



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 595/2014, de 23 de julio de 2014*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 2299/2013*

#### **SUMARIO:**

**Delito de apropiación indebida. Atenuante de dilaciones indebidas. Responsabilidad civil derivada de delito.** Los títulos enumerados en el art. 252 de forma ejemplificativa -depósito, comisión, administración- participan de un denominador común: son títulos traslativos de la posesión pero no de la propiedad. No cualquier título que produzca la obligación de devolver o entregar es apto para integrar esa tipicidad; solo aquellos que habiendo transmitido la posesión no transmiten a la vez el dominio. Por eso ni el préstamo o mutuo, ni el depósito irregular, por más que generen una obligación de devolver, darán nunca vida a una infracción penal incardinable en el art. 252. Esas premisas son nítidas y evidentes, pero valen solo para la modalidad de apropiación del art. 252. En los últimos años la jurisprudencia ha querido dotar al término distraer de un significado propio. Para la concepción mayoritaria hoy en la jurisprudencia distraer significa desviar del fin pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. Atenuante de dilaciones indebidas: el Tribunal puede de oficio apreciar una atenuante cuya concurrencia haya quedado acreditada, pese a que no la haya solicitado expresamente la defensa. Bien es cierto que podría hacer uso del art. 733 LECrim, pero ese mecanismo solo es obligado cuando la discrepancia es in peius. En el proceso penal solo se puede reclamar la responsabilidad civil nacida de delito, es decir aquella que ha surgido precisamente de la comisión del delito y no cualesquiera otras que guarden una vinculación más o menos directa con el asunto debatido.

#### **PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6, 66, 120.4, 122 y 252.

Código Civil, arts. 1.092, 1.255, 1.753, 1.768 y 1.770.

Ley 50/1980 (LCS), art. 76.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 615, 733 y 788.3.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 4 y 218.

#### **PONENTE:**

*Don Antonio del Moral García.*

#### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil catorce.

En los recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuestos por Carlos Daniel y la Acusación Particular Artemio, contra Sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó al primero



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

como autor responsable de un delito de apropiación indebida, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Morales Hernández SanJuan y Sandín Fernández. Siendo partes recurridas Fausto , Vicenta , Cristina , Manuela , Yolanda , Coro , Luz , Adelina , Esperanza rerepresentados por los Procuradores Sres. Juanas Blanco, Rico Maesso, Medina González, Echevarría Teroba, Plaza Villa, Yustos Capilla, Martínez Mínguez y Porta Cambell. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

## I. ANTECEDENTES

### Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. Dos de los de Sabadell incoó Diligencias Previas con el número 58/2008, contra Fausto , Enma , Vicenta , Ramona , Yolanda , Daniela , Esperanza , Luz , Penélope , Coro , Cristina , Manuela , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décima) que, con fecha catorce de octubre de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<PRIMERO.- El acusado Carlos Daniel , Abogado, en el ejercicio de dicha profesión y en nombre de trece trabajadoras que habían depositado en él la confianza para defender sus intereses laborales ante el cese de la actividad empresarial de una de las empresas de Artemio llegó a un acuerdo transaccional con éste el día 1-2-2002, respecto a las responsabilidades pecuniarias derivadas de los contenciosos laborales y penales existentes entre ambas partes, cifrando la misma en la suma total de 120.202,42 euros a pagar en dos plazos, dándose por finiquitado con el percibo de dicha suma total. Dicho día se le entregó en efectivo la suma de 18.030,36 euros y el resto de los 102.172 euros quedaba supeditada a que el Sr. Artemio llegara a un acuerdo antes del día 22-9-2002 con el resto de los 96 trabajadores de la entidad, asesorados por otro Letrado.

El 20-9-2002, el querellante Artemio , acordó con el acusado Carlos Daniel , con el Letrado del grupo de 96 trabajadores, y las personas que figuran como compradoras, un convenio de realización de bienes inmuebles a validar por el Juzgado de lo Social nº 2 de Girona, en la ejecución nº 5/93, de forma que los 102.172 euros pactados y que faltaban por pagar se ingresarían en la cuenta corriente de) Juzgado de lo Social nº 2 de los de Girona, a fin de que una vez validado el acuerdo de realización de bienes, dicho Juzgado abonase la mencionada cantidad al acusado.

Este mismo día, el acusado Carlos Daniel , previo a la firma del convenio de realización, a fin de aceptar dicha forma de pago -consignación previa en el Juzgado de lo Social- condicionó la firma de dicho convenio a que se le abonase en concepto de depósito la suma de 78.131,57 euros, como garantía para sus representadas, por si el Fondo de Garantía Salarial -que se hacía cargo de las indemnizaciones- reclamaba la suma a consignar en el Juzgado. El querellante aceptó el acuerdo, a fin de que no fracasase el acuerdo global con el resto de trabajadores y acreedores, y entregó un cheque bancario nominativo al acusado por dicho importe de fecha 20-9-2002, sin que supusiera un incremento o modificación de la cantidad pactada en el acuerdo de 1-2-2002, sino como garantía de su cumplimiento, con obligación de no distribuir dicho dinero hasta que el Juzgado de Girona resolviera el destino de los 102.172 euros y con obligación de restituir el cheque bancario al querellante, una vez el Juzgado de lo Social le abonase dicha suma. Se pactó asimismo en concepto de plus de



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

penalización la suma de 30.000 euros si no se devolvía la cantidad recibida. Dicho acuerdo se plasmó en un documento de la misma fecha que se firmó en el despacho profesional del Abogado Segismundo , quedando consignada en el Juzgado la suma de 102.172,06 euros.

El mismo día 20-9-2002, el Juzgado de lo Social nº 2 de Girona dictó auto aprobando el convenio de realización. Posteriormente dicho Juzgado libro el día 23-12- 2002 a favor del acusado un mandamiento de pago por Importe de 102.172,06 euros que ingresó en su cuenta bancaria con la finalidad de repartirla a las trabajadoras, fecha en la cual estaba obligado a la devolución a Artemio del cheque bancario ó la cantidad correspondiente al mismo por Importe de 78.131,57 euros. En fecha 27-3-2003 el acusado recibió formal requerimiento del querellante para el abono inmediato de la cantidad recibida como depósito más la suma del plus de penalización por la no devolución. El acusado Carlos Daniel no ha devuelto dicha cantidad.

En la fecha del Juicio, tras haber transcurrido más de diez años desde la fecha que estaba obligado a la devolución, el acusado no ha hecho ningún abono parcial. Tampoco ha consignado ninguna cantidad parcial ni total de la fianza de responsabilidad civil acordada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Sabadell por Auto de fecha 30-10-2004 .

#### SEGUNDO.

Las trabajadoras que encomendaron al acusado la defensa de sus derechos laborales frente al querellante fueron su madre Coro , y Enma , Vicenta , Ramona , Yolanda , Daniela , Esperanza , Luz , Penélope , Cristina y Manuela . Ninguna de ellas participó ni firmó ninguno de los acuerdos referidos en el hecho anterior, ni fueron informadas del acuerdo realizado por el acusado con el querellante relativo al percibo por éste del cheque bancario por importe de 78.131,57 euros, ni se han lucrado de dicha cantidad.

#### TERCERO.

En la fecha de los hechos descritos el acusado trabajaba y era socio del bufete HERRERO ADVOCATS, SL. La madre del acusado y el resto de trabajadoras anteriormente relacionadas encomendaron al acusado Carlos Daniel a título individual, y no al despacho como colectivo, la defensa de sus derechos laborales. Ni el Letrado Fausto , ni el resto de los Abogados del bufete, participaron en la dirección del asunto, ni en ninguna de las decisiones ni pactos contraídos por el acusado con el querellante. Tampoco el cheque bancario por importe de 70.131,57 euros fue ingresado en la sociedad, sino en la cuenta individual del acusado".

#### Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<CONDENAMOS al acusado Carlos Daniel como penalmente responsable en concepto de autor de un delito de APROPIACIÓN INDEBIDA, agravado por la cuantía defraudada, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y MULTA de DIEZ MESES a razón de una cuota diaria de DIEZ euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de prisión por cada dos cuotas de multa impagadas. Asimismo le CONDENAMOS a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de Abogado por término de DOS AÑOS y al pago de las costas procesales Incluidas las de la acusación particular.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Por vía de responsabilidad civil CONDENAMOS A Carlos Daniel a abonar a Artemio la suma de CIENTO OCHO MIL CIENTO TREINTA Y UN EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (108.131,57 €), más el interés legal.

ABSOLVEMOS como responsables civiles subsidiarios del pago de la mencionada cantidad a Fausto , Enma , Vicenta , Ramona , Yolanda , Daniela , Esperanza , Luz , Penélope , Coro , Cristina y a Manuela

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por Infracción de ley y por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días>>.

### **Tercero.**

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

*Motivos aducidos en nombre de Carlos Daniel .*

Motivo único .- Al amparo del art. 849.1º LECrim alega infracción de ley del art. 252 en relación con el 250.1.6 CP .

*Motivos aducidos en nombre de Artemio (Acusación Particular).*

Motivo primero.- Al amparo del art. 849.2º LECrim denuncia error de hecho en relación con la absolución de los responsables civiles subsidiarios. Motivo segundo. - Al amparo del art. 849.1º LECrim se alega inaplicación del art. 120.4 CP . Motivo tercero .- Al amparo del número 2 del art. 849 LECrim denuncia error de hecho. Motivo cuarto. - Al amparo del art. 849.1º LECrim se denuncia infracción de ley por inaplicación del art. 120.4 CP . Motivo quinto. - Al amparo del art. 849.1º LECrim se denuncia la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas 21.6 CP.

### **Cuarto.**

El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, impugnando todos los motivos de ambos recursos; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

### **Quinto.**

Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día nueve de julio de dos mil catorce.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

*A) Recurso de Carlos Daniel .*

### **Primero.**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

El recurso del condenado viene integrado por un único motivo cobijado en la clásica y genuina infracción de ley penal: art. 849.1º LECrim . Se considera que el art. 252 CP ha sido indebidamente aplicado. Los hechos probados no serían incardinables en tal precepto. Serían atípicos.

Pese al carácter de numerus apertus de los títulos mencionados en el art. 252 como presupuesto de tal infracción penal, no cualquier relación jurídica que lleve aneja una obligación de reintegrar o devolver es idónea para cubrir las exigencias del delito de apropiación indebida. El depósito irregular , figura a la que quiere reconducirse la entrega del cheque cuyo importe ha constituido aquí el objeto de "apropiación" o "distracción", no sería uno de esos títulos en la medida en que el dinero habría pasado a la propiedad del recurrente, que estaría así facultado para disponer de ese importe, sin perjuicio de su obligación de reintegrarlo en su momento una vez cumplidas las condiciones establecidas. El recurrente hace suya la tesis sostenida en la instancia por el Ministerio Fiscal: una pretensión absolutoria, tras rechazar la Audiencia su petición de sobreseimiento vehiculizada en un documentado dictamen en que razonaba por qué debía considerarse un depósito irregular y por qué tal título había que considerarlo inidóneo para generar responsabilidad penal conforme al art. 252 CP .

Razonaba el Fiscal de forma mucho más prolija que lo hace ahora el recurrente:

"...existen impedimentos jurídicos para formular acusación, y nos referimos al título del que se desprende la obligación de devolver. El contrato de 20 de septiembre es inicialmente un contrato de novación, pues mantiene incólumes las cláusulas del de 1 de febrero y añade otras, principalmente la que aquí interesa de hacer "depositario" al querellado de 78.131,57 euros, asumiendo éste la obligación de no distribuirlos hasta que el Juzgado de Girona resuelva el destino de la suma previamente consignada (102.172 €).

Se trata por tanto de la polémica figura del depósito irregular, que por recaer sobre cosas fungibles no transmiten la simple posesión con obligación de devolver la misma cosa que fue entregada, sino que transmiten la propiedad con obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad ( tantundem eiusdem generis ). Al transmitirse la propiedad - concluyen doctrina y jurisprudencia- el contrato pierde la finalidad típica del depósito y se convierte en préstamo ( arts. 1753 , 1768 y 1770 del Código Civil ). Este efecto traslativo del dominio hace que la jurisprudencia excluya los contratos de mutuo y depósito irregular como títulos aptos para generar el delito del art. 252 (por todas, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª de 17 de marzo de 2000 , con cita de la STS de 15 de noviembre de 1994 , y confirmada por la STS de 8 de febrero de 2002 . La clave está en que la segunda modalidad de la apropiación indebida (distraer) impone, cuando se trata de dinero o cosas fungibles, que se hayan entregado para un fin determinado al que no se destinan (y este es el significado propio de "distraer": desviar o desatender), como ocurre con la sociedad o el mandato, que sí pueden dar lugar al delito de apropiación indebida. La falta de devolución de las cosas recibidas por otros títulos generan las responsabilidades civiles procedentes, que en este caso no son pocas pues están gravadas con una cláusula penal, pero no responsabilidades penales.

No puede compartirse ese enfoque.

### **Segundo.**

La naturaleza de un contrato o un negocio jurídico viene determinada por sus características intrínsecas y no por el nomen que con mayor o menor acierto le asignen los intervinientes. En el derecho privado negocial hay que atender a lo que se ha querido pactar ( art. 1255 C Civil ). El nombre con que se bautiza un negocio puede ser indicativo u orientativo



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

de esa voluntad, pero nunca es criterio único decisivo ni definitorio. En ocasiones nombre y naturaleza no coinciden. Esta ostenta primacía en el plano jurídico sin duda alguna.

Eso sucede aquí: las partes hablaron de depósito en el nada claro documento de 20 de septiembre de 2002: un depósito de 78.131,57 euros, como garantía para los representados por el acusado, que se documentó en un cheque por ese importe. Se asumía la obligación de no distribuir tal monto hasta que el Juzgado de Girona resolviese sobre el destino de los 102.172 euros consignados. Se establecía así pues de forma explícita la obligación de devolver el cheque -según los hechos probados- (o su importe, podría entenderse) una vez se diese por el juzgado a esos 102.172 euros el destino previsto. Pese a suceder así, el querellante dispuso del importe del cheque haciendo caso omiso a los requerimientos recibidos en orden al para el cumplimiento de lo pactado (restitución junto con 30.000 euros más como penalización por el incumplimiento).

Se utilizaba la denominación depositario , pero no estamos propiamente ante un depósito.

Se trata más bien de una garantía (en otros ordenamientos, que no en el nuestro, se habla de depósito en garantía ) reconducible a la prenda; si se quiere, una prenda irregular, pero en todo caso una garantía pignoratícia. Lo disecciona con agudeza y finura jurídica la sentencia de instancia (fundamento de derecho segundo): estamos ante un contrato consensual de garantía de la obligación principal con devolución de lo entregado en el mismo momento en que se cumpla esta última.

La cuestión no estriba tanto en etiquetar con precisión el negocio entablado o escudriñar su naturaleza jurídico-civil, cuanto de captar si se dan los presupuestos del delito de apropiación indebida, para lo que ha de resultar esencial identificar lo que las partes acordaron y qué facultades se habían traspasado al ahora recurrente para disponer del importe de ese cheque. La respuesta es cristalina: carecía de toda facultad al respecto en tanto no se dilucidase por el Juzgado de lo Social el destino del dinero consignado. Una vez distribuida en la forma que estaba prevista esa cantidad -102,172 euros- nacía la ineludible obligación de restituir el cheque, o su importe.

Las partes son libres para pactar unas u otras condiciones en el negocio civil realizado. Pero la autonomía de los particulares no llega al punto de excluir o atraer la protección penal a su antojo. Ni lo que es un préstamo de dinero -mutuo- puede convertirse en título idóneo para la apropiación indebida por el hecho de que las partes convengan en una cláusula que la no devolución se entenderá como distracción; o que se considera que el dinero sigue siendo propiedad del prestamista, pese a la capacidad del prestatario de disponer de él por su voluntad y con libertad absoluta de destino. Ni, en el sentido opuesto, cabe extraer una conducta del radio de acción del delito de apropiación indebida asignando un nombre ajeno a tal infracción a lo que por su configuración y por los contornos atribuidos es susceptible de generar el deber garantizado penalmente en tal norma.

### **Tercero.**

La interpretación del delito de apropiación indebida ha evolucionado. Durante décadas se consideró mayoritariamente que el verbo "distracer" no añadía nada realmente diferencial a la conducta típica de "apropiarse". En los últimos años el vocablo "distracer" ha servido para acrecer los espacios de la apropiación indebida. Si antes se llegaba a afirmar que por mucha extensión que se quisiese dar al término "distracer" en oposición al término "apropiarse" el delito exigiría siempre el *animus rem sibi habendi* , es decir la intención de incorporar al propio patrimonio una cosa ajena, el panorama exegético imperante hoy en la jurisprudencia llega a conclusiones mucho más matizadas ( STS 378/2013, de 12 de abril ).



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Los títulos enumerados en el art. 252 de forma ejemplificativa -depósito, comisión, administración- participan de un denominador común: son títulos traslativos de la posesión pero no de la propiedad. No cualquier título que produzca la obligación de devolver o entregar es apto para integrar esa tipicidad; solo aquellos que habiendo transmitido la posesión no transmiten a la vez el dominio. Por eso ni el préstamo o mutuo, ni el depósito irregular, por más que generen una obligación de devolver, darán nunca vida a una infracción penal incardinable en el art. 252. Autor ha de ser el poseedor no propietario. La primera condición para apropiarse de algo es no ser dueño. Nadie puede apropiarse de lo que ya le pertenece.

Esas premisas son nítidas y evidentes, pero valen solo para la modalidad de apropiación. En los últimos años la jurisprudencia ha querido dotar al término distraer de un significado propio, distinto y complementario: si la ley utiliza los dos verbos hay que pensar que no es una mera redundancia.

Para algunos se trataría de recoger los casos en que el objeto son bienes fungibles, esencialmente el dinero.

Para la concepción mayoritaria hoy en la jurisprudencia distraer significa desviar del fin pactado. Por esa senda discurre la argumentación de la bien fundada sentencia de instancia que se hace eco con fidelidad de la doctrina jurisprudencial: distraer es destinar lo recibido a un fin diferente al pactado con el tradens. Su objeto serían cosas fungibles, singularmente el dinero. El delito consistiría no tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -donde ya quedó integrado aunque de forma condicionada- cuanto en invertirlo en fines distintos de los establecidos, irrogando con ello un perjuicio patrimonial a quien según lo acordado tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto ( STS 2339/2011, de 7 de diciembre ).

La STS 513/2007, de 19 de junio , resume la interpretación jurisprudencial de este delito: "el artículo 252 del vigente Código Penal sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de 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 el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

En lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia 1274/2000, de 10 de julio que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo reciba uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.

b) Que el objeto haya sido entregado al autor por uno de los títulos que genera la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporen una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquéllos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de numerus apertus del precepto en el que caben, dado 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" ( SSTS 31.5.93 ; 1.7.97 ).

c) Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver, con ánimo de incorporarla a su patrimonio.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

d) Que se produzca un perjuicio patrimonial, lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

En la modalidad de apropiación consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de alguno de los títulos consignados en el artículo 252 del Código Penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad ( STS 16.9.03 ), y el tipo se realiza, aunque no se prueba 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 él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status, como se dijo literalmente en la sentencia de esta Sala 224/98, de 26 de febrero . La acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo -aunque tampoco quepa descartarla- la concurrencia del animus rem sibi habendi, sino sólo la del dolo genérico, que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona. ( SSTS 3.4 y 17.10.98 ).

Esta consideración de la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal parte de la distinción establecida en los verbos nucleares de tipo penal, se apropiaren y distrajeren y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, ha diferenciado 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 diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que "en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron".

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, queredundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor aunque ello no es imprescindible para que se entienda cometido el 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 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 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



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y, como elementos de tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades de titular sobre el dinero o la cosa entregada".

La STS 664/2012, de 12 de julio constituye otra muestra más reciente de esa moderna concepción de la conducta caracterizada por el verbo "distracer".

En igual dirección y aunque acaba por decretar la absolución por razones de otro tenor, contempla un supuesto que en sus raíces guarda semejanzas con el presente -entrega en garantía- admitiendo que ese título es idóneo para dar vida al delito de apropiación indebida en su variante de distracción encontramos la STS 818/2012 de 24 de octubre :

" A estos efectos la Jurisprudencia de esta Sala viene distinguiendo entre la "apropiación" en sentido estricto, referida generalmente a la ilícita incorporación al patrimonio del autor del delito de bienes muebles u otros efectos sobre los que pendía, en razón al título jurídico por el que se recibieron, la obligación de la restitución de la misma cosa recibida, y la "distracción", introducida en nuestro ordenamiento para posibilitar la punición de quienes, adquiriendo la propiedad de lo recibido por tratarse de bienes fungibles, fundamentalmente dinero, incumplen posteriormente su obligación de devolver, no tanto la misma cosa recibida sino su equivalente, en la misma especie y calidad (en este sentido SSTS como las de 23 de Mayo de 2007 , 30 de Septiembre de 2008 o 18 de Noviembre de 2009 , entre otras), tratándose por consiguiente no tanto de un supuesto de verdadera "apropiación" en sentido estricto sino, más bien, de "comportamiento infiel" (vid. SSTS 19 de Junio de 2007 y 20 de Noviembre o 31 de Diciembre de 2008 , por ej.).

En el presente caso nos hallamos ante una serie de operaciones de las que se denominan "fianzas monetarias" y que, en realidad, la dogmática civil identifica con la "prenda irregular", entre otras cosas, es decir, aquella garantía real pignoratícia que tiene como peculiaridad el hecho de que la garantía la constituyen bienes fungibles, como el dinero, con lo que se distingue de la "prenda regular" en que en el momento de su constitución y entrega se transmite la propiedad de lo pignorado, surgiendo a cambio la obligación de devolver no la cosa recibida sino otra equivalente de la misma especie y en igual cantidad.

De modo que en principio podría pensarse, como lo hace la Audiencia, que no existe inconveniente alguno, puesto que, como hemos visto, según nuestra propia doctrina el hecho de esa transmisión de la propiedad de lo entregado no impide la presencia del delito de apropiación indebida, en su específica forma de "distracción" si, llegado el momento de la obligada devolución, ésta no se produce por decisión voluntaria del inicial receptor .

Y ello aunque en alguna ocasión también se ha dicho que no existe "distracción", en el sentido penal del término, en supuestos de títulos que no comportan la devolución de lo concretamente recibido, precisamente por tratarse de operaciones, como el contrato de préstamo de dinero o el contrato de arras, etc., en los que la propiedad de lo entregado se transmite con su entrega, surgiendo, tan sólo, una obligación de devolver el equivalente a lo recibido, de cuyo incumplimiento tan sólo se derivan obligaciones de carácter civil ( SsTS de 1 de Marzo de 2005 , 5 de Octubre de 2006 , 16 de Noviembre de 2007 , 17 de Enero de 2008 y otras).

Pero el problema con el que en este supuesto nos encontramos es, precisamente, el del carácter pignoratício de aquellas entregas, vinculadas por lo tanto, como en el propio "factum" de la recurrida se dice, según ya tuvimos oportunidad de comprobar, en concreto a "...servir de resarcimiento de la Distribuidora ante una posible deuda."

Y es que la figura de la "distracción" de lo fungible, como forma del delito de "apropiación indebida", se ha venido aplicando sobre todo a supuestos de Administración del



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

dinero ajeno, sin que encontremos ningún precedente jurisprudencial relativo a la garantía pignoraticia, sin duda por la complejidad de la relación que con ella se establece y que dificulta aún más la claridad de la afirmación de que se haya "distráido" dolosamente un dinero que ya había ingresado en el patrimonio del receptor, aunque existiera una obligación futura de devolución de su equivalente.

Podemos hablar aquí de distracción en el sentido indicado: el recurrente eludiendo los pactos establecidos y conociendo ya desde ese mismo día que el Juzgado de lo Social había aprobado el convenio de realización, dispuso en beneficio propio del importe del cheque recibido como garantía, apartándolo así del claro destino y exclusiva finalidad -garantizar unas percepciones del Juzgado- que se le había asignado por voluntad de las partes. Ni siquiera lo destinó a sus clientes: lo incorporó a su patrimonio.

El motivo no es atendible.

*B) Recurso de Artemio .*

#### **Cuarto.**

Artemio , como parte querellante formaliza cinco motivos distintos que han de ser parcialmente reagrupados para su contestación.

En el nivel del derecho penal sustantivo el quinto de los motivos protesta por la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas. Los otros motivos van encaminados a obtener unos pronunciamientos en materia de responsabilidad civil de terceros que no lograron en la instancia de un lado frente a las personas que habían contratado los servicios como letrado del condenado (motivos primero y segundo: 849.2º y 1º, respectivamente); de otra, frente al despacho de abogados Herrer Advocats (motivos tercero y cuarto con igual paralelismo: art. 849.1º y 2º).

Comenzaremos por analizar la cuestión de derecho penal material planteada para luego abordar los motivos relacionados con la responsabilidad civil nacida de delito.

#### **Quinto.**

La Audiencia ha apreciado la atenuante de dilaciones indebidas con la consiguiente repercusión penológica (mitad inferior de la pena: art. 66 CP ).

No considera ajustada a derecho tal apreciación la acusación por tres órdenes de razones:

- a) Los hechos probados no reflejarían los antecedentes precisos para fundar la atenuante.
- b) Además se ha apreciado de oficio, sin previa invocación de parte.
- c) Por fin entiende que las dilaciones en gran medida serían imputables al propio acusado lo que excluye su virtualidad para alumbrar una atenuante.

Es verdad que la Audiencia no se detiene en detallar en el factum las vicisitudes del procedimiento. Sí lo hace sin embargo en el tercero de los fundamentos de derecho:

"En el presente caso el procedimiento fue incoado en virtud de la presentación de una querrela contra las personas aquí juzgadas que fue admitida a trámite por Auto de fecha 12-12-2003. Hasta el 25-11-2005 ha tenido un desarrollo procesal normal teniendo en cuenta el número de personas querelladas, las declaraciones testificales, demás diligencias de investigación y complejidad procesal. Sin embargo, a partir de esta fecha el procedimiento ha



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

sufrido dos paralizaciones relevantes, la primera hasta el 11-10-2006 -once meses-, a pesar de los varios escritos de la defensa de la acusación particular solicitando el impulso procesal. Y, la segunda desde que se dictó el Auto de Apertura del juicio oral en fecha 25-2-2009 hasta la remisión a la Audiencia Provincial en fecha 25-11-2011, al haberse tardado más de dos años para la presentación de los escritos de defensa. Y, aunque no pudo acordarse un plazo simultáneo de calificación por las razones que constan motivadas en la decisión judicial, el número de partes -trece- no justifica un periodo tan dilatado. Sin embargo, no ha habido paralizaciones superiores a un año, ni mucho menos de dos, que justifiquen la aplicación de la atenuante como muy cualificada. En el trámite de enjuiciamiento no ha habido paralizaciones relevantes, al haberse tenido que modificar este Tribunal hasta en seis ocasiones las fechas señaladas para la celebración del juicio a petición de los Letrados por coincidencias con sus agendas de señalamientos previos. Ha existido por tanto actividad procesal para lograr el enjuiciamiento".

Frente a la antigua jurisprudencia que admitía sin matización alguna como elementos integradores del relato de hechos los datos fácticos que aparecían en algún pasaje de la fundamentación jurídica, otorgando así a esta una función de complementación del hecho probado, en los últimos años esta Sala ha exteriorizado ciertos recelos a ese tipo de enfoque. Pero esas reticencias, que tampoco son absolutas, no operan nunca cuando se trata de hechos beneficiosos para el reo. Menos aún en un supuesto en que se discute sobre datos intraprocesales que pueden ser verificados directamente y cuya omisión en los hechos probados se subsana fácilmente.

Por tanto ningún obstáculo surge de la ausencia en el factum de un reflejo de los lapsos temporales determinantes de las dilaciones que no solo podrían obtenerse con la consulta de los autos ( art. 899 LECrim ), sino que además vienen recogidos en la fundamentación jurídica de la sentencia.

#### **Sexto.**

En otro orden de cosas, es doctrina clara que el Tribunal puede de oficio apreciar una atenuante cuya concurrencia haya quedado acreditada, pese a que no la haya solicitado expresamente la defensa. Bien es cierto que podría hacer uso del art. 733 LECrim , pero ese mecanismo solo es obligado cuando la discrepancia es in peius. Ni el principio acusatorio ni el contradictorio exigen inexcusablemente el planteamiento de la tesis para la apreciación de atenuantes o para calificaciones más benignas.

Desde la perspectiva de las partes acusadoras también ha de prestarse salvaguarda al principio de contradicción, de forma que tengan ocasión efectiva de combatir jurídicamente cualquier modulación u objeción a su pretensión. No es una inequívoca exigencia legal, pero desde luego el principio de contradicción queda más preservado si en los casos de calificaciones más beneficiosas no alegadas o atenuantes no invocadas que son introducidas por el Tribunal ex officio , antes hiciese uso del planteamiento de la tesis que prevé también para esos supuestos el art. 733 LECrim (o el correspondiente precepto paralelo del procedimiento abreviado: art. 788.3º LECrim ). El tema, en todo caso, dados los intereses en juego en el proceso penal, se plantea en términos radicalmente distintos que cuando se trata de la defensa. En este segundo caso estaríamos ante la vulneración de un derecho fundamental (derecho a ser informado de la acusación). La violación del principio de contradicción en detrimento de la defensa exige una respuesta contundente y tajante. Las acusaciones, a fin de cuentas, no hacen valer derechos propios en el proceso penal: el lus puniendi está monopolizado por el Estado. En el caso de introducción en la sentencia de calificaciones más beneficiosas no invocadas la previa información es algo que puede ser

aconsejable o conveniente pero que no es exigible" . No había óbice por tanto para incluir esa atenuante no invocada en la sentencia .

#### **Séptimo.**

En cuanto al fondo del asunto también ha de rechazarse el argumento de la parte. Objetivamente las dilaciones han sido excesivas. Bien es verdad que muchas de ellas vienen originadas por la pluralidad de partes pasivas (terceros responsables civiles) pero también lo es que el condenado no es el causante de esa multiplicidad de partes que, además, la sentencia ha demostrado no procedente. No es dable elucubrar con posibles estrategias defensivas imaginando al acusado como muñidor de la actitud procesal de esos terceros llamados como responsables civiles. La inicial identidad del letrado que asumió su defensa no es base suficiente para esa suposición ni para afirmar connivencia entre unos y otros.

Son más de diez los años transcurridos entre el comienzo de la investigación y el enjuiciamiento. La duración de la tramitación es objetivamente desmesurada, en una estimación global y más allá de las paralizaciones concretas o los momentos de ralentización, que también existen como pone de manifiesto la sentencia.

La atenuante de dilaciones indebidas a partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación penal expresa. El actual número 6 del artículo 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal contempla como tal la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa .

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 razona la conveniencia de otorgar carta de naturaleza legal a la nueva atenuante de dilaciones indebidas en la necesidad de dar cobertura normativa a una práctica judicial extendida. La atenuante es de creación jurisprudencial. Sus perfiles han ido modificándose a impulsos de los pronunciamientos de esta Sala Segunda. Desde 2010 contamos ya con unos requisitos legales que en líneas generales se ajustan a lo establecido por esa jurisprudencia que la exposición de motivos proclama querer respetar. No hay cuestión sobre la aplicabilidad de tal precepto de nueva planta. Las exigencias del nuevo art. 21.6 estaban presentes en la doctrina jurisprudencial. No puede decirse que se hayan endurecido las condiciones para apreciar la atenuante.

A tenor de la literalidad de la nueva atenuante, su aplicación exigirá de la concurrencia de una serie de requisitos o elementos constitutivos que se pueden concretar en los siguientes: a) una dilación indebida, es decir no justificada; b) que sea extraordinaria en el sentido de que se aparte de los parámetros normales u ordinarios; c) que acaezca durante la tramitación del procedimiento; d) que esa demora injustificada no sea ocasionada por el imputado; y e) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio.

El recurrente cuestiona los requisitos b) y d).

Se exige que las dilaciones sea extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad". Puede realizarse tal juicio en relación al presente asunto. Ya lo hemos dicho: más de diez años sometido a un proceso es demasiado tiempo. No puede hablarse de una complejidad excesiva. El tiempo que ha tardado en obtenerse sentencia dista mucho no ya de los parámetros deseables, sino también de los habituales. La parsimonia con que se ha tramitado la causa, puede responder a una relativa complejidad derivada de la multiplicidad de partes. Si estuviésemos ante un procedimiento ordinario podría justificarse el retraso: nuestra más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena en el procedimiento ordinario traslados sucesivos (que no simultáneos) a las partes para los trámites de instrucción y calificación. Pero estamos ante un procedimiento abreviado en el que, con toda seguridad por razones materiales disculpables, explicadas y comprensibles, se han hecho traslados



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

sucesivos para calificación. Un trámite que en el optimista e ingenuo diseño legal debería ocupar diez días se ha demorado más de dos años. Las dilaciones, ralentizaciones o paralizaciones no venían vinculadas a la complejidad del asunto, que es muy relativa. La complejidad no es la causa de esa lentitud, en ocasiones desesperante.

Encontramos precedentes de apreciación de la atenuante, además como cualificada, en supuestos en que se contemplan retrasos de similar o menor entidad que los aquí señalados ( SSTS 557/2001, de 4 de abril ; 742/2003, de 22 de mayo ; 1656/2003, de 9 de diciembre ; 1051/2006, de 30 de octubre ; 993/2010, de 12 de noviembre , o 1108/2011, de 18 de octubre ). No es solo un problema de medición del tiempo y comparación de número de años; pero es claro que si en ocasiones esa duración ha determinado en ciertas condiciones una atenuante cualificada con mucha mayor razón habrá que dar por correcta la apreciación de una atenuante simple. No admite discusión. La Audiencia impone por ello la pena en su mitad inferior lo que podía haber hecho aún no apreciando la atenuante. No es exacto situar el arco legal posible, desaparecida la atenuante, en un mínimo de tres años y seis meses y un día de prisión como dice el recurrente. La pena podría recorrerse en toda su extensión: art. 66 CP .

Antes se justificó también como las demoras no pueden considerarse achacables a la conducta procesal del acusado, al menos en su totalidad. A él cabrá reprocharle únicamente su personal actitud procesal pero no la de otras partes pasivas. Ese requisito negativo enunciado antes sub d) también concurre.

El motivo es desestimable.

#### **Octavo.**

En cuanto a la responsabilidad civil empezaremos por los motivos encaminados a lograr la declaración de terceros responsables civiles de Fausto , Vicenta , Cristina , Manuela , Yolanda , Coro , Luz , Adelina , Esperanza .

En el motivo primero a través del art. 849.2º LECrim se lucha por una mutación del hecho probado. En el segundo de los motivos, ya por el cauce del art. 849.1º se razona con argumentos variados. No todos reclaman la alteración del factum que antes se propugna (motivo primero).

Los documentos señalados en el primero de los motivos son manifiestamente inidóneos para provocar la mutación del relato fáctico.

a) De una parte, el concepto en que fuesen llamados esos recurridos al proceso penal (como responsables solidarios o subsidiarios) no condiciona el fondo. Fueron traídos como terceros responsables civiles. Con eso bastaba para su condena. Incluso, como veremos más adelante, sería suficiente para sustentar su condena como responsables civiles subsidiarios, que también, subsidiariamente, impetra ahora el recurrente. Ni la sentencia en sus hechos probados contradice tales hechos procesales, ni de ahí se deriva nada relevante. Desde luego que no protestar frente al concepto en que fueron llamados no significa como interpreta el recurrente aquietamiento con la pretensión. Esto es palmario. Como el no recurrir el auto de imputación no significa aceptar la cualidad de responsable penal.

b) Por otra parte el recurrente invoca los folios 18 a 21 donde figura el documento al que nos hemos referido de fecha 20 de septiembre de 2002. En él se dice que Carlos Daniel comparece en nombre y derecho propio y en nombre y representación de las personas físicas relacionadas en el contrato firmado el 1 de febrero (los recurridos que eran los clientes del condenado). La cláusula controvertida es la tercera. Reza literalmente así:

" Que, a los efectos de garantizar el cumplimiento del acuerdo de 1 de febrero de 2002, se hace depositario de la suma de SETENTA Y OCHO MIL CIENTO TREINTA Y UN euros con



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

CINCUENTA Y SIETE céntimos (78.131,57 €), al Abogado Carlos Daniel , quien en su propio nombre y derecho y en el de las personas cuya representación detenta y se recogen en el acuerdo de 1 de febrero de 2002. Esa cifra se entrega al mentado Carlos Daniel mediante cheque bancario".

Luego en la cláusula séptima se dice:

" Que en la hipótesis de que por parte del Juzgado, y/o siquiera de terceros, se hiciera entrega a Carlos Daniel y/o a cualquiera de sus representados, en todo o en parte, de suma alguna por razón, directa y/o lo que con él tenga relación, directa y/o indirecta, Carlos Daniel y sus representados quedan obligados a su restitución, de conformidad a lo estipulado en el convenio de 1 de febrero de 2002, toda vez que la deuda total asumida que queda por atender es la de CIENTO DOS MIL CIENTOS SETENTA Y DOS (102.172 €), sin que puedan por concepto alguno otro reclamar ni pedir nada más".

Podrían aceptarse esas adiciones si fuesen relevantes pero, como se verá enseguida, no lo son.

c) Los requerimientos dirigidos a tales responsables civiles por el ahora recurrente, así como el que tenía como destinatario al condenado y su respuesta, no aportan nada trascendente. Es obvio que un requerimiento no acredita que la deuda naciese. Ningún inconveniente habría en aceptar esos datos fácticos, si no fuese porque carecen de virtualidad para modificar la respuesta jurídica

#### **Noveno.**

Con esa base el recurso justifica su reclamación en la existencia de una responsabilidad civil nacida de contrato : el contrato firmado por el acusado en nombre propio y de sus clientes del cual se derivaría la obligación de estos de devolver la cantidad entregada mediante cheque así como el plus establecido como penalización (30.000 euros).

No es esta cuestión que podamos dilucidar en el proceso penal. El recurrente yerra cuando afirma que toda la responsabilidad civil, también la nacida de un contrato, es exigible en el proceso penal. No es así: en el proceso penal solo se puede reclamar la responsabilidad civil nacida de delito, es decir aquella que ha surgido precisamente de la comisión del delito y no cualesquiera otras que guarden una vinculación más o menos directa con el asunto debatido.

El delito objeto de condena es una apropiación indebida por la que ha sido condenado Carlos Daniel , por haber dispuesto de una cantidad apartándola de su destino en perjuicio del querellante. El contrato a que se refiere el recurso es el presupuesto del delito, pero no constituye la infracción penal en sí. Las obligaciones para terceros que puedan derivarse de ese contrato habrán de ser exigidas por otro cauce y ante otra jurisdicción, sin que eso suponga ahora pronunciamiento alguno ni a favor ni en contra de la capacidad e idoneidad de esas cláusulas para obligar a los referidos recurridos o de la capacidad del apoderamiento para obligar en esos términos a los mandantes. No corresponde a esta jurisdicción dilucidarlo. Así se ha argumentado por los recurridos en tesis que ha de acogerse.

En el proceso penal no son ejercitables en principio reclamaciones patrimoniales basadas en legislación extrapenal, en este caso, el Código Civil. Así se infiere del art. 615 LECrim que es la pieza legal clave para entender esta posición jurisprudencial: en el proceso penal solo cabe decidir la responsabilidad civil de terceros cuando el título de reclamación tome como base la regulación del Código Penal: "Cuando en la instrucción del sumario aparezca



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

indicada la existencia de responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal ...".

Solo cuando se trate de responsabilidad civil nacida directamente del delito y reglamentada en el Código Penal ( art. 1092 del Código Civil ) habrá de ventilarse en el proceso penal. Cuando la reclamación indemnizatoria traiga base de legislación extrapenal, aunque tenga relación con hechos delictivos, no es objeto idóneo en principio de un proceso penal.

Será la jurisdicción civil la que tendrá que determinar si del incumplimiento atribuido al condenado surgen acciones civiles contractuales (ex contractu, ciertamente) frente a tales terceros (que además no determinarían probablemente ni en la mejor de las hipótesis posibles para el recurrente que todas esas personas hubiesen de responder por el todo como aquí se reclama). Pero la apropiación indebida cometida por el condenado no atrae al ámbito penal esa cuestión civil.

#### **Décimo.**

Esa es la razón última por la que esta Sala viene rechazando, v.gr., que se ventilen en el proceso penal las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado por delitos cometidos por condenados que se encuentran en régimen de libertad condicional. Pudiendo ser viable esa responsabilidad patrimonial del Estado, no es el proceso penal el marco adecuado para discutirla.

En contra de estas premisas, se ha argumentado que tratándose de materia procesal y, además, no propiamente penal, sino civil, no sería repudiable la aplicación de una analogía que permitiese acumular al proceso penal esas reclamaciones para evitar una manifestación más de lo que se ha venido en denominar el "doloroso peregrinaje jurisdiccional" a que se puede ver sometida la víctima (vid. Sentencias de la Sala Tercera del TS de 11 de mayo y 18 de noviembre de 1999 , entre otras). Ciertamente esas ideas inspiraron antes de la vigencia del nuevo Código Penal, que ya recoge en su texto la responsabilidad civil de las aseguradoras, la admisión del ejercicio en el proceso penal de las acciones basadas en el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro (responsabilidad civil directa) pese a que tal pretensión no encontraba apoyo en el texto punitivo, sino en una norma extrapenal. Pero no son esos argumentos suficientes a los efectos aquí pretendidos ( SSTS de 12 de mayo de 1999 y 1164/2001 , de 18 de junio) o se encuentra un anclaje a la responsabilidad de terceros en las normas del Código Penal; o hay que negar la competencia de la jurisdicción penal para hacer declaraciones sobre responsabilidad civil derivada de un contrato.

Dispone en este sentido la STS 780/2003, de 29 de mayo :

"... 1. Antes de acometer la decisión de fondo conviene dejar sentados ciertos conceptos que parece han ocasionado confusión en la resolución del problema jurídico, trasladando o intercomunicando criterios o principios propios de una materia a otra.

Debe quedar deslindada la responsabilidad civil derivada de una actuación más o menos negligente en el desempeño de las funciones por parte de personas dependientes del Estado, de la responsabilidad civil subsidiaria dimanante de delito. Esta última tiene su origen, presupuesto y razón en la comisión de un delito.

Por otro lado, tampoco debemos confundir la interpretación flexible y progresista a la hora de exigir responsabilidades al Estado, acorde con la creciente objetivación de la causa generadora de la misma, por una parte y el cauce procesal adecuado para exigirlo, por otra. La flexibilidad en la aplicación de los criterios de culpa in vigilando o in eligendo , apuntando a una



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

responsabilidad de orden cuasi-objetivo, no significa que tal flexibilidad interpretativa debamos extenderla al cauce procedimental a través del cual debe exigirse.

Tampoco cabe poner en entredicho que los principios que deben regir la responsabilidad civil subsidiaria, dimanante de delito, sean los del orden civil, salvo especiales precisiones legales en la normativa penal.

2. Hechas las anteriores consideraciones el Tribunal Superior de Justicia ha fundamentado la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el art. 120.4 del CP . Aun aceptando la flexibilidad interpretativa de la que ha usado el Tribunal Superior para eludir la aplicación del art. 121 del nuevo Código, los condicionamientos de uno y otro precepto apenas difieren, en tanto en cuanto los principios en que se asienta tal responsabilidad civil son los mismos...

Los requisitos para que se produzca el nacimiento de tal responsabilidad son los siguientes:

a) La existencia de una relación de dependencia entre el autor del delito o falta y la persona individual o jurídica bajo cuya dependencia se halla . Sobre este elemento la interpretación jurisprudencial ha sido flexible, alcanzando tal situación de dependencia a cualquier relación jurídica o de hecho, o cualquier otro vínculo por el cual el autor del delito se halla bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica; o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza el autor del hecho delictivo cuente con el beneplácito o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario.

b) Que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de las funciones de su cargo , aunque sea extralimitándose en ellas. Es preciso, por consiguiente, en lo atinente a este elemento constitutivo, que el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor.

3. De conformidad a lo hasta ahora dicho, es visto que en modo alguno (desde el punto de vista jurídico y del más elemental respeto al principio de legalidad) el supuesto que nos atañe se halla contemplado en el art. 120.4, ni en el 121. La posible conexión y relación entre el condenado, al que le ha sido concedida y disfruta la libertad condicional y el Estado, no se acomoda en absoluto al presupuesto normativo que contempla el precepto, que pretende ser basamento de la responsabilidad civil subsidiaria.

El delito fue consecuencia de la libre decisión (culpabilidad) del liberado condicionalmente que no actuaba por cuenta y orden del Estado ni desarrollaba una actividad pública o social, patrocinada o tutelada por aquél.

La hipótesis típica exigiría que el delito productor de responsabilidad civil lo hubieran cometido las autoridades o funcionarios penitenciarios (administrativos o judiciales) encargados del limitado control del condenado, o bien la autoridad judicial o funcionarios del juzgado de Alcobendas que conoció de las amenazas de que estaba siendo objeto la víctima, mucho antes de morir asesinada.

La acusación particular reconoce textualmente que "El Tribunal Superior realiza una interpretación analógica extensiva a supuestos no contemplados por la norma"...

Tal tipo de reclamación, -se concluye en tal precedente- no puede ejercitarse en el proceso penal, pues este cauce solo es idóneo para decidir las acciones civiles dimanantes de delito que aparecen regidas por el Código Penal.

**Undécimo.**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

De forma subsidiaria, el recurrente reclama que se declare la responsabilidad civil de esos terceros, si no directa y solidaria, sí subsidiaria, en virtud de lo establecido en el art. 120.4 CP .

Para decidir sobre esta cuestión hay que resolver también una cuestión previa: ¿es admisible este cambio del título de petición de responsabilidad civil en fase de recurso?

La respuesta ha de ser muy matizadamente positiva. No sin alguna reserva. Así se deduce de la normativa procesal civil a la que hay que acudir ( art. 4 LECivil ) y de la STS 1119/2002 de 11 de junio . No es un tema de principio acusatorio, sino de tratamiento de la mutatio libellis y de principio de congruencia:

"El recurrente -se lee en esa sentencia- alude a la infracción del principio acusatorio, lo que no es correcto, tratándose de una pretensión civil, regida por los principios de rogación y congruencia.

El ensamblaje o resolución conjunta entre acción penal y acción civil, no confiere especiales connotaciones jurídicas a la segunda pretensión, que conserva su naturaleza civil. Su tratamiento unitario sólo obedece a razones de economía procesal, que pueden decaer tan pronto el interesado decida reclamar por cauces diferentes una y otra responsabilidad.

Establece el art. 218-1º p. 2 de la ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000: "El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes" .

Se trata de decidir si la petición ejercitada -responsabilidad civil solidaria nacida de contrato- es esencialmente cambiada cuando se modifica a una responsabilidad civil ex art. 120.4º. Las partes recurridas protestan por la introducción de ese novedoso título de pedir. Alguna razón les acompaña, pero no es preciso detenerse en ello porque en todo caso la petición no puede ser acogida.

#### **Duodécimo.**

En efecto, falta alguna de las condiciones de fondo que se precisan para hacer nacer esa responsabilidad. Dispone literalmente el art. 120.4 CP "Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios".

El recurrente en su argumentario pone el acento en la flexibilidad con que la jurisprudencia viene interpretando la relación de dependencia entre principal y responsable penal. Puede estarse de acuerdo con ello. Pero el obstáculo es previo. El art. 120. cuarto habla de personas dedicadas a cualquier género de industria o comercio . Es una responsabilidad civil pensada para quien se dedica a actividades de naturaleza empresarial o comercial y no exigible en virtud de cualquier relación como la existente entre un abogado y su cliente. Son relaciones éstas no encajables por vía de principio en tal precepto. No estaremos ante responsabilidad civil nacida de delito y exigible en el proceso penal, sin perjuicio de las acciones civiles de otro orden. También en este punto no hay obstáculos para una interpretación extensiva o analógica de la norma que no llegará en todo caso a abrazar el supuesto aquí contemplado.

Al no existir lucro por parte de esos responsables tampoco cabrá la entrada en juego del art. 122 CP . El argumento de la sentencia no va encaminado tanto a rechazar los otros



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

títulos invocados para la responsabilidad civil cuanto a negar esa otra modalidad de responsabilidad de tercero (partícipe a título lucrativo)

Los dos primeros motivos son también desestimables.

#### **Décimo tercero.**

Por fin reclama el recurrente que se declare la responsabilidad civil subsidiaria del despacho de abogados Herrero Advocats, S.L.

Que el acusado actuase por cuenta de tal entidad en este supuesto está expresamente negado por la Audiencia por lo que aquí deviene imprescindible una modificación del factum para sostener lo contrario so pena de que la pretensión se vea abocada al fracaso.

Lo intenta el recurrente en su motivo tercero, pero de forma infructuosa: Un documento dirigido por el propio recurrente después de los hechos afirmando eso, carece de toda literosuficiencia. Expresa su opinión, opinión que sigue defendiendo aquí; pero no garantiza la corrección jurídica de tal opinión ni su correspondencia con la realidad. Como tampoco prueba nada que fuese dirigido a las oficinas de tal despacho donde el condenado desenvolvía su actividad profesional pero por cuenta propia y exclusiva.

No siendo literosuficientes tales documentos, y existiendo además pruebas de tipo personal que contradicen lo que se trata de acreditar (declaraciones de Fausto y del condenado) el motivo tercero ha de fracasar arrastrando la suerte del cuarto que se construye en dependencia a éste y haciendo innecesario dilucidar si estuvo o no bien constituida la relación procesal. Y es que en efecto quien ha sido traído al proceso es Fausto y no la entidad Herrero Advocats, S.L. que, por tanto, no podrá ser condenada.

#### **Décimo cuarto.**

Habiéndose desestimado todos los recursos cada recurrente habrá de cargar con el pago de sus respectivas costas ( Art. 901 LECrim ).

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Carlos Daniel , contra Sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que le condenó como autor responsable de un delito de apropiación indebida, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la Acusación Particular Artemio , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso, así como a la pérdida del importe del depósito legalmente establecido si éste su hubiese constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario 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



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.