



Roj: **STS 7664/2007 - ECLI:ES:TS:2007:7664**

Id Cendoj: **28079120012007100963**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2007**

Nº de Recurso: **616/2007**

Nº de Resolución: **988/2007**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JOSE ANTONIO MARTIN PALLIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Barcelona, Sección 8ª, 17-01-2007,
STS 7664/2007**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Noviembre de dos mil siete.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma, interpuesto por los procesados Gaspar , Juan Ignacio , Carolina , Plácido y Constantino , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª, que los condenó por delito de apropiación indebida. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando los procesados recurrentes representado por el Procurador Sr. Castillo Sánchez; ha comparecido como recurrida Erica , representada por el Procurador Sr. Juanas Blanco. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Arenys de Mar, instruyó Diligencias Previas con el número 167/2004, contra Gaspar , Juan Ignacio , Carolina , Plácido Y Constantino y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª que, con fecha 17 de enero de 2007, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Declaramos probado que Erica y el acusado Gaspar , mayor de edad y sin antecedentes penales, iniciaron en el año 1998 una relación de noviazgo, con convivencia incluida, que perduró hasta finales del mes de noviembre de 2003.

Que durante el verano de ese año 2003, la pareja había encargado a un primo del acusado, Alvaro , la compra en la localidad de Sort (Lleida) de un décimo de lotería para el sorteo que había de celebrarse en Madrid el 22 de diciembre de aquel año, encargo que cumplió el referido Alvaro , haciendo entrega del billete del décimo al acusado Gaspar abonando éste a aquél su precio de veinte euros con dinero procedente de los fondos comunes que desde el inicio de la relación compartían los novios, independientemente de la fuente e importe de los ingresos respectivos.

En el sorteo referido salió agraciado con el primer premio el número 42.473, cuya fracción 9º de la serie 121 se correspondía con la participación adquirida para el acusado Gaspar y su novia Erica , cuya tenencia había sido mantenida por el acusado después de la separación de la pareja. El valor del premio para la participación adquirida era de 200.000 euros. Que en la Nochebuena siguiente al sorteo Erica llamó por teléfono al acusado Gaspar con el fin confirmar el premio y tratar del cobro de su parte, hablando ya en esa ocasión con su padre, el también acusado Juan Ignacio , mayor de edad y sin antecedentes penales, quien emplazó a Erica para el día siguiente en que se podría en contacto con ella para tratar el tema.

Que el día 26 ó 27 de diciembre el referido Juan Ignacio y su esposa, la también acusada Carolina , mayor de edad y sin antecedentes penales, acudieron al domicilio de Erica , manifestándola que la correspondía una



sexta parte del premio total asignado a la participación adquirida, atendido que el décimo premiado, según la refirieron, había sido integrado por Gaspar en un fondo común constituido entre los acusados Juan Ignacio, padre e hijo, Carolina y su hijo Plácido y también Constantino, ambos igualmente acusados, mayores de edad los dos y sin antecedentes penales; fondo al que cada uno de los integrantes habría aportado un décimo adquirido por cada uno de ellos en distintos lugares, correspondientes al mismo sorteo, y en que únicamente habría resultado premiado el aportado por Gaspar, argumentando ya entonces el acusado Juan Ignacio que los cinco integrantes del fondo habían decidido reconocer a Erica el derecho a una sexta parte del fondo, en lugar del derecho que le correspondería a la mitad de la quinta parte que habría de corresponder a su ex novio.

No se ha hecho prueba bastante de la constitución del fondo común al que los acusados pretenden llevar el premio obtenido por la participación en el nº 42.473. Pues bien, con el fin de efectuar el abono del importe correspondiente a esa sexta parte de las cuentas de Erica, ésta facilitó al acusado Juan Ignacio una copia de su DNI y un número de cuenta bancaria, quedando ya entonces en las dependencias de una entidad bancaria en la que se hizo la transferencia a su favor por un importe total de 33.333,33 euros.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: 1º.- Que debemos de CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Gaspar, Juan Ignacio, Carolina, Plácido y Constantino como autor material el primero y como cómplices los otros, penal y civilmente responsables todos de un delito de apropiación indebida, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en ninguno de ellos, a la pena, a Gaspar, de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y MULTA DE SEIS MESES con una cuota diaria de DIEZ (10) EUROS y una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; y a Juan Ignacio, Carolina, Plácido y Constantino a la pena, a cada uno de ellos, de SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y MULTA DE TRES MESES con una cuota diaria de DIEZ (10) EUROS, y una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

2º.- CONDENAMOS a los acusados Gaspar, Juan Ignacio, Carolina, Plácido y Constantino al pago en favor de Erica de la cantidad de SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON SESENTA Y SIETE CÉNTIMOS DE EUROS (66.666,67), más los intereses legales, obligación de pago que será principal y directa respecto del acusado Gaspar y subsidiaria la de los restantes acusados quienes, en su caso, responderán solidariamente entre ellos.

3º.- CONDENAMOS a los acusados Gaspar, Juan Ignacio, Carolina, Plácido y Constantino al pago conjunto y por iguales partes de las costas procesales causadas, incluidas las devengadas por la acusación particular.

Aprobamos el Auto de solvencia de fecha 7 de diciembre de 2005 referida a todos los acusados.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los procesados, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación de los procesados Gaspar, Juan Ignacio, Carolina, Plácido y Constantino, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849. 1 y 2, 851.1 y 852 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 252, 27 y 29 del Código Penal, y vulneración del principio de presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, del artículo 24. 2 y del derecho a la tutela judicial efectiva, del artículo 24. 1, ambos de la Constitución española, al amparo del artículo 5. 4 de la L.O.P.J.

SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 850, en relación con el 851.1, 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Procurador Sr. Juanas Blanco y el Ministerio Fiscal, por escritos de fecha 11 de Abril y 31 de Mayo de 2007, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron.

6.- Por Providencia de 10 de Octubre de 2007 se declaró el recurso admitido y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 12 de Noviembre de 2007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO Y UNICO.- Trataremos en un solo apartado la amalgama de cuestiones que se suscitan en un recurso estructurado de forma atípica.

1.- El motivo por quebrantamiento de forma debió ser rechazado en la fase de admisión. Pretende, por la vía del incumplimiento de formalidades esenciales, denunciar la indebida aplicación del artículo 21.6º del Código Penal por no haberse aplicado analógicamente la atenuante de dilaciones indebidas. Resulta imposible entrar en el análisis de la cuestión planteada por el cauce que ha elegido la parte que ha planteado el recurso.

2.- Sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. La sentencia maneja varias pruebas de carácter personal ninguna de las cuales ha sido declarada nula o ilícitamente adquirida. Tampoco se esgrime documento alguno que conste en la causa y que por la vía del error de hecho en la apreciación de la prueba pudiera determinar la equivocación del juzgador. Por ello, descartando la existencia vacío probatorio y de error documentalmente acreditado, nos centraremos, mas adelante, en la valoración de la prueba que es el núcleo de la presente causa.

3.- La invocación del derecho a un juicio con todas las garantías es una proposición hueca que carece de contenido ya que no sabemos donde se han vulnerado su derecho a la prueba, a la defensa o al debido proceso. Si lo que quiere decir es que no está conforme con los razonamientos de la sentencia, para ello disponemos del examen conjunto de la prueba que realizaremos en el apartado siguiente.

4.- Sobre la tutela judicial efectiva. Este es el punto crucial que deber ser tratado con detenimiento ya que la falta de motivación de los hechos y del veredicto condenatorio nos llevarían a la anulación de la sentencia por falta de fundamentación suficiente lo que, en cierto modo, enlazaría con la presunción de inocencia.

Para abordar sistemáticamente la cuestión debemos sistematizar el contenido del hecho probado, examinando cual es el soporte para configurar el delito de apropiación indebida por el que se formula la condena.

5.- Elementos de hecho. Consignaremos los siguientes:

a) El acusado y la denunciante mantuvieron una relación de hecho y de convivencia en común desde el año 1998 que duró hasta finales de Noviembre de 2003.

b) La pareja, en el verano de 2003, encargó a un primo del acusado la adquisición de un décimo de lotería nacional para el sorteo del 22 de Diciembre de 2003. Realizado el encargo el acusado abonó su importe con dinero procedente de los fondos comunes que, desde el inicio de su relación, compartían la pareja independientemente de la fuente e importe de los ingresos respectivos.

c) Una vez separada la pareja, el acusado mantiene la posesión del décimo que resultó premiado con el "gordo" de la Lotería de Navidad del 22 de Diciembre de 2003. El premio era de 200.000 euros.

d) La denunciante se pone en contacto con el acusado para cobrar su parte. Éste le remite a sus padres, que la visitan en su casa el día 26 o 27 de Diciembre.

e) En esta entrevista le comunican que le corresponde una sexta parte del premio ya que entre todos los acusados habían realizado un fondo común al que aportaron cada uno un décimo. El convenio pasaba por repartirse lo que tocara entre todos sus componentes. La acusada, según su versión, sólo tenía derecho a la sexta parte del premio del único décimo que había resultado premiado.

f) La sentencia declara probado que no hay prueba bastante de la existencia o constitución de un fondo común.

6.- Sobre la valoración de la prueba y la tutela judicial efectiva. En este punto la actividad desplegada por los redactores de la sentencia es intensa, manejando datos directos con los indicios que se desprenden de los demás elementos de prueba existentes en la causa.

Nadie discute la existencia de la relación de hecho ni la forma en que se adquirió el décimo. La cuestión nuclear gira en torno a la constitución del fondo común. Es decir, sí se acredita que se formó con conocimiento y consentimiento de la denunciante, nada habrá que oponer a las tesis de la defensa.

La sentencia razona acertadamente que durante los cinco años que duró la relación, el régimen económico era asimilable al de la sociedad de gananciales que la sentencia califica como una comunidad de bienes sujeta a los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

Por ello no existe duda que los veinte euros que entregó el acusado a su primo para pagar el décimo de lotería, procedían del fondo común. De tal manera que si no se hubiera esgrimido la existencia de un depósito de cinco décimos, la mitad de los 200.000 euros pertenecían a la denunciante.



7.- Sobre la prueba de la existencia de un fondo de décimos de lotería la sentencia estima que se trata de una estratagema que se construye con posterioridad a la fecha del sorteo (22 de Diciembre de 2003) y que responde a un propósito de privar a la denunciante de la parte que le correspondía, debido a que en el mes de Noviembre se había producido la separación de la pareja.

La sentencia se vale para ello de indicios relevantes, adecuadamente valorados y lógicamente entrelazados. En primer lugar, no existe ni la menor constancia testifical, ni por supuesto documental, que acrediten que la puesta en común de los décimos, se fragua antes de la separación de la pareja. Asimismo tampoco existe prueba de que, desde Noviembre de 2003, hasta la fecha del sorteo se pueda acreditar que quizás como represalia o por cualquier otro motivo se hubiera decidido poner en común los décimos con participación de dos personas ajenas al círculo familiar.

En todo caso, para esta decisión era necesario el consentimiento de la denunciante, copartícipe del décimo, que después resultó premiado. Ninguna prueba testifical o documental directa o indirecta puede acreditar que la denunciante diera su aquiescencia a esta decisión.

Resulta especialmente revelador, el hecho de que los componentes del fondo de lotería no supiesen, ninguno de ellos, ni el lugar de compra ni el número del décimo que decían haber aportado y mucho menos que alguien se hiciese cargo del depósito.

En consecuencia, la Sala termina razonando que todo fue una maniobra posterior al premio con objeto de privar a ésta de la parte que realmente le correspondía.

8.- Sobre la existencia de los componentes o elementos integrantes del delito de apropiación indebida.

El acusado era el depositario de un título al portador con expectativas de ser agraciado con una cantidad de dinero, lo que le obliga en cumplimiento de su condición, custodiar el décimo y hacerlo efectivo. Tratándose de un título compartido proindiviso, una vez cobrado, su condición de depositario se convertía también en el de gestor del cobro y responsable del reparto.

Lejos de cumplir estas obligaciones urde una trama, en cierto modo ingeniosa, que consiste esgrimir un imaginario fondo de lotería, muy habitual en esos sorteos, para así defraudar las legítimas expectativas y derechos de la denunciante a la mitad de lo que le correspondía.

Nos encontramos ante una operación de apoderamiento, en beneficio propio y perjuicio ajeno, lo que integra el elemento subjetivo del ánimo de lucro.

9.- En cuanto a los que han sido condenados como cómplices, es evidente que su participación es relevante e incluso insustituible en la trama montada para privar a la denunciante de parte de sus derechos. No en vano fueron acusados de cooperadores necesarios, condición que no apreció la Sala sentenciadora.

Ahora bien, la complicidad se manifiesta como penalmente relevante cuando se actúa o colabora con actos anteriores o simultáneos a la ejecución del delito. En este caso, es crucial y determinante fijar, aunque sea aproximadamente, el momento en que surge la idea delictiva del apoderamiento. El momento inicial debemos situarlos necesariamente en la fecha del sorteo ya que es evidente que si el décimo no hubiera resultado premiado no estaríamos ante este proceso penal.

Admitiendo como fecha final del proceso delictivo, el 26 ó 27 de Diciembre, día en el que la sentencia declara probado que se produjo la entrevista de los padres del acusado con la denunciante para decirle que existía un fondo de lotería y que sólo le correspondía una sexta parte.

10.- Es evidente que para consumir el propósito apropiatorio era necesaria la colaboración instrumental de los cuatro acusados. Ante el silencio creemos que actuaron despojados de cualquier ánimo de lucro, dato al que nunca se hace referencia en la sentencia. Difícilmente se puede considerar su complicidad sino en la construcción del imaginario fondo. Ello supone un ánimo apropiatorio del acusado que decidió apoderarse de una parte del premio que no le correspondía, consumando su propósito en la fecha en que negó a la denunciante el pago de la mitad y le dijo que hablara con sus padres.

11.- A los condenados por colaborar en el montaje de la operación que trata de consumir la apropiación se les condena como cómplices, habiendo sido acusados, como se ha dicho, de cooperadores necesarios, lo que nos obliga a examinar la adecuada calificación de su aportación al hecho delictivo que estamos examinando.

El cómplice aporta al hecho delictivo en la fase de preparación o, en casos, en la fase de ejecución. Se caracteriza por un protagonismo secundario que no es imprescindible, en sí mismo, para la ejecución del hecho delictivo pero facilita o contribuye a su más fácil y perfecta ejecución.



El elemento cronológico de la aportación o contribución a la causa criminal es importante ya que el Código Penal exige la colaboración con actos anteriores o simultáneos, nunca posteriores a la ejecución ya que en este caso nos situaríamos en el espacio que anteriormente se reservaba a los encubridores genéricos y ahora se circunscribe a la figura específica del encubrimiento de los artículos 300 y siguientes.

La jurisprudencia de esta Sala ha deslindado con perfección los puntos de contacto entre la cooperación necesaria y la complicidad. Por todas, citaremos la Sentencia de 2 de Septiembre de 2003 en la que se dice que debe apreciarse la cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido. Es decir, cuando se colabora de una manera decisiva de tal modo que sin esta aportación el delito sería difícilmente o imposible de cometer.

El cooperador necesario acredita su imprescindibilidad cuando dada la estructura del hecho delictivo se puede sostener, sin vacilaciones, que si retira su aportación, la ejecución es imposible.

En el caso que nos ocupa, es incuestionable que si los cooperantes no se prestan a montar el artificio del fondo de reparto de décimos, en el caso de que tocase algún premio, la apropiación hubiera devenido imposible por lo que su aportación no es secundaria ni de carácter accidental como sostiene la sentencia recurrida.

En consecuencia, y no pudiendo retrotraerse las actuaciones al momento de dictar sentencia nos encontramos ante la necesaria casación de la complicidad atribuida, sin que podamos aplicarles la cooperación necesaria o coautoría que se solicitaba por las acusaciones.

Por lo expuesto los motivos deben ser estimados parcialmente

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Gaspar , Juan Ignacio , Carolina , Plácido y Constantino , casando y anulando la sentencia dictada el día 17 de Enero de 2007 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª en la causa seguida contra los mismos por un delito de apropiación indebida. Declaramos de oficio las costas causadas. Comuníquese esta resolución, y la que a continuación se dicte, a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Julián Sánchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. José Antonio Martín Pallín

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Noviembre de dos mil siete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 4 de Arenys de Mar, con el número 167/2004 contra Gaspar , Juan Ignacio , Carolina , Plácido Y Constantino , en libertad provisional por la presente causa, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 17 e nero de 2007, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, que hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Se da por reproducido el fundamento de derecho primero y único de la sentencia antecedente, siendo necesaria la casación de la complicidad atribuida a los condenados y debiendo mantener la autoría principal del delito.

FALLAMOS:

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Juan Ignacio , Carolina , Plácido y Constantino , como cómplices, del delito de apropiación indebida por el que venían acusados. Declaramos de oficio las costas de la instancia que a los mismos les correspondía.



Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Julián Sánchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. José Antonio Martín Pallín

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ