

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063985

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 745/2018, de 12 de febrero de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1865/2018

SUMARIO:**El delito de apropiación indebida tras la reforma operada por la LO 1/2015. Elementos del delito. El delito de apropiación indebida de cosas no fungibles. Robo.**

En la regulación de la apropiación indebida y la administración desleal (con la Ley orgánica 1/2015), se ha producido, en realidad, un desdoblamiento dogmático de la apropiación indebida en cuanto a la regulación del dinero como objeto del delito, de manera que existe ahora una apropiación indebida propia y otra que podemos denominar impropia. La primera, recae sobre cosas muebles no fungibles, como efectos, valores o cualquier otra cosa mueble que tenga esa última característica (no fungible); y la segunda, la que recae propiamente sobre dinero, u otra cosa fungible. Cuando se trata de cosas no fungibles, la apropiación indebida requiere como elementos objetivos: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, o custodia, o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver el mismo objeto; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas; c) 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 este caso lo que se entrega a los conductores del camión (acusados) es propiamente un contenedor cerrado con un precinto, esto es, la cabina de carga del camión, que no puede ser abierta por los conductores, por lo que, en tal caso, carecen de la posesión de lo que contuviera tal contenedor, lo que supone que no han tenido nunca la posesión de lo transportado, y consiguientemente, no pueden apropiarse indebidamente de ello. La ausencia de esa premisa conlleva la de uno de los elementos esenciales del delito de apropiación indebida, cual es el quebranto de la confianza que el propietario de los bienes deposita en aquel a quien se los entrega, Al no tener la posesión de la carga, la calificación jurídica resultante, una vez que se han quebrantado los precintos, sería la de robo, pero tal calificación no ha sido imputada, razón por la cual el motivo será estimado.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 252.

PONENTE:*Don Julián Artemio Sánchez Melgar.***RECURSO CASACION núm.: 1865/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Antonio del Moral Garcia
D^a. Ana Maria Ferrer Garcia
D^a. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 12 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado DON Héctor contra Sentencia 304/2018, de 11 de abril de 2018 de la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala núm. 1907/2015 dimanante de las DP de PA 2159/2013 del Juzgado Mixto núm. 2 de Navacarnero (Madrid) seguidas por delito de apropiación indebida contra mencionado recurrente. Los Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal y como recurrente el acusado DON Héctor representado por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Martínez de Lejarza y Ureña y defendido por el Letrado Don Pedro Bernardo Prada Garrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado Mixto núm. 2 de Navacarnero (Madrid) incoó Diligencias Previas de PA núm. 2159/2013 por delito de apropiación indebida contra DON Héctor , y una vez concluidas las remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid que con fecha 11 de abril de 2018 dictó Sentencia núm. 304/2018 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

<<Probado y así se declara que:

Héctor , mayor de edad, con NIE NUM000 y sin antecedentes penales y otra persona que se halla declarada rebelde en las presentes actuaciones y a quien por tanto no se enjuicia, en su condición de conductores de la empresa UNALTRA SCCL, dedicada al transporte por carretera de mercancías, se hicieron cargo el día 7 de diciembre de 2013, en la localidad de Lanbarren (Irún) de un cargamento, procedente de Holanda, consistente en numerosas cajas con prendas y efectos destinados al establecimiento HOLLISTER sito en el Centro Comercial Xanadú de Arroyomolinos (Madrid) lo cual realizaron en el camión matrícula NUM001 .

Al abrir el camión en el citado centro comercial, se descubrió que de las 91 cajas que albergaba el camión, 44 habían sido abiertas, faltando 477 prendas con un valor total de 28.674 euros y cuyo importe se reclama.

El camión realizó una parada no autorizada de casi cuatro horas de duración, en la localidad de Valdeavero (Madrid), concretamente entre las 15:19:33 y las 19:01:09 del día 7-12- 2013.

Por otro lado, la apertura de las puertas del camión en Arroyomolinos, lo hizo el acusado, cosa que está estrictamente prohibido, pero con cuya acción trató de disimular que el precinto de la carga había sido previamente manipulado.>>

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:



<<Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Héctor , cuyos datos ya constan, como autor del delito de apropiación indebida ya definido, a la pena de **DOS AÑOS** de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y **MULTA DE OCHO MESES**, con una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 del CP y costas.

Procede, además, imponerle, en concepto de responsabilidad civil, que indemnice en 28.674 euros a HOLLISTER y ello con los intereses legales correspondientes, según prevé el art.576 LECiv .

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala 2' del Tribunal Supremo, y que deberá ser anunciando ante esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación.>>

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del acusado DON Héctor , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Héctor , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo primero.- Por infracción de Ley, art. 849.2 de la LECrim . Ha existido un error en la apreciación de la prueba por parte del juez a quo, tal como desarrollaremos más adelante en la exposición de este recurso. Inaplicación del art. 252.1 Código Penal .

Motivo segundo.- Por infracción de preceptos constitucionales. Vulneración de precepto constitucional, en concreto el artículo 24.1 de la Constitución Española : derecho a la tutela judicial efectiva y del artículo 24.2 de la constitución española : derecho a un proceso público con todas las garantías. Ello es debido a la incorrecta aplicación de las normas sobre los delitos de apropiación indebida.

Quinto.

Instruido el MINISTERIO FISCAL del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, y apoyó parcialmente el primero de los motivos e interesó la inadmisión a trámite del resto, en base a las consideraciones expuestas en su informe de fecha 28 de septiembre de 2018.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala de fecha 29 de noviembre de 2018 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 18 de diciembre de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, condenó a Héctor , como autor criminalmente responsable de un delito de apropiación indebida, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación el aludido acusado en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Segundo.

- Sucintamente, los hechos probados de la sentencia recurrida relatan que el acusado, junto a otra persona que se encuentra declarada en rebeldía, en su condición de conductores de la empresa UNALTRA SCCL, dedicada



al transporte por carretera de mercancías, se hicieron cargo el día 7 de diciembre de 2013, en la localidad de Lanbarren (Irún) de un cargamento, procedente de Holanda, consistente en numerosas cajas con prendas y efectos destinados al establecimiento HOLLISTER sito en el Centro Comercial Xanadú de Arroyomolinos (Madrid) lo cual realizaron en el camión matrícula NUM001 . Al abrir el camión en el citado centro comercial, se descubrió que de las 91 cajas que albergaba el camión, 44 habían sido abiertas, faltando 477 prendas con un valor total de 28.674 euros y cuyo importe se reclama.

El camión realizó una parada no autorizada de casi cuatro horas de duración, en la localidad de Valdeavero (Madrid), concretamente entre las 15:19:33 y las 19:01:09 del día 7-12- 2013. Nada más se expone sobre lo que ocurrió a lo largo de esa parada.

Por otro lado, la apertura de las puertas del camión en Arroyomolinos, lo hizo el acusado, cosa -se expone en la resolución judicial recurrida- que está estrictamente prohibido, pero con cuya acción trató de disimular que el recinto de la carga había sido previamente manipulado.

Con estos hechos probados, la Audiencia condena, como decimos, al acusado Héctor como responsable de un delito de apropiación indebida, sin determinar exactamente cuál ha sido su comportamiento y el deslinde de su acción con respecto al otro investigado, no juzgado, que tenía igualmente la condición de conductor, en donde se detectó la falta de prendas de vestir, en la cuantía que se relata por la Audiencia.

En el primer motivo, el recurrente, al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , alega una serie de cuestiones de hecho, que en realidad se refieren a la falta de prueba de su autoría, junto a un aspecto jurídico que es apoyado por el Ministerio Fiscal, en esta instancia casacional, en tanto que no se califican correctamente los hechos, y tampoco se describe específicamente la conducta del acusado al apropiarse de las prendas de vestir, todo ello en la redacción del factum.

El Tribunal sentenciador basa la prueba de cargo en los indicios que analiza en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, concluyendo que "...constituyen indicios del juicio condenatorio que se emite, la parada anti reglamentaria que por espacio de casi cuatro horas realizó el acusado y en el que le dio tiempo a manipular la carga".

Pero no explica la razón por la cual parte de la carga del camión desapareció a manos del acusado, y no como consecuencia del comportamiento ilícito de su compañero de viaje, igualmente conductor del camión. Existe una alternativa que no ha sido suficientemente despejada en la sentencia recurrida, tal y como se queja la parte recurrente.

En cuanto a la calificación jurídica, considera igualmente el recurrente que la profesión de camionero del acusado lo inhabilita para la comisión del delito de apropiación indebida, pudiendo haber sido condenado como autor de un delito de robo o de hurto.

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, que constituye la deslealtad o el incumplimiento del encargo recibido.

En la nueva regulación de la apropiación indebida y la administración desleal (LO 1/2015), se ha producido, en realidad, un desdoblamiento dogmático de la apropiación indebida en cuanto a la regulación del dinero como objeto del delito, de manera que existe ahora una apropiación indebida propia y otra que podemos denominar impropia. La primera, recae sobre cosas muebles no fungibles, como efectos, valores o cualquier otra cosa mueble que tenga esa última característica (no fungible); y la segunda, la que recae propiamente sobre dinero, u otra cosa fungible. No se trata propiamente de una administración desleal, puesto que el autor no ha recibido facultad alguna del comitente para llevar a cabo actos de gestión del patrimonio ajeno, sino simplemente de custodia o depósito, incluida la comisión como algo diferente de la administración, de tal dinero o cosa fungible.

Cuando se trata de cosas no fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, o custodia, o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver el mismo objeto; 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.

Pues, bien, recobrando los hechos probados de la Sentencia recurrida, lo que se entrega a los conductores del camión es propiamente un contenedor cerrado con un precinto, esto es, la cabina de carga del camión, que no puede ser abierta por los conductores, por lo que, en tal caso, carecen de la posesión de lo que contuviera tal contenedor, lo que supone que no han tenido nunca la posesión de dichas prendas de vestir.

En efecto, no se describe en la sentencia recurrida que los conductores tuvieran acceso a la carga, sino todo lo contrario, puesto que existía un precinto del habitáculo de la misma, que no podían "tocar", lo que cual produce que los conductores no tuvieron nunca la posesión del contenido material del interior de la cabina de carga, ya que carecían de la posibilidad de inspeccionar dicha carga, como así se pone de manifiesto, y tampoco se describe en la sentencia recurrida quién o quiénes se apropiaron indebidamente de las cajas de las prendas de vestir, siendo así que se trataba de dos camioneros.

El delito de apropiación indebida exige como forma comisiva una actuación del autor que al encontrarse en posesión de aquello que debe entregar a un tercero o devolver a quien se lo ha confiado, hace suyo ilegítimamente tal objeto. Pero en la sentencia recurrida no se describe el modo, es decir, cómo se ha cometido tal acción. Ni cuándo se ha desprecintado la carga (es decir, la puerta trasera de carga del camión), ni por quién, sino simplemente se relata que al llegar a Arroyomolinos, abrió la puerta el acusado, lo que se encuentra prohibido, dice la Sentencia recurrida, tratando de disimular aquel que el precinto de la carga había sido previamente manipulado.

La STS 761/2014, de 12 de noviembre, en un caso en que el dinero estaba guardado en una caja fuerte de la que no tenían llave los acusados, llegó a la misma conclusión, entendiéndose que al no tener la posesión, no podían cometer un delito de apropiación indebida.

En efecto, si los acusados en ese precedente no tenían la llave de la caja fuerte, no poseían lo que en su interior se guardaba. Aquí ocurre lo propio: si los conductores del camión no tienen legítimo acceso a la carga del camión, por venir precintada la puerta de acceso a la cabina de carga del mismo, no tienen la posesión de lo transportado, y consiguientemente, no pueden apropiarse indebidamente de ello.

Así lo expresa la STS 761/2014, citada:

"Si los acusados no conservaron ninguna llave que les permitiera la apertura de la caja, es evidente que ningún poder dispositivo ostentaban sobre lo allí guardado. Esa falta de disponibilidad sobre el dinero implica que no lo poseían, por lo que no estuvieron en condiciones de apropiarse indebidamente de él, en los términos que sanciona el artículo 252 del CP. Falta la principal premisa, el dinero del que se apropiaron nunca estuvo en su esfera de disposición. Nunca lo recibieron.

La ausencia de esa premisa conlleva la de uno de los elementos esenciales del delito de apropiación indebida, cual es el quebranto de la confianza que el propietario de los bienes deposita en aquel a quien se los entrega, no para que los haga suyos, sino con el compromiso de devolverlos. En este caso no se dio esa especial relación de confianza que los acusados hubieran debido quebrantar para que su comportamiento integrara un delito de apropiación indebida. Es cierto que la caja fuerte donde se guardó el dinero estaba en el domicilio los acusados, pero la confianza que en ellos depositó el propietario del dinero no abarcó el acceso al efectivo, ni aun menos su posesión por cualquier título que les autorizara a utilizarlo y devolver otro tanto. Por el contrario les puso trabas, ya que si ellos no disponían de llave para la apertura de la caja, no tenían posibilidad lícita de alcanzar su contenido. De tal manera que no podemos entender que el apoderamiento del dinero supusiera el quebranto de una especial confianza, sino un simple acto de sustracción".

Al no tener la posesión de la carga, por estar precintada, y fuera de las posibilidades de aprehensión del acusado, la calificación jurídica resultante, una vez que se han quebrantado los precintos, sería la de robo, como ocurre igualmente en la Sentencia citada ("entendemos que realmente los mismos [hechos] integran un delito de robo"), pero tal calificación no ha sido imputada, razón por la cual el motivo será estimado.

De otro lado, como se ha expuesto más arriba, se alegan también alternativas más favorables, que hemos estimado en este mismo fundamento jurídico, al comienzo de nuestro razonamiento.

Tercero.

- Al proceder la estimación del motivo, se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).



FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado DON Héctor contra Sentencia 304/2018, de 11 de abril de 2018 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid

2º.- DECLARAR DE OFICIO las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- En consecuencia, CASAR Y ANULAR, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1865/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar
Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª
TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Antonio del Moral Garcia
Dª. Ana Maria Ferrer Garcia
Dª. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 12 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado DON Héctor , con carnet identificación de Rumanía núm. 1840419125770, sin antecedentes penales, contra Sentencia 304/2018, de 11 de abril de 2018 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid . La mencionada resolución ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, al estimarse parcialmente el recurso interpuesto frente la misma. Por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

**Segundo.**

HECHOS PROBADOS.- No se tiene por acreditada la participación de Héctor en los hechos enjuiciados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Único.**

De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia casacional, hemos de absolver a Héctor del acusado delito de apropiación indebida, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos absolver y absolvemos a Don Héctor del acusado delito de apropiación indebida, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia
Ana Maria Ferrer Garcia Susana Polo Garcia

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.