

Roj: **STS 6894/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:6894**Id Cendoj: **28079120012012100813**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/10/2012**Nº de Recurso: **2467/2011**Nº de Resolución: **818/2012**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MANUEL MAZA MARTIN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Octubre de dos mil doce.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuesto por **Cesar** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León (Sección Tercera) que le condenó por delito de **apropiación indebida**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. de Argüelles González; habiendo comparecido como recurrido, la "**ASOCIACIÓN DE PRENSA DE VENEDORES DE LEÓN**", representada por el Procurador Sr. de Benito Oteo.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 4 de León instruyó Procedimiento Abreviado con el número 11/2011 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de dicha capital que, con fecha 4 de octubre de 2011 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "**PRIMERO.-** El acusado Don Cesar, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, ya a título individual, ya, ante todo, como administrador único de la entidad mercantil "Distribuidora Antonio Mansilla SL", y titular de la concesión de distribución exclusiva de la prensa y principales revistas por tirada de publicación en la provincia de León con el fin de garantizar las relaciones comerciales a establecerse entre dicha Distribuidora y los dueños de los "kioscos" u otro tipo de establecimientos destinados a la venta de dicha prensa y revistas, y además de servir de resarcimiento de la Distribuidora ante una posible deuda, hasta una ruptura por ambas partes procedió a formalizar el pago de una fianza al respecto con dichos "kioscos" de diversas cuantías entre los años de 1988 a 2005, y en concreto con los siguientes:

Titular Fianza Folio autos

Daniela 3000,00 25vt,104,257

Encarnacion 600,00 23vt,107,258

Evangelina 1200,00 259

Francisca 3000,00 260

Inmaculada 3000,00 24,108,185

Bañezana de Productos Agroalimentarios SL 3000,00 208

Isaac 1200,00 235

Casablanca Imagen S.L. 6000,00 102,264,265

Jenaro 3000,00 21 Vt,103



DIRECCION000 C.B. 3000,00 113,267

Luciano 3000,00 23,106

Nuria 3000,00 270, 322 vt

Nazario 3000,00 77,275

DIRECCION001 C.B. 1200,00 20,95,272

Prudencio 3000,00 97,273

Roberto 3000,00 99,275

Rubén 3000,00 87,276

Segundo 3000,00 19vt,100,279

Teodulfo 1200,00 20vt,280,327

Victorio 3000,00 17vt.,96,281

Jose Pedro 1200,00 26,105,283

Carlos José 3000,00 284,329 vt

Luis María 600,00 25,101,286

Adelina 3000,00 80,287

Amanda 600,00 24 vt,109,288

Araceli 3000,00 289

Caridad 3000,00 28,84,290

Clara 3000,00 292

Debora IJ300000 14,89,293

Herminia "ooooó 76,296

Juliana 3000,00 81,297

Lourdes 3000,00 16,93,298

Marina 3000,00 79,299

Eleuterio 1200,00 300,337 vto

Erasmo 3000,00 96,301

Ofelia 3000,00 302,338 vta

Purificacion 3000,00 112,303

Florencio 600,00 22,75,304,305

Rosaura 600,00 306

Gines 3000,00 110,307

Higinio 3000,00 85

Valentina 3000.00 19

Visitacion 3000.00 111,309

María Cristina 3000.00 15,91,92,310

Julio 3000,00 312,343 vto.

Africa 3000,00 13

Ángeles 3000,00 17

Marino 3000,00 18

Belinda 1200,00 18 vt, 98,263

Casilda 3005,00 22 vt,98,263



Covadonga 3005,00 22 vt
Primitivo 3000,00 26 vt
Esperanza 3000,00 27
Felisa 3000,00 27 vt
DIRECCION002 C.B. 3000,00 284,329 vt
TOTALES 146410,00
Milagrosa 3.005,06
Pedro Antonio 3.000

Y como quiera que por parte de la Asociación de Prensa de vendedores de León "PRESLEON", en la que se integraban parte de mencionados "kioscos", les constase, en año 2005, la mala situación de la entidad mercantil "Distribuidora Antonio Mansilla SL", entraron en conversaciones con Don Cesar , con el fin de sustituir las fianzas por la entrega de avales bancarios y así recuperar los importes de la fianzas, no consiguiendo llevar a cabo dicha sustitución. Llegándose, incluso, a tal fin, a interponer Diligencias Preliminares de juicio, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de León.

Finalmente, el 14 de agosto de 2006 se comunica por la entidad mercantil "BOREAL", que a partir del día 22 de agosto comenzaría ella a distribuir el fondo de publicaciones de LOGISTA, advirtiéndolo a los "kioscos" que las devoluciones de las anteriores revistas y periódicos se deberían hacer separadamente al anterior suministrador, manifestando sus titulares que así lo hicieron, si bien Don Cesar no les satisfizo el importe de dichas devoluciones pese a reclamarlo.

Dejando así la entidad mercantil "Distribuidora Antonio Mansilla SL", de prestar los servicios de distribución para León (salvo el Bierzo) ante lo cual por los titulares de dichos "kioscos" y establecimientos, ante la ruptura de las relaciones comerciales, se requirió a Don Cesar para que les devolviese el importe de las fianzas prestadas, no haciéndolo.

Conforme nota informativa del Registro Mercantil de León relativa a las cuentas anuales de los ejercicios 2004 y 2005 de la entidad mercantil "Distribuidora Antonio Mansilla SL.", no viene a quedar constancia de la anotación de las fianzas entregadas, ostentado un capital de 6.000 euros y unas deudas al cierre del ejercicio de 367.545,45 euros y 599.993,85 euros, respectivamente. "[sic]

SEGUNDO. - La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " **FALLAMOS:** Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado **DON Cesar** como autor criminalmente responsable de un delito de Apropiación indebida del subtipo agravado previsto y penado en el art. 252, en relación con el art. 250.1.6º, vigente a la fecha de los hechos , y art. 74 todos ellos del Código Penal , a la pena de **UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN**, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **MULTA** de **OCHO MESES** con una cuota-día de cuatro euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas; así como al abono de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares personadas.

*Debiendo **INDEMNIZAR** dicho condenado a la Asociación de Prensa de vendedores de León "PRESLEON", en la suma total de 146.410 euros; a Doña Milagrosa , en la cantidad e 3.005,06 euros, y a Don Pedro Antonio en 3.000 euros. Devengando dichas cantidades el interés legal del art. 576 L.E.Civil .*

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndolas saber que no es firme y que contra la misma podrá interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado ante este Tribunal en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación, conforme a lo dispuesto en los arts. 212 y 847 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . "[sic]

TERCERO. - Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. - El recurso interpuesto por **Cesar** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Al amparo del artículo 5. 4º de la L.O.P.J . y artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de precepto constitucional, en relación a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de legalidad (arts. 24.1 , 25.1 y 9.1 de la Constitución española) en relación con los arts. 100, 110, 112 y 120. 3º del texto constituyente.



Segundo.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. , por vulneración del derecho consagrado en el artículo 24, apartados 1 y 2 del texto constitucional, por entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

Tercero.- Al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, en concreto, por error en la valoración de la prueba.

Cuarto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851, 1 ó 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con la prueba documental.

Quinto.- Al amparo del artº 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artº. 24. 2º de la Constitución española , en relación al derecho fundamental a la presunción de inocencia, y al principio "in dubio pro reo".

Sexto.- Al amparo del artº 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración e indebida aplicación de los artículos 1 , 5 , 10 , 252 , 250.1.6 º , 74 y 620.2 y otros, todos ellos del Código Penal .

Séptimo.- Al amparo del artº 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración en indebida aplicación de la norma o precepto penal y jurisprudencia que lo interpreta, señalando como infringido el artº. 62 del Código Penal (por ausencia de motivación en la individualización de la pena procediendo en cualquier caso la pena mínima) y también los apartados del art. 63 del Código Penal .

Octavo.- Al amparo del artº 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración e indebida aflicción de los arts. 109 a 115 del Código Penal .

QUINTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Procurador Sr. de Benito Oteo y el Ministerio Fiscal, en escritos de fecha 8 de mayo de 2012, lo impugnaron; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 16 de Octubre de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de un delito continuado de apropiación indebida, a las penas de un año y seis meses de prisión y multa, formula en su Recurso ocho diferentes motivos, de los que los cuatro últimos, y en especial el ordinal Quinto, por el que hemos de comenzar nuestro análisis con apoyo en las razones que seguidamente se comprenderán, se refieren a la indebida aplicación de los preceptos penales de carácter sustantivo a los hechos declarados como probados por la propia Audiencia.

La cuestión esencial que ante nosotros se debate no es otra que la de la verdadera existencia de un delito de apropiación indebida o, lo que es lo mismo, si los hechos enjuiciados resultan subsumibles en el artículo 252 del Código Penal .

En este sentido, y siguiendo fielmente el "factum" de la recurrida, lo que en él se afirma es que el recurrente, en su actividad de distribuidor de prensa y revistas en la provincia de autos, cobró de los quioscos y otros establecimientos a los que repartía las publicaciones para su ulterior comercialización y venta ciertas cantidades, que se detallan, hasta un total de 152.415'06 euros, procedentes de 57 establecimientos, de los que 55 se personan como Acusación particular en esta causa agrupados en la correspondiente Asociación de vendedores de prensa, entregas que se denominan "fianzas" y que, según esa misma narración, tenían por objeto "*... garantizar las relaciones comerciales a establecerse entre dicha Distribuidora y los dueños de los "kioscos" u otro tipo de establecimientos destinados a la venta de dicha prensa y revistas, y además de servir de resarcimiento de la Distribuidora ante una posible deuda ...*"

Por otra parte, el delito, en su día, objeto de condena se refiere a "*... los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeran dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros*" (art. 252 CP).

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



"apropiación" en sentido estricto sino, más bien, de "comportamiento infiel" (vid. SsTS 19 de Junio de 2007 y 20 de Noviembre o 31 de Diciembre de 2008 , por ej.).

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

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

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

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

Y es que la figura de la "distracción" de lo fungible, como forma del delito de "apropiación indebida", se ha venido aplicando sobre todo a supuestos de Administración del dinero ajeno, sin que encontremos ningún precedente jurisprudencial relativo a la garantía pignoratícia, sin duda por la complejidad de la relación que con ella se establece y que dificulta aún más la claridad de la afirmación de que se haya "distráido" dolosamente un dinero que ya había ingresado en el patrimonio del receptor, aunque existiera una obligación futura de devolución de su equivalente.

Ya que resulta paradójico en grado sumo establecer un impedimento, bajo sanción penal, para que disponga el titular de un patrimonio de parte de éste, cuando lo que contrajo con su adquisición fue tan sólo la obligación de devolver, en un momento posterior; unas cantidades semejantes a las recibidas, pero dependiendo, en todo caso, del resultado de las relaciones que mantenga con quien le entregó, como garantía del buen fin de éstas, aquellas cantidades.

Es cierto también que, con carácter general, tenemos dicho que, en supuestos de esta clase, "... *la liquidación de cuentas pendientes, como causa excluyente del dolo penal, no es aplicable al tratarse de relaciones perfectamente determinadas y separadas* " (STS de 8 de Julio de 2008 , entre otras).

Pero igualmente se afirma que "... *existiendo créditos recíprocos y una posibilidad de compensación entre ellos, en las condiciones de los artículos 1195 y 1196 del Código Civil , es decir que se trate de obligaciones principales, vencidas, líquidas y exigibles, compensables por su naturaleza al tratarse de deudas dinerarias, y sin que exista pendencia o reclamación sobre ellas, no cabe subsumir los hechos en el delito de apropiación indebida* " (STS de 27 de Junio de 2003).

O bien, que " *La existencia de relaciones contractuales entre las partes, como origen de la entrega de la cosa, puede exigir en ciertos casos una previa liquidación de cuentas pendientes, y la posibilidad de supuestos de retención o compensación , con una incidencia sobre la responsabilidad que habrá de determinarse en cada supuesto* " (STS de 18 de Diciembre de 2002 y en sentido semejante las de 2 de Marzo de 1999 , 27 de Diciembre de 2002 , 12 de Febrero , 11 , 26 de Abril y 1 de Junio de 2007 , 25 de Enero de 2006 , la ya citada de 31 de Diciembre de 2008 , etc.).

Pues bien, cuando, como aquí, la consecuencia de la entrega no es propia ni exclusivamente la ulterior devolución, ya que se trata de un dinero cuya propiedad se ha transmitido y la devolución depende del cumplimiento de su fin, que no es otro que el de garantizar el cumplimiento de unas determinadas obligaciones derivadas de unos negocios sucesivos, de distribución continuada de productos, lo que forzosamente genera una pluralidad de obligaciones recíprocas reiteradas, la necesidad de que quede suficientemente acreditada la correspondiente liquidación, para excluir cualquier derecho de retención o compensación que pudiera asistir a quien recibió las garantías, hace que, de no cumplirse con este requisito, la cuestión haya de quedar al margen de la norma penal.



Y así, comprobamos cómo no sólo no se dice en el relato de hechos probados de la recurrida nada a propósito de esa situación de cuentas entre los establecimientos de venta y la distribuidora, sino que incluso en él se constata la existencia de unas "conversaciones" entre las partes, a fin de sustituir las "fianzas" por la entrega de avales cambiarios, que no llegaron a buen fin dando lugar a la interposición de Diligencias preliminares de juicio ante el correspondiente Juzgado de Primera Instancia.

Es más, en esa narración también se alude a las dificultades económicas por las que atravesaba el recurrente, hasta el punto de afirmar la constancia registral de unas deudas, al finalizar el ejercicio del año 2005 de casi un millón de euros. Lo que más que el ánimo apropiatorio de las cantidades entregadas como "garantía" del buen fin de las relaciones comerciales entre los querellantes y el recurrente, podrían inducir a pensar en la imposibilidad de devolución por éste de unas cantidades de las que dispuso, por haberse integrado en su día en su patrimonio, y que ahora no puede reintegrar, con lo que quedaría excluido el elemento subjetivo de la voluntad de ilícita "apropiación", incluso en la forma especial de "distraer".

En consecuencia, al margen del posible ejercicio que corresponda a los querellantes respecto de las oportunas acciones civiles para la recuperación de las cantidades que en su día entregaron, caso de que a ello hubiere lugar, hay que afirmar la falta de acreditación, en este caso, de la concurrencia de los elementos integrantes del delito a que se refiere el artículo 252 del Código Penal, aplicado por la Audiencia.

Razones por las que, en definitiva, procede la estimación del Recurso, debiéndose dictar, con base en ellas, la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se recojan las consecuencias jurídicas de esta estimación.

SEGUNDO.- Dada la conclusión estimatoria del Recurso, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración de oficio de las costas causadas por el Recurso.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Cesar contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, el 4 de Octubre de 2011, por delito de apropiación indebida, que casamos y anulamos, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Perfecto Andres Ibañez Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Octubre de dos mil doce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 4 de León con el número 97/2007 y seguida ante la Audiencia Provincial de León, Sección 3ª por delitos de **estafa y falsedad en documento privado**, contra Cesar con DNI número NUM000, nacido el NUM001 de 1951, en León, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 4 de octubre de 2011, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León, Sección 3ª.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.



SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico Primero de los de la Resolución que precede, y sin necesidad de alteración alguna del relato hechos contenido en la Resolución de la Audiencia, procede la absolución del acusado por no ser constitutivos éstos de la infracción penal (art. 252) objeto de acusación.

Dicho resultado absolutorio, a su vez, conlleva la declaración de oficio de las costas causadas en la instancia, ex artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin imposición de las causadas a la Acusación Particular, al no apreciarse, ex párrafo último del artículo 240, temeridad ni mala fé en su conducta procesal.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos al acusado, Cesar, del delito de apropiación indebida del que venía acusado en las presentes actuaciones, con declaración de oficio de las costas causadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Perfecto Andres Ibañez Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.