

Roj: **STS 3517/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3517**Id Cendoj: **28079120012015100506**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/07/2015**Nº de Recurso: **2191/2014**Nº de Resolución: **510/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Julio de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del **acusado Aurelio**, contra Sentencia 312/14, de 14 de octubre de 2014 de la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictada en el Rollo de Sala núm. 22/14 dimanante de las D.P. núm. 766/10 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Algeciras, seguidas por delitos de estafa y apropiación indebida contra mencionado recurrente; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo partes: el Ministerio fiscal, el acusado recurrente representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Jesús Martín López y defendido por el Letrado Don José Ángel Sánchez Grau, y como recurrido la Acusación particular Don Estanislao representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Patricia Martín López y defendido por la Letrada Doña Georgina Mendoza Gutiérrez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Algeciras incoó D.P. núm. 766/10 por delitos de estafa y apropiación indebida contra **Aurelio**, y una vez concluidas las remitió a la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz, que con fecha 14 de octubre de 2014 dictó Sentencia núm. 312/14, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Que el acusado D. Aurelio mayor de edad y sin que consten antecedentes penales, el 22 de abril de 2009, firmó un contrato con D. Estanislao -en su calidad e administrador de la entidad Dogma Comunicación dedicada al servicio de publicidad-, en virtud del cual se comprometía a asumir el traspaso de la actividad que le cedería el Sr. Estanislao, quien dejó en las instalaciones, y en poder del acusado, una máquina digital Mutoh Toucan 162, que el Sr. Estanislao, adquirió a D. Martin, en la cantidad de 6000 euros.

Que, a cuenta del futuro contrato de traspaso, el acusado, entregó el 2 de julio de 2009, la cantidad de 3000 euros.

Que, el Sr. Aurelio no llegó a formalizar el esperado contrato de traspaso, no dando razón de la máquina Mutoh Toucan 162, que le fue entregada por el Sr. Estanislao."

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

"Que debemos condenar y condenamos al acusado Aurelio como responsable en concepto de autor de un delito de reparación indebida del art. 252 del C.penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de prisión de un año con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

El citado acusado indemnizará a Don Estanislao en la cantidad de tres mil euros.



Procede imponer al acusado la mitad de las costas causadas incluidas las de la acusación particular, se declaran de oficio la otra mitad de las costas."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación legal del **acusado Aurelio**, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Aurelio, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Se funda en el núm. 2 del art. 849 de la LECrim., consistente en error de hecho padecido en la apreciación de las pruebas resultantes de los particulares enumerados, documentos que demuestran la equivocación del juzgador, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, que no resultan contradichos por otras pruebas.

2º.- Se funda en el núm. 2 del art. 849 de la LECrim., consistente en error de hecho padecido en la apreciación de la prueba resultante de los particulares enumerados, documentos que demuestran la equivocación del juzgador, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, que no resultan contradichos por otras pruebas.

3º.- Se funda en el núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 252 del C. penal, ya que consideramos que no concurren los presupuestos del delito de apropiación indebida.

4º.- Se funda en el núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 252 de la C. penal, ya que consideramos que no concurren los presupuestos del delito de apropiación indebida.

5º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la CE, principio de presunción de inocencia, conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia.

6º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la CE, principio de presunción de inocencia.

QUINTO.- Es **recurrido** en la presente causa la Acusación particular ejercitada por Don Estanislao que se persona por escrito de fecha 1 de noviembre de 2014.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución y solicitó la inadmisión del mismo, por las razones expuestas en su informe de fecha 5 de febrero de 2015; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 14 de julio de 2015, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Algeciras, condenó a Aurelio como autor criminalmente responsable de un delito de apropiación indebida, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación el aludido acusado en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos se formalizan por «error facti» al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por el primero, el autor del recurso reprocha que la sentencia recurrida señale que el acusado firmó un contrato de promesa de traspaso que, en realidad, no fue así. En el segundo motivo, el recurrente se queja de que se declare probado que «a cuenta del futuro contrato de traspaso, el acusado entregó en fecha 2 de julio de 2009 la cantidad de 3.000 euros».

Tiene razón en cuanto a la primera parte de su queja casacional, puesto que el denominado "Contrato de Traspaso de Negocio", redactado con fecha 22 de abril de 2009, no se encuentra firmado por ninguna de las partes, ni por el aludido Aurelio como cesionario, ni por Estanislao como representante de la entidad cedente (Dogma Comunicación, S.L.). Pero como veremos más adelante, la Sala sentenciadora de instancia ha tomado tal documento y fecha como el inicio de una serie de negociaciones entre las partes para hacerse con el negocio propiedad del Sr. Estanislao. De otro lado, la falta de firma lo que conlleva es que no pudo haber traspaso de propiedad de los bienes que se encontraban en el local de negocio que ocupaba el ahora recurrente, en tanto que no se llegó a plasmar por escrito tal compraventa, a lo sumo, como dice la Audiencia, un futuro compromiso de venta del negocio.



Con respecto a la fecha de la entrega, no existe documento que contradiga lo expuesto por la Audiencia, pues ésta lo extrae de las propias manifestaciones tanto del acusado como del denunciante. En efecto, se lee en la resolución judicial recurrida que «el acusado abonó al Sr. Estanislao a cuenta del futuro traspaso, la cantidad de 3.000 euros, extremo éste que igualmente reconocen ambas partes».

Esa cantidad de dinero es tomada por la Audiencia como parte de aminoración del perjuicio producido a la parte querellante.

TERCERO.- En los motivos tercero y cuanto, formalizados al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente denuncia la indebida aplicación del art. 252 del Código Penal, relativo al delito de apropiación indebida.

El *factum* relata que ambas partes suscribieron una promesa de traspaso de la empresa, que conllevaba la cesión de una serie de bienes, y además, en el local se encontraba una máquina Mutoh Toucan 162 que el Sr. Estanislao había adquirido a un tercero por importe de 6.000 euros, sin que el acusado dieran razón -del paradero- de tal máquina, que sin embargo le fue entregada por el mismo.

Dice el autor del recurso que tal máquina ya formaba parte del inventario de bienes que se encontraba en el Anexo que figura junto al documento correspondiente al contrato de traspaso de negocio; sin embargo, no es así, pues en tal documento se lee: "Máquina Mutho 160", lo que, a falta de otra explicación, debe entenderse como una máquina distinta.

Alega también que se trata de una compraventa de muebles, cuyo contrato ya estaría perfeccionado, y por tanto, el recurrente habría adquirido la propiedad de tal máquina, lo que neutralizaría el delito de apropiación indebida.

Pero, con independencia de que la máquina no es la misma que la que se expresa en el listado referido, el tema discutido es el título mediante el cual el acusado poseía la referida máquina que hizo desaparecer.

Dice el censurante que se trata de una venta de bienes muebles con entrega de dinero a cuenta, por lo que la máquina se ha incorporado al patrimonio del acusado sin que tenga obligación de devolverlo.

Sin embargo, la Audiencia descarta tal título en su propia fundamentación jurídica en tanto que señala que "el imputado conocía perfectamente que no podía disponer de la maquinaria, al no pertenecerle en propiedad...".

Y aunque ciertamente no realiza una calificación explícita del título que ostentaba el acusado merced al cual podía detentar legítimamente la máquina en cuestión, es lo cierto que no lo era en propiedad, como se ocupa de descartar la Audiencia, y únicamente su posesión estaba justificada por el depósito, pues aun en el caso hipotético, no contemplado siquiera por la Sala sentenciadora de instancia, que hubiera sido socio en cualquier momento de tal entidad mercantil - y desde luego, ningún documento acredita tal condición-, pero aun en ese caso no podría "hacerla desaparecer" de forma unilateral y sin contar con ningún tipo de poder de administración, «no dando razón de la máquina "Mutoh Toucan 162", que le fue entregada por el Sr. Estanislao». Aun así, la sentencia recurrida se ocupa de señalar como singularidad que tal máquina no pertenecía al haber social de Dogma Comunicación, S.L. por haber sido adquirida por Estanislao, a título particular, conforme figura en la documental obrante en autos.

En consecuencia, el título mediante el cual ostentaba la posesión de la cosa mueble el acusado es de aquellos que obligan al tenedor a entregarla o devolverla, y al no haberlo hecho así, es evidente que se ha apropiado indebidamente de la misma o de su contravalor, al no dar explicaciones acerca de qué hizo con ella.

Y de cualquier forma, a pesar de las alegaciones del recurrente, que cita el art. 1775 del Código Civil, éste obliga al depositario a devolver la cosa cuando le sea reclamada por el depositante, lo que en el caso consta sobradamente, al punto de que hubo este último de interponer una denuncia por tal apropiación indebida.

CUARTO.- Los dos últimos motivos se formalizan por la vía autorizada en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando como infringida la presunción de inocencia del recurrente, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna.

La prueba que ha tenido en consideración la Audiencia ha sido de carácter personal y documental, de forma amplia. No puede mantenerse que no ha existido prueba de cargo. De tales fuentes, el Tribunal sentenciador ha tenido por acreditados los elementos fácticos que se narran en el *factum* de la resolución judicial recurrida, y también los datos de este orden que se ponen de manifiesto en la fundamentación jurídica de la Audiencia.

El elemento subjetivo, el dolo, se deduce de tal tenencia (de la máquina) y de la falta de explicaciones acerca de qué hizo con ella, y de la admisión que se hace por parte del autor del recurso acerca de que supuestamente vendida como chatarra «cometió el error de no exigir documentos probando dicha realidad». Máxime cuando se expresa también -sin ningún fundamento- que el acusado «siempre actuó bajo el absoluto convencimiento



que los escasos enseres y la vetusta maquinaria en desuso le pertenecían, en parte por el abandono de la empresa por el querellante y en parte por la gratuidad de la venta de su parte y los trabajos realizados», lo cual significa que el recurrente actuó con el convencimiento de que tenía derecho a ella por su trabajo para la sociedad, lo que neutraliza el motivo, en tanto conocía tal tenencia, y por lo demás, no puede realizarse de forma unilateral, dando lugar en caso contrario al delito por el que ha sido condenado en la instancia.

Por las razones expuestas, esta censura casacional no puede prosperar.

QUINTO.- Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales al recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** recurso de casación interpuesto por la representación legal del **acusado Aurelio** , contra Sentencia 312/14, de 14 de octubre de 2014 de la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz . Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Ana Maria Ferrer Garcia

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