

Roj: **STS 681/2013 - ECLI:ES:TS:2013:681**Id Cendoj: **28079120012013100122**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/02/2013**Nº de Recurso: **392/2012**Nº de Resolución: **100/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BI 2361/2011,**
STS 681/2013,
AATS 2539/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Febrero de dos mil trece.

En el recurso de Casación por infracción de Ley interpuesto por **Carlos Manuel** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, con fecha quince de Noviembre de dos mil once, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado **Carlos Manuel**, representado por la Procuradora Doña Isabel Alicia Mota Torres y defendido por la Letrado Doña María del Mar Santiago Ollero. En calidad de parte recurrida, la acusación particular **Asunción**, representada por la Procuradora Doña Lucía Vazquez-Pimentel Sánchez y defendida por el Letrado Don Alejandro B. Kondi.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 10 de los de Bilbao, instruyó las diligencias Previas de Procedimiento Abreviado con el número 203/2.010, contra **Carlos Manuel**, y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª, rollo 32/2011) que, con fecha quince de Noviembre de Marzo de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" **Carlos Manuel**, nacido el día NUM000 de 1962, nacionalidad española, con número de D.N.I. NUM001, sin antecedentes penales, se encontraba separado de hecho desde el día 27 de enero de 2010 de **Asunción** .

*Ambos cónyuges eran cotitulares de diversas cuentas bancarias, entre ellas la cuenta número NUM002, abierta en la Caja Laboral e **Carlos Manuel** el día 29 de enero de 2010 ordenó una transferencia a esa cuenta por importe de 58.157 euros a la cuenta número NUM003, de la misma cantidad y de la que también eran titulares ambos esposos.*

*El mismo día 29 de enero de 2010, con 59.000 euros que sacó de la última de las cuentas indicadas, **Carlos Manuel** abrió también en Caja Laboral una cuenta a plazo fijo con número NUM004, que canceló el día 8 de febrero de 2010, siendo abonado su importe en la cuenta número NUM005 de exclusiva titularidad de aquel.*

*Asimismo, los días 11 de febrero y 10 de junio de 2010, **Carlos Manuel** sacó de la cuenta número NUM005 antes referida, las cantidades de 58.000 y 1.000 euros respectivamente, que gastó en su totalidad"(sic).*

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:



"Que condenamos a Carlos Manuel a la pena de DOS AÑOS de prisión como autor de un delito de apropiación indebida ya definido, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al abono de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Asimismo indemnizará a D^a. Asunción en la cantidad de 29.500 euros con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "(sic).

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por **Carlos Manuel** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el correspondiente recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por Carlos Manuel , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1 y único.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículo 252 en relación con el 249, ambos del Código Penal .

Quinto.- Instruidos la parte recurrida y el Ministerio Fiscal, interesan la inadmisión a trámite del recurso interpuesto, por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día siete de Febrero de dos mil trece.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de apropiación indebida a la pena de dos años de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En un único motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la indebida aplicación de los artículos 252 y 249 del Código Penal . Sostiene que los hechos probados no constituyen el delito por el que ha sido condenado, pues no es delito cualquier irregularidad en la gestión de la sociedad de gananciales. No reconoció que buscarse sustraer ese dinero y apropiarse de él, ya que podía disponer libremente del mismo. Tampoco se puede acreditar que las cantidades retiradas por el recurrente fueran en su totalidad pertenecientes a la comunidad de gananciales, e incluso pudiera suceder que la cantidad retirada no excediera de la parte que le correspondiera en esa sociedad, pues no se ha practicado liquidación alguna. Por todo ello, afirma que no puede afirmarse la ajenidad de la cosa. Sostiene que la cuestión debió dirimirse en vía civil. Niega igualmente el ánimo de lucro y el dolo.

1. El delito de apropiación indebida, configurado en el Código Penal vigente como un delito contra el patrimonio, requiere, como repetidamente ha expresado la doctrina jurisprudencial de esta Sala, «la existencia concatenada de cuatro elementos: a) recepción por un sujeto activo de dinero, efectos, valores u otra cosa mueble o activo patrimonial, recepción que se produce de forma legítima, b) que ese objeto haya sido recibido, no en propiedad, sino en virtud de un título jurídico que obliga a quien lo recibe a devolverlo o a entregarlo a otra persona, c) que el sujeto posteriormente realice una conducta de apropiación con ánimo de lucro o distracción dando a la cosa un destino distinto y d) esta conducta produce un perjuicio patrimonial a una persona» (STS núm. 153/2003, de 8 febrero y STS nº 915/2005).

Igualmente ha señalado, STS nº 915/2005 antes citada, que *"... cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada "*.

2. En el caso, el Tribunal ha declarado probado que el recurrente extrajo determinadas cantidades de cuentas corrientes de titularidad de ambos cónyuges, haciéndolas suyas. Y que lo hizo pocas fechas después de que se iniciara la separación de hecho entre ambos cónyuges y luego de obligar a su esposa a abandonar el domicilio conyugal.

La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que es posible la existencia de un delito de apropiación indebida en el marco de una sociedad matrimonial de gananciales, desde el Pleno no jurisdiccional celebrado el 25 de octubre de 2005, en el que se acordó que «el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la



comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal ».

La STS nº 1013/2005, subsiguiente al señalado Pleno, señaló que " *La sociedad de gananciales se integra por los bienes obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges; sus frutos, rentas o intereses; etc., de acuerdo al art. 1347 del Código civil. Los cónyuges, salvo pacto expreso, ostentan facultades de administración de la sociedad de gananciales (art. 1375 CC), necesitando el consentimiento, expreso o tácito, anterior o posterior, del otro cónyuge para la realización de disposiciones sobre esos bienes (art. 1377). Sobre los gananciales existe una expectativa de atribución por mitad de los mismos, al tiempo de la disolución (art. 1344) (STS, Sala I, 12.6.1990). La sociedad de gananciales es la titular de los bienes y los esposos son considerados terceros respecto a esa masa común, disponiendo, los arts 1362 y ss. del CC. las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es decir, las atribuciones a que deben dedicarse los bienes gananciales a través de los administradores. Es decir se trata de una masa patrimonial, ajena a la propiedad de cada esposo, respecto a la que los esposos tienen facultades de administración en los términos dispuestos en el Código civil* ".

Por lo tanto, se entiende que respecto a los bienes integrados en la sociedad de gananciales ambos cónyuges tienen facultades de administración en la forma, con las limitaciones, con las facultades, y para las finalidades establecidas en el Código Civil, en el que se prevé expresamente que los actos de disposición a título oneroso requerirán el consentimiento de ambos (artículo 1377 Código Civil).

Ninguna de esas normas permiten a uno de los cónyuges hacer exclusivamente suyos los bienes gananciales, en perjuicio de la sociedad y del otro cónyuge. Como se afirma en la sentencia citada, en un supuesto similar, " *La conducta del acusado es la de un administrador infiel que abusando de su cargo con respecto a los bienes gananciales que administra los distrae de su destino, en los términos que resultan del Código civil, en perjuicio de la masa ganancial y, a la postre, de la cónyuge* ". Todo ello, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal que la excluye en los supuestos de cónyuges separados de hecho.

En cuanto a la necesidad de una previa liquidación, la jurisprudencia la ha admitido en aquellos casos en los que las circunstancias la hicieran necesaria. Pero de la sentencia impugnada se desprende que, partiendo de que todos los bienes corresponden a la sociedad de gananciales y que a su disolución se repartirían por mitad entre ambos cónyuges, no se ha realizado ni intentado ningún acto de compensación que pudiera conducir a atribuir al recurrente la titularidad exclusiva de las cantidades de las que dispuso.

3. Cuestiona el recurrente la existencia de dolo y de ánimo de lucro. Respecto del primero, es claro que el recurrente sabía que las cantidades que retiró e hizo suyas se encontraban en cuentas corrientes de la titularidad compartida, por lo que no se trataba de bienes privativos. Tampoco consta en la sentencia ningún elemento probatorio encaminado a acreditar esa condición. La afirmación según la cual creía que podía disponer como lo hizo no tiene más apoyo que su misma formulación.

Y en cuanto al ánimo de lucro, resulta con indiscutible claridad de la conducta del acusado, que extrajo las cantidades y luego las gastó.

En consecuencia, el único motivo del recurso se desestima.

III. FALLO

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación procesal del acusado **Carlos Manuel** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, con fecha 15 de Noviembre de 2.011, en causa seguida contra el mismo, por delito de apropiación indebida. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.