

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066240

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 684/2022, de 7 de julio de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3419/2020

SUMARIO:**Apropiación indebida. Contrato de leasing.**

El Administrador único de la entidad suscribió con la entidad bancaria un contrato de arrendamiento financiero sobre una grúa. Con posterioridad, fue declarada en concurso de acreedores y el administrador concursal nombrado nunca tuvo materialmente la posesión de la referida grúa; ya que el acusado, con el consentimiento de aquél, asumió la condición de depositario de hecho de dicho vehículo. El administrador concursal procedía con el banco a la resolución del contrato de arrendamiento financiero suscrito y el acusado, pese a ser conocedor de la existencia de esa obligación de entregar la grúa, e ignorando las reclamaciones para que le hiciera entrega de la grúa en una fecha determinada, con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito, no procedió a la devolución de dicho. De hecho, el acusado en ningún momento ha puesto a disposición del administrador concursal ni del banco la referida grúa, no constando cuál es su verdadero paradero, incorporándola a su patrimonio. No puede excluirse la condición de depositario del bien mueble porque hubiera un procedimiento concursal.

No se trata de un mero incumplimiento civil, sino de un ilícito penal. El recurrente no se limita a "incumplir un contrato", sino que desarrolla los elementos del tipo penal de la apropiación indebida, ya que con obligación de devolver retiene y no devuelve un bien mueble recibido en su calidad de depositario, y actuando en calidad de administrador de la mercantil. Fue él y no otro administrador quien así actúa, y fue él y no otro quien era el depositario de la grúa. Estamos en presencia de un contrato susceptible de integrar el tipo penal del delito de apropiación indebida ya que habilita la posesión (no la propiedad al menos en principio) y produce la obligación de entregarlo o devolverlo o ejecutar la compra final del bien. Aunque sea el administrador concursal quien asuma esas facultades de gestión del patrimonio del concursado, ello no impide que el administrador designe depositario de los bienes a quien considere oportuno, o que consienta, por las razones que sean, como así hizo con el acusado. El recurrente conocía que debía devolver la grúa y no lo hizo, teniéndola en su a su disposición, no el administrador concursal.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 250.1 y 252.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 849.2.

Código civil, art. 1.255.

PONENTE:*Don Vicente Magro Servet.*

Magistrados:

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

Don VICENTE MAGRO SERVET

Don SUSANA POLO GARCIA

Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 684/2022

Fecha de sentencia: 07/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3419/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/07/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3419/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 684/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 7 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Paulino , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, de fecha 3 de julio de 2020, que le condenó por delito de apropiación indebida, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho acusado recurrente representado por el Procurador D. Xim Aguiló de Cáceres Planas y bajo la dirección Letrada de Dña. Paz Molvert Ballester y la recurrida Acusación Particular Bankia, S. A. representada por el Procurador D. Juan Francisco Cerda Bestard y bajo la dirección Letrada de D. Jaime Maqueda Barón.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Palma de Mallorca, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 2103/14 contra Paulino, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, que con fecha 3 de julio de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- Probado y así se declara que en fecha 20 de marzo de 2007 el acusado D. Paulino, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en calidad de administrador único de la entidad GRÚAS TUR, SL, suscribió con la entidad CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE BANCAJA (actualmente BANKIA SA) un contrato de arrendamiento financiero sobre el siguiente vehículo: "GRÚA GROVE MODELO GMK4100 DE 90 T CAPAC. COMPUESTA. CHASIS NUM000, MATRICULA I-....-YRL, inscrito en el Registro de Bienes Muebles de Baleares al folio 1 del bien NUM001 número fab. NUM000. En esa operación, el acusado figuraba como fiador. Mediante anexo de fecha 16 de octubre de 2009 al contrato de arrendamiento financiero indicado, se modificaron; con la intervención del acusado, el plazo inicialmente pactado y el tipo de interés aplicable, inscribiéndose dicha modificación en el folio 2 del indicado bien en el Registro de Bienes Muebles de Baleares. Mediante anexo de fecha 15 de octubre de 2010 al contrato de arrendamiento financiero indicado, se modificaron, con la intervención del acusado, el plazo inicialmente pactado y el tipo de interés aplicable, inscribiéndose dicha modificación en el folio 3 del indicado bien en el Registro de Bienes Muebles de Baleares. SEGUNDO.- La entidad GRÚAS TUR SL que representa el acusado fue declarada en concurso de acreedores el 27/07/2011, siguiéndose el procedimiento concursal bajo el número de autos 225/2001 ante el Juzgado de lo Mercantil 2 de Palma, siendo nombrado administrador concursal D. Cipriano. El administrador concursal nunca tuvo materialmente la posesión de la referida grúa; ya que el acusado, con el consentimiento de aquél, asumió la condición de depositario de hecho de dicho vehículo, y procedió a ubicarla en un lugar determinado y conocido por él y a su disposición. TERCERO.- Una vez declarado el concurso, ante los impagos de las distintas cuotas fijadas en relación al mencionado contrato de arrendamiento financiero, y con la intención de la entidad BANKIA SA de poder recuperar la posesión del bien objeto del mismo para poder arrendarlo de nuevo a persona o entidad solvente, la mencionada entidad y la Administración Concursal alcanzaron en fecha 11 de octubre de 2012 un acuerdo en virtud del cual ambas partes, de mutuo acuerdo, procedían a la resolución del contrato de arrendamiento financiero suscrito en su día en relación a la referida Grúa. Se establecía que la entidad GRÚAS TUR S.L debía poner a disposición de la entidad BANKIA S.A dicha grúa, quien dispondría de un plazo de treinta días para retirarla. Con dicha entrega, la entidad BANKIA S.A daría por saldada y finiquitada la deuda resultante del mencionado contrato de arrendamiento financiero, por lo que el informe del administrador concursal debería modificarse para así eliminar el crédito de 429.246,14 euros con privilegio especial. De no poder entregarse el bien a BANKIA en las debidas condiciones de correcto estado de uso y conservación con toda su documentación, llaves, accesorios y libre de cargas, subsistiría en el concurso el crédito en la misma cuantía y calificación que ostentaba en ese momento. Finalmente, el administrador concursal se obligaba a poner en conocimiento del Juzgado el mencionado acuerdo de resolución para su homologación, de tal forma que dicho contrato se sometía a la condición suspensiva de homologación judicial. Dicho acuerdo fue suscrito por el administrador concursal. CUARTO.- El acuerdo se presentó en el Juzgado de lo mercantil nº 2 de Palma en fecha 24 de octubre de 2012. El Juzgado citó a las partes a una vista que se celebró el día 29 de enero de 2013 a la que acudieron la representación procesal de la entidad BANKIA S.A y el administrador concursal, no asistiendo la entidad concursada pese a estar debidamente citado a través de su representación procesal, a quien se volvió a requerir nuevamente para que prestara su conformidad a dicho acuerdo de resolución del contrato de arrendamiento financiero mencionado, en el cual se ratificaron las -partes comparecientes a dicho acto. Mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2013 la representación procesal de la entidad concursada GRUAS TUR S.L presentó escrito manifestando su conformidad con dicho acuerdo de resolución, por lo que en fecha 26 de octubre de 2013 el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma dictó Auto acordando dar por resuelto el mencionado contrato de arrendamiento financiero, con los efectos convenidos por las partes en la comparecencia de fecha 29 de enero de 2013. QUINTO.- Sin embargo, pese a ser conocedor de la existencia de esa obligación de entregar la grúa, e ignorando las reclamaciones que la entidad BANKIA S.A le había hecho para que le hiciera entrega de la grúa en una fecha determinada, el Sr. Paulino, con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito, no procedió a la devolución de dicho vehículo a la entidad BANKIA S.A. De hecho, el acusado en ningún momento ha puesto a disposición del administrador concursal ni de la entidad BANKIA S.A la referida grúa, no constando cuál es su verdadero paradero, incorporándola a su patrimonio. SEXTO.- En el momento de la declaración del concurso de acreedores, la entidad GRÚAS TUR S.L adeudaba a la entidad financiera BANKIA S.A en concepto de capital pendiente de amortización en virtud del contrato de arrendamiento financiero sobre la grúa de constante referencia, la cantidad de 304.074,98 euros. El precio de adquisición pagado en su día por la grúa por la entidad BANKIA S.A había ascendido a 600.000,00 euros, sin impuestos. Aunque no ha quedado acreditado el valor de la grúa en la fecha en que debía haber sido entregada, ese valor supera notoriamente los 50.000,00 euros. La entidad perjudicada reclama la correspondiente indemnización".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"LA SALA ACUERDA: Que debemos condenar y condenamos a D. Paulino, cuyas circunstancias personales ya constan, como autor responsable de un delito de apropiación indebida previsto y penado en los art. 252 y 250.1.5º del Código Penal, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, con la accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de una multa por tiempo de ocho meses, con una cuota diaria de siete euros (7,00 €) con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa impagadas. Deberá abonar las costas causadas, incluyendo las costas de la acusación particular. En concepto de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a la entidad BANKIA S.A, en la cantidad en que se tase, en fase de ejecución de sentencia, el valor de la grúa Grove modelo GMK4100 DE 90 T CAPAC. COMPUESTA. CHASIS NUM000 Matrícula I-....-YRL, en el año 2013, valor que en ningún caso será inferior a 50.001,00 euros ni podrá exceder de 304.074,00 euros. Una vez determinada dicha cantidad, devengará los intereses legales del art. 576 LEC desde la fecha de su liquidación hasta el pago. Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles que la misma no es firme y que contra ella podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, recurso que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de CINCO días a contar desde la 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 del acusado D. Paulino , 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 del acusado D. Paulino , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

En virtud de lo establecido en el art. 849.2 L.E.Cr., por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos.

Segundo.

En virtud de lo establecido en el art. 849.1 L.E.Cr., por aplicación indebida del art. 252 del C.P. (en la redacción vigente a la fecha de los hechos). El factum de la sentencia no constituye un delito de apropiación indebida, y en consecuencia, la subsunción en la norma jurídica es errónea.

Tercero.

En virtud de lo establecido en el art. 849.1 L.E.Cr., por aplicación indebida del art. 252 del C.P., al no contener el relato de hechos probados referencia alguna a la subsistencia en la actualidad, o no, del crédito con privilegio especial que ostentaba Bankia en el concurso de acreedores, en consecuencia, no consta declarado en el factum la existencia de un perjuicio patrimonial efectivo, elemento necesario para la aplicación del tipo delictivo.

Cuarto.

En virtud de lo establecido en el art. 852 L.E.Cr., y en el art. 5.4 L.O.P.J., por estimar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24.2 de la C.E.

Quinto.

En virtud de lo establecido en el art. 849.2 L.E.Cr., por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos.

Sexto.

En virtud de lo establecido en el art. 852 L.E.Cr., y en el art. 5.4 L.O.P.J., por vulneración del derecho de defensa, del principio acusatorio y a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E., al haber sido condenado mi representado por el subtipo agravado del art. 250.1.5º en relación al 252 del C.P.

Séptimo.

En virtud de lo establecido en el art. 849.1 L.E.Cr., por indebida aplicación del artículo 250.1.5º del C. Penal.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la recurrida Acusación Particular Bankia, S. A., que solicitó también la desestimación el recurso, 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 6 de julio de 2022, 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 Paulino, contra la sentencia nº 47/2020 de 3 de julio, dictada por la Sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Segundo.

1.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 252 del CP (en la redacción vigente a la fecha de los hechos).

Plantea el recurrente su disconformidad con relación a la subsunción de los hechos con el tipo penal por el que ha sido condenado.

El recurrente fue condenado como autor responsable de un delito de apropiación indebida previsto y penado en los art. 252 y 250,1.5 del Código Penal, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de una multa por tiempo de ocho meses, con una cuota diaria de siete euros (7,00 €), con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa impagadas.

Esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador.

La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

En este sentido, los hechos probados fueron los siguientes:

Probado y así se declara que en fecha 20 de marzo de 2007 el acusado D. Paulino, mayor- de edad y sin antecedentes penales, actuando en calidad de administrador único de la entidad GRÚAS TUR, SL, suscribió con la entidad CAJA DE AHORROS DE VALENCIA CASTELLON Y ALICANTE BANCAJA (actualmente BANKIA SA) un contrato de arrendamiento financiero sobre el siguiente vehículo: "GRÚA GROVE MODELO GMK4100 DE 90 T CAPAC. COMPUESTA. CHASIS NUM000, MATRICULA I-....-YRL, inscrito en el Registro de Bienes Muebles de Baleares al folio 1 del bien NUM001 número fab. NUM000. En esa operación, el acusado figuraba como fiador.

Mediante anexo de fecha 16 de octubre de 2009 al contrato de arrendamiento financiero indicado, se modificaron; con la intervención del acusado, el plazo inicialmente pactado y el tipo de interés aplicable, inscribiéndose dicha modificación en el folio 2 del indicado bien en el Registro de Bienes Muebles de Baleares.

Mediante anexo de fecha 15 de octubre de 2010 al contrato de arrendamiento financiero indicado, se modificaron, con la intervención del acusado, el plazo inicialmente pactado y el tipo de interés aplicable, inscribiéndose dicha modificación en el folio 3 del indicado bien en el Registro de Bienes Muebles de Baleares.

Segundo.

La entidad GRÚAS TUR SL que representa el acusado fue declarada en concurso de acreedores el 27/07/2011, siguiéndose el procedimiento concursal bajo el número de autos 225/2001 ante el Juzgado de lo Mercantil 2 de Palma, siendo nombrado administrador concursal D. Cipriano.

El administrador concursal nunca tuvo materialmente la posesión de la referida grúa; ya que el acusado, con el consentimiento de aquél, asumió la condición de depositario de hecho de dicho vehículo, y procedió a ubicarla en un lugar determinado y conocido por él y a su disposición.

Tercero.

Una vez declarado el concurso, ante los impagos de las distintas cuotas fijadas en relación al mencionado contrato de arrendamiento financiero, y con la intención de la entidad BANKIA SA de poder recuperar la posesión del bien objeto del mismo para poder arrendarlo de nuevo a persona o entidad solvente, la mencionada entidad y la Administración Concursal alcanzaron en fecha 11 de octubre de 2012 un acuerdo en virtud del cual ambas partes, de mutuo acuerdo, procedían a la resolución del contrato de arrendamiento financiero suscrito en su día en relación a la referida Grúa. Se establecía que la entidad GRÚAS TUR S.L debía poner a disposición de la entidad BANKIA S.A dicha grúa, quien dispondría de un plazo de treinta días para retirarla. Con dicha entrega, la entidad BANKIA S.A daría por saldada y finiquitada la deuda resultante del mencionado contrato de arrendamiento financiero, por lo que el informe del administrador concursal debería modificarse para así eliminar el crédito de 429.246,14 euros con privilegio especial.

De no poder entregarse el bien a BANKIA en las debidas condiciones de correcto estado de uso y conservación con toda su documentación, [laves, accesorios y libre de cargas, subsistiría en el concurso el crédito en la misma cuantía y calificación que ostentaba en ese momento.

Finalmente, el administrador concursal se obligaba a poner en conocimiento del Juzgado el mencionado acuerdo de resolución para su homologación, de tal forma que dicho contrato se sometía a la condición suspensiva de homologación judicial.

Dicho acuerdo fue suscrito por el administrador concursal.

Cuarto.

El acuerdo se presentó en el Juzgado de lo mercantil nº 2 de Palma en fecha 24 de octubre de 2012. El Juzgado citó a las partes a una vista que se celebró el día 29 de enero de 2013 a la que acudieron la representación procesal de la entidad BANKIA S.A y el administrador concursal, no asistiendo la entidad concursada pese a estar debidamente citado a través de su representación procesal, a quien se volvió a requerir nuevamente para que prestara su conformidad a dicho acuerdo de resolución del contrato de arrendamiento financiero mencionado, en el cual se ratificaron las partes comparecientes a dicho acto.

Mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2013 la representación procesal de la entidad concursada GRUAS TUR S.L presentó escrito manifestando su conformidad con dicho acuerdo de resolución, por lo que en fecha 26 de octubre de 2013 el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma dictó Auto acordando dar por resuelto el mencionado contrato de arrendamiento financiero, con los efectos convenidos por las partes en la comparecencia de fecha 29 de enero de 2013.

Quinto.

Sin embargo, pese a ser conocedor de la existencia de esa obligación de entregar la grúa, e ignorando las reclamaciones que la entidad BANKIA S.A le había hecho para que le hiciera entrega de la grúa en una fecha determinada, el Sr. Paulino, con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito, no procedió a la devolución de dicho vehículo a la entidad BANKIA S.A. De hecho, el acusado en ningún momento ha puesto a disposición del administrador concursal ni de la entidad BANKIA S.A la referida grúa, no constando cuál es su verdadero paradero, incorporándola a su patrimonio.

Sexto.

En el momento de la declaración del concurso de acreedores, la entidad GRÚAS TUR S.L adeudaba a la entidad financiera BANKIA S.A en concepto de capital pendiente de amortización en virtud del contrato de arrendamiento financiero sobre la grúa de constante referencia, la cantidad de 304.074,98 euros. El precio de adquisición pagado en su día por la grúa por la entidad BANKIA S.A había ascendido a 600.000,00 euros, sin impuestos.

Aunque no ha quedado acreditado el valor de la grúa en la fecha en que debía haber sido entregada, ese valor supera notoriamente los 50.000,00 euros. La entidad perjudicada reclama la correspondiente indemnización."

Con ello, y pese a la queja del recurrente en el proceso de subsunción de hechos en el tipo penal de apropiación indebida debemos destacar los siguientes extremos que conllevan la desestimación del motivo:

1.- El recurrente fue quien actuó como administrador único y contrató el leasing sobre la grúa.

"Actuando en calidad de administrador único de la entidad GRÚAS TUR, SL, suscribió con la entidad CAJA DE AHORROS DE VALENCIA CASTELLON Y ALICANTE BANCAJA (actualmente BANKIA SA) un contrato de arrendamiento financiero sobre el siguiente vehículo..."

2.- La arrendataria del leasing estaba representada por el recurrente.

"La entidad GRÚAS TUR SL que representa el acusado fue declarada en concurso de acreedores el 27/07/2011, siguiéndose el procedimiento concursal bajo el número de autos 225/2001 ante el Juzgado de lo Mercantil 2 de Palma, siendo nombrado administrador concursal D. Cipriano."

3.- Fue el recurrente quien tenía la disponibilidad de la grúa, no el administrador concursal. El depositario era el recurrente.

"El administrador concursal nunca tuvo materialmente la posesión de la referida grúa; ya que el acusado, con el consentimiento de aquél, asumió la condición de depositario de hecho de dicho vehículo, y procedió a ubicarla en un lugar determinado y conocido por él y a su disposición."

4.- El recurrente conocía la resolución del arrendamiento financiero sobre la grúa y la obligación de devolver.

"Mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2013 la representación procesal de la entidad concursada GRUAS TUR S.L presentó escrito manifestando su conformidad con dicho acuerdo de resolución, por lo que en fecha 26 de octubre de 2013 el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma dictó Auto acordando dar por resuelto el mencionado contrato de arrendamiento financiero, con los efectos convenidos por las partes en la comparecencia de fecha 29 de enero de 2013"

5.- Negativa del recurrente a devolver la grúa pese a ser consciente y conocedor de que debía hacerlo al haberse resuelto el arrendamiento financiero.

"Pese a ser conocedor de la existencia de esa obligación de entregar la grúa, e ignorando las reclamaciones que la entidad BANKIA S.A le había hecho para que le hiciera entrega de la grúa en una fecha determinada, el Sr. Paulino, con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito, no procedió a la devolución de dicho vehículo a la entidad BANKIA S.A. De hecho, el acusado en ningún momento ha puesto a disposición del administrador concursal ni de la entidad BANKIA S.A la referida grúa, no constando cuál es su verdadero paradero, incorporándola a su patrimonio."

6.- Valor superior de la grúa a los 50.000 euros.

"En el momento de la declaración del concurso de acreedores, la entidad GRÚAS TUR S.L adeudaba a la entidad financiera BANKIA S.A en concepto de capital pendiente de amortización en virtud del contrato de arrendamiento financiero sobre la grúa de constante referencia, la cantidad de 304.074,98 euros. El precio de adquisición pagado en su día por la grúa por la entidad BANKIA S.A había ascendido a 600.000,00 euros, sin impuestos.

Aunque no ha quedado acreditado el valor de la grúa en la fecha en que debía haber sido entregada, ese valor supera notoriamente los 50.000,00 euros".

Señala el recurrente que "ninguna obligación de devolución tenía con Bankia y por ello quien firma el compromiso de resolución y posterior devolución es el administrador concursal", que "ninguna grúa recibió en virtud del contrato de arrendamiento financiero, sino la entidad Grúas Tur S.L.", que "frente a Bankia quien tenía obligación

de devolver la grúa tanto en virtud del leasing como del contrato de resolución de fecha 11 de octubre del 2012 era la entidad Grúas Tur SL, en concurso necesario" y que "tenemos al legítimo propietario, la entidad Bankia, tenemos a la legítima poseedora en virtud del contrato de leasing que es la entidad Grúas Tur S.L, y luego tenemos al Sr. Paulino, persona física, que es quien, según el factum, actúa de depositario de un bien con el consentimiento de quien no es propietario, esto es, de Grúas Tur SL, entidad en concurso administrada por el Sr. Cipriano y obligada a la devolución del vehículo en cuestión."

Entiende, además, el recurrente que "nos encontraríamos ante un ilícito civil, ya que el administrador concursal no pudo cumplir el acuerdo resolutorio firmado en nombre de la entidad Grúas Tur. Por mucho que se intente instar la vía penal, los hechos son constitutivos de un incumplimiento civil, cuyos efectos es esa jurisdicción quien tiene que decidir, al margen de que se haya interpuesto una denuncia por el Sr. Cipriano para evitar eventuales responsabilidades en el desempeño de su cargo."

No es correcto el planteamiento del recurrente para huir de la condena por delito de apropiación indebida pretendiendo excluir la responsabilidad en lo ocurrido por las siguientes razones:

- 1.- El recurrente es quien contrata el leasing en representación de la mercantil siendo su administrador.
- 2.- El recurrente era conocedor del acuerdo de la administración concursal de resolver el arrendamiento financiero.
- 3.- El recurrente era el depositario de la grúa.
- 4.- El recurrente era quien tenía obligación de devolver la grúa, ya que era el depositario con independencia del procedimiento concursal.
- 5.- No puede excluirse la condición de depositario del bien mueble porque hubiera un procedimiento concursal.
- 6.- El recurrente no devuelve la grúa cuando tenía obligación de hacerlo, ya que actúa por la mercantil y en su representación. No puede desconectarse de responsabilidad por ser persona física y ser la jurídica la titular del contrato, pero el representante era el recurrente y el designado depositario del bien.
- 7.- Es el recurrente quien no devuelve y se queda el bien cuando había obligación de devolver y era consciente de ello, pero lejos de devolver se la queda y causa con ello perjuicio a la entidad financiera.
- 8.- Aunque fuera el administrador concursal quien hubiera pactado con Bankia la resolución del leasing, aquél lo hace porque era el competente para hacerlo, pero el competente para devolver era el recurrente, que tenía la disponibilidad de la grúa, pero no lo hace y dispone para sí de ella, porque la deja sin devolver y se la apropia; de ahí la condena por apropiación indebida como depositario de la grúa que debía ser devuelta y no lo es.
- 9.- Resulta de los hechos probados tanto el título posesorio previo habilitante de la indebida apropiación, como el acto apropiativo intencionadamente cometidos por el recurrente.
- 10.- El recurrente era el depositario de la grúa objeto del litigio, pues incluso después de declarado el concurso con el consentimiento del administrador del concurso, asumió la condición de depositario de hecho de dicho vehículo, y fue él quien no devolvió cuando tenía obligación de devolver.
- 11.- Fue el recurrente, y no otra persona, quien no procedió a la devolución de dicha grúa, ni al administrador concursal ni a la entidad Bankia S.A, incorporándola a su patrimonio. Era obvio que la titular del arrendamiento financiero era la mercantil, pero representada por él y siendo el recurrente el real depositario físico de la grúa, y siendo el mismo quien no la devuelve y se la queda obviando el acuerdo de la administración concursal, que era la competente en ese momento para tomar decisiones, no habiéndose anulado la condición de depositario del recurrente.

Quien tenía obligación jurídica de devolver y no lo hace era el recurrente y quien retiene y se apropia indebidamente del depósito fue el recurrente.

12.- No se trata de un mero incumplimiento civil, sino de un ilícito penal. El recurrente no se limita a "incumplir un contrato", sino que desarrolla los elementos del tipo penal de la apropiación indebida, ya que con obligación de devolver retiene y no devuelve un bien mueble recibido en su calidad de depositario, y actuando en calidad de administrador de la mercantil. Fue él y no otro administrador quien así actúa, y fue él y no otro quien era el depositario de la grúa.

Con ello, existe en el relato de hechos probados una descripción suficiente que permiten el proceso de subsunción de los mismos en el tipo penal de apropiación indebida.

Y frente al alegato del recurrente acerca de la "desconexión" del recurrente en cuanto a factores relativos a la falta de disponibilidad del bien mueble por su parte, o que no tenía la posesión del bien, o que no era el depositario, o que era la empresa la obligada a devolver, así como la responsabilidad era del administrador concursal caen por su propio peso, habida cuenta que los hechos probados evidencian esta obligación de devolver el bien cuando fue resuelto el leasing era del recurrente por ser el real depositario del bien que había aceptado devolver como administrador de la mercantil, mientras que la circunstancia de que estuviera en concurso no traspasó al administrador concursal una obligación de devolver, cuando la disponibilidad de la grúa la tenía el recurrente como ha resultado de la prueba practicada a la que más tarde nos referimos en el motivo relativo a la presunción de inocencia.

La prueba conduce a que los elementos del tipo penal de apropiación indebida confluyen en la persona del recurrente, que era el administrador de la mercantil que suscribió el leasing, y quien tenía la real y auténtica disponibilidad del bien que no devuelve y se apropia, con prueba, además, a la que más tarde nos referimos, de que la grúa se encontraba en una empresa directamente relacionada con el recurrente.

Así, el Tribunal sentenciador señala al respecto que:

1.- El autor, avistando las oportunidades y facilidades derivadas de la tenencia de los objetos, y al mismo tiempo traicionando la lealtad, abusando de la confianza en él depositada y conculcando las obligaciones derivadas de la relación jurídica generadora, cambia la lícita posesión inicial en propiedad abiertamente antijurídica, asumiendo facultades de disposición que sólo al dueño competen, incorporándolas a su propio patrimonio con el doble resultado de enriquecimiento del sujeto activo y empobrecimiento o perjuicio patrimonial del agraviado o titular último de los objetos apropiados, estando impulsada la conducta del agente por el ánimo de lucro que consiste en cualquier ventaja, utilidad o beneficio que pretenda conseguir, incluso de carácter benéfico o liberal.

2.- Estamos en presencia de un contrato susceptible de integrar el tipo penal del delito de apropiación indebida. Resulta indiscutido el hecho de que el acusado, en su calidad de administrador único de la sociedad GRÚAS TUR S.L -que, según dijo en el juicio, constituyó el negocio de su vida- suscribió un contrato de arrendamiento financiero con la entidad BANCAJA (actualmente, BANKIA S.A) en relación a una grúa.

3.- Como consecuencia de dicho contrato, y en contraprestación al disfrute de dicha grúa, la entidad GRÚAS TUR S.L, asumió el compromiso de pago de una serie de cuotas mensuales, pagos que fueron desatendidos debido a la difícil situación económica que atravesó la empresa y que abocaron a su declaración en concurso de acreedores.

4.- Nos encontramos ante un título de los comprendidos en el art. 252 de Código, de tal forma que la posesión lícita que en su momento tenía la sociedad GRÚAS TUR S.L sobre la grúa marca Grove objeto del contrato de arrendamiento financiero que suscribió el acusado con BANCAJA, se tornó después en ilícita al no haberse restituido la grúa a su propietario. En dicho contrato, folio 291, se indica que la entidad BANCAJA adquirió esa grúa a requerimiento de la entidad arrendataria (GRÚAS TUR S.L), que había seleccionado tanto al proveedor como las características del bien objeto del contrato., por lo que el banco, al pagar el precio y adquirir el pleno dominio de ese bien, lo hizo con la sola intención de ceder su uso al arrendatario. En consecuencia, en tanto no se hiciera efectivo el precio total del arrendamiento financiero, la propiedad de la grúa en cuestión pertenecía todavía a la entidad financiera acusadora.

5.- Pero es que, además, el acusado era conocedor de la existencia del acuerdo resolutorio de dicho contrato y de la obligación de entregar la grúa puesto que, como señaló el testigo Celestino, lo que se vino a pactar con esa resolución fue una dación en pago: el banco recuperaba la grúa y, a cambio, condonaba la deuda que GRÚAS TUR S.L tenía con la entidad.

6.- Pero a pesar de conocer esa obligación de entregar lo que ya no le pertenecía, el acusado no hizo entrega de la misma, aunque ante el representante de BANKIA que le reclamó la grúa, le dijo la entregaría.

7.- El administrador concursal nunca tuvo la posesión material de la grúa, sino que se sustenta en el hecho de que, aceptando que esa posesión la mantuviera el acusado, quien también retuvo las llaves de la maquinaria, dicho administrador desconocía la ubicación concreta de la grúa.

8.- La disponibilidad de la grúa era del recurrente, no del administrador concursal.

"La declaración del propio administrador, quien ha manifestado que cuando fue designado administrador concursal se encontró con unas grúas de tamaño descomunal que tenía que controlar sin tener dónde colocarlas. Según explicó, no era lo igual de fácil que buscar un parking para el coche. Es más, a preguntas de la acusación particular, dicho testigo indicó que tampoco había dinero para buscar un almacén un solar en el que depositar la maquinaria que utilizaba la concursada. Añadió que, precisamente porque el gremio de las grúas es un mercado cerrado donde todos se conocen, el acusado se ofreció desde el primer día a buscar un lugar en el que controlar las, grúas, no sabe si en sitios de clientes o en otro lugar, ofreciéndose, incluso, a proporcionarte posibles compradores porque ya le dijo que él no iba a poder hacer frente a las deudas, ofreciendo al banco la existencia de esos posibles compradores. El administrador reconoció que, con esa actitud, el acusado le estaba haciendo un favor porque él desconocía totalmente ese gremio profesional de las grúas.

... fue el propio acusado quien se ofreció a colocar las grúas en un lugar determinado precisamente porque él conocía a gente que podrían facilitar esos lugares.

Resulta congruente y creíble que, apelando a ese conocimiento por parte del acusado sobre personas vinculadas a su gremio, éste se hubiera ofrecido ante el administrador concursal, persona totalmente inexperta en ese campo, para "resolverle la papeleta" de dónde ubicar las grúas ante la falta de actividad de la empresa -el administrador manifestó que una vez declarado el concurso, la empresa del acusado dejó de tener actividad- e incluso para proponerle posibles interesados en adquirir esos vehículos para reducir la deuda, hecho éste expresamente reconocido por el acusado.

Es decir, conforme a la declaración del administrador concursal, el acusado habría asumido voluntariamente, y con la aquiescencia suya (del administrador concursal), la condición de depositario de hecho de las grúas más grandes, que el administrador ha venido a cuantificar en cuatro."

9.- La circunstancia de que el administrador concursal no hubiera controlado mejor la ubicación de la grúa no exonera al recurrente de su responsabilidad. Era él quien sabía dónde estaba la grúa y quien la tenía que devolver, no lo hizo y dispuso de ella.

"El acusado ostentó, de facto, la condición de depositario de parte de la maquinaria, incluyendo la grúa a que se refiere el contrato de arrendamiento financiero suscrito con la acusación particular. Él se ofreció a llevarla a un lugar donde "tenerla controlada", porque conocía lugares o personas concretos donde dejarla."

10.- Realmente, el depositario de la grúa siguió siendo el recurrente, pese a la declaración de concurso y el dictado del art. 40 de la Ley concursal. Era él quien tenía la posesión y debió devolver y no lo hace. Es él quien se apropia del bien mueble que tenía obligación de devolver.

"No se ha acreditado que el auto declarando el concurso hubiera inhabilitado al acusado para seguir con esas funciones, ciertamente, suspendidas. Pero es que, aunque sea el administrador concursal quien asuma esas facultades de gestión del patrimonio del concursado, ello no impide que el administrador designe depositario de los bienes a quien considere oportuno, o que consienta, por las razones que sean -en este caso la envergadura y especiales características de los bienes-, que el propio administrador de la concursada continúe, de facto, como depositario de los bienes de la empresa concursada".

11.- El recurrente conocía que debía devolver la grúa y no lo hizo. La tenía a su disposición, no el administrador concursal.

"El acusado era conocedor de que el contrato de arrendamiento financiero con BANKIA en relación a la grúa Grove se había resuelto y de que debía proceder a la restitución de la misma a la mencionada entidad financiera, algo de lo que empleados de BANKIA le había informado personalmente. Pese a ello, ni la puso a disposición de dicha entidad, ni la puso a disposición del administrador concursal que había confiado en que el acusado la había depositado en un lugar concreto auxiliándole en esa labor de conservación."

Con ello, hay que concluir que:

a.- Resulta del hecho probado tanto el título posesorio previo habilitante de la indebida apropiación, como el acto apropiativo intencionadamente cometido por el recurrente.

b.- Conocía la obligación de devolver la grúa, pero no lo hace y se la apropia.

c.- Era él, no el administrador concursal quien tenía la disponibilidad de la grúa. Y era él el depositario. Y fue él quien se la quedó y la sacó del círculo de disponibilidad de la empresa concursada para pasarlo a otra con él relacionada, con perjuicio al titular del bien que era Bankia, que se queda sin poder cederla en arrendamiento a tercero para recuperar el pago del leasing.

d.- Tuvo perfecto conocimiento de la existencia del acuerdo de resolución del contrato de arrendamiento y se prestó la conformidad sabiendo que era el depositario del bien que procedió a ubicar en un lugar determinado y concreto y a su total disposición, pero haciéndolo en sentido contrario a lo pactado, que no era otra cosa que la devolución, y a lo que prestó su conformidad, pero incumplió a sabiendas de que debía devolver un bien que no le pertenecía y sobre el que existía obligación de devolución, el cual se apropia en perjuicio de la entidad bancaria.

e.- Había título de entrega del bien por arrendamiento financiero, título de obligación de devolver en su caso, y título de depositario del bien en el recurrente, así como no devolución por el mismo. Y perjuicio evidente al titular del bien que lo pierde sin cobrar el resto. No se trata de un mero incumplimiento civil por impago de deuda. Hay apropiación indebida.

Pues bien, sobre el delito de apropiación indebida en los casos de leasing hemos señalado:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 585/2021 de 1 Jul. 2021, Rec. 3428/2019

"A partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el citado artículo 252 CP se sancionaban dos modalidades distintas de apropiación indebida, que actualmente son objeto de tipificación separada: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

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.

El contrato de leasing es título apto para generar un delito de apropiación indebida en caso de incumplimiento del deber del arrendatario de devolución de los bienes, incorporándolos a su patrimonio y así lo venimos proclamando desde hace muchos años (STS 70/2018, de 8 de febrero, 1333/2005, de 10 de noviembre, 750/2011, de 4 de mayo y 9 de julio de 1988)."

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 900/2021 de 18 Nov. 2021, Rec. 5827/2019

El arrendamiento financiero es título susceptible de integrar la apropiación indebida. No transmite el dominio.

" La Sala Segunda como muestra la sentencia número 360/2021, de 29 de abril, -- citando la número 300/2020, de 13 de junio--, ha ido concretando aquellos títulos que permiten la comisión de este delito, aparte de los que recoge el art. 252 (actual 253): depósito, comisión o administración. Y así se ha señalado: el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con pacto de reserva de dominio (Acuerdo Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 3 de febrero de 2005), la sociedad, arrendamiento de cosas, de obras o servicios. Debiendo tenerse en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala también ha declarado el carácter de "numerus apertus" del precepto, en el que caben, precisamente por el diseño 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.

Si bien, no cualquier título que por sí mismo no transmita el dominio debe automáticamente reputarse apto para que, sobre su base, pueda construirse la posible existencia de un delito de apropiación indebida. Lo decisivo, en tales casos, será, conforme establece la descripción típica, que el título jurídico que habilita la posesión "produzca la obligación de entregarlo o devolverlo".

E igualmente tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, que la naturaleza de un contrato o un negocio jurídico viene determinada por sus características propias y no por el nombre que con mayor o menor acierto le asignen sus intervinientes. En el derecho privado negocial hay que atender a lo que se ha querido pactar (art. 1255 CC). El nombre con que se bautiza un negocio puede ser indicativo u orientativo 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. Pero en todo caso han de ser títulos traslativos de la posesión, no del dominio. Ese es el denominador común de los ejemplos enunciados en el precepto (depósito, comisión, custodia) con el carácter de numerus apertus (... o cualquier otro). Solo desde ahí es lícito hablar de apropiación. Por eso, muchos otros títulos no son idóneos para generar el delito de apropiación indebida, porque transmiten el dominio, como son la compraventa, el préstamo mutuo, la permuta o donación.

Como indica la sentencia 630/2019, de 18 de diciembre, hay que indagar en la sustancialidad de lo acordado. No podemos sentirnos esclavizados por un nominalismo que no refleja la realidad. Una conducta delictiva no puede ser encubierta o amparada usando un nomen que no se corresponde con la materialidad del pacto. Como tampoco, en el reverso, un incumplimiento de orden civil puede ser llevado al ámbito de lo punible mediante trapacerías lingüísticas, calificando, v.gr., de venta con reserva de dominio lo que indudablemente resulta ser una venta con precio aplazado (vid. Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005). Hay que estar a la materialidad de lo pactado, a lo sustancial, y no a la nomenclatura pseudo jurídica elegida cuando ésta no concuerde con aquélla.

Y además, existe específica obligación de devolución; y así, se establece que finalizado el arrendamiento, el cliente puede optar entre: a) devolver a Lico-Leasing la máquina; b) convenir un nuevo contrato de leasing; o c) adquirir el material ejercitando la opción de compra.

Es decir, cumplimenta, la naturaleza del arrendamiento financiero, que como indica la sentencia de la Sala Primera de 23 de diciembre de 1999, este contrato no se configura como un único negocio jurídico, sino que se construye a partir de dos contratos perfectamente diferenciados sin bien conexiones o interdependientes, es decir, un contrato de compraventa y un arrendamiento con opción de compra por el que la sociedad de leasing cede durante un tiempo pactado la posesión y disfrute de los bienes al usuario a cambio de una prestación fraccionada con una opción de compra.

...Como indica la STS 585/2021, de 1 de julio: el contrato de leasing es título apto para generar un delito de apropiación indebida en caso de incumplimiento del deber del arrendatario de devolución de los bienes, incorporándolos a su patrimonio y así lo venimos proclamando desde hace muchos años (STS 70/2018, de 8 de febrero, 1333/2005, de 10 de noviembre, 750/2011, de 4 de mayo y 9 de julio de 1988).

De igual modo, la STS 244/2016, de 30 de marzo, indicaba con mención de algún precedente, como la STS 750/2001, de 4 de mayo, que el leasing o arrendamiento financiero es un título apto para que pueda cometerse sobre tal obligación de devolver el bien arrendado un delito de apropiación indebida.

Dice dicha resolución judicial que el contrato de leasing (del verbo inglés to lease: dar o tomar en arrendamiento), agrupa diversas modalidades de relación que tienen como elemento común que una empresa arrienda a otra, durante un tiempo, algunos bienes contra el pago de cierto canon periódico. El leasing suele llevar asociada la previsión de la posibilidad de que el arrendatario, al transcurrir el tiempo pactado, adquiera el bien o bienes arrendados y se convierta en propietario, pagando un precio. Es lo que hace de ésta una modalidad contractual de carácter mixto. Pero con la particularidad de que el pacto inicial, por sí solo, no transmite la propiedad, por lo que el cesionario asume -y permanece sujeto a- la obligación de restituir salvo que, llegado el momento en que resulte posible optar, lo haga por la adquisición, acepte la opción de compra. En efecto, si lo cedido es el uso, la obligación de devolver es la original y primaria en el diseño de la relación. Y, a tenor de lo pactado, en un desarrollo normal de la misma, tal obligación sólo podría resultar novada cuando el arrendatario se decantase legítimamente, en el momento oportuno, por alguna de las opciones alternativas pactadas. Ahora bien, si se acreditase que éste, en algún momento, hubiera tomado la decisión de no renovar el leasing, ni adquirir el material ni devolverlo, siendo su propósito enriquecerse ilícitamente con él haciéndolo suyo, no cabe dudar que tal conducta podría ser relevante

en el plano criminal, como apropiación indebida. Y esto, aun cuando el arrendador financiero tuviera a su favor la opción de imponer la compra de los bienes.

Pues, es obvio que ésta sólo cabría como hipótesis, en el caso del simple incumplimiento contractual no inculparable, por parte del arrendatario que no hubiera resuelto apropiarse unilateralmente y sin más de aquéllos. Así, pues, la posibilidad de que el leasing sea título hábil a los efectos del delito de apropiación indebida no puede excluirse en modo alguno. Es como lo entiende, en general, la doctrina y la propia jurisprudencia de esta Sala, cuando se refiere a "aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico, que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver, lo que no existe en los casos de compraventa, préstamo mutuo, permuta o donación" (sentencias de 15 de noviembre de 1994 y 1 de julio de 1997, entre otras). Supuestos, los de estas formas contractuales, muy distintos del que se da en el arrendamiento financiero, en el que -siendo el uso lo cedido- el bien, que no ha salido del dominio ajeno, permanece en poder del arrendatario en virtud de un título que implica, en principio, obligación de devolver."

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 244/2016 de 30 Mar. 2016, Rec. 1232/2015

"Si lo cedido es el uso, la obligación de devolver es la original y primaria en el diseño de la relación. Y, a tenor de lo pactado, en un desarrollo normal de la misma, tal obligación sólo podría resultar novada cuando el arrendatario se decantase legítimamente, en el momento oportuno, por alguna de las opciones alternativas pactadas. Ahora bien, si se acreditase que éste, en algún momento, hubiera tomado la decisión de no renovar el leasing, ni adquirir el material ni devolverlo, siendo su propósito enriquecerse ilícitamente con él haciéndolo suyo, no cabe dudar que tal conducta podría ser relevante en el plano criminal, como apropiación indebida. Y esto, aun cuando el arrendador financiero tuviera a su favor la opción de imponer la compra de los bienes. Pues, es obvio que ésta sólo cabría como hipótesis, en el caso del simple incumplimiento contractual no inculparable, por parte del arrendatario que no hubiera resuelto apropiarse unilateralmente y sin más de aquéllos.

Así, pues, la posibilidad de que el leasing sea título hábil a los efectos del delito de apropiación indebida no puede excluirse en modo alguno.

Este es, asimismo, el sentido en que se pronunció la muy citada sentencia de esta sala, de 9 de julio de 1988, que caracterizó al leasing como contrato traslativo del uso y disfrute, que lleva asociada una opción de compra. Contrato generador de un título que no habilita para obrar como dueño y que no excluye, y menos por principio, que una ilegítima disposición en tal concepto pueda ser constitutiva de apropiación indebida."

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 292/2018 de 18 Jun. 2018, Rec. 1113/2017

"En el caso sometido a nuestra revisión casacional la Sala de instancia llega al convencimiento de la autoría del recurrente en relación con los hechos que se le imputan valorando, en primer lugar, su condición de administrador solidario de la entidad Transportes Internacionales Aldatrans S.L., que fue quien celebró el contrato de leasing con la entidad perjudicada. También Isidoro ostentaba dicha condición y de hecho fue él quien firmó el contrato en cuestión, pero cualquiera de ellos, en su condición de administradores solidarios, destaca el órgano a quo, podía vincular a la entidad. En este marco, y en segundo lugar, el tribunal sentenciador descarta que el recurrente no tuviera conocimiento del contrato, no otorgando credibilidad a sus declaraciones al respecto toda vez que, como persona física, intervino en la firma de dicho contrato como fiador, lo que, para el órgano a quo permite concluir que el acusado tuvo perfecto y cabal conocimiento del contrato de arrendamiento financiero celebrado por la sociedad Transportes Internacionales Aldatrans S.L., así como de las obligaciones contraídas. Destaca además la sentencia recurrida, que la sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Jerez de la Frontera, en la que se declara la resolución del contrato de arrendamiento financiero, condena a Transportes Internacionales Aldatrans S.L. y también al recurrente a la restitución de los camiones objeto del contrato a la empresa arrendadora y que pese a ello, este último no ha procedido a dicha devolución."

En consecuencia, fue el recurrente, persona física y como administrador, único o solidario de la empresa, quien firmó el contrato de arrendamiento financiero de una grúa que siempre tuvo bajo su control y a su disposición y quien en su condición de depositario, tenía la obligación, asumida como representante de la empresa, de devolverla a la resolución del contrato. Lo sabía que debía devolverla y, lejos de ello, no lo hace y se la apropia indebidamente. Había título de entrega de posesión y en depósito si se cumplían las condiciones pactadas, pero al no hacerse se pacta la devolución, y pese a la situación concursal no mutó la disponibilidad ni la obligación personal de devolver por el recurrente, que era quien podía hacerlo, pese a que hubiera un administrador concursal.

El motivo se desestima.

Tercero.

2.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 252 del CP, al no contener el relato de hechos probados referencia alguna a la subsistencia, o no, del crédito con privilegio especial que ostentaba Bankia en el concurso de acreedores, en consecuencia, no consta declarado en el factum la existencia de un perjuicio patrimonial efectivo, elemento necesario para la aplicación del tipo delictivo.

Señala el recurrente que la efectiva existencia de perjuicio patrimonial no consta en los hechos probados de la sentencia, y en consecuencia, la conducta no cumple con los elementos típicos del delito objeto de condena.

No tiene razón el recurrente.

Consta en los hechos probados que:

"En el momento de la declaración del concurso de acreedores, la entidad GRÚAS TUR S.L adeudaba a la entidad financiera BANKIA S.A en concepto de capital pendiente de amortización en virtud del contrato de arrendamiento financiero sobre la grúa de constante referencia, la cantidad de 304.074,98 euros. El precio de adquisición pagado en su día por la grúa por la entidad BANKIA S.A había ascendido a 600.000,00 euros, sin impuestos.

Aunque no ha quedado acreditado el valor de la grúa en la fecha en que debía haber sido entregada, ese valor supera notoriamente los 50.000,00 euros. La entidad perjudicada reclama la correspondiente indemnización."

Señala el Tribunal en el FD nº 6 que:

". No podemos olvidar que el contrato de arrendamiento en el que el acusado era fiador, ha quedado resuelto de mutuo acuerdo por las partes; que esa resolución ha sido corroborada por el Juzgado de lo Mercantil; y que, conforme al mencionado acuerdo (folio 64 vuelto), la entidad bancaria se da por saldada y finiquitada en relación a la deuda derivada del contrato inicial, con la entrega y devolución de la grúa, por lo que debe eliminarse el crédito con privilegio especial por importe de 429.246,14 euros. Es decir, se da por saldada la totalidad de la deuda sin reservarse la entidad financiera un remanente no cubierto por la resolución y que pudiera ser reclamado al fiador.

Por tanto, el único perjudicado en estos hechos es [a entidad bancaria que no ha recuperado un bien de su propiedad al haberse apropiado indebidamente de él el acusado, quien teniéndolo a su disposición, no lo ha reintegrado, se ha deshecho de él y no ha dado razón de su paradero."

Con ello, articulándose el motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM, como se ha expuesto, supone vulnerar el respeto al relato de hechos probados donde, lejos de lo que plantea el recurrente, sí que se establece el perjuicio sufrido en este caso por la entidad bancaria, además de cuantificarlo de forma detallada, con lo que el perjuicio existe y se destaca la identidad del perjudicado, así como el autor del perjuicio que no es otro que el recurrente, lo que lleva a la desestimación directa del motivo planteado, ya que nada tiene que relacionarse con la tipicidad del hecho la cuestión relativa al alegado crédito privilegiado, ya que el perjuicio consta en los hechos probados, y está perfecta y debidamente cuantificado.

Además, consta probado que la mercantil titular del leasing está en concurso y al haber sido sustraído por el recurrente el bien a la masa del concurso se produjo un perjuicio del que resulta responsable con su comportamiento defraudatorio.

Respecto de los elementos del delito de apropiación indebida debemos considerar que el perjuicio es uno de ellos, pero veamos la relación de los concurrentes que se dan en el presente caso.

1.- La quiebra de la lealtad.

En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el autor no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición.

2.- La quiebra del destino al bien.

En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el autor no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición.

3.- El ataque patrimonial.

En la apropiación indebida el desplazamiento tiene su origen en el abuso a la confianza ya depositada en el sujeto activo, lo que conlleva que éste recibe el dinero o cosa apropiada de forma legítima, trasmutando dicha posesión legítima en disposición ilegítima, abusando de aquella confianza.

4.- La forma de recibir el dinero o bien. Con engaño o sin él. Los actos posteriores a la recepción.

En la apropiación indebida se cierra la mano para incorporar al patrimonio propio lo que se encontraba allí correcta pero transitoriamente, pero para hacerlo suyo. Hay intención de apoderamiento definitivo.

5.- El dolo.

En la apropiación indebida el dolo es de retener una vez ejecutado el acto que le permite el título de recepción del importe. El dolo conlleva incumplir la obligación de devolución del importe o bien sin engaño antecedente.

6.- La acción desplegada.

En la apropiación indebida el engaño no integra la acción ilícita, sino el acto de apropiarse cuando hay obligación de devolver, pudiendo existir el abuso de confianza.

7.- La deslealtad.

El engaño de la estafa o el apropiarse para sí o tercero de la apropiación indebida son especies de deslealtad, infidelidad o fraude, pero no por ello pueden ser sinónimos entre sí. El momento temporal de su ejecución diferencia uno y otro delito.

8.- El perjuicio.

El perjuicio de otro es evidente en el delito de apropiación indebida cuando existe esa obligación de devolver el dinero, o el bien, a la persona que entregó en cualquiera de los títulos exigidos en el tipo penal y el obligado a la devolución no lo hace, con lo cual el perjuicio tiene un reflejo y se transmuta de forma económica por la no devolución del bien o importe al titular del mismo que tenía facultad de recepción por la obligación de devolución del obligado a llevarlo a cabo, y que con su incumplimiento provoca el perjuicio en tercero y el beneficio propio.

Este perjuicio de la entidad bancaria es evidente como consta en el relato de hechos probados, en tanto en cuanto ya se refleja por el Tribunal en los hechos probados que al no devolverse el bien a Bankia subsistía en el concurso el crédito en la misma cuantía y calificación, lo cual determina un perjuicio evidente a la entidad bancaria.

Se recoge en los hechos probados la deuda que existía de la Mercantil con la entidad financiera en cuanto al capital pendiente de amortización por el leasing, así como la diferencia con respecto al precio de adquisición, que, al no verificarse, y no proceder a la devolución del bien por el incumplimiento es lo que provoca el perjuicio de la entidad financiera que pierde el bien y el precio pactado.

El motivo se desestima.

Cuarto.

3.- Al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Sostiene el recurrente que la sentencia no ha procedido a una correcta construcción de la prueba indiciaria, fundándose la condena en sospechas y en la creencia subjetiva y personal de la Sala.

En absoluto puede darse la razón al recurrente, habida cuenta que el proceso de inferencia construido sobre la existencia de prueba de cargo bastante y suficiente ha sido perfectamente reflejada y referenciada en la sentencia.

Existe en la sentencia expresado "capacidad" de la prueba para enervar la presunción de inocencia y "virtualidad" para llevarlo a cabo, y ambas se expresan en la sentencia dentro de la exigencia de motivación y conclusividad expresiva que se exige del juzgador en el reflejo en la sentencia de su valoración probatoria trasladada a la misma. Consta abundante prueba de cargo para construir el proceso de inferencia del tribunal. No es una sentencia basada en sospechas o suposiciones, sino en un detallado relato del tribunal y de reflejo de la prueba que ha tenido en cuenta para condenar atendidas las circunstancias del caso y del tipo delictivo aplicable, cual el de apropiación indebida.

Hemos hecho mención en el FD nº 2 de la presente resolución a aquellas cuestiones de relevancia que son de interés y han sido reflejadas con respecto a la construcción del delito de apropiación indebida y las circunstancias concurrentes a la hora de determinar que fue el recurrente la persona en la que concurrían las facultades de contratación, la asunción de la obligación de devolver, la disponibilidad de la grúa y el incumplimiento de la obligación de devolver, así como la retención de la misma en su beneficio y en perjuicio de la entidad bancaria a la que se priva de la disposición de un bien para volver a cederlo en arrendamiento financiero, y que lo ha perdido sin percibir las cantidades correspondientes, no tratándose, además, de un mero incumplimiento civil, sino de un ilícito penal, como se ha manifestado.

El proceso de inferencia al que llega el Tribunal es perfectamente correcto en base a la construcción de las pruebas concurrentes que han sido expuestas por el Tribunal y que junto con la referencia que se hace en el FD nº 2, construimos a continuación la secuenciación de los elementos probatorios que han permitido el proceso de inferencia llevado a cabo por el Tribunal.

Así, el tribunal ha valorado la prueba debidamente y ha llegado a las conclusiones respecto a la autoría del recurrente de forma razonada y expresando las razones ya expuestas en el FD nº 2 respecto a la intervención del recurrente en representación de la sociedad y que todo desembocó en un procedimiento concursal, destacándose que:

1.- Se nombró administrador concursal a Cipriano.

2.- El leasing se resolvió y la grúa debía ser devuelta.

"Tal y como explicaron dicho administrador y el también testigo Celestino, empleado de la entidad bancaria que había estado negociando la operación de arrendamiento financiero con el acusado, en un momento determinado, ante la situación de impago de las cuotas por parte de la entidad concursada, y teniendo interés la entidad financiera propietaria del bien en obtener rendimiento del mismo en el mercado de segunda mano internacional, la entidad bancaria y la administración concursal negociaron la resolución del citado contrato de arrendamiento financiero."

3.- Se suscribe la resolución del leasing.

"Así, en fecha 11 de octubre de 2012, ambas partes suscribieron un documento en el que, de común acuerdo, procedían a la resolución del contrato suscrito el día 20-3-2007, de tal manera que la entidad GRÚAS TUR S.L debía poner la grúa en perfecto estado a disposición de la entidad BANKIA S.A, quien disponía de un plazo de treinta días naturales para retirarla."

4.- Dicho acuerdo resolutorio fue comunicado al Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma el día 24-10-2012, tal y como consta en el cajetín de entrada que figura en el testimonio del contrato obrante al folio 64 de la causa. Este Juzgado dictó auto en fecha 26-10-2013 (folios 101 y 102) acordando tener por resuelto el mencionado contrato, con los efectos que habían convenido las partes en el mencionado documento de resolución firmado en octubre de 2012.

5.- El recurrente debía devolver la grúa porque era el depositario y no lo hizo.

"El acusado no ha procedido a la restitución de la grúa, tal y como así se había estipulado, negando incluso haberla recibido, puesto que atribuye esa posesión al administrador concursal."

6.- El recurrente conocía el acuerdo resolutorio del leasing y que había que devolver la grúa de la que él era el depositario.

a.- La representación del penado presentó escrito en fecha 19-2-2013 manifestando su conformidad con el acuerdo resolutorio que se había alcanzado en relación a dicha grúa.

b.- Tal y como el propio acusado declaró en el acto de juicio, él había mostrado en todo momento una actitud colaborativa con el administrador concursal para reducir la deuda que arrastraba su sociedad, llegando a aportar también posibles interesados en la compra de algunos de los vehículos de la empresa. En concreto mencionó que había ido con los Sres. Torcuato y Virgilio a hablar con el administrador concursal porque estaban interesados en la cesión a su favor de la concreta grúa objeto de autos, de tal manera que con esa cesión, fueran esas personas las que siguieran pagando a la entidad financiera las cuotas correspondientes al arrendamiento financiero. Añadió que, por eso, estas personas se pusieron en contacto con BANKIA S.A.

c.- El Sr. Paulino tenía conocimiento de la operación concreta de resolución de la específica grúa a que se refiere el presente procedimiento y, por tanto, de la obligación que tenía de restituir dicha grúa a la entidad bancaria. De hecho, el administrador concursal, al ser preguntado por el Ministerio Fiscal sobre si el concursado debía prestar su conformidad a esas operaciones resolutorias, explicó que como había fiadores en esas operaciones de leasing - el acusado y su hermano-, se optó por dar traslado a los avalistas para que en el plazo de tres días manifestasen si ponían alguna objeción o no a ello, y si no había respuesta, se entendía que no había objeción alguna, todo ello para agilizar la operación. La defensa no ha acreditado que, en este caso, el acusado hubiera mostrado su disconformidad con esa operación resolutoria. Al contrario, ya hemos señalado que la representación procesal del concursado presentó un escrito al Juzgado mostrando expresamente su conformidad con ese acuerdo resolutorio.

7.- Quien sabía dónde estaba la grúa era el recurrente.

"El testigo Celestino, el cual declaró que al cabo de un año de haberse aprobado judicialmente la resolución contractual que es cuando ya se podía disponer de la grúa- él hizo gestiones con el administrador y con el acusado para que le hicieran entrega de la grúa, ya que la entidad disponía en Madrid de un almacén en el que depositarla con vistas a destinarla al mercado internacional de segunda mano, ante la situación de crisis interna que se vivía en España, y así poder recuperar lo que se pudiera de la inversión hecha en su día. Afirmó de forma indubitada que él personalmente mantuvo una conversación telefónica con el acusado -con quien era difícil contactar- para decirle que la grúa tenía que estar en ese almacén en un plazo máximo, pero que ese día la grúa no llegó. Añadió, a preguntas del Tribunal, que, frente a esa reclamación, el acusado no hizo objeción alguna. Al contrario, dijo que sí, que la entregaría. Fue elocuente el testigo al decir que, en su opinión, quien tenía conocimiento de la ubicación de la grúa era más el acusado que el administrador concursal, el cual, como luego veremos, llevó a cabo un deficiente control de los activos de la sociedad concursada y para la que fue nombrado administrador judicial."

8.- Fecha en que la entidad bancaria reclamó al administrador concursal la devolución de la grúa.

"El administrador habló de que el banco se dirigió a él un año después de haberse efectuado la resolución. El acuerdo se firmó en octubre de 2012 pero, por razones que desconocemos, el Juzgado Mercantil tardó un año en autorizar esa resolución -algo que el administrador no recordaba-, siendo a partir de entonces cuando el banco ya podía reclamar la grúa. Cuando el banco vio que la grúa no se le restituía, se puso en contacto con el administrador judicial, el cual manifestó en el juicio que, a raíz de esa llamada, hizo gestiones para ver dónde se encontraba la grúa y para tratar de localizar al acusado. Finalmente interpuso la denuncia."

9.- La disponibilidad de la grúa era del recurrente, no del administrador concursal según resulta de la prueba practicada ya expuesto en el FD nº 2 de esta resolución.

10.- Convicción del tribunal de que la grúa estaba en la mercantil Trabega con la que se relaciona al recurrente.

"Ha quedado acreditado que la mencionada grúa se encontraba en el año 2012 en las instalaciones de la empresa TRABEGA, sociedad ésta que, como hemos dicho en otro momento de esta resolución, en algún momento parece que mostró interés por adjudicarse de alguna manera la grúa, subrogándose en la posición de cesionario del contrato de arrendamiento de servicios.

Ha quedado acreditada en juicio la vinculación del acusado con dicha sociedad, TRABEGA. Así lo declaró el testigo Torcuato. Esta persona había trabajado para el acusado en GRÚAS TUR S.L hasta el año 2011, hasta el concurso, como reconoció el acusado. Pero es que el testigo dijo también que después de trabajar en dicha empresa, estuvo durante el periodo 2012 a 2014 en la empresa TRABEGA, de la que fue apoderado, que tenía como actividad los camiones grúa y que era un centro de transporte.

Este testigo fue preguntado sobre si en dicha empresa se encontraba la grúa de GRUAS TUR S.L objeto del contrato de arrendamiento financiero de autos, ante lo cual el testigo respondió que tendría que saber qué modelo concreto de grúa era por el que le preguntaban. Cuando el Ministerio Fiscal le concretó el modelo, el testigo dijo que dicha grúa, efectivamente, se encontraba en las instalaciones de la empresa TRABEGA cuando él llegó allí. De hecho, tenía los colores de la empresa GRÚAS TUR S.L, colores que ya se solicita al fabricante cuando se adquiere la grúa. No podemos cuestionar la certeza de la fuente de conocimiento del testigo a la hora de identificar dicha grúa y sus características técnicas por cuanto ha quedado acreditado -el acusado así lo admitió también- que el Sr. Torcuato era una de las diez o doce personas en la empresa GRUAS TUR S.L que tenía carnet para conducir ese modelo de grúa.

... testigos coinciden no solo en lo relativo a quienes eran algunos administradores de la empresa TRABEGA, sino también en situar al acusado como una persona con responsabilidades en dicha empresa. Torcuato le califica como dueño en la sombra, mientras que Efrain explicó que en la reunión en la que Florentino le pidió que examinara la contabilidad de la empresa, se encontraba también presente el acusado, de quien le dijeron que era el administrador o responsable de TRABEGA. Pero es que, es más. El testigo Efrain explicó que durante los tres días que acudió a la oficina de TRABEGA conoció a Torcuato, y a otras dos trabajadoras de la empresa, una tal María Inés y la Sra. Aida, persona ésta que era la esposa del acusado. De hecho, facilitó el nombre de pila de la misma, Jero. Es decir, dicho testigo aportó datos concretos que vinculan al acusado con dicha empresa."

Como vemos, concurre prueba suficiente y de cargo para enervar la presunción de inocencia que sea cuestionado por parte del recurrente en torno a la participación directa del recurrente en los hechos declarados probados y la relación secuenciada de prueba que ha llevado al convencimiento y convicción del Tribunal acerca de la autoría del recurrente con respecto a la disponibilidad de la grúa, su carácter de depositario y el incumplimiento de la obligación de devolución causando perjuicio a tercero y beneficio propio.

El motivo se desestima.

Quinto.

4.- En virtud de lo establecido en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos.

Señala el recurrente que el Sr. Paulino era administrador solidario, no único, y el contrato de resolución señala que el concurso de acreedores era necesario.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Resulta irrelevante el alegato realizado con respecto a la condición de administrador solidario y la calificación del concurso como necesario, habida cuenta que la condena no es por el carácter o condición del título de

administrador en la sociedad Mercantil, o por la calificación que se dote al concurso, sino por las operaciones que lleva a cabo en su condición de administrador, sea único o solidario, y por la probanza existente en relación a la condición de depositario del bien mueble objeto del arrendamiento financiero, su disponibilidad y que fue el autor material de la no obligación cuando tenía la condición de depositario del bien y de su obligación de entrega o devolución, y cuyo conocimiento le fue notificado y consta de forma expresa en el relato de hechos probados.

La probanza determina, en contradicción con las conclusiones que el recurrente pretende obtener de los documentos referidos, que él era el competente y responsable del depósito del bien, y que sabía perfectamente su obligación de devolución en virtud del pacto al que se había llegado, pese a lo cual no procede a la devolución y lo retiene, se lo apropia y lo hace desaparecer del círculo de disposición de la entidad bancaria, que es la que queda perjudicada por esta operación de no devolución y desaparición del bien objeto del arrendamiento, así como de las operaciones correspondientes a la masa del concurso.

La condena del recurrente se produce, pues, no tanto por haber actuado como administrador único o solidario, con su hermano de la empresa Grúas Tur S.L., ni por su intervención en la firma del contrato de arrendamiento financiero de la Grúa, sino por la aceptación del depósito de la grúa, que una vez resuelto el contrato y pendiente de pago una parte importante de las cuotas, debió devolver tal como se había comprometido. En vez de eso, lo incorporó a su patrimonio y dispuso de ella en perjuicio de su legítimo titular. Depósito que aparece reflejado correctamente en la sentencia que se impugna, y lo aceptó del administrador del concurso, como ya se ha expresado, con el compromiso de devolución a la resolución del contrato, lo que no realizó, lucrándose con el importe del valor de la grúa, en todo caso superior a 50.000 euros.

Además, con la declaración del concurso no había una "inutilizabilidad de la competencia y responsabilidad del recurrente en sus responsabilidades en la empresa y sobre el bien objeto del leasing, ya que el concurso acordado en la forma indicada por el recurrente no exoneraba al recurrente de las obligaciones que había contraído, y si era él quien disponía del bien era él quien debía devolverlo y no lo hizo. No puede, pues, achacar a la forma del concurso o a su carácter del tipo de administrador en la sociedad la no devolución, porque no hacerlo fue por un acto doloso y voluntario del mismo, no por la imposibilidad de poder hacerlo en cuanto a la presunta "privación" de facultades para llevarlo a cabo.

No puede ampararse el recurrente en que la condición del tipo de administración llevada a cabo en la sociedad, o la calificación del concurso podría determinar circunstancias impeditivas respecto a la facultad y obligación que tenía de la devolución de la grúa. Y ello, por ser el depositario de la misma y el obligado a su devolución, por ser quién sabía dónde estaba y quién, lejos de ello, retiene el bien mueble y se lo apropia en perjuicio de la entidad bancaria.

La circunstancia de las menciones del actual art. 106. 1 y 2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal relativo a los efectos sobre las facultades patrimoniales del concursado en correspondencia con lo que ya establecía el art. 40.1 y 2 de la antigua Ley 22/2003, de 9 de Julio concursal con relación a estas facultades patrimoniales del deudor fuera voluntario o necesario el concurso, no alteran la conclusión alcanzada por el Tribunal. El recurrente era el depositario del bien y pese a saber que debía devolverlo no lo hace y se lo apropia.

Además, lo mismo cabe decir de la referencia a la resolución de los contratos, como en este caso ocurrió y que consta en el hecho probado 3º con relación a la resolución del arrendamiento financiero sobre el bien mueble para que la entidad bancaria pudiera volver a arrendarlo a tercero y recuperar el pago de lo debido, circunstancia permitida ex lege y autorizada por el art. 62 de la Ley 22/2003 con relación a los arts. 160 y ss del RDL 1/2020, de 5 de Mayo. Esto es lo que se llevó a cabo y consta en el hecho probado 5º que el recurrente conocía la resolución y la obligación de entrega, sea cual fuera la calificación del tipo de administración, y sea cual fuera el tipo de concurso declarado. Lo que consta probado es que conociendo la obligación de devolver el bien contratado por leasing no lo hizo y se lo apropia a su patrimonio.

No se trataba, así, de si había limitación de las facultades de administración y disposición por parte de los administradores de la Mercantil concursada y su ubicación en el marco del concurso voluntario o necesario, sino que la realidad de los acontecimientos era que el administrador concursal nunca tuvo materialmente la posesión de la grúa como consta en los hechos probados, y que fue el recurrente quien asumió con consentimiento del administrador concursal la condición de depositario de la misma, y procede a ubicarla en un lugar determinado solamente conocido por él y a su disposición, con lo cual era él quien tenía la obligación de devolución, habiendo conocido ya la resolución del arrendamiento financiero y que había que proceder a la devolución del bien del que era depositario el recurrente, el que tenía la disposición, el que sabía dónde estaba, y sobre el que existía por parte del recurrente la obligación de devolver, pese a lo cual no lo hace, se lo apropia y causa perjuicio a la entidad financiera. Ello conlleva la irrelevancia del carácter solidario o único de la administración societaria del recurrente y del tipo de concurso voluntario o necesario por el que se calificó él mismo en el Juzgado Mercantil.

El motivo se desestima.

Sexto.

5.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de La Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia la vulneración del derecho de defensa, del principio acusatorio y a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución, al haber sido condenado el acusado por el subtipo agravado del artículo 250.1. 5º en relación al 252 del CP.

Considera el recurrente que no ha quedado acreditado el valor de la grúa en la fecha en la que debería ser entregada, debiendo condenarse al acusado por el tipo básico del delito de apropiación indebida.

Hay que señalar la incorrección en el planteamiento del motivo, habida cuenta que la queja aplicativa del alegato relativo a la referencia del nº 5 del art. 250.1 CP lo es por infracción de ley, pero huye de ello para evitar el respeto a los hechos probados que recogen el valor del bien por encima de los 50.000 euros, y lo construye bajo la vía de la "ausencia de prueba" de que, en efecto, la cuantía del valor sea superior a los 50.000 euros. (Hecho probado 6º).

Pues bien, admitiendo la vía utilizada por el recurrente en base a que sostiene que no hay prueba que determine la concurrencia del importe por encima de los 50.000 euros que determine la aplicación del subtipo agravado hay que señalar que, lejos de lo que sostiene el recurrente, existe prueba suficiente para apreciar el subtipo agravado, ya que es condenado como autor responsable de un delito de apropiación indebida previsto y penado en los art. 252 y 250,1.5 del Código Penal.

Señala sobre este punto el tribunal que:

"Coincidimos con la defensa en que, ciertamente, el valor del objeto del que indebidamente se apropió el acusado no puede equipararse al importe adeudado como consecuencia del contrato de arrendamiento financiero incumplido y, por tanto, al perjuicio económico que se había originado a BANKIA por ese incumplimiento.

En esa fecha se adeudaba el importe pendiente de amortización, que puede no coincidir con el valor de esa grúa, porque pueden concurrir en esta grúa circunstancias que lleven a una depreciación de su valor. En este caso, dicha valoración de la grúa, como objeto del delito de apropiación indebida, no se ha practicado.

Ahora bien, han quedado acreditados una serie de elementos que llevan a la Sala a considerar, indiciariamente, que el valor de la grúa en el momento de la resolución del contrato superaba notoriamente la cantidad de 50.000,00 euros que fija el art. 250.1.5 para considerar que estamos ante una modalidad agravada de apropiación indebida.

a.- Dato de la deuda pendiente de amortización.

En primer lugar, no puede despreciarse el dato de la cantidad adeudada a BANKIA como precio de la grúa pendiente de amortización en el momento de la resolución del contrato. Se llegó como acuerdo a una dación en pago, de tal manera que se consideró que la grúa tenía un valor tal, que permitía al banco resarcirse de la deuda con la recepción de la grúa, equiparando así valor de la grúa a importe de la deuda. Si la grúa, por su estado, hubiera tenido un valor absolutamente inferior a la cantidad condonada, es lógico pensar que la entidad bancaria no habría consentido en condonar la deuda en esos términos.

El testigo Celestino explicó que la entidad bancaria había encontrado un almacén en Madrid con la capacidad suficiente como para albergar en depósito dicha grúa, que la intención del banco era la de poner en venta la grúa en el mercado internacional, y todo ello con la intención de recuperar parte de la deuda pendiente -la entidad GRUAS TUR S.L había adquirido una grúa nueva, y ahora había que tratar de vender una grúa de segunda mano. No parece lógico que la entidad bancaria estuviera en disposición de embarcarse en una operación así por un vehículo o una maquinaria que no tuviera un valor económico importante, y no un valor de 50.000,00 euros o menos.

b.- La grúa tenía un interés en el mercado constatado en la prueba practicada.

En segundo lugar, de tener ese valor la grúa, lo lógico es que no hubiera merecido la pena sacarla de Mallorca y desplazarla hasta el extranjero, en concreto a Francia, donde, según el acusado, se trataba de vender la grúa. Habría quedado "tirada" en cualquier solar de Mallorca como chatarra. En este sentido, durante la declaración del administrador concursal, éste distinguió entre los vehículos que eran "chatarra", y las cuatro grúas más grandes, que se suponen que no eran chatarra. El hecho de que, según el acusado, la empresa FULL HOUSE haya tratado de vender la grúa en el extranjero denota que el vehículo debía tener un valor lo suficientemente elevado como para merecer la pena todo el esfuerzo logístico para esa venta.

c.- Características especiales de la grúa que evidenciaban su alto valor.

En tercer lugar, el propio acusado ha reconocido que la grúa en cuestión era de características especiales por sus dimensiones, lo que hace creíble que el valor de dicho vehículo sea también lo suficientemente elevado y muy superior al de una grúa normal. Hay turismos en el mercado que llegan ya a ese valor y sus dimensiones son mucho más reducidas.

d.- La cantidad pendiente de pago del leasing y las personas interesadas en subrogarse.

En cuarto lugar, el acusado declaró en el juicio que presentó al administrador concursal a los Sres. Virgilio y Torcuato como personas interesadas en quedarse con la grúa y colocarse como cesionarios en el contrato de arrendamiento financiero. Pues bien, en ningún momento la defensa preguntó al Sr. Torcuato qué precio estaban dispuestos a pagar. Por otro lado, no tiene sentido que se fueran a subrogar en la posición de GRUAS TUR S.L como arrendatario en un contrato de arrendamiento financiero en el que se adeudaban más de 400.000,00 euros -

o 304.074,00 euros, si nos atenemos a la cantidad pendiente de pago en concepto de principal o precio de compra, si el valor de la grúa no superaba los 50.000,00 euros.

e.- Valor de grúas de similares características al momento de la apropiación.

En quinto lugar, la defensa ha hecho alusión a los precios de las grúas que figuran en fas ofertas de venta que aparecen en los pantallazos de los folios 161 vuelto y 163. Pues bien, despreciando los datos referidos a la grúa del año 2003, porque la de autos se adquirió en 2007, siendo lógico pensar, a la vista del precio de adquisición - 600.000 00 euros- que se trataba de una grúa nueva, el precio de venta en el año 2014 (el pantallazo es de julio de ese año) de una grúa del año 2008 era de 77.000,00 euros sin IVA. En estas circunstancias, la Sala considera que es más probable que, en el año 2012 o en el año 2013, que es cuando debía entregarse la grúa a la entidad financiera, el valor de la grúa del año 2007 fuera superior a 50.000,00 euros, y no tanto inferior a esa cantidad.

Por último, si, como resulta de las pruebas practicadas, el acusado procedió a la venta de la grúa, la defensa podría haber justificado que el valor de la grúa no era superior a 50.000,00 euros.

En atención a estas circunstancias, consideramos no es ilógico valorar la grúa por un importe superior a 50.000,00 euros, por lo que la subsunción de los hechos en el art. 250 del Código Penal es correcta."

La argumentación del Tribunal acerca del valor superior a los 50.000 euros de la grúa al momento de la apropiación resulta evidente. No obstante, la desaparición de la grúa objeto del caso, cuya maniobra se atribuye el recurrente por lo que ha sido condenado no permite la pericial a la que está refiriendo el recurrente, con lo cual la imposibilidad de práctica de una prueba deviene por la propia conducta ilícita del recurrente que hace imposible la práctica de una pericial con respecto al valor del objeto del arrendamiento financiero, y debiendo recurrir al Tribunal a un proceso diferencia con respecto a los 5 datos que refiere y reflexiona el Tribunal acerca de la argumentación en torno a que el valor de la grúa superaba los 50.000 euros objeto del subtipo agravado por el que ha sido condenado el recurrente.

Debe entenderse, así, que la argumentación del Tribunal es suficiente y acomodada las características de la posibilidad probatoria que se determinaba con respecto a un objeto que no había sido devuelto por el recurrente y del que se había apropiado y hecho desaparecer, con lo cual las limitaciones de la acusación en este sentido existían y el Tribunal ha realizado una motivación conclusiva y suficiente acerca de la aplicación de los elementos para la aplicación del subtipo agravado. No ha existido dejación de la actividad probatoria de la acusación, sino que se ha sujetado a la disponibilidad existente con respecto a la proposición y práctica de la prueba en relación a un bien del que se ha apropiado el recurrente, por lo que mal puede atribuir ausencia de prueba a la acusación cuando el objeto no ha sido devuelto y resulta imposible la tasación pericial del mismo ante la no devolución y retención de la grúa, cuya disponibilidad no es de la acusación y sí del propio recurrente, al haberla retenido y no devuelto.

Cierto y verdad es que el fallo de la sentencia en materia de responsabilidad civil señala que "En concepto de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a la entidad BANKIA S.A, en la cantidad en que se tase, en fase de ejecución de sentencia, el valor de la grúa Grove modelo GMK4100 DE 90 T CAPAC. COMPUESTA. CHASIS NUM000 Matrícula I-...-YRL, en el año 2013, valor que en ningún caso será inferior a 50.001,00 euros ni podrá exceder de 304.074,00 euros. Una vez determinada dicha cantidad, devengará los intereses legales del art. 576 LEC desde la fecha de su liquidación hasta el pago."

No obstante, ello no determina la ineficacia argumentativa que propone el recurrente con respecto a la aplicación del subtipo agravado, ya que resulta evidente por la argumentación del Tribunal que el valor de la grúa supera la cantidad objeto de aplicación de la agravación por la que ha sido condenado el recurrente, ya que lo que se exige del Tribunal en este caso es la motivación con respecto a la prueba existente y la coherencia del Tribunal a la hora de llegar a la conclusión que permita la aplicación del subtipo agravado y eso lo ha cumplido de forma razonada y razonable el Tribunal con la explicación aludida que permite la aplicación del citado subtipo agravado frente a la disidencia del recurrente en cuanto a la inexistencia de prueba al respecto.

No puede exigirse para probar determinados extremos que la prueba conducente a su acreditación sea una en concreto, que en este caso refiere el recurrente a la prueba pericial, ya que en este caso resultaba inviable por las circunstancias de la no devolución del bien y la imposibilidad de ser sometido a una tasación pericial, por lo que si el acto dispositivo del recurrente y de no devolución ha sido el determinante de la licitud penal no pudo convertirse ello en una imposibilidad de aplicación de una agravación al tipo penal objeto de condena, cuando el Tribunal ha llegado a esa conclusión por otras vías absolutamente argumentativas y concluyentes con respecto al valor de la grúa al momento de la exigencia de la devolución.

El motivo se desestima.

Séptimo.

6.- En virtud de lo establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 250.5º del Código Penal.

El motivo se refiere y remite al anterior, por lo que a ello nos referimos en la respuesta dada al motivo precedente.

El motivo se desestima.

Octavo.

Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente incluidas las de la acusación particular (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado Paulino contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, de fecha 3 de julio de 2020, en causa seguida contra el mismo por delito de apropiación indebida. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución 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.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Vicente Magro Servet Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina 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.