De ahí que inicialmente se sostuviera que desplegaba sus efectos solo sobre los elementos materiales y objetivos del delito, es decir, la realidad del hecho y la participación que en el mismo haya tenido el acusado, pero no se extendía ni a los juicios de inferencia, ni a los animus, ni se proyectaba a la culpabilidad entendida en el sentido propio del vocablo. Por ello la presunción de inocencia abarcaba la demostración de la autoría del hecho delictivo y de la realidad material del acto que ha sido enjuiciado y que la concurrencia del elemento culpabilístico que autoriza la aplicación de los tipos delictivos pertenece a la libertad de criterio de la Sala siempre que actúe sobre bases fácticas que previamente lo configure. Los elementos subjetivos culpabilísticos en el sentido técnico-penal del término y la inferencia de los mismos pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria y no están cubiertos por la presunción constitucional, más que en el concreto punto de que si han de estar probados los hechos o datos objetivos sobre los que las valoraciones actúen, sin que el principio constitucional sirva de cobertura a las circunstancias eximentes y atenuantes, por cuanto la concurrencia y prueba de las causas de justificación no corresponde a la acusación sino a la defensa que las alegan (SSTS. 21.1.2002, 20.5.2003, 12.5.2010). Es decir que el acusado viene obligado a probar los hechos impositivos de la responsabilidad penal que para él se derive de lo imputado y probado.

No obstante esta doctrina ha sido objeto de alguna matización, así la jurisprudencia ha declarado en distintas ocasiones que "en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure (por todas STC. 87/2001 de 2.4, FJ.8), y viene afirmando (STC. 8/2006 de 16.1, FJ.2), que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de la prueba indiciaria . Pues si bien el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho y la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba y no sobre su calificación jurídica, ello no obstante en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE . ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad (STC. 87/2001 de 2.4), esto es, como dice la STS. 724/2007 de 26.9: "si el elemento subjetivo es tal que de él depende la existencia misma del hecho punible, debe entenderse que la presunción de inocencia exige la prueba de tal animo tendencial o finalista. Por ello únicamente cabe considerar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia "aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo, por una parte, y por otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad" (SSTC. 33/2000 de 14.2 , 171/2000 de 26.6).

Jurisprudencia STS. 545/2010 de 5.6 , FJ. 1:"... ciertamente el elemento subjetivo del delito ha de quedar probado, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria, pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC. 127/90 de 5.7, 87/2001 de 2.4, 233/2005 de 26.9, 8/2006 de 16.1, 92/2006de 27.3 , 91/2009 de 20.4). En relación específicamente con los elementos subjetivos debe tenerse presente además que solo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revela el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC. 91/99 de 26.5, 267/2005 de 24.10, 8/2006 de 16.1)".

Respecto a la presunción de inocencia en este sede casacional, la jurisprudencia tiene declarado, SSTs. 428/2013 de 29.5, 129/2014 de 26.2, 286/2016 de 7.4 entre otras, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5). Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4). Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3). En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si

la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

-En primer lugar debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

-En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

-En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad ", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12, "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del

derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos. En definitiva sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia. Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolucón se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace

de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba. Consecuentemente el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si misma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena.

El propio recurrente señala que en el juicio oral se practicaron las pruebas de la declaración del querellado Marino y las testificales de los querellantes Sr. Roque, Olga y Sofía, lo que unido a la documental consistente en los contratos firmados por los querellantes en fechas 16.2 y 19.10.2007, cuyo importe total, ascendente a 63.460 E, ingresó en su cuenta corriente, lleva a la Sala a entender acreditado que el acusado se presentó como un consultor financiero y las cantidades entregadas destinadas a inversiones financieras en el sector inmobiliario que, según el acusado, les aseguraba elevados intereses, así como que el hoy recurrente en momento alguno justificó las inversiones anunciadas ni el destino del dinero, haciendo suyas esas cantidades que incorporó a su propio patrimonio. Consecuentemente si consta cual fue la finalidad con la que el querellado recibió las sumas de dinero: realizar ciertas inversiones financieras que afirmaban eran muy rentables, ofreciendo unos intereses muy superiores a los bancarios (por ejemplo 15% pagaderos a seis meses, 0,40% a dos años). Y también se considera probado, razonando la sentencia de forma convincente, como esas cantidades no se invirtieron en la empresa Pitsburg Trade y si en su propia cuenta (folio 63, Tomo I actuaciones) en fechas posteriores a los dos contratos que el acusado celebró con referida entidad (ver folios 59 y 60 Tomo I y folio 90 vto. Rollo Sala). En cuanto a la no constancia del destino final del dinero recibido, no tiene incidencia en la perpetración del delito de apropiación indebida, acreditado que está su recepción legítima con la específica finalidad de hacer inversiones con el mismo y restituirlo incrementado con los beneficios ofrecidos, y que el acusado las ingreso en su cuenta, no dando, por tanto, cumplimiento a tal encargo, dado que, de una parte, no es preciso que el acusado haya gastado, despilfarrado o hecho desaparecer el dinero (agotamiento) para que el delito se entienda cometido. La voluntad "rem sibi habendi" se consigue cuando se pone a su exclusiva disposición el dinero recibido (posibilidad efectiva de disponer), y de otro, no es preciso un lucro propio, bastando con que sea para beneficiar a un tercero. No se requiere que el autor persiga su propio y definitivo enriquecimiento, sino que el ánimo de lucro también es de apreciar cuando la ventaja patrimonial antijurídica se persigue para luego beneficiar a otro. Dicho de otra manera: la finalidad de enriquecimiento antijurídico no depende de lo que el autor piense hacer luego con las ventajas

patrimoniales obtenidas (STS. 416/2007 de 23.5). Por último, respecto a la no constancia de la imposibilidad de recuperación del dinero entregado, con independencia de que el delito de apropiación indebida de dinero se consuma en el instante en que el autor lo incorpora a su patrimonio, no dándose el destino pactado, lo cierto es que en el caso concreto, entregado el dinero en el año 2007 y no restituida en la actualidad por el recurrente cantidad alguna, tal argumentación carece de fundamento alguno ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del hoy recurrente quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculporias, olvidando que el problema no es que no haya mas pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas. Y en éste caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11 - "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

En efecto el tribunal "a quo" no afirma que se tratara de un contrato de préstamo, sino que refiere que el acusado recibió las cantidades "siempre en el formato de contrato de préstamo y reconocimiento de deuda", lo que pone de relieve que la realidad comercial era otra, sirviendo aquella forma que se daba a la operación como el modo de dejar constancia de la entrega del dinero. Y tal como se explicitó en el motivo primero, y en contra de lo sustentado por el recurrente, si consta con qué finalidad se entregó al acusado: la realización de inversiones en el sector inmobiliario. Y resulta evidente que se excedió en esas facultades, al no llevar a cabo referidas inversiones e ingresar el dinero en su patrimonio, sin restituirlo, como tenia comprometido, con las ganancias establecidas en los propios contratos a los querellantes. Concorre, por ello, el elemento subjetivo que en la distracción de dinero no está tanto en el "animus rem sibi habendi" -

que apenas puede tener significación jurídica cuando la extremada fungibilidad de lo que legítimamente se posee comporta su inevitable incorporación al patrimonio del poseedor- sino la infracción del deber de fidelidad y el conocimiento y consentimiento que con el mismo se ocasiona (STS. 744/2004 de 4.6), esto es, 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.

14-SENTENCIA DEL TS DE 20 DE ABRIL DE 2016

El acusado Abilio, cuyos antecedentes penales no constan, es representante y gerente de la agencia de viajes World Travel Quality S.L sita en el Camino del Faro 11 de Alicante, y en el desarrollo de su actividad profesional aceptó gestionar el viaje a Jordania entre los días 14 y 21 de mayo de 2009 para 55 personas contratado por Recambios Aicrag S.A cuyo precio final ascendía a 103.626 euros. A solicitud del acusado Recambios Aicrag S.A ingresó en las cuentas corrientes de la empresa regida por el acusado en concepto de provisión de fondos la cantidad acordada. Cantidad que el acusado hizo suya sin darle el destino final.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al acusado Abilio como autor de un delito de apropiación indebida.

La aplicación del tipo agravado por razón de la cuantía, cuyo límite a la fecha de los hechos venía fijado jurisprudencialmente en 36.000 euros (artículo 250,1.6 CP) y tras la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio elevado por el legislador en 50.000 euros (artículo 250,1.5), cuando de tipos perfeccionados se trata, viene determinada por el importe de la suma defraudada al momento de la consumación, en este caso, de la apropiación indebida.

El delito de apropiación indebida aparece descrito en el artículo 252 CP que tipifica la conducta de los que, en perjuicio de otros, se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros.

De manera reiterada ha entendido este Tribunal de casación (SSTS 513/2007 de 19 de junio; 228/2012 de 28 de marzo; 664/2012 de 12 de julio; 370/2014 de 9 de mayo; 588/2014 de 25 de julio; 761/2014 de 12 de noviembre y 894/2014 de 22 de diciembre, 41/2015 de 27 de enero, a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el citado artículo 252 CP hasta la reforma operada en el mismo por la LO 1/2015, que el mismo sanciona dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles como en este caso, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, precisamente por el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

En este caso la Sala de instancia encajó los hechos en el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción, ya que el acusado dispuso e hizo suyos los fondos de cuya gestión estaba encargado en función de su actividad comercial que desempeñaba, y a razón de la cual se le encargó la preparación de un viaje. Delito que quedó consumado cuando dispuso de ese dinero aplicándolo a fines distintos de los pactados, que de esta manera se vio imposibilitado de cumplir. En ese momento alcanzó el punto de no retorno al que alude la jurisprudencia para diferenciar una modalidad de apropiación de uso no delictiva, de la apropiación indebida en sentido propio, que se consuma a partir de entonces (entre otras SSTS 374/2008 de 24 de junio; 228/2012 de 28 de marzo o 370/2014 de 9 de mayo). Se perfeccionó la apropiación desde que se materializó la disponibilidad ilícita que le permitió no darle el destino pactado (STS 97/20106 de 8 de febrero citada por la STS 414/2015 de 6 de julio).

Ese momento consumativo se produjo como muy tarde el 4 de mayo de 1999 cuando, según el relato de hechos probados el acusado no sólo había hecho suyas las cantidades hasta ese momento recibidas, sino que incluso comunicó al perjudicado que la imposibilidad de cumplir con lo pactado porque "carecía de fondos para hacer frente a los pagos necesarios del viaje". Habida cuenta que en ese momento había recibido un total de 103.626 euros, ese es el montante de la defraudación, que supera con creces los límites del tipo agravado cuya aplicación reivindica el recurso.

Los esfuerzos que realizó posteriormente el Sr. Abilio para reducir los efectos de su actuación con el libramiento de los pagarés no afectan a los contornos cuantitativos del delito ya consumado, por más que, en cuanto exponentes de un inequívoco afán por mitigar las consecuencias de su comportamiento, sean idóneos para integrar la base fáctica de una atenuante del artículo 21.5 CP, que también le fue apreciada, provocando de esta manera, como denuncia la Fiscal recurrente, que el mismo hecho haya tenido una doble significación. En atención a lo expuesto el recurso va a ser estimado en su integridad.

XX. BIBLIOGRAFIA

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N.º 84, págs. 55-61.
- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.
- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de València. Servei de Publicacions. 2011.
- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Págs. 14-15.
- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.
- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Págs.51-56.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, págs.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º. 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22,33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos

estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Págs. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Págs. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Págs. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), págs. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Págs. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), págs. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, núm. 06-06.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los

riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC.Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestion 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abr. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Págs. 9-22.