

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065485

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1/2021, de 13 de enero de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 875/2019

SUMARIO:**Delito de apropiación indebida. Administración desleal.**

La apropiación indebida en su modalidad de «gestión desleal», es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del distractor.

Dos requisitos tan sólo han de concurrir para que esta conducta se integre en el tipo de apropiación indebida:

a.- que la distracción suponga un abuso de la confianza depositada en quien recibe el dinero y

b.- que la acción se realice en perjuicio de quienes se lo han confiado, esto es, a sabiendas de que se les perjudica y con voluntad de hacerlo.

La exigencia del tipo que sancionaba la gestión desleal estaba configurada por la gestión sin fidelidad alguna, pero debiendo entenderse que del negocio en el que se actuaba para administrar, no cuando es el que actúa el propio titular de la actividad en virtud de vínculo contractual en el que, aunque se asocien derechos, obligaciones y responsabilidades, lo cierto y verdad es que la clave y exégesis del debate se centra en que la recurrente administraba el negocio que regentaba, por lo que no puede haber *gestión desleal para tercero*. Y ello, aunque en virtud del pacto o contrato, las obligaciones económicas pudieran transmitirse *ex contractu* para el cedente de la explotación.

No puede acudirse al tipo de gestión desleal cuando se mal administra el negocio propio. Y ello, aunque se haga causando un perjuicio al cedente de la explotación si constan cláusulas en el contrato de arrendamiento que hacen atraer a quien cede la explotación las consecuencias económicas de posibles impagos. Pero ello, pertenece al ámbito puro de la responsabilidad civil por deudas, no al campo de la gestión desleal de negocio de tercero, al ser propia la explotación del cedente por parte de la recurrente condenada.

no consta que lo que se pactara fuera un mandato de administrar un patrimonio ajeno, sino que la recurrente era titular de un contrato de arrendamiento de una licencia, en el que no gestionaba patrimonio alguno, sino que lo que hacía era explotar la Expendeduría de Tabaco, y se hacía por su cuenta y riesgo, no en condiciones de gestión de patrimonio de tercero, por lo que no exista quebrantamiento de la confianza depositada en funciones de administración, lo que hace inviable la gestión desleal y por tanto la existencia de delito de administración desleal, abriendo la vía del orden civil para depurar en la misma las posibles responsabilidades que se estimen puedan existir.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), art. 250.

PONENTE:*Don Vicente Magro Servet.*

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

Don VICENTE MAGRO SERVET

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1/2021

Fecha de sentencia: 13/01/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 875/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 875/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 13 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de la acusada Dña. Palmira , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, que la condenó por delito continuado de apropiación indebida, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicha recurrente acusada representada por el Procurador D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo y bajo la dirección Letrada de D. Josep Oriol Rusca Nadal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El Juzgado de Instrucción nº 3 de Vilanova i la Geltrú incoó diligencias previas con el nº 98/2016 contra Palmira y otro, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, que con fecha 29 de noviembre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- La acusada Palmira, mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos, venía gestionando la. Expendeduría de Tabacos nº 1 de la localidad de Vilanova i la Geltrú desde el día 1 de marzo de 2001, fecha en la que firmó con la entonces titular de la licencia Valle un contrato de arrendamiento de negocio por tiempo de 154 meses. En dicho contrato se especificaba que la cesionaria se haría cargo durante la vigencia del mismo a satisfacer la totalidad de los gastos de la expendeduría y del local en que radicaba, los del personal que trabaje en el establecimiento (incluidos salarios y cotizaciones a la Seguridad Social) y que todas las compras de tabaco y otros productos serán satisfechas por la cesionaria aunque las facturas figuren a nombre de la titular. SEGUNDO.- A raíz del fallecimiento de la Sra. Valle, el Comisionado para el Mercado de Tabacos, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, autorizó con fecha 10 de octubre de 2006 en nombramiento de su esposo Gaspar como titular de la mencionada licencia por transmisión "mortis causa", quedando el nuevo titular subrogado a todos los derechos y obligaciones de la fallecida. Con fecha 11 de julio de 2008 el mismo órgano administrativo autorizó el nombramiento de Adriana como nueva titular de la licencia, esta vez por transmisión "inter vivos" por razones de incapacidad sobrevenida, quedando subrogada ésta igualmente en los derechos y obligaciones del transmitente. TERCERO.- La nueva titular comunicó por escrito a la Sra. Palmira su intención de llevar personalmente el negocio y su negativa a subrogarse en el contrato inicial de 2001 pretendiendo la rescisión del mismo. Al mismo tiempo se iniciaron una serie de negociaciones entre las partes sobre la posibilidad de transmitir la titularidad de la licencia o una novación del contrato de cesión, llegando a redactarse un documento en este último sentido en el que aparece también como interviniente el otro acusado Julián, esposo de la Sra. Palmira. En dicho documento, que no llegó a ser suscrito por ninguna de las partes, aparece el Sr. Julián como quien "explota en nombre de Dña. Palmira la expendeduría de tabacos nº 1 de Vilanova y la Geltrú".El Sr. Julián explota la expendeduría nº 2 de la misma localidad. CUARTO.- La acusada Sra. Palmira, tras conocer las intenciones de la nueva titular, dejó de pagar las cuotas de la Seguridad Social por un importe de 20.458,04 euros, no abonó las cantidades correspondientes al IRPF que ascendían a 36.301,06 euros y no atendió tampoco al pago de la deuda que se iba generando con la empresa LOGISTA, SA, distribuidora del tabaco, a quien sin embargo siguió realizando pedidos, provocando una deuda de 93.574,21 euros. Tales cantidades han sido reclamadas a quien aparecía como titular de la licencia. QUINTO.- No ha resultado acreditado que el coacusado Julián participara en tales conductas ni se beneficiara directamente del resultado de las mismas. SEXTO.- El estanco cesó definitivamente en su actividad a finales de 2010 sin que la acusada Sra. Palmira se haya hecho cargo de las deudas ni se haya producido rendición de cuentas alguna. SÉPTIMO.- La querrela origen de las presentes actuaciones fue presentada el 29/11/2011, se incoó formalmente el procedimiento penal con el auto de admisión de la misma de fecha 30/01/2012, dictándose auto de sobreseimiento provisional el 02/02/2012, decisión que resultó recurrida por la acusación, estimándose el recurso de apelación por la Sección Novena de esta Audiencia Provincial por auto de fecha 07/07/2014. La causa estuvo, paralizada "de facto" hasta el 28/09/2016 donde por primera vez se acuerda la práctica de diligencias. Finalmente se acordó la apertura de juicio Oral el 13/06/2017 que se ha celebrado finalmente el 12/11/2018, ocho años después de producirse los hechos".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos condenar y condenamos a Palmira, como autora criminalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida previsto y penado en el art. 250 en relación con el 74, y todos ellos del Código Penal vigente anterior a la reforma de LO 1/2015; a la pena de 18 MESES DE PRISIÓN y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena. Y a que indemnice a Adriana en la cantidad de 150.333,31 euros (ciento cincuenta mil trescientos treinta y tres euros con treinta y un céntimos) más los intereses legales correspondientes, así como a satisfacer 1/4 parte de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular. Que debernos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Palmira del delito de estafa por el que también venía siendo acusada por la acusación particular con todos los pronunciamientos, favorables y levantamiento de las medidas cautelares si las hubiere. Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS con todos los pronunciamientos favorables a Julián de la totalidad de los cargos que les venían siendo imputados en la presente causa con todos los pronunciamientos favorables y levantamiento de las medidas cautelares si las

hubiere. Se declaran de oficio las otras 3/4 partes de las costas causadas. Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días a partir de su notificación".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de la acusada Dña. Palmira , que se tuvo por 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 interpuesto por la representación de la acusada Dña. Palmira , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero. El primer motivo de casación se interpone por infracción de Ley al amparo del número primero del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 250 del Código Penal vigente anterior a la reforma de la LO 1/2015.

Segundo. El segundo motivo de casación se interpone, de forma subsidiaria al anterior, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto Constitucional, al amparo del nº 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85, en relación con el art. 24.2 de la Constitución, por vulneración de la presunción de inocencia.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 12 de enero de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Palmira, contra la Sentencia, dictada el día 29 de noviembre de 2018, por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Segundo.

1.- Por infracción de Ley al amparo del número primero del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 250 del Código Penal vigente anterior a la reforma de la LO 1/2015.

Al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Pues bien, los hechos probados apuntan a que:

"La acusada Palmira, mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos, venía gestionando la Expendeduría de Tabacos nº 1 de la localidad de Vilanova i la Geltrú desde el día 1 de marzo de 2001, fecha en la que firmó con la entonces titular de la licencia Valle un contrato de arrendamiento de negocio por tiempo de 154 meses. En dicho contrato se especificaba que la cesionaria se haría cargo durante la vigencia del mismo a satisfacer la totalidad de los gastos de la expendeduría y del local en que radicaba, los del personal que trabaje en el establecimiento (incluidos salarios y cotizaciones a la Seguridad Social) y que todas las compras de tabaco y otros productos serán satisfechas por la cesionaria aunque las facturas figuren a nombre de la titular.

SEGUNDO.- A raíz del fallecimiento de la Sra. Adriana, el Comisionado para el Mercado de Tabacos, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, autorizó con fecha 10 de octubre de 2006 en nombramiento de su esposo Gaspar como titular de la mencionada licencia por transmisión "mortis causa", quedando el nuevo titular subrogado a todos los derechos y obligaciones de la fallecida. Con fecha 11 de julio de 2008 el mismo órgano administrativo autorizó el nombramiento de Adriana como nueva titular de la licencia, esta vez por transmisión "inter vivos" por razones de incapacidad sobrevenida, quedando subrogada ésta igualmente en los derechos y obligaciones del transmitente. TERCERO.- La nueva titular comunicó por escrito a la Sra. Palmira su intención de llevar personalmente el negocio y su negativa a subrogarse en el contrato inicial de 2001 pretendiendo la rescisión del mismo. Al mismo tiempo se iniciaron una serie de negociaciones entre las partes sobre la posibilidad de transmitir la titularidad de la licencia o una novación del contrato de cesión, llegando a redactarse un documento en este último sentido en el que aparece también como interviniente el otro acusado Julián, esposo de la Sra. Palmira. En dicho documento, que no llegó a ser suscrito por ninguna de las partes, aparece el Sr. Julián como quien "explota en nombre de Dña. Palmira la expendeduría de tabacos nº 1 de Vilanova y la Geltrú". El Sr. Julián explota la expendeduría nº 2 de la misma localidad. CUARTO.- La acusada Sra. Palmira, tras conocer las intenciones de la nueva titular, dejó de pagar las cuotas de la Seguridad Social por un importe de 20.458,04 euros, no abonó las cantidades correspondientes al IRPF que ascendían a 36.301,06 euros y no atendió tampoco al pago de la deuda que se iba generando con la empresa LOGISTA, SA, distribuidora del tabaco, a quien sin embargo siguió realizando pedidos, provocando una deuda de 93.574,21 euros. Tales cantidades han sido reclamadas a quien aparecía como titular de la licencia. QUINTO.- No ha resultado acreditado que el coacusado Julián participara en tales conductas ni se beneficiara directamente del resultado de las mismas. SEXTO.- El estanco cesó definitivamente en su actividad a finales de 2010 sin que la acusada Sra. Palmira se haya hecho cargo de las deudas ni se haya producido rendición de cuentas alguna. SÉPTIMO.- La querrela origen de las presentes actuaciones fue presentada el 29/11/2011, se incoó formalmente el procedimiento penal con el auto de admisión de la misma de fecha 30/01/2012, dictándose auto de sobreseimiento provisional el 02/02/2012, decisión que resultó recurrida por la acusación, estimándose el recurso de apelación por la Sección Novena de esta Audiencia Provincial por auto de fecha 07/07/2014. La causa estuvo, paralizada "de facto" hasta el 28/09/2016 donde por primera vez se acuerda la práctica de diligencias. Finalmente se acordó la apertura de juicio Oral el 13/06/2017 que se ha celebrado finalmente el 12/11/2018, ocho años después de producirse los hechos".

A la hora de fijar el ámbito de lo ocurrido y centrar el debate en torno a si estamos en el orden civil o en el penal debemos sistematizar lo que realmente ha ocurrido, y así:

1.- La recurrente firmó un contrato de arrendamiento de negocio.

Palmira, mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos, venía gestionando la Expendeduría de Tabacos nº 1 de la localidad de Vilanova i la Geltrú desde el día 1 de marzo de 2001, fecha en la que firmó con la entonces titular de la licencia Valle un contrato de arrendamiento de negocio por tiempo de 154 meses.

2.- La recurrente asume el pago de todos los gastos.

En el contrato se especificaba que la cesionaria se haría cargo durante la vigencia del mismo a satisfacer la totalidad de los gastos de la expendeduría y del local en que radicaba, los del personal que trabaje en el establecimiento (incluidos salarios y cotizaciones a la Seguridad Social) y que todas las compras de tabaco y otros productos serán satisfechas por la cesionaria aunque las facturas figuren a nombre de la titular.

3.- Se comunica a la recurrente la intención de no renovar el contrato.

Adriana como nueva titular de la licencia, esta vez por transmisión "inter vivos" por razones de incapacidad sobrevenida, queda subrogada igualmente en los derechos y obligaciones del transmitente y comunicó por escrito a la recurrente su intención de llevar personalmente el negocio y su negativa a subrogarse en el contrato inicial de 2001 pretendiendo la rescisión del mismo.

4.- Negociaciones sobre documento no escrito en donde aparece Julián como el que explota el negocio.

Existen negociaciones entre las partes sobre la posibilidad de transmitir la titularidad de la licencia o una novación del contrato de cesión, llegando a redactarse un documento en este último sentido en el que aparece también como interviniente el otro acusado Julián, esposo de la Sra. Palmira. En dicho documento, que no llegó a ser suscrito por ninguna de las partes, aparece el Sr. Julián como quien "explota en nombre de Dña. Palmira la expendeduría de tabacos nº 1 de Vilanova y la Geltrú". El Sr. Julián explota la expendeduría nº 2 de la misma localidad

5.- Impago por la recurrente de las sumas pactadas por contrato.

La acusada Sra. Palmira, tras conocer las intenciones de la nueva titular, dejó de pagar las cuotas de la Seguridad Social por un importe de 20.458,04 euros, no abonó las cantidades correspondientes al IRPF que ascendían a 36.301,06 euros y no atendió tampoco al pago de la deuda que se iba generando con la empresa LOGISTA, SA, distribuidora del tabaco, a quien sin embargo siguió realizando pedidos, provocando una deuda de 93.574,21 euros. Tales cantidades han sido reclamadas a quien aparecía como titular de la licencia.

6.- Cese de la actividad del negocio sin rendición de cuentas y dejando deudas.

El estanco cesó definitivamente en su actividad a finales de 2010 sin que la acusada Sra. Palmira se haya hecho cargo de las deudas ni se haya producido rendición de cuentas alguna.

Señala el Tribunal sobre la prueba practicada que:

"La prueba esencial ha sido la numerosa documental obrante en autos. De hecho, la práctica totalidad del relato de hechos probados deriva directamente del contenido de tales documentos que, en unos casos cuentan con la veracidad propia de las resoluciones administrativas, y en el resto han sido reconocidos por las partes; sin que al tribunal le asalte ninguna duda sobre su validez probatoria.

Acreditadas las relaciones comerciales, las obligaciones asumidas por las partes en virtud de los acuerdos firmados, y la evidencia del impago, el importe de las cantidades concretas y de las repercusiones producidas sobre el patrimonio de quien ejercita la acusación particular a través de la documental aportada, el verdadero objeto de controversia se centra en la calificación jurídica de tales hechos."

Pues bien, resulta rechazable la consideración penal de los hechos por la vía por la que se ha condenado a la recurrente.

El Tribunal de instancia condena por la vía de la apropiación indebida en la modalidad de gestión desleal anterior a la reforma del CP por LO 1/2015. Y señala como argumento de la condena que:

La recurrente "explotaba la expendeduría de tabaco a través de una especie de mandato o autorización que le otorgaba la condición de administradora de una licencia de titularidad ajena, y que la conducta relatada en los hechos probados supuso una distracción del dinero 'que, procedente de la explotación del negocio, debía emplear en el pago de los gastos derivados de las entregas de tabaco, seguros sociales de los trabajadores y obligaciones fiscales con Hacienda, ya que en todos esos casos, tanto en las facturas de Logista, SA como en la identidad de los obligados formalmente ante, los organismos públicos mencionados, aparecían los sucesivos titulares de la licencia. El dejar de abonar tales pagos supuso un claro acta de distracción en beneficio propio y en perjuicio de la querellante, que ha visto como finalmente las deudas han acabado afectando a su patrimonio a través de las reclamaciones administrativas y judiciales de las que ha sido objeto".

La doctrina que la Sala ha dictado en torno a esta modalidad de apropiación indebida concurrente al momento de los hechos se ubica en el siguiente summary report que se expone acerca de las consideraciones exigentes acerca de los elementos de esta modalidad delictiva, a saber:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 376/2012 de 17 May. 2012, Rec. 1989/2011

La apropiación indebida en su modalidad de "gestión desleal", es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del distractor, aunque ello no es imprescindible para que se entienda cometido el delito.

Dos requisitos tan sólo han de concurrir para que esta conducta se integre en el tipo de apropiación indebida:

- a.- que la distracción suponga un abuso de la confianza depositada en quien recibe el dinero y
- b.- que la acción se realice en perjuicio de quienes se lo han confiado, esto es, a sabiendas de que se les perjudica y con voluntad de hacerlo.

Es así como la administración desleal o fraudulenta entra a formar parte de las conductas agrupadas en el tipo pluriforme del art. 252 C.P. (SS.T.S. de 26 de noviembre de 2.001 y de 18 de abril y 7 de noviembre de 2.002).

En la apropiación indebida como gestión fraudulenta o desleal la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrativo, sin que sea imprescindible en este tipo -aunque tampoco quepa descartarla- la concurrencia del "animus rem sibi habendi" sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (ssTS. 3.4 y 17.10.98).

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 253/2001 de 16 Feb. 2001, Rec. 2159/1999

"En el art. 535 del CP derogado se yuxtaponían --como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente-- dos tipos distintos de apropiación indebida:

- a.- El clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y

b.- El de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su "status".

De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida, el uso de los verbos "apropiarse" y "distraer", en el art. 535 del CP de 1973, no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que 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 conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

Esta doctrina, reiterada en Sentencias posteriores de esta Sala, como es exponente la de 12 May. 2000, viene declarando que el art. 535 del Código Penal derogado igual que el art. 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 a su patrimonio con ánimo de lucro y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél.

... El tipo de administración desleal de dinero (art. 535 CP 1973; art. 252 CP) sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados produciría un perjuicio al titular."

Como ya se dijo en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 26 Feb. 1998, Rec. 1384/1997 en estos casos se exige "una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status". Pero este se ubica en una posición de administración o gestión de patrimonio ajeno, no del propio, pese a que por contrato se vinculen obligaciones o responsabilidades por deudas. Así, la circunstancia de que en el contrato de arrendamiento de la titulación de la expendeduría de tabaco se derivaran obligaciones solidarias en las deudas, y que estas hubieran aparecido no conlleva que lo que se administrara por la recurrente fuera patrimonio ajeno, sino que era su negocio el que administrara, y la circunstancia de que dejara deudas lo que conlleva es una reclamación civil, en su caso, y atendidas las connotaciones o circunstancias de lo pactado en el contrato en virtud de un posible ejercicio, en su caso, del derecho de repetición.

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 700/2016 de 9 Sep. 2016, Rec. 41/2016

"Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier 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 un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

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

En ocasiones se ha dicho que esta conducta supone una especie de gestión desleal. Es cierto que quien actúa de esta forma defrauda la confianza de quien ha entregado algo en virtud de títulos como la administración, el depósito o la comisión u otros similares, en tanto que todos ellos suponen una cierta seguridad en que la actuación posterior de aquél a quien se hace la entrega se mantendrá dentro de los límites acordados, y que en esa medida se trata de una actuación que puede ser calificada como desleal. En realidad cualquier apropiación indebida lo es en cuanto que supone una defraudación de la confianza."

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 271/2010 de 30 Mar. 2010, Rec. 887/2009

"En la modalidad de apropiación consistente en la gestión 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 algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (STS 16 de septiembre de 2003), y el tipo se realiza, aunque no se

pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel, 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 26.2, 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 hahendi" sino solo 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 art. 252 del Código penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del 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, desde antes del Código Penal de 1995 (SSTS. 31.5.93, 15.11.94, 1.7.97, 26.2 y otras), que conforman una dirección jurisprudencial consolidada (SSTS.7.11.2005, 31.1.2005, 2.11.2004 y las que citan), 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 se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron". STS 31.1.2005 .

En definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor aunque ello no es imprescindible para se entienda cometido el delito.

Por ello cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier 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 un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Consecuentemente en este supuesto la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada- sino en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto (STS. 2339/2001 de 7.12).

Naturalmente si el tipo objetivo del delito se realiza, cuando se trata de la distracción de dinero u otros bienes fungibles, de la forma que ha quedado expresada, el tipo subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse la cantidad recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación o entrega del dinero o, dicho de otra manera, en la deslealtad con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero. La concurrencia, en cada caso, de este elemento subjetivo del delito tendrá que ser indagada, de la misma forma que se indaga el ánimo de lucro en la modalidad delictiva de la apropiación, mediante la lógica inferencia que pueda realizarse a partir de los actos concretamente realizados por el receptor y de las circunstancias que los hayan rodeado y dotado de una especial significación."

Pues bien, hay que tener en cuenta que la exigencia del tipo que sancionaba la gestión desleal estaba configurada por la gestión sin fidelidad alguna, pero debiendo entenderse que del negocio en el que se actuaba para administrar, no cuando es el que actúa el propio titular de la actividad en virtud de vínculo contractual en el que, aunque se asocien derechos, obligaciones y responsabilidades, lo cierto y verdad es que la clave y exégesis del debate se centra en que la recurrente administraba el negocio que regentaba, por lo que no puede haber gestión desleal para tercero. Y ello, aunque en virtud del pacto o contrato, las obligaciones económicas pudieran transmitirse ex contractu para el cedente de la explotación.

Pero ello, sin embargo, no provoca que exista una gestión desleal de negocio ajeno en el que se atribuyen poderes y facultades de administración, sino que la explotación se ejerce directa y nominativamente por quien luego

deja de pagar, aunque se derive una solidaridad en la responsabilidad de la deuda para quien cede la explotación de un negocio.

Con ello, los parámetros de actuación del caso se ubican en círculos distintos a los de la exigencia de la gestión desleal de negocio ajeno en el que se atribuyen poderes de administración y gestión, y en el que se frustra la confianza depositada por el cedente por contrato de la explotación.

En el presente caso existe una ruptura en el título de imputación de la gestión desleal, como lo es el contrato de arrendamiento de negocio de la expendeduría de tabaco, que es lo que introduce la "ajenidad" en el vínculo que une a las partes y distorsiona la opción de acudir a una gestión desleal cuando se está administrando el propio negocio, y no el ajeno, que es lo que permite acudir, en su caso, a la gestión desleal.

Sin embargo, no puede acudirse al tipo de gestión desleal cuando se mal administra el negocio propio. Y ello, aunque se haga causando un perjuicio al cedente de la explotación si constan cláusulas en el contrato de arrendamiento que hacen atraer a quien cede la explotación las consecuencias económicas de posibles impagos. Pero ello, pertenece al ámbito puro de la responsabilidad civil por deudas, no al campo de la gestión desleal de negocio de tercero, al ser propia la explotación del cedente por parte de la recurrente condenada.

Según la doctrina expuesta, la gestión desleal se comete por el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. Sin embargo, no puede en modo alguno concluirse que la recurrente tuviera la condición de administrador por la existencia del contrato de arrendamiento del negocio de la expendeduría de tabaco, ya que este contrato rompe la opción de considerar atrayente la figura de la gestión desleal objeto de condena, porque la recurrente no era administradora de negocio de la cedente de la explotación, sino titular de la explotación del negocio, aunque por vínculo contractual se establecieran responsabilidades solidarias en las deudas que pudieran contraerse en la explotación. Pero esto no supone que la gestión lo sea de negocio ajeno, sino que se trata de negocio propio, lo que lleva al orden civil la reclamación de las deudas que se hubieran contraído, alguna de ellas que se refiere, incluso al IRPF.

Si el tipo penal por el que se condena supone una defraudación de la confianza, ello no puede extenderse analógicamente in malam partem, al modo de entenderse que un contrato por el que se asume la explotación de un negocio va a suponer la administración del mismo en condiciones de ajenidad, y que cuando se firma el contrato de arrendamiento de negocio el que lo firma lo hace en la condición del administrador del cedente de la explotación, cuando no es así, sino que lo hace a título propio, con las reservas hechas, como aquí ocurre, de las circunstancias y obligaciones que las partes hayan pactado ante sus responsabilidades ante terceros.

Así, ya hemos expuesto que en la modalidad de apropiación consistente en la gestión 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 algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad, pero esta no puede predicarse del contenido de los hechos probados que han sido expuestos.

Resulta evidente que la recurrente lo que lleva a cabo es asumir por contrato la gestión de una licencia de titularidad ajena, pero ello no conlleva que actúa por el cedente, sino que lo hace a título propio y en gestión privada y privativa, con independencia de las responsabilidades solidarias asumida ex contractu.

Así pues, como apunta la recurrente se trata de un mero incumplimiento de contrato civil, pues la denunciante se limitó a alquilar una licencia de explotación de una expendeduría de tabaco, pero en ningún caso se hizo cesión de patrimonio alguno para que fuese administrado por la recurrente, pues el riesgo empresarial era exclusivamente de ésta, y los derechos de la denunciante se limitaban a cobrar el canon mensual acordado en el contrato que figura en las actuaciones.

En definitiva, no consta que lo que se pactara fuera un mandato de administrar un patrimonio ajeno, sino que la recurrente era titular de un contrato de arrendamiento de una licencia, en el que no gestionaba patrimonio alguno, sino que lo que hacía era explotar la Expendeduría de Tabaco, y se hacía por su cuenta y riesgo, no en condiciones de gestión de patrimonio de tercero, por lo que no exista quebrantamiento de la confianza depositada en funciones de administración, lo que hace inviable la gestión desleal, que es la determinante de la condena. Y, en efecto, en la administración de patrimonio se va exigir lealtad en la gestión, pero en el caso de los contratos el baremo es la buena fe contractual, ya que al administrar el patrimonio sí que existe un vínculo de confianza que no existe en un contrato de arrendamiento simple como en el caso presente tal y como se ha expuesto, todo lo cual debe llevar a estimar el recurso y acordar la absolución de la recurrente condenada, abriendo la vía del orden civil para depurar en la misma las posibles responsabilidades que se estimen puedan existir.

Se estima el motivo.

Tercero.

2.- De forma subsidiaria al anterior, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto constitucional, al amparo del nº 4 del artículo 5 de la LOPJ en relación con el artículo 24.2 de la Constitución por vulneración de la presunción de inocencia.

Estimándose el motivo primero deviene ineficaz el tratamiento del nº 2.

Cuarto.

Estimándose el recurso, las costas se imponen de oficio.

FALLO

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

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN con estimación de su primer motivo y sin entrar en el examen del segundo, interpuesto por la representación procesal de la acusada Palmira; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, de fecha 29 de noviembre de 2018, en causa seguida contra la misma y otro por delito de apropiación indebida. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco
Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura

RECURSO CASACION NÚM.: 875/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 13 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el Procedimiento Abreviado nº 102/2017 dimanante de las Diligencias Previas nº 98/2016 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vilanova i la Geltrú, seguido por delito de apropiación indebida contra los acusados Palmira con DNI NUM000 y Julián con DNI NUM001; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 29 de noviembre de 2018, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, haciendo constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos absolver a la recurrente del delito de apropiación indebida por el que ha sido condenada y las consecuencias civiles a ello inherentes.

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 a Palmira del delito de apropiación indebida por el que ha sido condenada y las consecuencias civiles a ello inherentes con costas de oficio.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura

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.