

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065481

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 282/2021, de 29 de marzo de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2251/2019

SUMARIO:

Defraudaciones. Delito de apropiación indebida. Elementos.

La estructura típica del delito de apropiación indebida requiere 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. 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 típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquéllos que suponen la entrega en propiedad. Carácter de «*numerus apertus*» del código penal 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 concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver. c) Que el sujeto activo realice la conducta de apropiación del objeto típico, que se producirá cuando aquel hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio. d) Que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento. El delito lo es de lesión, no de peligro.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 250.1.6º, 252 y 254.

PONENTE:

Don Julián Artemio Sánchez Melgar.

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don VICENTE MAGRO SERVET
Don CARMEN LAMELA DIAZ
Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

RECURSO CASACION núm.: 2251/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 282/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 29 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de los acusados DON Borja y DON Carlos, contra Sentencia 26/2019, de 31 de enero de 2019 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, dictada en el Rollo de Sala PA núm. 46/2016 dimanante del PA 15/2013 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuengirola (Málaga), seguido por delito de apropiación indebida contra mencionados recurrentes. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan han constituido Sala para la deliberación y fallo del presente recurso, bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, y los acusados DON Borja y DON Carlos, representados por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Caloto Carpintero y defendidos por el Letrado Don Óscar David Chicharro Arcas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuengirola (Málaga) incoó PA núm. 15/2013 por delito de apropiación indebida contra DON Borja y DON Carlos, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, que con fecha 31 de enero de 2019 dictó Sentencia 26/2019, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Del análisis conjunto de la prueba practicada, se declaran como probados los siguientes hechos:

Los acusados, Borja y Carlos, eran administradores mancomunados de la mercantil Llanos del Rincón y el acusado, Efrain, apoderado de la misma.

El día 28 de abril de 2008, Emilio transfirió a la cuenta de la entidad mercantil citada, domiciliada en la sucursal de Cajasur, sita en la Avda. Jesús Santos Rein, de Fuengirola, la cantidad de 99.628,24 euros destinados a la cancelación de hipoteca por varias fincas adquiridas en fechas anteriores.

Los acusados, Borja y Carlos no destinaron la mencionada cantidad a la cancelación de la hipoteca, sino que se apropiaron de la misma.

No se ha acreditado que el acusado Efrain, apoderado de la mercantil, participase de alguna forma en los anteriores hechos, salvo, en la firma del contrato entre las partes, en representación de la mercantil.

En virtud de sentencia judicial dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Fuengirola se declara que el préstamo hipotecario concedido por Cajasur a Llano del Rincón SL fue abonado y cancelado el 29 de abril de 2008, mediante pago efectuado por D. Emilio por transferencia bancaria remitida en dicha fecha a través de Unicaja a la cuenta corriente de los acusados y se ordena la cancelación registral de la hipoteca que en garantía de la devolución de dicho préstamo se constituyó a favor de Cajasur sobre la finca NUM000 del Registro de la Propiedad número 1 de Fuengirola".

Segundo.

El Fallo de la anterior resolución es el siguiente:

"Que debemos ALSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado, D. Efrain, del delito de apropiación indebida del que venía siendo acusado, declarándose de oficio 1/3 de las costas procesales causadas en este procedimiento.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados, D. Carlos y D. Borja, como autores criminalmente responsables de un delito de apropiación indebida agravada, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, a la pena de UN AÑO y SEIS MESES DE PRISION y MULTA DE 8 MESES, con una cuota diaria de 10 euros, lo que hace un total de 2.400 euros, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de 2/3 de las costas causadas en este procedimiento, por mitad y partes iguales.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la sentencia".

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó frente a la misma recurso de casación por la representación legal de los acusados DON Borja y DON Carlos, 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 de los acusados DON Borja y DON Carlos, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque la sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, o resulta manifiesta contradicción entre ellos, o se consignan como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo. Vicio in iudicando. Contradicción.

Motivo segundo.- Por infracción de legal, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber existido error en la apreciación de la prueba lo que se acredita con documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Tribunal "a quo", sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Motivo tercero.- Por infracción de legal al amparo del artículo 849.1 LECrim. En tanto que los hechos que se declaran probados no son susceptibles de ser calificados como delito de apropiación indebida del artículo 252, en relación con los artículos 250.1.6 del anterior Código Penal, en atención al texto penal vigente en el momento de los hechos.

Motivo cuarto.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim, en relación con el art. 27 del C. penal, en tanto que los hechos que se declaran probados no establecen una participación individualizada de los mismos con respecto a cada uno de mis representados.

Motivo quinto.- Recurso de casación por infracción de precepto constitucional al amparo del 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de los artículos 5 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tanto que la sentencia dictada, vulnera los principios constitucionales de tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, proceso de debido con todas las garantías e interdicción de indefensión, consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española, dada la fundamentación jurídica de dicha resolución.

Quinto.

Instruido el MINISTERIO FISCAL del recurso interpuesto no consideró precisa la celebración de vista oral para su decisión e interesó su inadmisión por las razones expuestas en su informe de fecha 11 de diciembre de 2019; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala de fecha 16 de febrero de 2021 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 16 de marzo de 2021; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga condenó a Carlos y a Borja como autores criminalmente responsables de un delito de apropiación indebida, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, y absolvió a un tercer acusado, Efrain, frente a cuya resolución judicial han recurrido en casación los aludidos acusados condenados en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Segundo.

Aunque los recurrentes han formalizado diversas quejas de contenido casacional, comenzamos con el estudio del tercer motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto que denuncia que los hechos probados, tal y como se encuentran redactados no pueden ser subsumidos en el delito aplicado, tipificado en el art. 252 del Código Penal, en la redacción anterior a la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con el art. 250.1.6º del mismo, por no comprenderse en aquéllos los requisitos que se exigen para colmar las exigencias típicas de un delito de apropiación indebida.

En lo que concierne a la modalidad clásica, la estructura típica del delito de apropiación indebida requiere 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. 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 típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquéllos que suponen la entrega en propiedad. En este sentido, la jurisprudencia 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 concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver" (SSTS 31.5.1993, 1.7.1997).

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

d) Que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento. El delito lo es de lesión, no de peligro.

Tercero.

Los hechos probados de los que debemos partir, dada la autorizada vía del motivo que resolvemos, no son ciertamente claros, como también se expone en otro tema argumental de esta censura casacional, incluso pueden ser ciertamente predeterminantes del fallo (vicio in iudicando), pues no es correcta la utilización del propio verbo apropiarse para describir la acción típica, pero, con todo, tales hechos probados nos relatan lo siguiente:

Los acusados, Borja y Carlos, eran administradores mancomunados de la mercantil Llanos del Rincón. El día 28 de abril de 2008, Emilio transfirió a la cuenta de la entidad mercantil citada, domiciliada en la sucursal de Cajasur, la cantidad de 99.628,24 euros destinados a la cancelación de hipoteca por varias fincas adquiridas en fechas anteriores.

Ante tal transferencia, los acusados, Borja y Carlos no destinaron la mencionada cantidad a la cancelación de la hipoteca, sino que se apropiaron de la misma.

En virtud de sentencia judicial dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Fuengirola se declara que el préstamo hipotecario concedido por Cajasur a Llano del Rincón SL fue abonado y cancelado el 29 de abril de 2008, mediante pago efectuado por D. Emilio por transferencia bancaria remitida en dicha fecha a través de Unicaja a la cuenta corriente de los acusados y se ordena la cancelación registral de la hipoteca que en garantía de la devolución de dicho préstamo se constituyó a favor de Cajasur sobre la finca NUM000 del Registro de la Propiedad número 1 de Fuengirola.

Es decir, que a pesar de exponerse que los acusados se apropiaron de tal cantidad, sin señalar de qué modo, y mediante la utilización de una expresión incorrecta, inmediatamente se relata que mediante la cantidad entregada por don Emilio se cancela el préstamo, y ello con fecha 29 de abril de 2008, cuando la entrega a los acusados con esa misma finalidad se había producido el día anterior, 28 de abril de 2008.

En consecuencia, con los hechos tal y como están relatados en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida no puede afirmarse que tal dinero, lejos de destinarse a la satisfacción del crédito, se desviaron por parte de los acusados a otras finalidades o directamente se hicieron suyos, sin destinarlos al destino para el que se había entregado por el comitente.

Y buena prueba de ello es que, en punto a la responsabilidad civil, ningún perjuicio material reclama la acusación particular, y sí únicamente por daños morales, que no son concedidos en la sentencia recurrida, por falta de prueba según argumentan los jueces "a quibus".

En suma, y como alegan los recurrentes, pudiera ser -que tampoco está en los hechos probados- que la entidad bancaria liberara indebidamente tal dinero que estaba destinado a dicho fin, y que lo hicieran suyo ilícitamente los acusados, por lo que tal conducta pudiera incardinarse en el art. 254 del Código Penal, vigente en la fecha de los hechos, incluso en el propio tipo penal con la redacción conferida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, pero esta cuestión no ha sido sostenida por ninguna acusación.

Por consiguiente, procede la estimación del recurso, y el dictado de una segunda Sentencia en donde se absolverá a los recurrentes.

Cuarto.

Procediendo la estimación del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

F A L L O

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

1º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal de los acusados DON Borja y DON Carlos, contra Sentencia 26/2019, de 31 de enero de 2019 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga.

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 afecte, la referida Sentencia 26/2019, de 31 de enero de 2019 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION NÚM.: 2251/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 29 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de los acusados DON Borja y DON Carlos (cuyos datos identificativos constan en el procedimiento), contra Sentencia 26/2019, de 31 de enero de 2019 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga. Sentencia que fue recurrida en casación, y ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, por la dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, al estimarse el recurso formalizado. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo anotados al margen, bajo la misma 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. Julián Sánchez 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.

HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad, en tanto que como se expondrá seguidamente no son típicos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, no siendo los hechos probados típicos, debemos absolver a los acusados Carlos y Borja de la acusación formulada contra ellos, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

FALLO

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

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Carlos y Borja de la acusación formulada contra ellos por 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.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Vicente Magro Servet
Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

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.