



Roj: **STS 4206/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:4206**

Id Cendoj: **28079120012019100692**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2019**

Nº de Recurso: **1785/2018**

Nº de Resolución: **630/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 630/2019

Fecha de sentencia: 18/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1785/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: Sección Segunda Audiencia Provincial de Pontevedra.

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: IPR

Nota:

*

RECURSO CASACION núm.: 1785/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 630/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 18 de diciembre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1785/18 interpuesto por Serafin y por la Mercantil DIRECCION005 ., representados por la procuradora Sra. María Yolanda Ortiz Alfonso, bajo la dirección letrada de D.ª María José Cruces García contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2017 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Pontevedra en causa seguida contra los recurrentes por delito continuado de estafa y/o apropiación indebida. Han sido partes recurridas D.ª Edurne y D. Juan María representados por la procuradora D.ª María Yolanda Ortiz Alfonso y bajo la dirección letrada de María Mercedes Bugallo Varela; y D. Pedro Antonio representado por la procuradora D.ª María Yolanda Ortiz Alfonso y bajo la dirección letrada de D.ª María José Cruces García. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pontevedra incoó Diligencias Previas con el nº 4204/2014, contra Serafin y DIRECCION005 . Una vez concluidas las remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Segunda) que con fecha 19 de diciembre de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

" **ÚNICO.-** Probado y así se declara que el encausado Serafin , con DNI. N° NUM000 , mayor de edad, ejecutoriamente condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de los de DIRECCION000 , por delito de apropiación indebida, por sentencia firme de fecha 08/02/2001, cumplida en fecha 20/04/1014, ejecutoriamente condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de los de DIRECCION000 , por sentencia firme de fecha 30/06/2005, por delito de estafa, cumplida en fecha 20/04/19, ejecutoriamente condenado por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 , por sentencia firme de fecha 17/01/2007 por delito de estafa, cumplida el 18/01/2011; fue nombrado administrador único de la sociedad " DIRECCION005 .", siendo ésta última válidamente constituida por medio de escritura pública fechada el 09/09/2010, sociedad con sede en el lugar de Valiño nº 15 de la localidad de Viascán, término municipal de DIRECCION003 y cuyo objeto era, entre otros, la construcción, fabricación, exportación, compra y venta de todo tipo de casas prefabricadas; y así las cosas, aprovechándose aquél del ejercicio de dicha actividad, y con la finalidad de obtener un beneficio a costa del patrimonio ajeno, siendo así que aquel constituyó la sociedad encausada con éste último fin, llevó a cabo los siguientes hechos:

A) El día 14/01/2013, Edurne y Juan María suscribieron en la sede de la entidad " DIRECCION005 .", juntamente con el encausado (éste en calidad de gerente de la citada empresa) un contrato para la compra por parte de aquéllos de una vivienda prefabricada de madera modelo "Salamanca", de 106 metros cuadrados, con una terraza anexa de 25 metros, por un precio que se pactó en 72.200 € con IVA incluido, estableciéndose como medio de pago 25.277 € a la firma del contrato, 25.277 en el momento en que se comience la instalación de la casa y 21.666 € en el momento de la entrega de llaves; y así, en cumplimiento de lo estipulado en el contrato, Juan María efectuó el 17/01/2013 una primera transferencia de 25.000 € (destinada a la compra de la madera) a la cuenta de la empresa del encausado de la cual éste era titular en la sucursal del Banco Pastor en Pontevedra, efectuando más tarde Juan María , en fecha 11/03/2013, otro ingreso de 16.000 € en la misma cuenta, una vez iniciadas las obras de excavación del terreno donde iba a asentarse la casa, a requerimiento del encausado (supuestamente por gastos imprevistos surgidos después de la firma del contrato), efectuando el comprador, de la misma manera, otras tres transferencias, en fechas 23/04/2013, 18/06/2013 y 31/07/2013, por importe, respectivamente, de 10.000, 15.000 y 7.000 €, sin que el encausado, posteriormente encargase el material a la empresa suministradora de las piezas de madera necesarias para la construcción de la casa, y sin que tampoco el encausado hubiese devuelto a sus clientes, en ningún momento posterior, las cantidades que éstos pagaron al encausado para la compra de la casa, pues nunca tuvo intención de hacerlo (ni personalmente ni como gerente de la sociedad encausada), incorporando aquél de manera ilícita dichas cantidades al patrimonio de la sociedad encausada.

Por el encausado sólo se hizo el bajo sobre el que tendría que ir asentada la casa, que según el contrato ascendería a 11.660 € con el IVA., más el proyecto básico del arquitecto por importe de 3.979 € con IVA, todo ello con un importe total de 15.639 €.

Se da la circunstancia de que Juan María y Edurne efectuaron la compra de la citada vivienda para instalarla en la zona de DIRECCION001 y destinarla a primera vivienda tanto de ellos mismos como de sus dos hijos menores de edad, y como consecuencia de este hecho tuvieron que alojarse provisionalmente en casa de unos familiares al no construirse la casa de madera que habían comprado a la empresa del encausado a pesar de haber pagado a éste último un total de 73.000 €, reclamando la suma de 57.360 €.

B) En fecha 8/11/2013, Pedro Antonio realizó un contrato de compraventa con la empresa " DIRECCION005 " a través de su gerente (el encausado), celebrado en Viascán, en la sede de dicha mercantil, consistiendo



dicha operación en la compra por aquél de una vivienda unifamiliar de madera valorada en 50.000 € y que el comprador iba a instalar en la localidad de DIRECCION002 e iba a destinar a primera vivienda. En dicho contrato se estableció como forma de pago la siguiente:

20.000 en el momento de la firma del contrato con el fin de encargar la compra del kit de las piezas de madera a la factoría suministradora.

20.000 € a la entrega del kit de madera en el punto de construcción.

10.000 € en el momento de la entrega de las llaves.

Así de esta manera, en cumplimiento de lo pactado, Pedro Antonio llevó a cabo el 11/11/2013 una transferencia en la cuenta de " DIRECCION005 " en el Banco Pastor por valor de 20.000 €, cantidad que el encausado, en vez de transferirla, a su vez, a la empresa suministradora de la madera para la casa que le había encargado su cliente, la destinó a otros fines, incorporándola de manera ilegal al patrimonio de la empresa encausada.

Posteriormente, al ver Pedro Antonio que el tiempo pasaba y la casa no se estaba construyendo, así como que el encausado no había cumplido sus compromisos, decidió rescindir el citado contrato, exigiendo al encausado la devolución del dinero que previamente le había entregado, suscribiendo ambos en la localidad de DIRECCION004 (A Coruña) un documento de reconocimiento de deuda en fecha 30/09/2019 en virtud del cual el encausado reconocía haber contraído con Pedro Antonio una deuda de 20.000 € para cuyo pago se pactó la entrega por el deudor de cuatro pagarés al acreedor por valor de 5.000 € cada uno de ellos, haciéndolo así el encausado, entregando a Pedro Antonio los cuatro pagarés con fechas de vencimiento 7, 14, 21 y 28 de Octubre de 2019, los cuales, llegadas dichas fechas, no fueron pagados debido a que no existían fondos suficientes para su pago en la cuenta del emisor, siendo devueltos a la persona que los presentó al cobro (Pedro Antonio), generándosele a éste, como consecuencia, además unos gastos bancarios de 60 € (es decir, 15 € de comisión de penalización por cada pagaré no atendido al cobro en su fecha de vencimiento), no teniendo en ningún momento intención el encausado Serafin (ni personalmente ni como gerente de la empresa encausada) de devolver tales cantidades a su cliente.

Serafin se apropió con ánimo de lucro, de las cantidades percibidas sin darles el destino previsto contractualmente, y sin devolver el dinero cuando fue requerido para ello".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que **debemos condenar y condenamos** a Serafin en concepto de autor de un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252, 250-1, 1º y 6º y 74-1 y 2 todos ellos del Código Penal, concurre la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22-8º del Código Penal, procede imponerle la pena de **7 años de prisión** con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y **20 meses de multa** con una cuota diaria de 20 €/día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Procede imponer a la entidad " DIRECCION005 " **la multa de 309.444 €**, y procediendo acordar la disolución de su personalidad jurídica, conforme a lo establecido en los arts. 33 b) y 66 bis-1º ambos del Código Penal.

En concepto de **responsabilidad civil** Serafin deberá indemnizar a Edurne y Juan María en la cantidad apropiada **de 57.360 €**, cantidad que devengará el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y a Pedro Antonio en la cantidad reclamada de **20.000 €**, cantidad que devengará el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad " DIRECCION005 ".

Asimismo deberá abonar el pago de las costas procesales incluidas las de las acusaciones particulares.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Motivos aducidos en nombre de Serafin y DIRECCION005 .

Primer motivo.- Al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 252 CP (actualmente art. 253 CP). **Motivo segundo.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 1 Ley 57/1968, 27 julio sobre percibo de cantidades anticipadas. **Motivo tercero.-** Al amparo del art. 849.2º LECrim por haber existido error en la valoración de la prueba. **Motivo cuarto.-** Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por infracción del principio de presunción de inocencia (art. 24 CE).



CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos; la representación legal de D.^a Edurne , D. Juan María y D. Pedro Antonio igualmente lo impugnaron; La Sala admitió a trámite el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 22 de octubre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para someternos a la estricta disciplina casacional trastocamos el orden de análisis de los motivos articulados, subvirtiendo la secuencia que propone el recurrente. Las previsiones legales combinadas con la lógica jurídica han de llevar a comenzar analizando los motivos por *error facti* (motivo tercero) y por presunción de inocencia (cuarto) . Solo entonces quedará despejado el camino para abordar los dos primeros motivos (infracción de ley) .

Conviene advertir que en caso de desestimación ninguna consecuencia se deriva de un apartamiento de esa ortodoxia normativa que tampoco puede concebirse como un corsé inadaptable. Razones pragmáticas aconsejan a veces otra secuencia. En este caso, a la vista del destino de los motivos, resulta totalmente indiferente el orden: también en este supuesto, como en la aritmética, es ajena al resultado la forma en que se dispongan los factores.

SEGUNDO.- El art. 849.2º **LECrím** constituye un cauce casacional de disciplina muy estricta que el tercero de los motivos, tal y como viene articulado, no respeta.

El fundamento histórico de esa vía de casación radica en la consideración de que la posición de la Sala de casación frente a un documento, a diferencia de lo que sucede con la testifical y en general con todas las pruebas personales, es idéntica a la de la Sala de instancia. El Tribunal de casación percibe la prueba documental con la misma inmediación que la Audiencia Provincial; lo que no sucede con el resto de pruebas. Por eso se abrió un portillo en la configuración general de la casación como recurso dirigido en exclusiva a corregir la aplicación del derecho (*error iuris*), permitiéndose excepcionalmente la revisión de la valoración probatoria (*error facti*) solo cuando se detectase un error basado en una prueba documental, autosuficiente. Si la convicción probatoria del concreto particular que quiere rectificarse se nutre no solo del documento sino de la combinación con otros elementos probatorios de naturaleza personal, ya la Sala de casación no estará en la misma posición que la de instancia y quedaría inhabilitada para adentrarse en esa labor de valoración probatoria. Por eso se exige no solo lo que se ha denominado *autarquía acreditativa* (el documento ha de demostrar por sí lo que se quiere introducir -o corregir- en el hecho probado), sino también que no concurren otros elementos de prueba que lo contradigan. De ser así la Sala de instancia habrá formado su convicción teniendo en cuenta unos y otros; y la Sala Segunda carecerá de inmediación frente a los segundos.

El recurso invoca como documento los dos contratos en unos particulares muy concretos.

En el primero, su cláusula novena que especifica la forma de pago expresándose que debía abonarse el 35% (25.277 euros) con la firma; otros 35% cuando se comenzase la instalación de la casa y, por fin, el 30% restante (21.666 euros) al entregarse las llaves.

Esa dicción vendría a contradecir la afirmación de la sentencia de que el primer pago estaba destinado a la compra de la madera.

Esto en cuanto a lo concertado con Juan María y Edurne .

Un razonamiento en todo paralelo se reproduce en cuanto a Pedro Antonio : se pretende expulsar del relato de hechos probados la apostilla " *con el fin de encargar la compra del kit de las piezas de madera a la factoría suministradora*" que figura tras consignarse el pago de 20.000 euros que debía abonarse a la firma del contrato.

Pues bien, que en los textos que documentan los contratos no se recogiese expresamente esa estipulación no conduce necesariamente a excluirla. La Sala de instancia lo entendió acreditado por virtud de las declaraciones de los perjudicados que constituyen prueba personal (vid. fundamento de derecho tercero). Esa prueba personal no contradice en rigor lo que dicen los contratos. Complementa lo que se deduce de ellos.

De esa apreciación deriva la **improsperabilidad** del motivo: el hecho que quiere contradecirse está avalado por prueba personal y, por otra parte, no es incompatible con lo que se deriva de los documentos que se hacen valer; más allá de que como sugieren las partes recurridas esa rectificación del hecho pudiera resultar irrelevante a efectos de la subsunción jurídica, lo que no es necesario examinar.



TERCERO.- Al acogerse al derecho constitucional a la **presunción de inocencia** en el motivo cuarto el recurrente arranca de una premisa que no es correcta: dice que la condena se ha producido exclusivamente por el incumplimiento de la normativa prevista en la Ley 57/1968, de 27 de julio sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y en la Disposición Adicional 1ª de la ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación.

No solo no es así, sino que podríamos prescindir de la abigarrada argumentación que recoge la sentencia sobre tal ley, sus repercusiones en el ámbito penal y las diferentes líneas jurisprudenciales que han rodeado su entendimiento profusamente expuestas, y llegaríamos a idéntico veredicto de culpabilidad basado en la misma subsunción jurídica. No es solo el incumplimiento de esa normativa específica de dudosa aplicabilidad a este supuesto, lo que confiere relieve penal a los hechos; son estos mismos los que atraen, por sí, y al margen de disquisiciones sobre esa regulación especial, la tipicidad del art. 252 CP vigente en el momento de los hechos.

Lo que se desprende del cuadro probatorio, examinado con esmero en el fundamento de derecho tercero de la sentencia, es la distracción de cantidades recibidas con un fin específico (compra de la madera) a otros destinos particulares.

En cuanto a lo recibido de Edurne y Juan María fueron estos los que, según demostraron, hicieron frente a las consecuencias económicas de ciertas incidencias surgidas (sus manifestaciones están avaladas por las del albañil que realizó los trabajos).

El acusado se limitó a alegar excesos de coste, sin realizar esfuerzo alguno por acreditar en qué empleó el dinero recibido. Y desde luego no lo usó para comprar la madera como llegó a asegurar en algún momento en afirmación desmentida por el representante de la empresa suministradora.

En cuanto a Pedro Antonio, el documento de rescisión aludido por el recurso no puede servir para borrar la apropiación indebida ya perpetrada. Reclamar los resarcimientos debidos de acciones delictivas en el proceso penal no es abusar de esta jurisdicción en detrimento de la civil, como se dice de forma tan efectista como simplista en el recurso.

CUARTO.- Los dos primeros motivos pueden ser analizados conjuntamente. Ambos discurren a través del art. 849.1º LECrim denunciando la indebida aplicación tanto del art. 252 CP (motivo primero) como de la Ley 57/1968, de 27 de julio sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y en la Disposición Adicional 1ª de la ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación.

Ya se ha insinuado antes que la recién citada normativa era prescindible para resolver la cuestión que se sometía a decisión de la Sala de instancia; es más incluso podemos afirmar que su aplicación a este caso, sería controvertida desde la estricta perspectiva del hecho probado donde se echan de menos algunas aclaraciones sobre la naturaleza de lo convenido. Ninguna de las acusaciones citó esa normativa en sus respectivas actas de acusación y el hecho probado, confeccionado quizás en dependencia excesiva del propuesto por la Acusación Pública, para nada alude a muchos datos que reclamaría una condena basada en esas normas extrapenales.

Pero, amén de llegarse casi a describir una genérica estafa ("... con la finalidad de obtener un beneficio a costa del patrimonio ajeno..." -párrafo primero-, " *nunca tuvo intención de hacerlo...*", -incisos finales del párrafo primero del hecho a-); "... *no teniendo en ningún momento intención... de devolver tales cantidades a u cliente-*") en el *factum*, éste colma igualmente la tipicidad de la apropiación indebida, con independencia de la materia sobre la que versaba la contratación (viviendas prefabricadas). Nace esa tipicidad de la distracción de cantidades de dinero que habían sido entregadas con un destino específico, lo que es título suficiente para el delito de apropiación indebida, abstracción hecha de la etiquetación más o menos correcta que a ese pacto civil hayan dado los contratantes (*compraventa*, en este caso). Esta interesada catalogación no puede servir para desvirtuar la realidad del pacto subyacente. Conforme al mismo determinadas cantidades se abonaban con un fin singularizado: pagar al suministrador de la madera la necesaria para las viviendas.

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.

Argumenta el recurso que la entrega del dinero no se realizó para un específico destino, sino como pago anticipado de parte del precio de la vivienda. Sería la contraprestación de una compraventa lo que supone un título inidóneo para dar vida al delito de apropiación indebida.



Pese al carácter de *numerus apertus* de los títulos mencionados en el art. 252 anterior (que es el aplicable), como presupuesto de tal infracción penal, no cualquier relación que lleve aneja una obligación de reintegrar o devolver es idónea para cubrir las exigencias del delito de apropiación indebida.

La STS de 27 de octubre de 1986 lo explica así: " *La comisión, el depósito y la administración son títulos apropiados para engendrar, en su caso, delito de apropiación indebida; mas como la fórmula contenida en el artículo 535 del Código Penal es "numerus clausus", sino, por el contrario, abierta o ejemplificativa, serán títulos aptos e idóneos para generar u originar el hecho punible citado todos aquellos adecuados para transmitir la legítima posesión de dinero, efectos o cualesquiera cosas muebles, siempre y cuando el "accipiens", asumiendo unas facultades dominicales que no le corresponden o ejerciendo, al menos, un "ius disponendi", facultad inherente al dominio según el artículo 348 del Código Civil, que tampoco tiene, transmute, trueque o transforme su legítima posesión en antijurídico dominio, adueñándose de las cosas muebles antedichas, transmitiéndolas a tercero, incorporándolas a su patrimonio, dándoles un destino distinto al procedente o convenido o negando haberlas recibido; así pues, con arreglo a la doctrina de esta Sala, entre los títulos de la índole dicha, figuran, v.g., el mandato, la sociedad, el arrendamiento de cosas muebles, el arrendamiento de servicios la prenda, la aparcería y otros más. Sin embargo, de modo uniforme y constante, este Tribunal, ha venido sosteniendo y declarando que, en las hipótesis en las que el título no es sólo capaz de transmitir la legítima posesión de los bienes, sino también el dominio de los mismos, esto es, cuando se trate de un título traslativo de la propiedad, tal como, por ejemplo, el mutuo, la compraventa -salvo la venta a plazos con reserva de dominio-, la permuta o la donación, no es posible incardinar la conducta del "accipiens" en el artículo 535, pues no dispone sino de lo que es suyo ni enajena, en su caso, más que lo que está en disposición legal de hacer, puesto que ostenta la facultad de transferir su derecho propia de todo dueño.*

Pues bien, según hemos adelantado, *in casu* podemos identificar un título apto para constituirse en presupuesto del delito de apropiación indebida: entregas de dinero con encargo específico de destino.

La interpretación del delito de apropiación indebida ha evolucionado. Durante años se consideró que el verbo "distraer" no añadía nada realmente diferencial a la conducta típica de "apropiarse". Pero la jurisprudencia acabó por reconocer que el vocablo "distraer" enriquecía los espacios de la apropiación indebida. El término **distraer** fué, así, dotado de un significado propio, distinto y complementario: destinar lo recibido a un fin diferente al pactado con el *tradens*. Su objeto serían cosas fungibles, singularmente el dinero. El delito consistiría no tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -donde ya quedó integrado aunque de forma condicionada- cuanto en invertirlo en fines distintos de los establecidos, irrogando con ello un perjuicio patrimonial a quien según lo acordado tenía derecho a que el dinero fuese empleado en un específico uso (STS 2339/2011, de 7 de diciembre y 378/2013, de 12 de abril).

La STS 513/2007 de 19 de junio, resumía bien la interpretación jurisprudencial de este delito: "*el artículo 252 del vigente Código Penal sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.*

En lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia 1274/2000, de 10 de julio que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) *Que el sujeto activo reciba uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.*

b) *Que el objeto haya sido entregado al autor por uno de los títulos que genera la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporen una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquéllos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de numerus apertus del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula "aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías 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" (SSTS 31.5.93 ; 1.7.97).*

c) *Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver, con ánimo de incorporarla a su patrimonio.*

d) *Que se produzca un perjuicio patrimonial, lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.*



En la modalidad de apropiación consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de alguno de los títulos consignados en el artículo 252 del Código Penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (STS 16.9.03), y el tipo se realiza, aunque no se prueba que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status, como se dijo literalmente en la sentencia de esta Sala 224/98, de 26 de febrero. La acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo -aunque tampoco quepa descartarla- la concurrencia del animus rem sibi habendi, sino sólo la del dolo genérico, que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona. (SSTS 3.4 y 17.10.98).

Esta consideración de la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal parte de la distinción establecida en los verbos nucleares de tipo penal, se apropiaren y distraeren y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que "en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron".

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

Por ello, cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo: a) **que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.**

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

El acusado recibió determinadas cantidades con una finalidad explícita: la adquisición de los kits de madera. Lejos de ello el dinero fue directamente destinado a otras finalidades (vid STS 358/2014, de 28 de abril). Esa conducta es constitutiva del delito de apropiación indebida con independencia y sin necesidad de elucubrar sobre la legislación especial invocada en la sentencia.

Bien es cierto que este planteamiento lleva a excluir del objeto apropiativo algunas cantidades que escapan a ese esquema sin perjuicio de su mantenimiento como responsabilidad civil. Nos referimos a las entregas distintas al primer pago a las que la sentencia no asigna esa singularidad finalística.

La STS 152/2018 de 2 de abril confirma la viabilidad de este entendimiento también con la legislación posterior (vid igualmente STS 485/2015, de 16 de julio, -apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda-, o STS 89/2016, de 12 de febrero -apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas-).

Por tanto, aunque estimemos que el hecho probado es insuficiente para postular la aplicabilidad de la normativa especial invocada en la sentencia de instancia, estamos ante una conducta correctamente incardinada en el art. 252 CP vigente en el momento de los hechos. En esa línea razona el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo segundo del recurso.



De cualquier forma estas apreciaciones permiten eludir la agravación que nace de una cuantía superior a 50.000 euros. Serían en total 45.000 euros: 25.000 €+ 20.000 €. Ello no es óbice, para extender la responsabilidad civil de forma natural al total de los perjuicios causados, incluidos esos otros montos.

QUINTO.- El rechazo de los alegatos específicos que se recogen en los dos primeros motivos encauzados a través del art. 849.1º LECrim no impide en virtud de lo que ha venido a conocerse como doctrina de la *voluntad impugnativa* analizar otras cuestiones que, aún no siendo expresamente denunciadas, aparecen implícitamente cuestionadas en los amplios términos de la impugnación y que suponen la conculcación de normas penales sustantivas, aunque sea a través de esa flexibilización, autorizada por la práctica, de la estricta ortodoxia casacional.

De una parte, llama poderosamente la atención la condena como responsable penal en virtud del art. 31 bis CP de la sociedad por cuya cuenta actuaba el acusado. Era correcta la condena si estuviésemos ante una estafa (art. 251 bis CP). Pero habiéndose decantado la Audiencia por el delito de apropiación indebida, la respuesta no puede ser más que la absolucón. Tal delito, por paradójico y poco explicable que ello pueda resultar, no se encuentra incluido entre aquellos para los que el legislador de 2010 (y luego 2015) implantó un régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas. El art. 31 bis 1 CP se refiere a los supuestos previstos en el Código. Y en la regulación de la apropiación indebida no existe un precepto paralelo al art. 251 bis. No hay responsabilidad penal corporativa en esa infracción. Sí debe permanecer su responsabilidad civil subsidiaria (que, por cierto, posiblemente hubiera sido preferible catalogar como solidaria - art. 122 CP-, lo que además sería lo que además sería obligado si fuese responsable penal como indebidamente estimó la Audiencia: art. 116.3 CP).

SEXTO.- En otro orden de cosas, la sentencia aprecia la concurrencia de varias circunstancias de agravación de las contenidas en el art. 250 CP pese a no encontrar apoyo en el hecho probado. Ya hemos privado de eficacia a la derivada de una cuantía superior a 50.000 euros. Junto a ella parece aludirse (fundamentos de derecho cuarto y quinto) a la situación económica en que quedó la víctima como consecuencia de los hechos: circunstancia 4ª en la redacción emanada de la Ley Orgánica 1/2015, o 6ª, según la norma vigente en la fecha de los hechos. Pero no se contiene una mención suficientemente expresiva en el hecho probado que sustente esa agravación, lo que lleva a declararla inaplicable. Nótese que ni siquiera los comentarios vertidos al respecto en el fundamento de derecho quinto tampoco serían suficientes para perfilar esa específica agravación.

SÉPTIMO.- Tampoco contiene el hecho probado una descripción bastante para aplicar la agravación de aprovechamiento de la credibilidad empresarial que el fundamento de derecho quinto supone. No basta que una estafa se cometa a través de una empresa para que se produzca la agravación. Es necesario un plus.

La STS 37/2013, de 30 de enero recalca la excepcionalidad de la aplicación del art. 250.1.7ª a los delitos de apropiación indebida, haciendo un recorrido muy completo sobre los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes: " *La agravación prevista en el art. 250.1.7, en cuanto se refiere a que el autor del delito cometa abuso de las relaciones personales que existan entre él y la víctima o se aproveche de su credibilidad empresarial o profesional, puede apreciarse -se dice en STS. 368/2007 de 9.5- con más claridad en los supuestos de estafa, en los que existe una maquinación engañosa previa al desplazamiento patrimonial en la que puede ser utilizada la facilidad que supone el abuso o aprovechamiento de aquellas circunstancias, que en los de apropiación indebida, en los que la recepción de la cosa o dinero se produce siempre en atención a una relación de confianza previa que el autor del delito quebranta posteriormente con su acción de apoderamiento (STS núm. 2232/2001, de 22 de noviembre)*.

El artículo 250.7º recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la "credibilidad empresarial o profesional", del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las "relaciones personales existentes" entre ambos. Agravación específica del delito de estafa una figura que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza, consistente en el "abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o el aprovechamiento por éste de su credibilidad empresarial o profesional", caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se quebranta en la estafa.

La STS. 1218/2001 de 20.6 , precisa que la agravación específica aparece caracterizados "por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza", lo que supone que la aplicación de la agravación debe derivarse de una relación distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa. Es decir, el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa.



En igual sentido las SSTs. 785/2005 de 14.6 y 383/2004 de 24.3, 626/2002 de 11.4, recuerdan, que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal, quedaba reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (SSTs. 2549/2001 de 4.1.2002, 1753/2000 de 8.11).

(...) En STS. 1090/2010 de 27.11, se recuerda que esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del art. 250.1.7º del C. Penal que se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas -abuso de relaciones personales-, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda -abuso de la credibilidad empresarial o profesional-, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21-4 y 813/2009 de 7-7).

Por ello la STS. 979/2011 incide que en cuanto a la agravación específica prevista en el artículo 250.7ª del Código Penal, es cierto que el delito de estafa requiere, como vía natural del engaño, el aprovechamiento de una cierta relación de confianza, bien previamente existente o, como ocurre de ordinario, creada por la maniobra engañosa desplegada por el autor. Esta Sala ha señalado que la agravación que se examina requiere de una confianza previa, añadida a la genérica afectada ya por el engaño, de manera que el autor aproveche sus relaciones personales para su propósito defraudatorio, en ocasiones en las que esas relaciones son determinantes para debilitar la reacción que naturalmente cabría esperar de la víctima, que, precisamente por tales relaciones, no llega a producirse.

Así, se ha insistido en "...la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el engaño que define el delito de estafa como el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, de 2-7). De modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario tal quebrantamiento se encontraría ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (STSS 1753/2000, de 8-11; 2549/2001, de 4-1; 626/2002, de 11-4; 890/2003, de ; 383/2004, de 24-III; 813/2009, de 13-7; y 1084/2009, de 29-10).

Avalan la exclusión en este caso de la mentada agravación las SSTs 921/2016, de 12 de diciembre, ó 1006/2016, de 24 de enero de 2017:

"Sostienen los recurrentes que debió haberse apreciado el subtipo agravado consistente en haberse cometido el delito con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aprovechando éste su credibilidad empresarial o profesional.

Invocan como precedente la STS 894/2014, de 22 diciembre.

Como argumenta el Ministerio Fiscal, la sentencia citada como precedente contempla un supuesto en el que esa credibilidad aprovechada por el acusado se obtiene mediante un plus. Dice dicha sentencia: "el Tribunal de instancia aprecia la modalidad cualificada de ... haberse aprovechado de su credibilidad empresarial o profesional, y explica la apreciación de ese subtipo agravado señalando que el acusado se aprovechó de la credibilidad empresarial del establecimiento en el que desarrollaba su actividad pues lo hacía amparado en el emblema de una conocida marca de automóviles (Hyundai) cuyo nombre y emblema figuraba no solo en la cartelería del local en el que tenía la exposición (...) sino que en todos y cada uno de los contratos que firmaba se hacía la misma indicación ... en este caso se aprecia esa especial antijuridicidad que va más allá de la confianza inherente a la relación que propicia una apropiación indebida ya que Armando no era un particular que se dedicaba a la compraventa de vehículos con mayor o menor prestigio sino que lo hacía bajo el amparo de ser concesionario oficial de una conocida marca de automóviles y ese amparo indudablemente genera en los posibles clientes una sensación de confianza que siempre es mayor de la que suele tenerse cuando se realiza una operación o negocio similar con un simple particular, pero que luego resulta defraudada en perjuicio no solo del cliente sino también de la marca bajo cuyo amparo se actúa".



Y la propia sentencia invocada por el recurrente contiene la doctrina jurisprudencial según la cual no es apreciable en este supuesto el subtipo agravado.

Dice la sentencia: "esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de apropiación indebida del art. 250.1.7º del C. Penal se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas -abuso de relaciones personales-, que atendería a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda -abuso de la credibilidad empresarial o profesional-, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (SSTS 422/2009, de 21-4 ; y 547/2010, de 2-6). Y también ha incidido esta Sala en la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, especialmente en los supuestos de apropiación indebida dado el quebrantamiento de confianza que es propio de este tipo penal, presenta significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, 2 de julio). De modo que la aplicación del subtipo exacerbado por el abuso de relaciones personales del núm. 7º del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza a determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo (STSS 1753/2000, de 8-11; 2549/2001, de 4-1; 626/2002, de 11-4; 890/2003, de 19-6; y 383/2004, de 24-3).

(...)

También hemos dicho (STS 1090/2010, de 27 de noviembre) que el abuso de la credibilidad empresarial o profesional pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21 de abril y 813/2009, de 7 de julio).

También hemos dicho que debe ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, de 19 de junio)".

En el caso de autos, no existe ningún plus añadido a la pura relación profesional de empresa vendedora de viviendas prefabricadas. Ningún aserto de los hechos probados proporciona una base fáctica para tal agravación. La propia dinámica del delito de apropiación indebida parte de una inicial y genérica confianza que se quebranta mediante la propia mecánica comisiva. Esa es la esencia del delito cometido. En el *factum* no se incluye ninguna referencia a que el acusado hubiera generado ese plus de confianza, más allá de la relación previa contractual que le unía con los querellantes.

OCTAVO.- Por tanto y recopilando debe estimarse el primer motivo del recurso en los siguientes extremos:

- a) En cuanto a la condena de la sociedad que deberá dejarse sin efecto.
- b) En lo que respecta a la aplicación de los subtipos agravados consistentes en el aprovechamiento de credibilidad empresarial y de situación económica posterior de la víctima, que igualmente deben considerarse erróneamente apreciados.
- c) El *quantum* de la acción inicial apropiativa se cifra en 25.000 euros, sin perjuicio de poder tomar en consideración el resto de cantidades abonadas por Eburne y Juan María a efectos de las indemnizaciones correspondientes. A ella hay que sumar los 20.000 € defraudados al otro perjudicado.

NOVENO.- Al final del primero de los motivos el recurrente introduce un nuevo alegato con autonomía frente a los ya refutados. Dice en relación a los hechos derivados de la contratación con Pedro Antonio que el contrato fue ya resuelto mediante un documento de fecha 30 de septiembre de 2014, en el que el recurrente asume el compromiso de abono de 20.000 euros por los perjuicios causados por el incumplimiento del anterior contrato. Eso significaría que el título de lo adeudado sería ese documento, y no el contrato anterior. Y la condena por el impago de esa cantidad supondría la prohibida prisión por deudas.

Enseguida se capta lo falaz del argumento. No se condena por no pagar esa cantidad; ni, mucho menos, por no haber cumplido el compromiso adquirido en el documento de fecha 30 de septiembre de 2014, que es posterior a los hechos objeto de condena. Se le condena por la distracción de un dinero recibido anteriormente con encargo específico de destino, lo que perfila un delito de apropiación indebida ya consumado cuando se confecciona ese documento que no puede borrar o hacer desaparecer la acción antijurídica ya perpetrada. Ni



siquiera quedaría contrarrestada o desactivada la condena por el pago efectivo de esos 20.000 euros. Esa es tan solo la consecuencia civil del delito.

El razonamiento del recurrente llevaría a concluir que en todo delito con perjuicio patrimonial el reconocimiento por el auto del crédito adeudado como consecuencia del delito supondría una especie de exótica excusa absolutoria. Y que desde ese momento la condena por el previo delito devendría ilegítima, pues sería *prisión por deudas* (!).

Obviamente no podemos asumir tan original planteamiento.

DÉCIMO.- Estimándose parcialmente el recurso, las costas han de declararse de oficio (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

1.- ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por Serafin y la Mercantil DIRECCION005 ., contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2017 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Pontevedra en causa seguida contra el recurrente por un delito continuado de estafa **por estimación parcial del motivo primero de su recurso; y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra.**

2.- Declarar de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Monterde Ferrer Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Carmen Lamela Díaz

RECURSO CASACION núm.: 1785/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 18 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Pontevedra, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Segunda), y que fue seguida por delito continuado de estafa contra Serafin (administrador de DIRECCION005 .) en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.



ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se admiten los Antecedentes y Hechos Probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se han dado como probados constituyen un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 74 y 252, en relación con el art. 250.1.1ª CP

SEGUNDO.- El delito de apropiación indebida no es de los previstos por la legislación como aptos para generar responsabilidad penal de personas jurídicas lo que debe llevar a la absolución de la empresa " DIRECCION005 ." declarándose de oficio la mitad de las costas procesales. Ha de mantenerse su condición de responsable civil subsidiario.

TERCERO.- La pena señalada al delito oscila entre uno y seis años de prisión y multa de seis a doce meses (art. 250.1). Siendo un delito continuado la pena ha de moverse entre tres años y seis meses y seis años de prisión. La agravante de reincidencia nos obliga a su vez a situarnos en la mitad superior de esa horquilla, estimándose ponderada a la vista de la multiplicidad de antecedentes penales, y de la cuantía muy cercana a los 50.000 euros que arrastrarían un importante incremento penológico, llegar al máximo previsto (seis años). La multa se fija en doce meses con la misma cuota establecida en la sentencia de instancia, en virtud de los mismos criterios.

CUARTO.- Han de mantenerse las responsabilidades civiles acordadas en la instancia que en un sentido amplio pueden considerarse derivadas del delito en su integridad.

FALLO

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

1.- Sustituir la duración de la pena privativa de libertad por SEIS AÑOS y la de la MULTA por DOCE MESES con igual cuota.

2.- Absolver a la mercantil Fernández Olegario S.L. del delito de estafa/apropiación indebida por el que venía siendo acusada quedando sin efecto tanto la multa de 309.444 euros (trescientos nueve mil cuatrocientos cuarenta y cuatro euros), como su decretada disolución.

3.- Declarar de oficio la mitad de las costas de la instancia.

En el resto se mantienen todos los pronunciamientos en cuanto sean compatibles con ésta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Monterde Ferrer Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Carmen Lamela Díaz