



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 163/2016, de 2 de marzo de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1151/2015

SUMARIO:

Delito de apropiación indebida de dinero. Modalidades. Nueva regulación. Administración desleal.

La nueva regulación de la apropiación indebida en la LO 1/2015.- 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, sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal). En consecuencia en la reciente reforma legal, el nuevo 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 acoge 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. La reforma excluye del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero, pero mantiene en el ámbito del tipo de apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos en que el acusado se apropiare para sí o para otros del dinero que hubiera recibido en depósito, comisión, o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.1, 21.1, 252 y 253.

PONENTE:

Don Cándido Conde-Pumpido Touron.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Marzo de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por Cristobal contra sentencia de fecha once de mayo de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava, en causa seguida al mismo por delito de apropiación indebida, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por la Procuradora D^a Cristina Jiménez de la Plata García de Blas.



I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción num. 22 de Barcelona, instruyó Procedimiento Abreviado con el núm. 106/2014, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava, que con fecha once de mayo de 2.015, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS :

El acusado, Cristobal , mayor de edad y sin antecedentes penales, aprovechando su condición de contable, desde el año 2009, en la empresa NOVA AZIMAT S.L., lo que le hacía poseedor de las preceptivas autorizaciones para operar a través de banca electrónica, con el ánimo de obtener un beneficio económico, entre el 27 de junio de 2011 y el 10 de abril de 2012 realizó desde la cuenta de la empresa nº 3025 0002 44 1433314258 de la Caja de Ingenieros, un total de 2.124 transferencias de fondos a las cuentas de su titularidad nº NUM000 de la Caja de Ingenieros, la nº NUM001 de la Caixa d'Estalvis de Catalunya de Tarragona, y la nº NUM002 de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, todo ello sin conocimiento ni autorización de NOVA AZIMAT y sin que existiese razón comercial alguna para ello.

A fin de ocultar las irregularidades cometidas, el acusado hacía aparecer las transferencias a efectos contables como correspondientes a facturas pendientes de cobro.

Las transferencias realizadas tienen importes comprendidos entre los 40 euros y los 4.200, sumando un monto total de

292.460,89 euros que el acusado incorporó a su patrimonio.

Esta cantidad supone un 14% del importe del beneficio de ventas de la empresa en un año, encontrándose en el trámite de presentar concurso voluntario para su disolución".

Segundo.

La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLO : "Que debemos Condenar y Condenamos a Cristobal como autor de un delito continuado de apropiación indebida del artículo 252 C.P . en relación con el artículo 250.1.5º C.P ., a la pena de 3 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 9 meses con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado satisfará a NOVA AZIMAT S.L. la suma de 292.620,89 euros con más los intereses legales.

Asimismo, satisfará las costas causadas en el presente procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que contra la misma podrán interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma dentro del plazo de cinco días".

Tercero.

Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma por la representación del recurrente, recurso de casación por infracción de ley, que se tuvo por



www.civil-mercantil.com

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

Cuarto.

La representación del recurrente, formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación de la circunstancia eximente de trastorno mental o alteración psíquica del artículo 20.1 del Código Penal , o subsidiariamente la eximente incompleta o atenuante muy cualificada de trastorno mental o alteración psíquica del artículo 21.1 del Código Penal en relación con el artículo 20.1 del mismo cuerpo legal .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, expresó su conformidad con la resolución del mismo sin celebración de vista y lo impugnó por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el veinticinco de febrero pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia impugnada, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 11 de mayo de 2015 , condena al recurrente como autor de un delito continuado de apropiación indebida a la pena de tres años de prisión. Frente a ella se alza el presente recurso, fundado en un motivo por infracción de ley.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que el acusado, entre los meses de junio de 2011 y abril de 2012, aprovechando su condición de contable de una empresa, lo que le hacía poseedor de las preceptivas autorizaciones para operar a través de la banca electrónica, realizó desde la cuenta de la empresa y con el ánimo de obtener un beneficio económico, un total de 2.124 transferencias de fondos a cuentas de su titularidad, sin conocimiento ni autorización de la empresa y sin que existiese razón comercial alguna para ello. A fin de ocultar las irregularidades cometidas, el acusado hacía aparecer las transferencias a efectos contables como correspondientes a facturas pendientes de cobro.

Las transferencias realizadas tienen importes comprendidos entre los 40 euros y los 4.200, sumando un monto total de 292.460,89 euros que el acusado incorporó a su patrimonio. Esta cantidad supone un 14% del importe del beneficio de ventas de la empresa en un año, encontrándose en el trámite de presentar concurso voluntario para su disolución.



www.civil-mercantil.com

Segundo.

El primer y único motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega indebida inaplicación de la eximente completa de trastorno mental o alteración síquica (Art 20 1º CP 95), o en su caso de la eximente incompleta (art 21 1º CP), apoyándose en un informe pericial psiquiátrico que diagnosticaba al acusado un trastorno sicótico pasajero.

El cauce casacional elegido impone el absoluto respeto del relato fáctico, dado que lo que pretende esta vía casacional es modificar la subsunción jurídica derivada de dicho relato, sin modificación alguna del mismo. En el caso actual no se aprecia en los hechos probados ninguna base que permita sustentar el motivo, por lo que su desestimación se impone necesariamente.

Tercero.

La posibilidad de invocar en casación la aplicación de una circunstancia de trastorno mental sobre la base de la prueba pericial practicada en la instancia, cuando no consta base fáctica alguna en el relato de hechos probados, exige formular previamente un motivo por error de hecho del art 849 2º Lecrim , para completar el relato fáctico, motivo que en el caso actual no se ha planteado.

En cualquier caso este motivo tampoco podría ser estimado, pues conforme a nuestra doctrina jurisprudencial solo puede admitirse excepcionalmente la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

Y, en el caso actual, dichos requisitos no concurren pues el Tribunal sentenciador dispuso de dos dictámenes periciales distintos, el emitido por la médico forense que considera que el acusado padece un trastorno depresivo, pero manteniendo sus facultades superiores adecuadamente preservadas, y el de un psiquiatra privado que aprecia un trastorno sicótico pasajero, pero no puede afirmar si ya lo padecía en la fecha de los hechos pues se trata de trastornos cambiantes que se modifican con el tiempo.

Partiendo de estas premisas el Tribunal valora razonadamente ambos dictámenes, en relación con las circunstancias concurrentes, llegando a la conclusión de que el acusado tenía un claro control de lo que estaba haciendo, tomando decisiones que dificultaban la rápida constatación de su actuar defraudatorio, como por ejemplo elegir para realizar aquellas transferencias que efectuaba al extranjero precisamente la cuenta que su empresa empleaba para pagos internacionales.

En definitiva, ni aun cuando se hubiese empleado este motivo casacional, que no se ha utilizado, podría haber prosperado el recurso, cuya desestimación se impone necesariamente.

Cuarto.

Desde otra perspectiva podría examinarse si la admisión a trámite del recurso puede fundamentarse en la modificación realizada en la regulación del delito de apropiación indebida por la LO 1/2015, y en su eventual aplicación retroactiva en beneficio del reo.



www.civil-mercantil.com

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

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

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

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

Quinto.

Algún sector doctrinal, que siempre ha mantenido una posición contraria a la apropiación indebida de dinero, calificándola en todo caso como un supuesto de administración desleal indebidamente inserto en el tipo de la apropiación indebida, pretende ahora enmendar la plana al Legislador y sostener que pese a la mención expresa del dinero en el art 253 CP 15, la apropiación de dinero, por su naturaleza fungible, no puede sancionarse como delito de apropiación indebida (diga lo que diga el Legislador) sino que debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido, y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio). Otros sectores mantienen que la mención del dinero en el art



www.civil-mercantil.com

253 solo puede referirse a los supuestos en los que el dinero se ha entregado como cosa cierta (identificando la numeración de los billetes y especificando que la devolución debe realizarse sobre los mismos billetes entregados).

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

Por el contrario esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 433/2013, de 2 de julio (Pte. Sr Jose Pedro , conducta apropiatoria de dinero en el ámbito societario), STS 430/2015, de 2 de julio (Pte. Sr Agustín , 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 (Pte. Sr. Claudio , apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015, de 7 de julio (Pte. Sr Fulgencio , apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015, de 16 de julio , (Pte. Sr. Luis , apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015, de 5 de octubre , (Pte. Don Luis , apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa), STS 615/2015, de 15 de octubre (Pte. Sr. Teodulfo , apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre, (Pte. Don Jose Pedro , apropiación de dinero por apoderado), STS 732/2015, de 23 de noviembre (Pte. Don Luis , apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015, de 1 de diciembre (Pte. Sr Pedro Jesús , apropiación indebida de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (Pte. Don Teodulfo , apropiación indebida de dinero por intermediario), STS 65/2016, de 8 de febrero (Pte. Sr Celestino , apropiación indebida de dinero por agente de viajes), STS 80/2016, de 10 de febrero , (Pte. Don Luis , apropiación indebida de dinero por el patrono de una fundación), STS 89/2016, de 12 de febrero (Pte. Don Celestino , apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc. etc.

Sexto.

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



www.civil-mercantil.com

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 consecuencia, en el caso actual en el que el contable de una empresa, realizó 2.124 transferencias de fondos (con importes comprendidos entre los 40 y los 4.200 euros) desde las cuentas de la empresa a las suyas propias, sin conocimiento ni autorización de la empresa y sin que existiese razón comercial alguna para ello, haciendo aparecer las transferencias como facturas pendientes de cobro y apropiándose de un total de 292.460,89 euros que incorporó a su patrimonio, nos encontramos ante un delito continuado de apropiación indebida, tanto aplicando la regulación vigente cuando ocurrió el hecho (art 252 CP 95), como aplicando la actual (art 253 CP 16).

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

Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida de dinero es que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", es decir que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución (STS 513/2007 de 19 de junio , STS 938/98, de 8 de julio , STS 374/2008, de 24 de junio , STS 228/2012, de 28 de marzo)".

El recurso, por todo ello, debe ser íntegramente desestimado, con imposición al recurrente de las costas del mismo.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Cristobal contra sentencia de fecha once de mayo de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava , en causa seguida al mismo por delito de apropiación indebida. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Candido Conde-Pumpido Touron, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.