

De la apropiación indebida.

Exegesis Jurisprudencial

J. HIJAS PALACIOS
Magistrado del Tribunal Supremo

CONSIDERACIONES PRACTICAS EN ORDEN AL CODIGO PENAL

INTRODUCCION

La dinámica de los tiempos en que vivimos exige del profesional tener a su mano un instrumento útil de trabajo, que en breve resumen le ofrezca el cuadro más completo de las soluciones que necesite para cada caso concreto.

Por eso esta serie de artículos y comentarios al Código Penal tienden a ofrecer al Jurista la solución rápida de sus consultas, con base de cuadros esquemáticos de todas aquellas resoluciones más modernas del Tribunal Supremo sobre cada uno de los problemas planteados. E inmediatamente, tras la solución esquemática, la solución «in extenso» desarrollada por la doctrina jurisprudencial.

Tienden, pues, estas líneas a afrezer a través de cada artículo del Código Penal, su exégesis jurisprudencial, primero en forma concisa, luego con detalle y apoyo en las sentencias más significativas, destacadas y modernas del Tribunal Supremo, con algún aporte doctrinal cuando fuere menester para que el Jurista se mueva con seguridad en cada una de las materias consultadas.

Si tras ahorrar tiempo, contribuimos a que se muevan los estudiosos prácticos del Código con firmeza, habremos logrado el objetivo propuesto, además de poner al alcance del Jurista un instrumento que sea auténticamente práctico y eficaz en su tarea.

Artículo 535. De la apropiación indebida.

«Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528 y, en su caso, con las del 530, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión, administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.»

«Las penas se impondrán en el grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario.»

INDICE JURISPRUDENCIAL

I. EVOLUCION LEGISLATIVA:

Códigos de 1822, 1848, 1870, 1932 y 1944: Sentencia número 1.

II. REQUISITOS GENERALES:

- A) 1. Posesión legítima del agente.
 - 2. Dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble.
 - 3. Recibidas en depósito, comisión, administración.
 - 4. Con ciertas facultades de autónoma disposición.
 - 5. Sin cancelación restitutoria o no restitución.
 - 6. Por abuso de confianza, rompiendo lealtad por acto ilícito.
 - 7. Animo de lucro defraudatorio.
 - 8. Con el correlativo perjuicio.
 - 9. Incorporándola, antijurídicamente, al patrimonio del agente.
- B) 1. Posesión legítima de las cosas.
 - 2. Trocada en propiedad antijurídica.
 - 3. Infidelidad en la custodia o mandato.
 - 4. Mediante enajenación, gravamen, cesión.
Sentencias números 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 88.

III. DOS ETAPAS EN SU PERFECCION:

- 1.º Contrato civil o mercantil válido, con base en la confianza.
- 2.º Actuación antijurídica.
Sentencias números 15, 16, 17.

IV. RESUMEN DE LOS REQUISITOS DEL DELITO:

- 1. Lucro ilícito.
- 2. Abuso de confianza.
Sentencias números 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24.
Sentencia número 24 bis.
- 3. Esta confianza no es la personal.

V. MODALIDADES:

- 1. Es modalidad específica de la estafa.
- 2. Puede ser:
 - a) apropiarlas.
 - b) distraerlas.

- c) **negar haberlas recibido.**
Sentencias números 25, 26, 27.

VI. ANIMO DE LUCRO:

- 1. **Se presume, como en todo delito.**
- 2. **Es elemento de la acción, más que de la culpabilidad.**
- 3. **Dolo esencial es el abuso de confianza.**
Sentencias números 28, 29, 29 bis, 30.

VII. SEMEJANZA CON LA MALVERSACION:

Sentencia número 31.

VIII. TITULOS POR LOS QUE SE DAN LAS COSAS:

- 1. **Dueño.**
- 2. **Poseedor.**
- 3. **Mero deñentador del dominio útil.**
Sentencias números 32, 33, 34.
- 4. **Casos de duda: 35.**

IX. CONTRATOS POR LOS QUE SE RECIBEN:

- 1. **Depósito.**
- 2. **Comisión.**
- 3. **Administración.**
- 4. **Cualesquiera otros títulos.**
 - a) **con obligación de entregar o devolver.**
 - b) **negar haber recibido las cosas.**
Sentencia número 36.
- 5. **La enumeración del Código es enunciativa o abierta.**
Sentencias números 37, 38, 39.

X. DEPOSITO:

- 1. **Empleados con misión de custodiar: Sentencia número 40.**
- 2. **Arrendatarios de coche: Sentencia número 41.**
- 3. **Usufructo de tractor: Sentencia número 42.**
- 4. **Ventas a plazos con reserva de dominio: Sentencias números 43, 44, 45, 46.**
- 5. **Bancos de descuento, depósito irregular: Sentencia número 47.**
- 6. **Procuradores de Tribunales: Sentencia número 48.**

XI. COMISION:

- 1. **Comisión mercantil: Sentencias números 49, 50, 51, 52, 53.**
- 2. **Apoderamiento de muestrarios: Sentencia número 54.**
- 3. **Comisión de venta: Sentencia número 55.**

XII. ADMINISTRACION:

1. **Presidentes y Secretarios de Consejo de Administración:** Sentencia número 56.
2. **Gerentes de Empresas:** Sentencia número 57.
3. **Gestores de Cooperativas:** Sentencias números 58, 59, 60.
4. **Condominio. Cuándo un condominio es administrador o depositario:** Sentencia número 61.
5. **Sociedad.—Si un socio es administrador:** Sentencias números 62, 63, 64, 65.

XIII. OTROS TITULOS:

1. **En traspaso de local:**
 - a) el precio del traspaso.
 - b) si el arrendador ejerce el derecho de tanteo.
 - c) el arrendatario tiene obligación de devolver: Sentencia número 66.
2. **Prestaciones de la Seguridad Social:** Sentencia número 67.
 - a) no abordar al beneficiario: Sentencia número 68.
 - b) retenida la cuota obrera por la Empresa.
 - c) si no la ingresa en el Instituto Nacional de Previsión: Sentencia número 69.
3. **Décimo de lotería:**
 - a) luego premiado.
 - b) sobre el valor del décimo.
 - c) la esperanza del premio: Sentencia número 70.
4. **Promoción viviendas y Ley 27 julio 1968:**
 - 1) Incumplimiento de afianzar.
 - 2) De crear cuenta separada.
 - 3) No iniciar obras en plazo.
 - 4) No entregar obras en plazo.
 - 5) No devolución intereses.
 - 6) Insolvencia total.
Sentencias números 71, 72, 73, 74, 75, 76.

XIV. CONSUMACION DEL DELITO:

1. **En el acto de disposición de dinero o cosas.**
2. **Aunque posteriormente se devuelvan.**
3. **Sólo afectaría a la responsabilidad civil.**
Sentencias números 77, 78, 79, 80, 81, 82.
4. **Por medio de letras de cambio:** Sentencia 82 bis.

XV. COAUTOR DE APROPIACION:

1. **Aunque no se hayan recibido las cosas por los títulos indicados.**
2. **Se coopera a la apropiación del que las recibió.**
3. **Coautor necesario:** Sentencia número 83.

XVI. NO SE DA APROPIACION INDEBIDA:

1. Cuando hay pendiente liquidación de cuentas: Sentencias números 84, 85.
2. En arrendamiento de obras: Sentencia número 86.
 - a) si recibido el precio.
 - b) no se aplica a la obra.
 - c) habría incumplimiento civil: Sentencia número 87.

XVII. DIFERENCIAS DEL HURTO CON ABUSO DE CONFIANZA:

Apropiación: Necesita posesión previa. Recibir la cosa para un fin dejándolo de cumplir.

Hurto: No hay traspaso de la posesión. Las cosas tienen que ser sustraídas. Sin o contra la voluntad del dueño. Tomar cosas que no se poseían. Sentencias números 88, 89.

Los empleados con misión de custodia cometen apropiación, no hurto. Sentencia número 90.

XVIII. APROPIACIONES DE MERO USO:

- a) Es atípica.
- b) Porque no hay ánimo de retención definitiva.
- c) Siempre que conste de manera concreta.
- d) Que hay una simple morosidad. Sentencias números 91, 92, 93.

XIX. REINTEGRO POSTERIOR:

Sólo afecta a la responsabilidad civil. Sentencia número 94.

I. EVOLUCION LEGISLATIVA

1. Que el delito de apropiación indebida, confundido con frecuencia en la doctrina y en las legislaciones con el delito de estafa o con el de hurto, tuvo alguna manifestación de autonomía en el *Derecho histórico español*, como en la *Partida Quinta*, donde, con trascendencia meramente civil, en la Ley VII, de su título VII, se habla de «aquel que niega que recibió los condesijos» y con la terminología afrancesada o gala de «los abusos de confianza» adquirió sustantividad en el *Código Penal de 1822*, que le dedicó los artículos 773 a 779, perdiéndola después en el *Código de 1848*, donde una figura se incluyó en el artículo 441, núm. 1.º, entre las estafas y otras en el artículo 426, párrafo 2.º, entre los delitos de hurto y en los *Códigos de 1870 y 1932*, donde ocupaba el quinto número del artículo equivalente al actual 529 (548 y 523, respectivamente), reputándose por tanto como una figura de estafa, hasta que en el Código de 1944, aunque dentro de las defraudaciones se independizó de las dichas estafas, pasando a constituir un delito autónomo y a integrar el artículo 535, si bien con el «nomen», tomado del Derecho italiano, de apropiación indebida. (Sentencia de 25 de febrero de 1974.)

II. REQUISITOS GENERALES

2. Supone el delito de apropiación indebida: *una posesión legítima* otorgada sobre dinero, efectos o cosas muebles en favor del agente y recibida *por título* de depósito, comisión o administración u otro que produzca obligación de entregarlas o devolverlas, con ciertas facultades de autónoma disposición, que al llegar el momento de la *cancelación* restitutoria, *no se produce* como resultaba obligado, porque aquél, *abusando de la confianza* en él depositada y *rompiendo la lealtad debida, con ánimo de lucro defraudatorio* determinante del correlativo perjuicio, dando vida a un injusto enriquecimiento, la incorpora antijurídicamente a su patrimonio por acto de despojo impropio que transmuta definitivamente la posesión legítima en propiedad ilegítima con detrimento del verdadero dueño. (Sentencia de 30 de junio de 1970.)

3. *Contra el injusto enriquecimiento* que supone el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal se articula sobre la necesaria presencia de un *acto antecedente del sujeto pasivo* que en medio de su libre voluntad *transfiere su derecho de señorío, de mera tenencia o material posesión* sobre la cosa, al agente que la reciba en medio de ciertas facultades de autónoma disposición, precisamente en *posesión resolutoria* temporalmente y por uno de los *títulos* que señala la norma, *incumpléndose* posteriormente la normal *restitución*, porque por acto ilícito o de autoridad propia, prohibida, *transmota el sujeto activo su precaria posesión en dominio antijurídico* o adueñamiento, rompiendo la confianza depositada *con ánimo defraudatorio* y correlativo perjuicio, que significa un injusto despojo. (Sentencias de 1 de junio de 1970 y 3 de octubre de 1973.)

4. **Requisitos esenciales:** 1.º Que el sujeto activo del delito *reciba dinero*, efectos o cualquier otra *cosa mueble*, en calidad de *depósito, comisión, administración* o por cualquier otro título que le obligue a realizar cualquiera de los actos que se especifican a continuación. 2.º Que esta *obligación sea conservarlos o devolverlos* a la persona o entidad concreta y determinada. 3.º Que una vez en su poder el dinero o los efectos sobre los que recae el delito —con tenencia y posesión lícita en virtud de título obligatorio, aunque sin facultades de disposición—, el sujeto mediante *actuación antijurídica, se apropia o distrae lo recibido*, o niega haberlo recibido, interviniendo ánimo de lucro en semejante operación. 4.º Que la actuación dolosa del agente se causa o produzca un perjuicio ajeno; es decir, un quebranto patrimonial determinado o susceptible de determinarse. (Sentencias de 15 de junio de 1970, 19 de enero de 1971, 10 y 19 de mayo de 1972, 15 de junio de 1972 y 31 de enero de 1973.)

5. **Un vínculo jurídico básico. Contrato civil o mercantil.**—El texto del artículo 535 es de tan meridiana claridad que fluyen de su letra y de su espíritu, de manera natural aquellos requisitos que integran el delito de apropiación indebida y que, por orden de concreción en el tiempo se pueden

establecer así: 1.º Que el sujeto activo del delito esté *ligado por vínculo jurídico* con otra persona en virtud de títulos como el de depósito, comisión, administración o cualesquiera otros de donde dimanen sus obligaciones. 2.º Que en virtud de tales contratos *reciban* de la persona con la que se vincularon jurídicamente dinero, efectos o cualesquiera otra *cosa mueble*. 3.º Que *su obligación*, respecto de tales efectos, *sea la de conservarlos o devolverlos* a su dueño o *entregarlos* a persona o entidad, para fines concretos y determinados, que se derivan de la naturaleza del contrato. Hasta este punto *nos encontramos ante un contrato* civil o mercantil, válida y perfectamente constituido, por virtud del cual el depositario, comisionista, administrador u otro titular de obligaciones reciben y poseen las cosas lícitamente, porque se las entrega el titular legítimo que tiene facultades de desplazamiento de la posesión y haciendo uso de las mismas y descansando ordinariamente en la confianza propia de los contratos y relaciones jurídicas enumeradas, hace pasar aquéllas a los mismos con las limitaciones propias de la esencia de los contratos y con las obligaciones al conservar, devolver o entregar. Así cubierta esta primera etapa, de encaje jurídico adecuado, el sujeto activo del delito comienza su antijurídica actuación que desemboca en el 4.º de los requisitos precisos para la producción del delito: *Se apropia o distrae lo recibido o niega* que lo haya recibido convirtiendo así su posesión legítima en disposición antijurídica. 5.º Guiado, como es natural, del *ánimo de lucro*, elemento subjetivo de la culpabilidad. 6.º Produciendo un perjuicio patrimonial al dueño, poseedor o persona de quien recibió los efectos distraídos. (Sentencia de 20 de marzo de 1973.)

6. Un contrato laboral.—Que si el recurrente, como dicen los hechos, prestaba sus servicios a XXX en calidad de encargado del almacén de exportación y por tal título vendió en enero de 1972 dos camiones de uva de desecho por precio de 28.756 pesetas uno y 20.356 pesetas el otro, y en lugar de abonar su precio al dueño se quedó con el importe de la compraventa, es claro que se ha cometido el delito previsto y penado en el artículo 535 del Código Penal que inútilmente se combate, puesto que, en virtud del *contrato laboral que unía al encargado* con el dueño, aquél procede, con plenas facultades jurídicas, a la venta indicada y a la percepción del precio, y hasta este instante las relaciones son normales, desenvolviéndose en el campo del Derecho mercantil de acuerdo con la naturaleza del contrato que les vinculaba. En virtud de ello, el recurrente poseía tal precio legítimamente; más consecuencia de su conducta ilícita y antijurídica tuerce dolosamente el destino natural que al precio debía dar e interviniendo *lucro ilícito y abuso de confianza* procede a adueñarse del dinero, viciando la posesión legítima que transforma en propiedad antijurídica, con el consiguiente perjuicio para su legítimo dueño, cuya confianza recibida se ve defraudada por la infidelidad de su administrador que se apropia de aquél. Y así quedan perfilados cuantos requisitos son precisos, según el artículo 535 del Código Penal para surgir el delito de apropiación indebida, con lo cual debe concluirse que se aplicó rectamente, y ello motiva la desestimación del recurso. (Sentencias de 7 de noviembre de 1973, 12 de diciembre de 1973 y 28 de febrero de 1974.)

7. Cosas de ajena pertenencia.—El delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal se comete cuando la *persona que recibió la posesión legítima* sobre dinero o *cosa mueble* por alguno de los títulos fiduciarios determinados, no exhaustivamente en la norma dicha, *con facultades de autónoma disposición* al llegar el momento de la cancelación restitutoria, no la efectúa, por haber *transmutado ilegítimamente* la mera tenencia en *propiedad antijurídica, con ánimo de lucro*, rotura de la lealtad debida y *enriquecimiento injusto*.

El cambio esencial que el agente ha de realizar en la apropiación indebida, trocando la posesión diferida en dominio prohibido, supone, aunque de forma directa, no lo precise el artículo 535, que el *dinero, efectos o cosas tengan que ser ajenas* o pertenecientes al perjudicado, pues se trata de un presupuesto del injusto típico, de imperativa o necesaria manifestación, *yá que no es posible adueñarse* de cosa propia, y únicamente de la que pertenece a otro, por lo que indudablemente la *ajeneidad de los objetos* es el núcleo del antijurídico penal de este delito. (Sentencia de 11 de diciembre de 1973.)

8. Ruptura de la lealtad o de la fidelitas, con ánimo de lucro.—En el delito de apropiación indebida, el agente comienza ordinariamente su contacto con la cosa apropiada por una *posesión legítima* sobre dinero o cosa mueble, por *título* de depósito, comisión, administración o cualquier otro que produzca la obligación de entregarlo a tercero o devolverlo al dueño legítimo, teniendo por tanto ciertas facultades de disposición autónoma sobre aquéllos, nacidas de su *posesión autorizada* por el verdadero *domino* de las cosas y dinero; pero al llegar el momento de la cancelación, entrega o devolución no se produce el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato o título por el que se recibió la posesión; antes por el contrario, el agente *abusa de la confianza debida y con ruptura total de la lealtad* que de su conducta se esperaba, con ánimo de lucro fraudulento, que ocasiona el correlativo perjuicio del destinatario o dueño de las cosas o el dinero, lo incorpora antijurídicamente a su patrimonio, operando de esta forma una transformación de la posesión legítima, en propiedad antijurídica en perjuicio del dueño. (Sentencias de 14 de diciembre de 1973, 5 de abril, 8 de abril, 21 de mayo, 15 de junio y 19 de diciembre de 1974.)

9. Requisitos esenciales.—Esta figura delictiva, a la que la doctrina germánica conoce con el nombre de «infidelidad», *precisa para que concurra*: 1.º Que en cuanto *al objeto*, se trate de dinero, efectos u otra cosa mueble. 2.º Que éstos se entreguen al futuro agente, el que los *recibe en calidad de comisión, depósito, administración o cualquier otra título* de igual o parecida significación, que le convierta en poseedor inmediato y por regla general en nombre ajeno, pero siempre legítimo. 3.º Que *subvirtiendo las facultades que como poseedor* le corresponden y *abusando o traicionando la confianza* en él depositada y aprovechando las facilidades que el contacto físico con la cosa de que se trate y la apariencia jurídica le deparan, *asuma facultades de disposición* que sólo son genuinas y propias del dominio, haciendo suyas las cosas recibidas de su principal, incorporándolas a su patrimonio, dispo-

niendo de ellas en provecho propio, o dándoles un destino diferente del convenido y dispuesto a virtud del título constitutivo de la relación jurídica de que se trate o negaren haber recibido tales bienes. 4.º *Un perjuicio económico* para el dominus principal, comitente, mandatario, comodante o, en general, persona dueña o poseedora de superior rango de los objetos que confiadamente se entregó al agente. 5.º *Animo de lucro* o intención de obtener cualquier clase de beneficio, ventaja o utilidad. (Sentencias de 25 de febrero de 1974 y 28 de febrero de 1975.)

10. Disposición de las cosas.—Reiteradamente viene exponiendo esta Sala, en constante doctrina que el delito de apropiación indebida, supone esencialmente y en *primer lugar un desplazamiento* de dinero, efectos y cosas muebles en virtud de contrato de los que el Código Penal enumera en *forma no exhaustiva*, el depósito, la comisión o la administración, añadiendo en forma muy amplia «otro título», con tal que produzca obligación de entregarlos, o devolverlos, bien sea al interviniente en el contrato, con el receptor de los efectos o a tercero. La segunda nota típica del delito, deducible de forma inequívoca de la anterior, es que esta primera fase, perfectamente legítima de la conducta de los contratantes, *descansa en la confianza* que el segundo interviniente otorga al primero, puesto que le hace entrega de cosas, dinero o efectos que son de su propiedad, *concediéndole una posesión de ciertas facultades* de autónoma disposición e iniciándose así una relación contractual normal. En una *fase posterior* —y ésta podía señalarse como tercer requisito del delito— el tenedor de los efectos, quebrantando tal confianza y faltando a sus obligaciones, con un proceder notoriamente anti-jurídico y abusando de su privilegiada situación de tenedor, procede con ánimo de lucro, *disponiendo de las cosas decididas*, bien en favor propio, incorporándolas a su patrimonio, bien en favor de tercero, sobre el que recae el lucro produciéndose, en ambos casos, así como cuando niega haberlas recibido, un perjuicio a su legítimo dueño. (Sentencias de 20 de marzo de 1974, 5 de abril de 1974, 7 de mayo de 1975 y 29 de septiembre de 1975.)

11. Contenido del texto legal.—El contenido del texto legal, de gran amplitud descriptiva, por el orden de la literalidad de su expresión, exige una *serie de requisitos* que se expresan así: 1.º Perjuicio de otro. 2.º Apropiación o distracción de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. 3.º Haberlos recibido en depósito, comisión o administración o cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. 4.º Negar el haberlos recibido. La descripción es tan suficientemente expresiva que la *doctrina jurisprudencial* apenas ha tenido que hacer, sino ligeras puntualizaciones para matizar el delito que nos ocupa. Tales son las siguientes: 1.ª Las *titularidades contractuales*, indicadas en el precepto, son señaladas «*numerus apertus*», operando en cualquier caso el título posesorio, como elemento objetivo normativo, con tal que en cualesquiera de los títulos reseñados en el Código u otros títulos se haya recibido, lo que es objeto de la apropiación o distracción. 2.ª Tal recepción supone una *posesión legítima* con ciertas facultades de autónoma disposición. 3.ª El modus operandi del

sujeto activo tanto puede ser apropiarse, esto es, incorporar a su patrimonio los objetos muebles recibidos, como distraerlos de los fines concretos y determinados, para los cuales se reciben ordinariamente de entrega a terceros o negar, para ocultar su apropiación o distracción, que se hayan recibido, negativa en este caso fraudulenta. 4.ª *Abuso de confianza con ánimo de lucro* que es el ánimo subjetivo del injusto o dolo específico del delito. 5.ª Relación de causalidad entre ambos elementos. 6.ª *Un enriquecimiento injusto propio o ajeno*, con el consiguiente perjuicio real o efectivo, bien para el destinatario de las cosas, efectos o dinero, bien para el dueño de las mismas. (Sentencia de 14 de mayo de 1974.)

12. Facultades de autónoma disposición.—Conviene recordar los puntos esenciales sobre los que descansan la figura delictiva de apropiación indebida, que son, según reiterada doctrina de esta Sala: 1.º) Que el sujeto activo del delito *reciba dinero, efectos o cualquier otra cosa* mueble. 2.º) Que esta *recepción tenga lugar, mediante contrato de depósito, administración o cualquier otro título* que imponga determinadas obligaciones. 3.º) Por tanto, esta posesión es legítima, nacida de título jurídico, recibida del dueño de la cosa o de sus representantes legales o de quien sea titular simple de la posesión y concede al recipiendario de los mismos *ciertas facultades de autónoma disposición, aunque el título le obligue a cumplir determinadas obligaciones con los efectos*, cosas o dinero, mas con tal destino o vocación de la cosa *las poseen durante algún tiempo con autonomía material*, aunque con *obligación jurídica*, bien sea de *entregarlas* a persona o entidad determinada o *devolverlas* a la persona de quienes las recibieron. 4.º) En esta situación de tenencia material legítima el sujeto activo del delito, *puede cometerlo de tres maneras* perfectamente diferenciadas: a) *apropiárselas*, esto es, incorporarlas ilegítimamente a su patrimonio. b) *Distraerlas* del destino para el que se le entregará, esto es, hacer uso distinto de aquel para el que las recibió, apartarlas o desviarlas del destino convenido. c) *negar el haberlas recibido*, faceta ésta que puede abarcar a las otras dos: apropiación, distracción o enmascaramiento para evitar una devolución obligada. 5.º) *Perjuicio patrimonial* o detrimento económico que generalmente se ocasiona, bien al dueño de las cosas o efectos recibidos, su poseedor primitivo, fiadores, etcétera, en suma, *perjuicio de otro* distinto del sujeto activo del delito. 6.º) *Un ánimo de lucro* que bien beneficie al propio agente del delito o un tercero. Y sobre tales elementos campea de manera notoria el *abuso de confianza* que el sujeto activo del delito, recibe del pasivo, defraudada al no dar a los efectos la finalidad natural y jurídica convenida. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

13. Objeto.—Títulos.—Dinámica.—Perjuicio.—Lucro.—A la vista del artículo 535 del Código Penal y de las sentencias de este Tribunal de 25 de febrero, 27 de marzo y 19 de diciembre de 1974, entre otras muchas, es indudable que para la concurrencia del delito de apropiación indebida, es *indispensable la constancia conjunta* de los siguientes requisitos: a) en cuanto al *objeto* que se trate de dinero, efectos o cualquier otra clase de multa; b) en cuanto al *título* que la posesión de los objetos mencionados se reciba en concepto de:

depósito, comisión, administración, comodato, arrendamiento de obras o de servicios o cualesquiera otro que transmita legítimamente la posesión referida, pero que no atribuya el dominio o la propiedad de dichas cosas; c) en cuanto a la *dinámica comisiva*, que el agente receptor de los referidos objetos, aprovechando las facilidades que la tenencia o contacto físico o inmediato con ellos le proporcionan, convierta, trueque o transmute la posesión legítimamente adquirida en propiedad antijurídica, o, al menos, que asuma facultades incorporando las cosas a su patrimonio, disponiendo de ellas en provecho propio distrayéndolas de lo pactado o natural destino o negando haberlas recibido; d) *perjuicio patrimonial* para el depositante, comitente, mandante, comodante, arrendador o «dominus» en general, o para un tercero; e) *ánimo de lucro*, entendiendo por tal el deseo o el propósito de obtener cualquier clase de provecho, beneficio, o acrecentamiento patrimonial, enriquecimiento, ventaja o utilidad, aunque fueran meramente contemplativas, o de ulterior liberalidad o beneficencia. (Sentencia de 6 de febrero de 1975.)

14. Resumen de los requisitos fundamentales y sentencias que los recogen.—Que la doctrina legal y la jurisprudencia sobre el artículo 535 del Código Penal, viene exigiendo para la integración del delito de apropiación indebida un *serie de requisitos sustanciales* que fundamentalmente se han fijado así: 1.º) En cuanto al *objeto* que se trate de dinero, efectos o cualquier otra clase de cosas muebles. 2.º) En cuanto *al título* que la posesión de los objetos mencionados se reciba por contrato, arrendamiento de obras o servicios o cualesquiera otro que transmita la posesión referida, pero sin atribuir el dominio o la propiedad de las cosas. 3.º) En cuanto a la *dinámica comisiva* que el agente receptor de referidos objetos, aprovechando las facilidades que la tenencia física e inmediata de las cosas, convierta la posesión legítimamente adquirida, con ciertas facultades de autónoma disposición, en propiedad antijurídica o, al menos, que asuma facultades de disposición que sólo al dueño competen, incorporando las cosas a su patrimonio, disponiendo de ellas en provecho propio o ajeno, distrayéndolas del destino que debería darlas, según el título por el que las recibió. 4.º) *Perjuicio patrimonial* para el dueño, depositante, comitente, mandante, arrendador o «dominus» en general, o para un tercero. 5.º) *Animo de lucro* o propósito de obtener un beneficio propio o ajeno, elemento esencial de la culpabilidad (Sentencias de 25 de febrero, 25 de marzo y 19 de diciembre 1974, 6 de febrero, 28 de febrero, 12 de marzo, 29 de septiembre, 13 de octubre, 11 de noviembre y 19 de noviembre de 1975, 13 de diciembre de 1976, 28 de marzo, 12 de mayo y 17 de mayo de 1977).

III. DOS ETAPAS EN LA PERFECCION DEL DELITO

15. El delito de apropiación indebida tiene una mecánica harto clara en el artículo 535 del Código Penal y va *recorriendo una serie de etapas* que tienen, ordinariamente, *su origen en un contrato civil*, mercantil u otro título con entrega de cosas o dinero, y *termina*, con la *incorporación anti-*

jurídica de lo recibido al patrimonio del poseedor legítimo que hace un acto de disposición ilícita de las cosas o dinero recibidos con determinada finalidad. Así pueden marcarse los *siguientes episodios* en el delito que nos ocupa: 1.º) El sujeto activo del delito *se liga voluntariamente por vínculo jurídico con otra persona*, en virtud de títulos como el depósito, comisión, administración o cualesquiera otros que le imponen determinadas obligaciones. 2.º) En virtud de tales contratos, en amplio sentido, *ha recibido dinero, efectos o cosas muebles*, respecto de los cuales es mero depositario, comisionista, administrador o, en fin, *poseedor legítimo*. 3.º) El título constitutivo de su posesión, a su vez, le *obliga a conservar los efectos, devolverlos* a sus dueños o *entregarlos* a persona o entidad determinada, para un fin concreto, previsto y derivado de la naturaleza del contrato. Hasta ese instante, el sujeto activo del delito se ha movido, con toda normalidad, en el campo del Derecho civil, amparado por el título legítimo y con una situación jurídica, plenamente normal. Pero en una *cuarta fase*, se desvía de sus obligaciones, del cauce ordinario y normal del título que le ligó a las cosas y a las personas y *rompiendo sus obligaciones*, aprovechándose de la situación y abusando de la confianza recibida, en virtud de la cual poseyó las cosas lícitamente *decide intencionadamente* apropiarse, *disponer o incorporar antijurídicamente a su patrimonio*, el dinero o las cosas desviándolas de la cancelación restitutoria a que venía obligado. Si a ello se une el *ánimo de lucro* y el perjuicio sufrido por el destinatario de las cosas, queda totalmente dibujada, la figura de la apropiación indebida, tanto cuando *sea delito* como cuando *sea falta*, puesto que su naturaleza jurídica es la misma y su única diferencia es la cuantía de lo apropiado.

(Notas de estudio de un asunto que no llegó a sentencia. Diciembre de 1973).

16. Situación inicial lícita.—Abuso.—Animo.—Perjuicio.—El artículo 535 del Código Penal, al definir y sancionar el delito de apropiación indebida, marca *dos etapas* perfectamente diferenciadas; una de ellas, la primera supone una *situación inicial lícita*, ordinariamente contractual, en la que determinado sujeto, *recibe en depósito*, comisión, administración o cualquier otro título, siendo esta expresión de grande amplitud, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, con un destino concreto y determinado: devolverlos, entregarlos a quien los recibe para una finalidad concreta, entregarlos a tercero, también con finalidad concreta. Esta *primera fase descansa en el vínculo contractual, en la confianza y lealtad* de las partes y las cosas se reciben en posesión plena y legítima, quedando en la esfera de la autonomía del receptor, a su merced, con el abandono del titular en la garantía que le merece la persona o el vínculo jurídico, por virtud del cual recibe las cosas. Así se inicia una posesión pacífica, legalmente protegida, válida en Derecho y legitimada por título jurídico, en favor del receptor de aquellas. *La segunda fase supone un abuso de confianza*, un ánimo de lucro, propio o ajeno, por virtud de los cuales, el poseedor de las cosas, dinero o efectos, se apropian, haciéndolos suyos, distrayéndolos para otro fin, no los devuelven o niegan haberlos recibido. Y ello supone una *consecuencia natural* o efecto inmediato de tal disposición—tercer elemento del delito—

perjuicio de otro, bien sea el depositante, comitente, dueño o persona en fin que deba recibir las cosas, indebidamente apropiadas. (Sentencias de 30 de junio 1970, 19 de enero 1971, 15 de junio 1972, 7 de noviembre 1973, 20 de marzo 1974, 7 de marzo 1974 y 17 de enero 1975.)

17. Este precepto contempla una situación jurídica, inicialmente lícita, cuyo contenido esencial supone un desplazamiento de dinero, efectos o cosas muebles en virtud de un *contrato* de depósito, comisión, administración —entre ellos de venta a plazos con reserva de dominio— que produce determinadas obligaciones y entre ellas fundamentalmente conservarlas, devolverlas o entregarlas, bien al contratante, o a tercero. *Esta primera fase* descansa en la fiducia, donde las partes, con notoria confianza mutua y en especial del depositante, comitente y dueño de las cosas, dinero y efectos, antes dichos, *las entrega por título obligatorio*, con obligaciones recíprocas e inician una relación contractual normal. Mas en *una fase posterior* notoriamente antijurídica, el tenedor de los efectos quebrantando tal confianza, faltando a sus obligaciones, abusando de su privilegiada situación de poseedor de los efectos, con ciertas facultades de autónoma disposición, con ánimo de lucro, procede a una disposición antijurídica de aquéllos en favor propio, incorporándolas a su patrimonio o en favor de tercero, sobre el que recae el lucro, produciéndose en ambos casos un perjuicio a su legítimo dueño. (Sentencias de 20 de marzo de 1974 y 7 de mayo de 1975.)

IV. RESUMEN DE LOS REQUISITOS: LUCRO ILÍCITO Y ABUSO DE CONFIANZA

18. El sujeto activo del delito, por acto ilícito o de autoridad propia prohibida, transmuta su precaria situación en dominio antijurídico *rompiendo la confianza depositada*, con *ánimo defraudatorio* y el correlativo perjuicio que significa el injusto despojo. (Sentencias de 1 de junio de 1970 y 3 de octubre de 1973.)

19. La doctrina constante de esta Sala ha venido a sintetizar tales elementos en dos esenciales: *un lucro ilícito y un abuso de confianza*. (Sentencias de 10 de mayo de 1972 y 15 de junio de 1972.)

20. Todos estos requisitos se han sintetizado por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que *basta la concurrencia del lucro ilícito y el abuso de confianza*, mediante la mecánica del adueñamiento por el poseedor del dinero, efectos o muebles a que se refiere el Código, transformando su posesión legítima en propiedad antijurídica disponiendo como dueño de algo ajeno, que se posee para fin determinado, desbordando los límites naturales y legales de la posesión. Sentencias de 15 de junio de 1970, 19 de enero de 1971, 10 y 19 de mayo de 1972, 31 de enero, 15 de febrero, 20 de marzo, 19 de mayo, 14 y 15 de junio y 7 de noviembre de 1973, 5 y 8 de abril, 21 de mayo, 15 de junio y 19 de diciembre de 1974.)

21. En suma, tales requisitos suponen *un abuso de confianza y un lucro ilícito*. *Abuso de confianza* porque recibéndose los efectos en virtud de las relaciones de lealtad, seguridad y firmeza que inspira al dueño de las cosas, la persona a quien las entrega, queda defraudada al transformarse por ésta la posesión legítima en propiedad antijurídica, disponiendo como dueño de algo ajeno que se posee con fines determinados, desbordando los límites naturales y legales de la posesión. *Lucro ilícito* puesto que se produce ventaja económica, provecho, satisfacción, bien en beneficio propio o de un tercero, contra la obligación contraída de entregar, devolver o negar haberlo recibido. (Sentencia de 31 de enero de 1973.)

22. El delito de apropiación indebida se comete, cuando la persona que recibió la posesión legítima, sobre dinero o cosa mueble, por *alguno de los títulos fiduciarios, determinados* no exhaustivamente, en la norma del artículo 535 del Código Penal, con facultades de autónoma disposición, al llegar el momento de la cancelación restitutiva, no la efectúa, por haber transmutado ilegítimamente la mera tenencia, en propiedad antijurídica, con *ánimo de lucro, rotura de la lealtad debida y enriquecimiento injusto*. (Sentencia de 11 de diciembre de 1973.)

23. El dolo específico... en lo ilícito penal lo *constituye el abuso de confianza*, con quebrantamiento de la lealtad debida, cuando sin causa legítima el receptor del dinero o bienes muebles por cualquier título, que le impone la obligación de devolver o administrar, lleva a efecto su ilícita retención o adueñamiento, bien incorporándolos a su patrimonio o bien, porque positivamente lo traslada al de un tercero, con *ánimo de lucro, propio o ajeno*, transformando la posesión jurídica que accidentalmente recibió en propiedad ilegítima, con real y concreto perjuicio económico del titular o dueño de los bienes, penalmente protegidos. (Sentencias de 3 de abril de 1968, 6 de noviembre de 1970, 30 de noviembre de 1971, 21 de mayo de 1973, 6 de octubre de 1973 y 19 de junio de 1974.)

24. Todos los requisitos exigidos por el artículo 535 se *resumen con frecuencia* en los *dos requisitos de lucro ilícito y abuso de confianza*, sin que el reintegro posterior, afecte a la subsistencia del delito y sí, únicamente a las consecuencias de la acción civil. (Sentencias de 28 de febrero, 20 de marzo, 7 de mayo, 13 de octubre, 11 y 19 de noviembre de 1975, 13 de diciembre de 1976, 28 de marzo, 12 y 17 de mayo de 1977.)

24 bis. **No se trata de confianza personal.**—El delito de apropiación indebida, descrito en el artículo 535 del Código Penal, tiene su *núcleo esencial* y característico en el incumplimiento por parte del sujeto activo de la obligación de entregar o devolver una cosa que hubiere recibido en depósito, comisión, administración o por cualquier otro título que produzca el mismo efecto devolutivo, convirtiendo así antijurídicamente la posesión o tenencia que, en virtud de tales contratos, le había sido legítimamente conferido en propiedad ilegítima o definitiva. Basta, por tanto, para su perfeccionamiento, tal intervención de título, *sin que sea necesario*, como sos-

tiene el recurrente *que medie* el quebrantamiento, por parte del autor, de una *relación personal de amistad o confianza*, existente entre la víctima y el apropiante, que en unos casos existirá y en otros no, pero que en todos ellos *resulta irrelevante en nuestro Derecho*, para la calificación de este delito, al no figurar concretamente exigida tal circunstancia en el mentado tipo legal; y que tampoco es reputada necesaria, aun en aquellas legislaciones que, como la francesa y la argentina, denominan ese delito con el nombre de «abuso de confianza» porque la *confianza* a que se refieren dichos textos *no es la que resulta de la relación interpersonal* entre los protagonistas del acto delictivo, *sino otra* que pudiéramos llamar *jurídica, consistente en creer que la contraparte cumplirá los pactos habidos, conforme a la buena fe* y no utilizará abusivamente el poder de hecho que temporalmente le ha sido concedido sobre la cosa; infracción que, por otra parte, ya está comprendida en la esencia del tipo. (Sentencia de 5 de marzo de 1976.)

V. MODALIDADES DE LA APROPIACION INDEBIDA

25. Modalidad específica de la estafa.—Como reiteradamente ha declarado la doctrina de esta Sala, el delito de apropiación indebida es, y constituye, una modalidad especial de la estafa de la que fue segregada, que sin perder su naturaleza genérica, adquiere plena sustantividad o autonomía, al ser tipificado por el legislador, en el artículo 535 del Código Penal, viniendo a trazar la línea divisoria entre lo ilícito criminal y lo antijurídico civil, o sea, que separa ambas esferas jurisdiccionales, conforme al *dolo específico* que caracteriza a cada una que, en la penal, *radica en el abuso de confianza* en que el culpable incide y del que se prevale, para hacer propio el dinero o cosa mueble que recibe por título que le obliga a su entrega o devolución, con el ineludible *quebranto del deber de lealtad* al disponer como dueño, de lo que transitoriamente posee como administrador, depositario o comisionista, transformando la circunstancial tenencia jurídica en propiedad ilegítima, con *real y concreto perjuicio económico para el dueño* de los bienes legalmente protegido. (Sentencias de 14 de junio de 1973 y 25 de abril de 1975.)

26. Apropiación, distracción o negar haber recibido las cosas.—En la situación de tenencia material legítima del dinero, efectos o cosas muebles, el sujeto activo del delito puede cometerlo de *tres maneras* perfectamente diferenciadas: a) *apropiárselas*, esto es, incorporarlas ilegítimamente a su patrimonio; b) *distraerlas* del destino para el que se las entregaron, esto es, hacer uso distinto de aquel para el que las recibió, apartarlas o desviarlas del destino convenido; c) *negar haberlas recibido*, faceta ésta que puede abarcar a las otras dos: apropiación, distracción o enmascaramiento, para evitar una devolución obligada. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

27. Enajenación parcial.—Cesión.—Gravamen.—Se hace preciso *distinguir* con toda nitidez, en el delito de apropiación indebida, la acción propia del tipo delictivo, descrita en el artículo 535 del Código Penal, mediante los ver-

bos nucleares de *apropiar o distraer* y que no consiste en otra cosa que en el ingreso en el propio patrimonio de la «res comendata» o cosa confiada por el «tradens» al «accipiens» y la manifestación al exterior de aquella apropiación previa que viene a revelar la voluntad de *tener la cosa ajena como propia* (Sentencias de 26 de mayo de 1962 y 1.º de abril de 1971, entre otras) y que no es menester que consista forzosamente en la plena enajenación por el apropiante, sino que *basta* que jurídicamente comporte el *ejercicio de facultades dominicales* como son la *enajenación parcial o gravamen de la cosa o la cesión* de la misma a un tercero, bien para que se haga pago con la misma, de un crédito contra el cedente (dación en pago), bien se autorice su enajenación a los acreedores, junto con los demás bienes del deudor, para extinguir sus obligaciones hasta el límite del valor de tal patrimonio (pago por cesión de bienes), pues es claro que tanto si se gravó la cosa ajena, como si se enajenó con fines de pago, o se autorizó a los acreedores a su enajenación, se da el acto dispositivo en perjuicio del que sigue siendo dueño de la cosa, lo que *explica la doctrina de esta Sala*, que afirma el delito de que se trata en los casos de *pignoración*—Sentencias de 9 y 28 de noviembre de 1964, 7 de abril y 3 de julio de 1965, entre muchas— y de *cesión en pago*—Sentencias de 12 de julio de 1930 y 2 de febrero de 1948— aun cuando en este último supuesto, que es el que ahora merece singular atención de esta Sala, la «*cessio solvendi causa*», que implica, no transfiere al acreedor o acreedores la propiedad de los bienes del deudor, sino sólo la posesión y administración, conjuntamente con un mandato para proceder a su realización o cobro, y con el producto pagarse los créditos, a diferencia de la «*datio in solutum*» o dación en pago que transfiere la propiedad de las cosas a la manera de una compraventa, ya que tales diferencias civilísticas entre tales institutos no afectan a la existencia del delito de apropiación en su dinámica activa, que como ya se dijo se consuma, tanto por la enajenación inmediata de la cosa apropiada, como por la mediata, que a esto último equivale la autorización concedida a los acreedores para la venta y subsiguiente pago de sus créditos con el producto de la misma. (Sentencia de 28 de septiembre de 1973.)

VI. ANIMO DE LUCRO PROPIO O DE TERCERO

Ver sentencias a los números 2-3-4-5-6-7-8-11-12-13-21.

28. Concepto.—Entendiéndose por ánimo de lucro, el deseo o el propósito de obtener cualquier clase de provecho, beneficio, acrecentamiento patrimonial, enriquecimiento, ventaja o utilidad, aunque fueran meramente contemplativas o de ulterior liberalidad o beneficencia (6 de febrero de 1975). Goce, utilidad o provecho de la indebida retención. (Sentencia de 19 de diciembre de 1975). Los fines de mediata liberalidad, a costa ajena no pueden por menos de encajar en este delito. (Sentencia d 28 de mayo de 1974.)

29. Presunción del ánimo de lucro.—A pesar de que el artículo 535, al tipificar el delito de apropiación indebida, no exija expresamente el factor

ideal o elemento subjetivo del injusto, que es el dolo o ánimo de lucro, es indudable que ha de entenderse que *tal requisito*, por su misma naturaleza, *se halla implícito en la infracción criminal*, por tratarse de una figura de apoderamiento y defraudación, que requiere el enriquecimiento injusto del poseedor legítimo, apropiándose o distraiendo la cosa ajena y haciéndola suya por acto de autoridad propia prohibida, que *necesita para originarse* de este elemento importantísimo de la culpabilidad, generado por el quebrantamiento económico perjudicial producido al sujeto pasivo que, finalísticamente, requiere tal norma con el «animus rem sibi habendi» del agente, que determina la antijuricidad, de condición psicológica, caracterización de la culpabilidad *por el ánimo de lucro que esta Sala exige constantemente en dicho delito*, en sus resoluciones de las que son últimos exponentes las de 9 de enero de 1956, 12 de febrero y 26 de mayo de 1962, 24 de febrero de 1968, 2 de octubre de 1969, 20 de enero de 1970, 11 de diciembre de 1973, 25 de febrero y 14 de mayo de 1974.

29 bis. Este *ánimo de lucro*, que supone una forma especial, *ha de existir como fin de la acción, aunque no se consiga incluso*, alcanzar la esperanza económica, perseguida por el culpable, y tiene que consistir en cualquier ventaja, goce o provecho que favorezca o puede favorecer al culpable o a tercera persona, *debiendo este dolo de lucro presumirse*, por el hecho mismo del apoderamiento o distracción de la cosa ajena en el delito de apropiación indebida, *a no constar otros móviles en contrario*, que inequívocamente lo desvirtúen y lo hagan desaparecer y por tanto con presunción «juris tantum» que elimine los riesgos del «dolus in re ipsa» y que ceda ante deseos distintos a los lucrativos; presunción la indicada que ha de soportarse en el acto mismo constituyente del apoderamiento o distracción de las cosas, bienes o dinero ajeno, y de su naturaleza jurídica y económica, pues ha de determinar, por su eficacia, el acto dispositivo de conversión de la posesión legítima otorgada, en propiedad ilegítima prohibida o ilícita, como sucederá con el pago efectuado, con dinero entregado, con destino impuesto para otra finalidad de deudas del poseedor, ya que tal actividad desleal produce perjuicio al dueño del dinero y enriquecimiento al pagador. (Sentencias de 3 de octubre de 1974 y 28 de mayo de 1974.)

30. *El dolo de este delito*, es elemento de la acción más que de la culpabilidad, aunque haya de fijarse, no sobre el abuso de confianza, que puede a veces faltar en la práctica, sino en el *ánimo o propósito de lucro* que se origina por la ventaja, goce, utilidad o provecho, alcanzado con la indebida retención y que aunque expresamente no se exija en el artículo 535, como para el robo y el hurto sucede en los artículos 500 y 514 del Código Penal, la doctrina de esta Sala ha venido demandando como indispensable para que pueda cometerse tal infracción. (Sentencias de 11 de diciembre de 1973, 6 de octubre de 1973, 14 y 28 de mayo de 1974.)

VII. SEMEJANZA CON LA MALVERSACION

31. La conducta prevista y penada, como apropiación indebida en el artículo 535 del Código Penal, entraña una infidelidad por parte del depositario, administrador o comisionado que, con abuso de confianza que se le otorgó, dispone a su antojo y voluntad, como efectivo propietario, de los fondos o bienes muebles para su custodia o manejo, con fines determinados, fueron encomendados al gestor en cuestión, que lejos de conservarlos a disposición o aplicarlos a su debido destino, traiciona el encargo que asumió y ejerciendo poderes de libre disposición connaturales al dominio y esenciales del mismo, que sólo al titular o a sus delegados, con autorización bastante, incumben, se comporta arbitrariamente, como dueño de estos bienes, sea en provecho propio o ajeno, incorporándolos a su patrimonio, gastándolos según le plazca o distrayéndolos o desviándolos de su legítimo y recto destino o finalidad, sin que sea indispensable, aunque sí lo más frecuente, que el abuso se realice en provecho propio, ya que los fines de mediata liberalidad a costa ajena no pueden por menos de encajar en la figura examinada, en la que la nota de lucro egoísta es de carácter general, pero no absoluto, siendo por otra parte bien patente la semejanza entre este tipo legal y el de malversación —a salvo la distinta calidad de los fondos y del agente en cada caso—, por más que la ausencia de personal provecho no aparezca, en cuanto a consecuencias penales, específicamente valorada en la apropiación indebida, cual lo está en la malversación de caudales públicos, aunque sí podría serlo a través de la atenuante genérica que mejor convenga, que bien puede ser la de móviles altruistas, calificada o no según proceda. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

VIII. TITULOS POR LOS QUE SE DAN LAS COSAS

32. **Dueño, poseedor, detentador.**—En este delito no es requisito indispensable que la transferencia de la cosa sea realizada por el dueño de la misma, ya que puede efectuarla también el poseedor o el mero detentador que tenga el derecho útil, para crear el título restitutorio y para su defensa jurídica, bastando que tal cosa sea ajena para el agente, pues la existencia de esta condición negativa de la no pertenencia a quien de ella se apodera es bastante para generar el delito, con tal de que la posesión con obligación de retorno, al cabo del tiempo por ambas partes marcado bilateralmente o unilateralmente impuesto por el concedente, se entrega por distinta persona que además se ha de presumir dueño mientras lo contrario no conste, o que obre para quien lo sea, en relación de naturaleza interna, no explícita o conocida, que no debe de perjudicar a la existencia de la infracción delictiva, pues queda extramuros de la investigación y no es necesario manifestarse exteriormente para la realización del delito. (Sentencias de 1 de junio de 1970 y 3 de octubre de 1973.)

33. La posesión es legítima, nacida de título jurídico recibida del dueño de la cosa o de sus representantes legales o de quien sea titular simple-

mente de la *posesión* y concede al beneficiario de los mismos ciertas facultades de autónoma disposición, aunque el título les obligue a cumplir determinadas obligaciones con los efectos, cosas o dinero, mas con tal destino o vocación de la cosa las poseen durante algún tiempo, con autonomía material, aunque con obligación jurídica, bien sea de entregarlos a persona o entidad determinada, o devolverlos a la persona de quienes se recibieran. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

34. El tipo del artículo 535 del Código Penal otorga tutela al *Derecho de dominio* contra el injusto enriquecimiento que a costa de aquél se consigue, por el sujeto, a quien el *propietario* le hubiere otorgado la posesión legítima del dinero, efectos o cosas muebles, con autónomas facultades de disposición, por alguno de los *títulos determinados en el mismo* de depósito, comisión, administración o por cualquier otro que genere la obligación de entregarlo o devolverlo, porque al llegar el instante de la restitución o entrega cancelatoria, de la situación provisional y posesoria creada, se produce el despojo injusto, por adueñamiento antijurídico, por medio de acto prohibido de autoridad, que transmuta *aquella concedida posesión en propiedad ilícita*, a medio de abuso de confianza, quebrantamiento de la lealtad debida, ánimo de lucro defraudatorio y perjuicio equivalente.

El elemento objetivo o real de este delito derivado de la voluntad del sujeto pasivo que *entrega la posesión de la cosa* o bienes al agente de manera jurídica, pero a medio de un *título fiduciario*, ha de manifestarse de manera relevante y cierta, pues lo exige el verbo «*recibir*» que utiliza el artículo 535 citado y ha de tener la estimación de mera *transferencia de la posesión*, por lo que absolutamente quedan *desconectados de esta infracción criminal todo acto o negocio jurídico que suponga la transmisión de la propiedad de tales objetos materiales*, pues si conforme al tipo han de devolverse al dueño o entregarse por cuenta de éste a otras personas en destino impuesto o concertado, resultaría imposible efectuarlo de concederse el dominio, por cuya razón es obvio que no pueden constituir apropiación indebido los negocios traslativos del dominio y sí únicamente la *mera titularidad posesoria concedida por el dominus al agente* y que se muda en propiedad antijurídica en la forma expuesta. (Sentencia de 29 de marzo de 1974.)

35. **Casos de duda.**—Las *sentencias penales han de delimitar* en los hechos probados las *titularidades contractuales* que de manera no exhaustiva y ejemplarizada, por adoptar el sistema del «*numerus apertus*», precisa el artículo 535 del Código Penal, realizando una descripción de todos los *elementos constituyentes de la situación jurídica creada* de manera directa, clara y hasta detallada, porque es el presupuesto básico sobre el que asentar la tipicidad, puesto que si falta o resulta oscura la narración o carece por su ausencia de precisión, de un contenido determinado y evidente o presenta por su inconcreción varios posibles sentidos, entre los que resulte posible *tanto la entrega posesoria como la dominical, no es posible actuar a medio de deducciones*, presunciones o meras conjeturas que integren el relato defectuoso llegando a la estimación del delito, sino por el contrario,

al no estar demostrado o ser el menos dudoso o cuestionable el presupuesto normativo de la titularidad posesoria, habrá que rechazar tal calificación por virtud de la efectividad interpretativa «in bonam partem» que elude el perjuicio del reo posible, porque en toda situación de duda procesal o de hechos soporte de la calificación jurídica ha de acogerse aquella posición que le beneficie y tutele del derecho a la inocencia, presumible en todo hombre, a no darse una demostración clara y directa. (Sentencia de 29 de marzo de 1974.)

IX. CONTRATOS POR LOS QUE SE RECIBEN

36. Depósito, comisión, administración.

**Otros títulos que produzcan obligación de entregar o devolver.
Negar haber recibido las cosas** (Del texto legal).

37. La enumeración del Código es enunciativa o abierta.—Es doctrina ya conocida y reiterada por esta Sala la de que los *títulos fiduciarios mentados en el artículo 535 del Código Penal* —depósito, comisión, administración—, siquiera sean los más típicos en orden a la perpetración del delito de apropiación indebida, *no tienen carácter cerrado* o de «*numerus clausus*», como lo demuestra la cláusula que inmediatamente los subsigue: o por otro —título— que produzca la obligación de entregar o devolver —«*ad exemplum*», Sentencia 28 de septiembre de 1971—; todo lo cual está indicando que el accipiens tiene tan sólo la posesión de la cosa confiada («*res commendata*») y que justamente por no tener la propiedad se posibilita el delito de que tratamos, lo que de inmediato obliga a un atento estudio de la relación jurídica subyacente, para, sea por su complejidad o por su carácter atípico, llegar a la conclusión —decisiva en el ámbito jurídico penal— de si el tradens llegó o no a despojarse de la propiedad, cualquiera que sea la calificación que dieran las partes al negocio jurídico-civil, con el que se ligaron. (Sentencias de 22 de octubre de 1973 y 29 de diciembre de 1975.)

38. Las titularidades contractuales indicadas en el precepto son señaladas «*numerus apertus*», operando en cualquier caso el título posesorio como elemento objetivo normativo, con tal de que en cualesquiera de los títulos reseñados en el Código u otros títulos se *haya recibido* lo que es objeto de la apropiación o distracción. (Sentencia de 14 de mayo de 1974.)

39. La posesión es legítima, nacida del título jurídico recibida del *dueño* de la cosa o de sus *representantes legales* o de quien sea *titular* simplemente de la *posesión* y concede al recipiendario de los mismos ciertas facultades de autónoma disposición, aunque el título les obligue a cumplir determinadas obligaciones con los efectos, cosas o dinero, mas con tal destino o vocación de la cosa las poseen durante algún tiempo, con autonomía material, aunque con obligación jurídica, bien sea de entregarlos a persona o entidad determinada, o devolverlos a la persona de quienes se recibieran. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

X. DEPOSITO

40. Empleados con misión de custodia.—Si el recurrente era empleado del señor X con la *misión de guardar y conservar el pescado* que este recibía de Vigo y que estaba almacenado en las cámaras propiedad del titular en su calidad de agente de ventas... siendo tal la situación jurídica de ambos, patrono y empleado, y la situación de hecho del recurrente, respecto de la mercancía, encargado de su guarda y conservación, es evidente que éste tiene una *relación posesoria con la mercancía, aunque fuera en precario*, pero con cierta autonomía, porque la tiene a su disposición en las cámaras. Hay, pues, un titular jurídico, empleado que le confiere una posesión material de custodia y conservación y actuando con abuso de esta confianza, extrae de las cámaras varias partidas de pescado... que lo vende y dispone del precio en su beneficio... Por tanto, recibida la cosa, se apropió de ella. (Sentencia de 24 de abril de 1973.)

41. Arrendatarios de coches sin conductor.—La doctrina sentada por esta Sala—sobre apropiación indebida—cobra inusitado interés en los supuestos de alquiler de automóviles sin conductor, que tanto prolifera en nuestros días, con la consiguiente repercusión en la praxis judicial, cuando al *término del contrato se retiene indebidamente el vehículo* con correlativo impago de los alquileres, supuestos que la *doctrina de esta Sala ha considerado atípicos*, por entender que constituían mero incumplimiento de pago, a reclamar por el perjudicado en la vía civil (Sentencia de 15 de junio de 1970), o bien que *integraban*, en gran mayoría de casos, *verdaderos delitos de estafa* por haberse aparentado solvencia y crédito inexistentes que provocaron la entrega del coche arrendado con el perjuicio que de ello deriva al dejar en descubierto los alquileres devengados por el pretendido arrendatario (Sentencias de 7 de marzo de 1969, 19 de septiembre de 1969, 2 de junio de 1970, 15 de octubre de 1970 y 13 de noviembre de 1973); pero *no existiendo ese propósito inicial de fraude*, aun cabe la posibilidad de *apropiación indebida*, no del importe del alquiler, pues nadie puede apropiarse de lo que no recibe, *sino del automóvil* mismo, a condición, claro está, que *ese ánimo de apropiación definitiva, esté debidamente acreditado*, ya por acto dispositivo ya por actos igualmente inequívocos y concluyentes conforme a la doctrina antes sentada, de modo que no pueda decirse que hubo mera retención del vehículo o dilación o mora en el cumplimiento del plazo pactado para el reintegro del coche, una vez finalizado el alquiler del mismo. (Sentencia de 27 de junio de 1975.)

42. Usufructuario de tractor.—El primer motivo del recurso considera infringido el artículo 535 del Código Penal, porque hubo para uso y explotación del tractor, cesión que, a juicio del recurrente, es graciable y se desarrolla exclusivamente dentro del campo del Derecho civil. Pero el motivo ha de decaer, pues aunque la doctrina de esta Sala ha declarado que las *apropiaciones de mero uso son atípicas*, porque no hay ánimo de retención definitiva, siempre ha condicionado esta postura a *que conste de manera*

concreta que se trate de una simple morosidad en la devolución. Pero cuando, como en el caso de autos, ha sido puesta de manera evidente la voluntad del recurrente de hacer suyo el tractor transformando su posesión legítima en propiedad antijurídica, es claro que se cometió el delito que inútilmente se combate. Y tal voluntad, en el presente caso se ha puesto de manifiesto de manera reiterativa, pues en una primera fase se produce un embargo del tractor al recurrente como si fuera de su propiedad, para responder de deudas propias, lo que determinó que su verdadero dueño tuviera que ejercitar la oportuna tercería de dominio, que fue fallada a su favor. Y posteriormente, pese al requerimiento notarial, para la entrega del tractor se niega a devolverlo, decidiendo finalmente hacerlo propio, incumpliendo la obligación de devolverlo, integrando así el delito de apropiación indebida, por el que se le condena justamente. (Sentencia de 30 de marzo de 1977.)

43. Ventas a plazos con reserva de dominio.

a) Cuestiones de procedibilidad. 1.º El artículo 12 de la *Ley de ventas a plazos de 17 de julio de 1965*, dice textualmente: El comprador que, dolosamente, en perjuicio del vendedor o de tercero que haya financiado la operación, *dispusiera de la cosa o la dañare*, será castigado con las penas previstas en el Código Penal, para los delitos de apropiación indebida o de daños, respectivamente, *persiguiéndose el hecho únicamente por denuncia del perjudicado*. Tal precepto ha de completarse, en lo que ahora respecta con el artículo 6.º, número 12 «cláusula de reserva de dominio», y 13 «prohibición de enajenar o realizar cualquier otro acto de disposición». 2.º Cuando el precepto indicado dice «denuncia» equivale a que el único que está facultado a poner el delito en conocimiento de la autoridad judicial (art. 259 de la L. E. criminal) o funcionario que, por razón de su oficio, deba proceder a su averiguación (artículos 262, 266 y 267 y siguientes de la misma Ley) es el perjudicado y por tanto la denuncia de éste es requisito inexcusable de procedibilidad. 3.º Una vez denunciado el hecho, hay que estar a la verdadera naturaleza jurídica del delito, que en este caso—apropiación indebida—es público; *se independiza de la parte* y por tanto ésta no tiene la disponibilidad del procedimiento ni de la sanción. 4.º Como esencia de ello es que la retirada de la acusación particular no tiene la trascendencia, a los efectos penales, pretendida por el recurrente y sólo los tiene a los efectos civiles. 5.º Cuando la Ley ha querido otra consecuencia o repercusión en el procedimiento o en la postura procesal lo ha establecido expresamente, como en el abandono de familia del artículo 487 del Código al que hace extensivo lo dispuesto en el artículo 443 del mismo en cuanto a la extinción de la pena y concretando cuándo se presume el perdón del agraviado; el propio artículo 443 respecto de los delitos de violación, abusos deshonestos y rapto y el perdón como medio de extinción de la acción penal, bien sea expreso o presunto, condicionando el expreso del representante legal, y el del ofendido mayor de veintiún años y menor de 23, a la aprobación del Tribunal competente. El artículo 450 y 452, sobre el adulterio—querrela para iniciar, perdón o consentimiento para extinguir—. El artículo 467 sobre el delito de calumnia e injuria, querrela de la parte ofendida, como requisito de procedibilidad y perdón de aquélla, como medio de extinción de la acción penal y de la pena impuesta en su caso. Por-

tanto, en la sistemática del Código Penal, se da de manera constante la necesidad de un perdón expreso o presunto del agraviado, como medio de extinción de la responsabilidad criminal en aquellos delitos perseguibles solamente mediante denuncia o querrela del mismo (art. 112-5.º). Pero cuando no se consagra el perdón, como medio, como en la Ley de 1965, y además no se produce, es evidente que subsisten las condiciones de perseguibilidad y puede pensarse el hecho, cuando constituyen las figuras de delitos del Código Penal, a las que otras disposiciones se refieren. (Sentencia de 14 de noviembre de 1975.)

44. Compraventa a plazos de automóviles.—La doctrina anterior ha sido expuesta por esta Sala en numerosas resoluciones y muy concretamente en las compraventa a plazos de automóviles, destacándose a tales efectos que en estos supuestos *no se transmitió el dominio*, que el automóvil lo *conserva el comprador, poseedor en calidad de depósito* y que de venderlo sin abonar la totalidad del precio, se *produce un quebranto de tal depósito* porque tal suspensión de la facultad de lícita disposición actúa como condición suspensiva de la transferencia dominical, porque en estos supuestos sólo hay un traslado posesorio, encontrándose aplazada la cesión del dominio con todas sus facultades íntegras y entre ellas el derecho de disposición, por lo que procediendo de otra manera el comprador quebranta el deber de guarda y custodia, cometiendo el delito de apropiación indebida. (Sentencias de 22 de enero y 19 de mayo de 1970, 3 de marzo de 1971, 20 de octubre de 1972, 14 de diciembre de 1973, 20 de marzo, 8 de abril y 19 de diciembre de 1974 y 7 de mayo de 1975.)

45. Compraventa a plazos de automóviles.—En relación con las compraventa a plazos de automóviles, con reserva de dominio, por parte del propietario, también la *doctrina de esta Sala es inequívocamente uniforme*, declarando que *no se transmite en tales supuestos el dominio, que éste lo conserva el vendedor; el comprador, de manera ordinaria es poseedor en calidad de poseedor* sin que pueda venderlo sin haber abonado previamente la totalidad del precio, porque hasta entonces no adquiere la propiedad del mismo. Y que de proceder de otra manera—venta sin abono del precio— se produce un quebrantamiento del depósito, por haber recibido en esta calidad un traslado posesorio, estando aplazada la cesión del dominio con todas sus facultades íntegras y entre ellas el derecho de disposición. Procediendo, pues, a la venta, el comprador, quebranta el deber de guarda y custodia, cometiendo el delito de apropiación indebida. (Sentencias de 22 de enero y 19 de mayo de 1970, 3 de marzo de 1971, 20 de octubre de 1973, 7 de mayo de 1975 y 29 de septiembre de 1975.)

46. Aunque el vehículo se inscriba en la Jefatura de Tráfico a nombre de tercero.—El vehículo y su titularidad, corresponde al vendedor, *sin que el hecho de la inscripción a nombre del querrelado del vehículo en la Jefatura de Tráfico, altere la realidad jurídica de sus respectivas situaciones de dueño del automóvil por parte del querellante y poseedor por parte del procesado*, como sostiene la Sentencia de 3 de febrero de 1969, invocada con acierto en

el recurso, pues la transferencia puramente administrativa podrá afectar a terceros, pero *no repercute en las relaciones internas de los contratantes* y por tanto si uno es dueño, el procesado es poseedor y al encargarle la venta, sobre la posesión, recibe una comisión de venta, procede a efectuar ésta y en lugar de abonar el precio recibido de 100.000 ptas., las retiene desde el 29 de septiembre de 1967, con el pretexto de unos servicios que sólo ascienden a 9.000 ptas., hasta el 5 de diciembre de 1972, en que según se desprende del examen de los autos, las ofrece mediante Notario, es evidente que se reúnen cuantos requisitos exige el artículo 535 del Código Penal, para estimar cometido el delito de apropiación indebida, sintentizados en innumerables resoluciones de esta Sala en el lucro ilícito y el abuso de confianza, otorgado mediante la comisión de venta, de la que el culpable se prevale para hacer propio el dinero. (Sentencia de 10 de diciembre de 1975.)

47. Bancos de Descuento.—Depósito irregular.—Delitos Financieros.—Que los denominados por la doctrina penal, delitos contra la economía pública o delitos financieros, *son conductas antijurídicas que lesionan el tráfico comercial*, mercantil o estrictamente financiero, porque *atacan directamente al interés social* del orden público, por ausencia de sumisión al deber propio de las sociedades mercantiles y al interés mismo del Estado, prevalentes en su valoración y defensa, sobre el mal que hacer, que los postergue indebidamente; presentando tales infracciones, como *características esenciales*: integrar el *sujeto activo*, *sociedades o grupos* de personas, que actúan a medio de sus órganos de manifestación; formar el *sujeto pasivo*, *muchas personas*, unidas entre sí, generalmente, por el vínculo común del ahorro, dando lugar al *delito-masa*; producirse una situación de *total indefensión de los perjudicados*, parte débil de la relación antecedente; y manifestar pequeña entidad el daño individual sufrido—si se pasa de la situación de riesgo—, aunque sea grande el alcance económico de la maniobra perjudicial en su integridad.

Que generalmente estos delitos, realizados a medios de sociedades anónimas mercantiles, son de *mero riesgo o peligro*, porque se consuman por el quehacer u omitir peligroso, sin que se precise la generación de un evento, o cambio del mundo exterior, requiriendo para tener vida, de una previa tipicidad específica y formal, que anticipe la punición ante el mero peligro abstracto o concreto, razón por la que, *al existir un vacío normativo o legal en nuestra patria*, ya que nuestra legislación penal *no regula*—como fuera de desear, dada la necesidad que la defensa social exige—de forma expresa y directa los *delitos financieros de riesgo*, deben aplicarse, *los dogmáticos principios de la adecuación típica, de la legalidad, y de la culpabilidad espiritualizada*, dejando de estimar su presencia, pues no pueden castigarse conductas, por anormales e incluso ilícitas que resulten, *si no son penalmente típicas*, ya que sólo al legislador y no al Juez, corresponde el arbitrio incriminatorio abstracto—previo del concreto judicial—, del que nunca se pueda prescindir, ni siquiera por la vía de la interpretación extensiva o analógica, no autorizada en el humano Derecho Penal—*«poenalia sum restringenda»*.

Que sin embargo, una parte importante de los denominados delitos financieros, que no son de mero riesgo, *sino de resultado material*, y consistentes

en maniobras tendentes a beneficiar a los directores de las empresas, en menoscabo de la sociedad misma, de sus accionistas o de sus acreedores, o aquellas otras en que se apliquen de manera fraudulenta los bienes, dándoles fin distinto de aquel para que fueron entregados, o por fin, los supuestos de abuso de los bienes sociales, si el agente obra con ánimo de fraude y produce un daño concreto, indudablemente pueden y deben encajar dentro de los tipos penales comunes, en las varias formas de delitos contra la propiedad, que han de inexorablemente aplicarse, dada su amplitud material, más aún cuando la ausencia de normas especiales, que sancionen esas conductas tan reprobables, exige la defensa a través de la tipicidad vigente, de los principios de la confianza que debe presidir la vida socio-económica, al de la inalterabilidad del capital social, el del patrimonio de destino, y el de la intermediación del crédito, que eludan y marginen, con reprochabilidad culpabilística judicial, las conductas ampliamente desleales, el aprovechamiento ilegal, y el enriquecimiento torcido, producto de claras extralimitaciones de función o poder, que lesionan intereses varios e importantes.

Que el delito de *apropiación indebida*, del artículo 535 del Código Penal, dispensa pública protección al derecho de propiedad, *contra el injusto enriquecimiento*, que a costa ajena se logra por la persona, a quien aquél hubiera transferido dinero o cosa mueble, en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, pues después de obtenerlos, con ciertas facultades de disposición autónoma, por uno de dichos títulos de posesión legítima, produce la *ilegítima retención o adueñamiento*, por acto de *autoridad propia prohibida*, con incorporación a su patrimonio, abuso de confianza, y rotura de lealtad debida, así como con ánimo de lucro defraudatorio, y correlativo perjuicio, cambiándose en definitiva la posesión legítima que se tenía, en propiedad ilegítima, que no puede consentirse, porque consiste en un acto de despojo injusto.

Que cuando el título posesorio constitutivo del elemento objetivo de tal delito, sea el denominado *comisión*, su contenido acoge tanto el *contrato mercantil* de dicho nombre, como a cuantas situaciones, en el sentido más amplio, encajan en la «comisio» romana, y sean posibles dentro de las relaciones sociales y jurídicas, incluso los meros encargos, y las entregas de dinero con finalidad determinada, de *gestión crediticia en intermediación legal*, que lleven explícita o implícita la prohibición de apropiación por el gestor, o su distracción del fin a que están adscritos, pues el verbo típico «distraer» no es sinónimo del de «apropiar»—integrantes ambos del núcleo típico—, ya que acoge el mero apartamiento del dinero del fin determinado aunque se confundan, si a ello se agrega el apoderamiento por el administrador, porque en ambos supuestos, la confianza depositada, y el deber de obrar con la «fidelitas» propia de la buena fe, defendiendo un ajeno interés, produce la criminalización de la gestión, que contradice tales principios fiduciarios, ante el acto de enriquecimiento injusto o acaecido.

Que los Bancos de Descuento, son entidades constituidas para *intermediar en el crédito*, pues los bienes que reciben y han de devolver, dada la estabilidad a través del tiempo, de las cantidades recogidas, las aplican en

operaciones de crédito, con otras personas distintas de los imponentes, lucrándose en la actividad mediadora; mas esta función prevalente e importantísima, en el orden económico, enmarcada en la confianza en ellos depositada, de una buena y honesta gestión, de leal comerciante, en defensa de los derechos de personas débiles, que incluso al margen de lo penal, se impone civilmente en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas (R. 1951), 811, 945 y Ap. 51-66, 13567), no puede nunca autorizar a convertir la intermediación en las operaciones crediticias, en actos desleales, por lesión del sistema oficial, amparado en los principios de la exacta y normal gestión, buena fe y defensa económica, realizados por los propietarios o administradores, con extralimitación abusiva de poderes, y hasta de la función encargada legalmente, a medio de conductas de «baratería», que supongan adueñamiento del dinero depositado, en provecho propio y perjuicio cierto ajeno, sin causa legitimadora para ello, aunque la apropiación se finja o simule a medio de operaciones comerciales, no prohibidas administrativamente antes del D. de 26 de abril de 1969 (R. 790), a tales directivos, pero que jamás pueden permitirse, de envolver una antijuridicidad penal, al no resultar serias, sino meramente encubridoras del exclusivo ánimo de apoderamiento, que encajan indudablemente en el delito de apropiación indebida, si continen los requisitos subjetivos y objetivos que integran tal figura típica.

Que aunque el depósito irregular y el préstamo mutuo, se ha estimado, no engendran delito de apropiación indebida, es de tener en cuenta que no puede calificarse como tales negocios, la entrega de dinero que hacen a tales Bancos los depositarios o cuentacorrentistas, porque más que efectuarse a título de transferencia de uso y propiedad ilimitada, quedando aquellos obligados, como deudor de género, a devolver no la misma cosa, sino otro tanto de la misma especie y calidad —«tantundem ejusden generis»—, se realizan a título de amplia pero exclusiva comisión, de acuerdo a la misma expresiva dicción del artículo 309 del Código de Comercio, que niega la existencia del depósito irregular, porque las entregas a tal entidad de dinero se efectúan con la condición y finalidad, implícita, pero cierta, de que se usen, por la misma en otras operaciones serias de crédito, con distintas personas, que permitan mantener su existencia y su valor, en pro de la seguridad de la devolución, y siempre con la especial limitación, debida a la honesta gestión social de buen comerciante, y defensa del impositor, de impedir la apropiación antijurídica de tales administradores, pues se trata en definitiva de un patrimonio adscrito a un fin, cuyo destino normal no puede quebrantarse con la infidelidad administrativa, que ha de surgir, no opera sobre bienes propios del dueño o administrador del Banco, sino de las personas imponentes, que no se han desprovisto en absoluto de su dominio, que pueden reivindicar instantáneamente por lo general, pues otorgaron la posesión legítima de su dinero, en muy amplia comisión dispositiva de crédito, y en buena gestión, pero nunca para la artera y defraudatoria, por lo que la entidad bancaria es a estos efectos mera poseedora con finalidad delimitada, y como se ha repetido, de amplio espectro operativo, en orden a los buenos negocios crediticios, cualquiera que sea la fortuna que éstos corran, pero jamás ilimitada y permi-

siva de tan repudiables defraudaciones; pues si se opinare de otra manera, se dejarían indefensas, por ficciones jurídicas inadecuadas, a una gran masa de personas, contra el egoísmo lucrativo de tales dueños o gestores, de entidades bancarias, lo que ni es lícito, ni equitativo, ni moral, al estar sometidos al control de la honestidad y decencia públicas, y del Derecho penal, protector de valores indeclinables contra la codicia ajena. (Sentencia de 23 de junio de 1973.)

48. Procuradores de tribunales.—Que legalmente, según el Estatuto de Procuradores de 19 de diciembre de 1947, en su artículo 2.º, son éstas aquellas personas que reuniendo las condiciones legales, puedan encargarse mediante poder, conferido en debida forma de *representar* los intereses ajenos ante los Tribunales de Justicia y organismos de todas clases. En el artículo 4.º del citado Estatuto se expresa que la *representación* del Procurador se acreditará por medio de la escritura de *poder*, declarada bastante para la acción o acciones que se trate de ejercitar, consignándose en la misma, además del nombre y los dos apellidos del *mandatario*. Más adelante se insiste que la *representación* podrá conferirse al Procurador mediante comparecencia ante el Juzgado llamado a conocer del Proceso. Por tanto, en el orden legal la relación cliente-Procurador, según este Estatuto, se configura como representación, apoderamiento, en suma, como contrato por el cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra. Nos encontramos ante el mandato del artículo 1.709 del C. Civil, con el carácter de remunerado, si el *mandatario* tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato (art. 1.716 del propio Código Civil). Y de aquí a los efectos del C. P. que las provisiones de fondos hechas al *mandatario* tienen por fin específico, salvo prueba en contrario, la aplicación de los mismos a los fines para los que se realizan, negocio, pleito o ejercicio de acciones, que son motivo, causa y finalidad de dicha provisión. (Sentencia de 31 de mayo de 1977.)

Que por tanto que la aplicación al propio beneficio particular del Procurador, de la provisión de fondos, salvo sus honorarios justificados y fijados en el Arancel correspondiente, sin darlos el destino de abono de los gastos de los juicios en cuya consideración, fueron concedidos, ha venido siendo considerado en la doctrina jurisprudencial de manera invariable y pacífica, como apropiación indebida, al recibirse en calidad de *mandatario* para un fin concreto y determinado y apoderarse, con ánimo de lucro de los mismos, interviniendo así los dos requisitos quintaesencia de la apropiación, cuales son el lucro ilícito y el abuso de confianza, de la que se defrauda al poderdante. Por ello la doctrina de esta Sala, en Sentencias de 30 de marzo de 1920, 30 de junio 1927, 15 de marzo 1888, 13 de enero de 1928, 11 de marzo de 1963, 4 de febrero y 30 de octubre de 1971, estiman en líneas generales y de manera unánime que el Procurador de Tribunales que recibe cantidades de su cliente para el pago de gastos judiciales, apropiándose y lucrándose con ellas, comete el delito de apropiación indebida. (Sentencia de 31 de mayo de 1977.)

XI. COMISION MERCANTIL

49. En materia de comisión, que es el caso que, según los hechos probados unía al procesado con su comitente, la legislación civil se encarga de poner de relieve la base de confianza entre ambos existente y causa muchas veces del contrato, puesto que la esencia del mandato es prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de alguna persona, persona ésta que se acomodará en el desempeño de sus obligaciones, o falta de instrucción a lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia (arts. 1.709 y 1.719 del Código Civil). Y cuando del Código Civil se pasa al de Comercio la nota de confianza se acentúa, respondiendo de la conservación de las cosas en el estado en que las recibió y prohibiendo comprar para sí o para otro lo que se le haya mandado vender (arts. 244, 265, 267 del Código de Comercio). Y esto sentado, la doctrina penal de esta Sala, ha tenido ocasiones frecuentes de pronunciarse, calificando de apropiación indebida *cuando se reciben muestrarios para vender* en comisión y el procesado se apropia de los mismos o de su importe (Sentencia de 8 de marzo de 1965), recibir efectos en depósito para su venta en comisión y disponer de ellos (Sentencias de 7 de mayo de 1965 y 22 de diciembre de 1964) *cosas muebles y relojes* en comisión de ventas. (Sentencias de 15 de abril de 1964, 11 de diciembre de 1963, 3 de julio de 1961 y 20 de marzo de 1973.)

50. **Comisión civil y mercantil.**—Que el título *fiduciario de comisión* que expresamente cita el artículo 535 del C. Penal, no se limita únicamente a acoger la *comisión mercantil* regulada en el Código de Comercio, pues la utilización típica del término se efectúa más que con virtualidad técnica estricta, con absoluta abstracción conceptual y de manera totalmente práctica, y en vulgar significación, por lo que *acoge* también en su contenido *el mandato civil, la amplia representación* en cualquier condición e incluso *el mero encargo*, siempre que el dominus otorgue a otro, actuación por él mismo, con el único límite de que sean de *destino impuesto o determinado*, porque la transferencia posesoria de las cosas o valores ha de efectuarse con una concreta finalidad especificada.

Dentro de los encargos con destino impuesto y posiblemente encajada, la mayoría de las veces en la comisión mercantil se encuentra la entrega de cosas por el propietario a otro, empleado o no, para su enajenación a terceros o *comisión de venta*, con reintegro a aquél de la cosa no vendida o del precio obtenido y medie o no la concurrencia de formalidades mercantiles y el abono de un premio por la mediación, pues este quehacer se halla indudablemente protegido, como título contractual típico en el artículo 535 del Código Penal, por el riesgo que entraña para el comitente la posesión por el comisionista de la mercancía o del precio en que se subrogó con la *enajenación mediadora*, pues se estima que la propiedad de una u otra la ostenta el comitente con el deber correlativo de su entrega devolutiva o restitutiva del mismo previa conservación o depósito del comisionista y si el mismo infringe tales deberes específicos, quebranta la

facultad dominical de disposición que sigue perteneciendo al dueño y por ello incurrirá en el delito de apropiación indebida al producirse el cambio de la posesión legítima en propiedad ilegítima, por el desleal sujeto activo. (Sentencia de 29 de marzo de 1974.)

51. Comisión mercantil.—Entre los contratos o títulos adecuados, aptos e idóneos, para generar el delito mencionado, figura con todo merecimiento el de comisión mercantil y ello no sólo porque de modo taxativo lo menciona el artículo 535, sino porque tanto obre el comisionista en nombre y por cuenta ajenos (*comisión representativa*), como en nombre propio y por cuenta ajena (*comisión*, propiamente dicha) y según se deduce de los artículos 245, 246, 247, 264, 265 y 266 del Código de Comercio, cuantos dineros, efectos, mercaderías o cosas muebles, lleguen a su poder procedente del comitente, para el desarrollo y ejecución de su misión, intermediadora o de teceros, dentro del ámbito de las operaciones mercantiles, que constituyen el objeto de dicha comisión, y correspondan a su principal, quedarán legítimamente en posesión del comisionista, pero si éste aprovechando las facilidades que su contacto físico con las referidas cosas le deparan, trueca su contractual, justificada y legítima posesión, en antijurídica propiedad y atribuyéndose unas facultades de disposición que sólo al dueño incumben, se apropia o hace suyas tales cosas, las incorpora a su patrimonio, las distrae de su natural y convenido destino o niega haberlas recibido, comete el delito de apropiación indebida. (Sentencia de 28 de febrero de 1975.)

52. Comisión, mandato civil, mero encargo de destino.—El título fiduciario de comisión citado expresamente en el artículo 535 del C. Penal, por su gran laxitud y sentido vulgar, comprende la comisión mercantil, el mandato civil, la amplia representación, de cualquier condición, e incluso el mero encargo de destino impuesto o determinado para dirigir la transferencia posesoria de las cosas o valores a realizar el agente una concreta finalidad específica, sin admitir otra disyuntiva que su cumplimiento o incumplimiento y sin opciones para distintos destinos, como sucede con las comisiones de compra, específicamente precisadas de cosa cierta y concreta que deben cumplirse indeclinablemente de acuerdo a la voluntad unitaria del dueño de la «*res commendata*», sin extralimitaciones de ninguna clase, ni aplicación de dinero como precio recibido, a saldar deuda, del agente poseedor, por suponer *una clara desvirtuación de la comisión, un adueñamiento del dinero* y un enriquecimiento lucrativo indudable y por lo tanto el realizar el delito de apropiación indebida, a pesar de que se proteste la devolución y se reconozca el quebranto causado, *pues la infracción de censura* con el apoderamiento lucrativo y tales protestas de una conducta reparadora posterior, no tienen efectividad ni para desvirtuar el delito ni otro alcance, de producirse, que actuar en la responsabilidad civil delictual, eliminándola o rebajándola. (Sentencias de 3 de octubre y 11 de noviembre de 1974.)

53. Comisión.—Se hace preciso recordar la doctrina de esta Sala, según

la cual el delito de apropiación indebida entraña, por definición, un *subtractio juridico civil a virtud de los títulos fiduciarios expresados por vía enunciativa* en el artículo 535 y que confiere al «accipiens» la posesión de las cosas, pero no a la propiedad que el «tradens» sigue ostentando sobre tales cosas confiadas («res comendata»), *siendo la comisión mercantil*, en su doble faz de compra o de venta, uno de los más *típicos títulos* contractuales aludido en dicho precepto y que el legislador protege a virtud del riesgo que entraña para el comitente la posesión por el comisionista del dinero o mercancías recibidas en el ejercicio de su mediación, para lo cual, y desde el punto de vista jurídico-privado, considera que tanto si la *comisión es de venta*, como si *es de compra*, la propiedad de las cosas recibidas pertenece en todo caso al comitente, lo que engendra en el comisionista un correlativo deber de conservación y depósito (art. 266 del Código de Comercio), con el complemento del *constituto posesorio* para el caso de quiebra del comisionista (art. 909, 4.º, del Código de Comercio), lo que tiene la indeclinable consecuencia, en el ámbito penal, que por si acaso infringe el mandatario mercantil tales específicos deberes de conservación o de entrega al principal (art. 263 Código de Comercio) habrá quebrantado la facultad dominical de disposición que sigue perteneciendo a su mandante y por ende habrá incurrido en el delito de apropiación indebida (Sentencias de 9 de junio de 1971, 28 de marzo de 1973); sin que tampoco sea óbice a la doctrina sentada el hecho de que el comisionista obre en nombre propio, pues *lo decisivo es que obre por cuenta ajena*, actuación típica de la comisión mercantil, en contraste con el mandato civil, que podrá afectar a las relaciones del comisionista con los terceros, pero no a las que le ligan con el comitente, que quedan intactas (art. 240 del Código de Comercio). (Sentencia de 23 de diciembre de 1975.)

54. Apoderamiento de muestrarios por agente de ventas.—Y esto sentado, la doctrina penal de esta Sala, ha tenido ocasiones frecuentes de pronunciarse calificando de apropiación indebida cuando se reciben muestrarios para venta en comisión y el procesado se apropia de los mismos o de su importe (Sentencia de 8 de marzo de 1965), recibir efectos en depósito para su venta en comisión y disponer de ellos (Sentencia de 7 de mayo de 1965 y 22 de diciembre de 1964), cosas muebles en comisión de venta y relojes. (Sentencias de 15 de abril de 1964, 11 de diciembre de 1963, 3 de julio de 1961 y 20 de marzo de 1973.)

55. Comisión de ventas.—El título de *comisión* que «*nominatim*» se refiere el tipo y que acoge el *negocio mercantil* de dicho nombre, pero también el *mandato*, la *representación* y hasta los más varios *encargos con destino impuesto y cierto*, abarca, además, la denominada *comisión de venta*, que supone la entrega del «domino» al agente de mercancías para la enajenación a terceros y reintegración del precio obtenido al primero, ya que con tal actuación el «tradens» se reserva la propiedad y entrega la posesión al «accipiens» de la «res comendata» y que este último debe conservar mientras no la enajena, pues de acaecer este destino final, a que está abocada la cosa, ha de reintegrar el importe o precio logrado, o al

menos, dar cuenta específica, para exonerarse de responsabilidad, de la causa de su desaparición, máxime si en uno y otro caso se afirma su provecho o utilidad indebida, que incluso en casos excepcionales puede obtenerse, si lo vende a plazos y mantiene para sí el precio, sin trasladarlo al burlado dueño. (Sentencia de 18 de octubre de 1973.)

XII. ADMINISTRACION

56. Presidente y secretario de Consejo de Administración.—Si los procesados, por razón de los cargos que desempeñaban en una sociedad—presidente y secretario del Consejo de Administración—abrieron una cuenta de fondos de reserva de la sociedad y disponen de la misma en provecho propio y en perjuicio de aquélla, es evidente que cometieron este delito, dada la confianza que inspiraban a los restantes socios. (Sentencia de 2 de marzo de 1969.)

57. Gerentes de empresa.—Por lo que los gerentes de empresa se refiere, teniendo éstos como facultades normales y ordinarias amplios poderes para extraer cantidades de Banco, en nombre de su principal, cuando se realizan estos actos de extracción, bien de la caja de la empresa, de inmediata disposición del gerente, bien de las cuentas del Banco, dada su condición de apoderado, no invirtiéndola en los fines de la empresa, beneficiándose el gerente con perjuicio de la entidad propietaria, no cabe la menor duda que se comete el delito que nos ocupa. (Sentencia de 15 de junio de 1972.)

58. Colla de obreros panaderos.—Lo primero que conviene aclarar es la clase de entidad de que se trata y el puesto que cada uno de los procesados tenía en ella, con determinación de sus obligaciones. Según sus estatutos de 21 de marzo de 1965 la Colla de Obreros-Panaderos es una agrupación profesional sindical, cuya finalidad es facilitar el acceso a los puestos de trabajo a los productores panaderos que trabajan por cuenta ajena, y con carácter eventual (artículo 1.º). A los efectos de Seguridad Social asume las funciones que en materia de Seguros Sociales y Mutualismo Laboral se atribuyen a dichas agrupaciones en la orden de 2 de mayo de 1963, realizando la afiliación y cotización de trabajadores encuadrados en la misma, a los Regímenes de Previsión Social obligatoria que gestiona el Instituto Nacional de Previsión y la Mutualidad Laboral de Las Palmas..., actuando, a dichos efectos, como empresa, a cuyos efectos recaudará de las empresas y trabajadores las cotizaciones que por seguros sociales les corresponda abonar (artículo 3.º). Los fondos de la Agrupación, una vez cubiertos los Regímenes de Previsión Social y Mutualidad Laboral, podrán destinarse, previa autorización superior y acuerdo de la asamblea, a propuesta de la Junta Rectora, al mejoramiento de las necesidades de los asociados, obras de carácter social, establecimiento de becas de estudio para los hijos de los asociados y atenciones administrativas (artículo 5.º). Con obligaciones gestoras para ingresar, como mandatario, en las Cajas de Seguridad Social y Mutualidad Laboral, las correspondientes cotizaciones de sus obreros,

siendo a estos efectos auténticas entidades delegadas tanto del Instituto Nacional de Previsión, como de las Mutualidades de Las Palmas, con obligación, por lo común, de llevar la contabilidad de la gestión indicada, con entera independencia de otras actividades sociales. De todo lo cual se concluye, como con razón argumenta el recurrente, que *las cuotas de cotización* se reciben por la Colla, para *entregarlas al fondo de Seguridad Social* del Instituto de Previsión y al Mutualismo Laboral, auténticos titulares dominicales de las mismas a quienes, al no entregárselas, se les irroga el correspondiente perjuicio, faltando con ello a las disposiciones de los artículos 68-1.º de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, concierto del Instituto Nacional de Previsión con la Colla de 2 de mayo de 1963 y Orden de 28 de diciembre de 1966, artículo 25-3.º y perjudicando, de un lado, a dichas instituciones sociales y de otro a los trabajadores cuyas cuotas no se abonaron, y al quedar al descubierto de las mismas pueden verse privados de los beneficios sociales previstos en nuestra legislación en el momento en que, según las previsiones de cada caso, llegue la oportunidad de percibir las. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

59. *Aunque se destinen los fondos o atenciones de carácter social u otras administrativas.*—Se infringió por la Sala sentenciadora el precepto invocado del artículo 535 del Código Penal, al *distraerse del destino* que por estatutos, por ley y por convenio, *venían obligados los directivos* de la Colla, que luego se dirán, *debían dar a las cantidades recibidas* por cotizaciones de sus afiliados, y *aplicarlas a otras atenciones de carácter social* y cubrir las atenciones administrativas de la Colla, aunque ello fuera con el beneplácito de la asamblea general. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

60. *Gestores de cooperativas.*—En el caso que nos ocupa, el especial destino y concretísima afectación de determinados cobros a fines de cotización por Seguridad Social en interés de los afiliados que, confiados en la efectividad de esta precisa aplicación, se encuentran ahora en descubierto por tales conceptos, al haber gastado los *individuos del ente gestor* estas cantidades a su arbitrio, en lo que mejor les pareció, aunque no fuera en su personal provecho hace entrar en juego como norma sancionadora adecuada, el dispositivo del artículo 535 del Código Penal referente a la apropiación indebida, ya que tales sumas, destinadas desde un principio a finalidad tan relevante, debieron ser sagradas para estos gestores que, por el contrario, y desestiéndose de este especialísimo deber, las distrajeran a sabiendas de su destino, siendo así que constituían un *fondo separado de afectación*, que en modo alguno podía fundirse con los demás caudales del ente societario, a pretexto de un vago principio de unidad de caja, aquí inaplicable. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

61. *Condominio. Cuando el condomino es depositario o administrador.*—Que el trueque que el delincuente ha de efectuar en la apropiación indebida, cambiando la posesión concedida —«res commendata»— en prohibido dominio, significa, aunque no lo exprese directamente el tipo legal que *las cosas sean ajenas*, o de la titularidad del perjudicado, por no pertenecer

al que de ellas antijurídicamente se apodera, porque se trata de un presupuesto del injusto típico de dicho delito, que de inexistir totalmente impide su comisión, por no ser posible la transmutación indicada, por lo general, pues así lo proclamaba ya el viejo axioma «*rei nostrae, apropiandi non possumus*».

Que si se exige a ultranza este requisito de la ajenidad de la cosa, en la apropiación indebida, no podría aceptarse su comisión, en los casos de bienes parcialmente propiedad de ambos sujetos activo y pasivo, como en los de *condominio «iuris romani»*, en que las cosas pertenecen a todos los condominios en cuotas ideales «*pro in diviso*», y muy especialmente en los de *sociedad*, con bienes o ganancias comunes, regida por contrato, o establecida como un hecho de formación irregular, y en que el *poseedor se adueña ilegítimamente de fondos que en parte no le pertenecen*, a pesar de la obligación normativa de entrega o devolución, que incumple, en los cuales *ha de admitirse*, sin embargo, por su singularidad, la *posible generación del delito de referencia*, pues por muy coactiva que resulte en el orden doctrinal y sus efectos, la naturaleza jurídica de la comunidad como propiedad plurima total, que recae ficticia e idealmente sobre cada átomo de la cosa común, es lo cierto, que *no puede llegarse a consecuencias inmorales e ilegales*, dejándolas huérfanas de protección penal, contra los *actos de apoderamiento de lo que no es propio*, y en cuantía que sean ajenas, y pertenecientes a los *condóminos o asociados siempre y cuando se apropien subrepticamente del patrimonio de los demás*, lo que jamás autoriza el estado de comunidad o el contrato de sociedad, *salvo pacto expreso* en contrario, y cuando exista en la culpabilidad indudable mala fe en el total adueñamiento con malicia y ánimo de lucro propio, sobre la cosa común que se conoce como tal, y en la mayor parte de dominio ajeno y no propio, pues *este radical y repudable dolo finalísticamente defraudatorio y pleno de abuso de confianza*, rebasa con mucho el mero exceso o abuso en el ejercicio de las funciones comunitarias o sociales, y *no es un mero supuesto, de ilicitud de carácter civil*, sino que encaja dentro del ámbito penal, y concretamente, por existir posesión confiada, en dicho delito de apropiación indebida, al ser conocidas las porciones patrimoniales confluentes, y la ausencia de disponibilidad del agente, en dicha dirección particular de enriquecimiento personal e injusto, y en indudable perjuicio de los comuneros y socios, pues en definitiva, se apodera de cosas por él poseídas, que en su mayor parte no le pertenecen en dominio y cuyo derecho de dominio personal concurrente no puede hacer desaparecer la propiedad de los demás; dándose aún *mayor consistencia* al delito, si concurre en el sujeto activo, una *yuxtaposición de títulos*, por agregarse al de comunero o socio, *titularidades superpuestas, que le concedan el depósito de las cosas*, bienes o dinero, o su administración y se quebrante la custodia o la gestión económica, pues en tales supuestos se destrazan dos o más títulos fiduciarios por el quehacer delictual del agente, en su lucro y en su provecho, que hace más reprochable su conducta, lo que ya esta Sala en sus Sentencias de 24 de abril de 1947 (R. 549), 16 de octubre de 1951 (R. 2.194) y 17 de noviembre de 1954 (R. 2.482), había estimado suficiente, para cometer tal delito, *por adueñamiento del administrador o gerente social*, de bienes de la entidad, de la

que era además consorcio, y que no por ser de la misma dejaban de pertenecer a cada uno de los partícipes, admitiendo las Sentencias de 29 de octubre de 1954 (R. 2.417), 11 de mayo de 1955 (R. 1.298) y 15 de octubre de 1958 (R. 3.020), la presencia de igual delito, en casos de sociedad, y apoderamiento de sus bienes por consorcio, por no poderse consentir la apropiación clandestina, del patrimonio de los demás asociados. (Sentencia de 9 de febrero de 1974.)

62. Sociedad, si el socio es depositario o administrador.—Que en la exégesis del artículo 535 del Código Penal, sobre el delito de apropiación indebida, viene estableciendo esta Sala que de su texto bastante descriptivo y expresivo se deducen los requisitos esenciales para que tal figura punible tome relieve para la vida del derecho. Ellos son en primer lugar una recepción —por parte del subjetivo activo del delito— de dinero, efectos o cualesquiera otra cosa mueble, es decir, toda clase de muebles. En segundo lugar, esta toma de contacto del sujeto, con el objeto del delito, nace legítimamente, puesto que se recibe en calidad de depósito, comisión, administración o cualquier otro título, entendiéndose que éste ha de ser válido y legítimo. Tercero. Estos títulos le legitiman de un lado a tener ciertas facultades de autónoma disposición, por tener los efectos en su poder y de otro le obligan a entregarlos a tercero, a persona o entidad determinada, finalidad concreta y precisa o a devolverlos a su legítimo dueño y en tal condición se tienen: legitimidad en la posesión o tenencia y finalidad concreta y determinada ordinariamente por el título en virtud del cual reciben. En cuarto lugar, cuando llega ese instante que con reiteración se ha calificado de restitución cancelatoria, el sujeto abusa de la confianza recibida, rompe totalmente la lealtad en él esperada o la confianza en él depositada; en definitiva, incumple la obligación que había asumido y con ánimo de lucro fraudulento le incorpora antijurídicamente a su patrimonio, les da a los efectos recibidos destino distinto del previsto en los títulos de entrega, niega haberlos recibido, y todo ello ocasiona el correspondiente perjuicio al dueño o destinatario de las cosas. En suma, se ha producido un lucro ilícito de cosas poseídas, en principio legítimamente, y un abuso manifiesto de la confianza obtenida desde tal principio. Requisitos éstos puestos de relieve, por lo que a la situación de condominio y sociedad se refiere, en reciente Sentencia de 9 de febrero de 1974, donde el adueñamiento por condominios y socios del patrimonio de los demás mereció la calificación del delito de apropiación, por no poderse consentir la apropiación clandestina del patrimonio de los demás. (Sentencia de 30 de septiembre de 1974.)

63. Y por su parte, la jurisprudencia, en Sentencias de 26 de enero de 1905, 2 de octubre del mismo año, 9 de febrero de 1912, 7 de noviembre de 1914, 3 y 17 de marzo de 1927, 14 de junio y 8 de julio de 1935 (R. 1.269 y 1.501), 3 de abril de 1946 (R. 462), 28 de febrero 1951 (R. 496), 16 de febrero 1954 (R. 248), 20 de octubre del mismo año (R. 2.417), 22 de octubre 1960 (R. 3.064), 17 de octubre 1964 (R. 4.339), 21 de noviembre 1966 (R. 5.027), 5 de diciembre 1967 (R. 5.249), 23 de diciembre 1968 (R. 5.639), 2 de mayo de 1969 (R. 2.603), 20 de abril de 1970 (R. 1.875), 12 de febrero de 1971 (R. 600),

28 de septiembre de 1973 (R. 3.394), 25 de marzo de 1974 (R. 1.453) y 27 de junio de 1975 (R. 3.023), ha sentado que, para que se cometa el delito de apropiación indebida en sociedades, es preciso: 1.º que el socio se halle en poder del dinero o de la cosa mueble, objeto del adueñamiento; 2.º que dicha posesión lo sea con titularidad superpuesta a la propiamente de socio, es decir, en calidad de administrador, depositario, representante, director o gerente de la sociedad; 3.º obligación de entrega o devolución; 4.º que no exista tal indeterminación de derechos, complejidad, confusión o iliquidación que sea imposible percibir y distinguir lo que a cada uno corresponde y donde acaba el derecho propio y comienza el común o el de los demás socios, y 5.º que concurra y se constate intención o propósito de incorporación al patrimonio propio de lo que consta es ajeno, quedando excluida dicha intención cuando se obra con propósito no lucrativo de realización del propio derecho de cautela, de garantía u otro semejante. (Sentencia de 14 de enero de 1976.)

64. Que en realidad toda la argumentación del recurrente se reconduce a la consideración de que siendo el procesado miembro de una sociedad irregular pactada con el querellante, el dinero que recibía para la sociedad y del que se dice dispuso, lo percibió como tal socio o título dominical, por lo que mal podía cometer el delito de apropiación indebida que presupone la transmutación de la posesión —que se disfruta in nomine alieno— en propiedad, todo ello sin perjuicio de la cuota ideal que corresponda a cada socio a tenor de su participación; tesis la aducida que contraría la sentada por la doctrina de esta Sala, según la cual el contrato de sociedad genera situaciones jurídicas como las de mandato, administración y depósito que posibilitan la apropiación indebida de los bienes o fondos sociales, aunque el gestor de los mismos sea también socio, pues entonces el delito se entenderá cometido en la parte que proporcionalmente exceda de su participación como tal socio gestor —Sentencias de 16 de febrero y 15 de junio de 1954 (R. 248 y 1.683), 22 de diciembre de 1960 (R. 4.147), 21 de noviembre de 1966 (R. 5.027), 5 de diciembre de 1967 (R. 5.249), 23 de diciembre de 1968 (R. 5.626), 2 de mayo de 1969 (R. 2.603), 16 de octubre de 1972 (R. 4.121), y otras—; como en general se condena al apoderamiento unilateral e injusto de un socio en perjuicio de otro que reúna los caracteres de dicho delito —Sentencias de 20 de octubre de 1954 (R. 2.417), 11 de mayo de 1955 (R. 1.298), 16 de octubre de 1958 (R. 3.315)— y aun cuando se trate de sociedad irregular, pues si bien en tal caso el perjudicado no es el ente social, por carecer el mismo de personalidad jurídica, no es menos cierto que entonces el perjuicio se infiere a los demás socios en la medida en que es dañada su cuota de participación en el fondo social y sin perjuicio de que la liquidación de cuentas fije cual sea el caudal partible entre ellos —Sentencia de 28 de septiembre de 1973 (R. 3.390)—, en tanto que las aportaciones de los socios al fondo común pierden su individualidad y sólo tienen derecho a una cuota, bien de participación en el haber social, bien de liquidación si la sociedad se extingue —Sentencia de 16 de octubre de 1972 (R. 4.121)—. (Sentencia de 7 de febrero de 1975.)

65. Que entre los títulos aptos e idóneos para generar el delito estudiado que no menciona «nominatum» el artículo 535 del Código Penal, figura el contrato de sociedad, el cual ha suscitado dudas y controversias a causa de la titularidad común del acervo social y de la dificultad de distinguir lo que corresponde a uno u otro socio, es decir, lo que es propio y lo que es ajeno, pero recordando que en las sociedades legalmente constituidas se crea una persona jurídica con personalidad y patrimonio distinto al de los asociados, y reparando que en las sociedades irregularmente constituidas el socio infiel sería titular de su aportación y de la parte de las ganancias que le correspondan con arreglo a lo pactado o en defecto de pacto, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, pero no es dueño ni titular de la totalidad del patrimonio social, se puede construir el delito de apropiación indebida en los casos de contrato de sociedad, bien *sobre la base de la distinta personalidad de los socios y de la sociedad*, bien con apoyo en el fundamento de que *quien se apropia de bienes sociales está perjudicando a los demás socios* y privándoles de parte o de todo su patrimonio; por ello, la doctrina ha entendido que *comete este delito el administrador o gerente de una sociedad*, que recibiendo, con destino social, dinero o cosa muebles, lejos de ingresarlo en el acervo social lo toma para sí en beneficio exclusivo, y también lo perpetra *si tomando del caudal social dinero o cosas muebles los incorpora a su patrimonio* o los hace suyos, o les da un destino distinto al convenido o adecuado, y, finalmente, que lo mismo puede predicarse de cualquier socio que obre de idéntico modo al señalado y por su parte, la jurisprudencia, desde tiempos ya remotos en los que incluso todavía la apropiación indebida no se había independizado y figuraba en el número 5 del artículo 523 del Código Penal de 1932 o en el equivalente del Código de 1870, *reputó la posesión de bienes sociales en concepto de administrador*, de gerente o simplemente de socio, título apto e idóneo para la perpetración del delito analizado, si bien en algunos casos *limitara la cuantía de lo apropiado al compás de los derechos que correspondían al infractor* en el patrimonio social y en la misma medida en que debían repartirse los beneficios; y así pueden citarse las sentencias de 26 de enero de 1905, 2 de octubre del mismo año, 9 de febrero de 1912, 7 de noviembre de 1914, la que declaró que la venta y apropiación del valor de unas mercancías por el gerente de una sociedad después que *a su disolución fueron adjudicados a uno de los socios* integran los elementos esenciales de este delito, 3 de marzo de 1927, 17 de marzo del mismo año, 14 de junio de 1935 (R. 1.269), 8 de julio del referido año (R. 1.501), 3 de abril de 1946 (R. 462), 28 de febrero de 1951, (R. 496), 16 de febrero de 1954 (R. 248), 20 de octubre del mismo año (R. 2.417) —la que reputa apropiación indebida el apoderamiento con ánimo de lucro de la *parte no correspondiente* al acusado—, 20 de octubre de 1960 (R. 3.064), 17 de octubre de 1964 (R. 4.339), 21 de noviembre de 1966 (R. 5.027) —la que sostuvo que *el socio infiel no es propietario del caudal social, sino que sólo tiene un derecho expectante sobre el mismo y sobre los beneficios*, y que, por lo tanto, si vende madera y no ingresa el importe en las arcas sociales causa un perjuicio de la mitad del dinero importe—, 5 de diciembre de 1967 (R. 5.249), 23 de diciembre de 1968 (R. 5.639), 2 de mayo de 1969 (R. 2.603), 20 de abril de 1970 (R. 1.875), 12 de

febrero de 1971 (R. 600), 28 de septiembre de 1973 (R. 3.394) y 25 de marzo de 1974 (R. 1.453). De todas cuyas resoluciones se infiere que, para que se cometa el delito de apropiación indebida en sociedades, *es preciso*: 1.º que *el socio se halle en poder del dinero*, de la cosa objeto del apoderamiento; 2.º *obligación de entrega o devolución*; 3.º, que dicha posesión lo sea con titularidad superpuesta a la propiamente de socio, es decir, *en calidad de administrador, depositario, representante, director o gerente de la sociedad*; 4.º *que no exista tal indeterminación de derechos*, complejidad, confusión e iliquidación que sea imposible percibir y distinguir lo que a cada uno corresponde y donde acaba el derecho propio y comienza el común o el de los demás socios, y 5.º que concorra y se constate intención o propósito *de incorporación al patrimonio propio* de lo que consta es ajeno, quedando excluida dicha intención cuando se obra con propósito no lucrativo de realización del propio derecho, de cautela, de garantía u otro semejante. (Sentencia de 27 de junio de 1975.)

XIII. OTROS TITULOS

66. En traspaso de local, en arrendamientos urbanos. Precio del traspaso que ha de devolver el arrendatario, si el arrendador ejerce el derecho de tanteo.—Que una de tales relaciones o situaciones, que bien cabe calificar de pendencia en el ámbito civil, con inmediata repercusión en el penal, es la que se produce dentro del derecho de arrendamientos urbanos, cuando habiendo decidido el arrendatario de un local de negocio *traspasar la posesión arrendaticia del mismo a un tercero*, conforme a la facultad que le concede el artículo 29 y con los requisitos del artículo 32 de la Ley del ramo articulada mediante Decreto de 13 de abril de 1956 (R. 652), *notificada al arrendador su decisión* de traspasar y el precio convenido, para que éste pueda *ejercitar el derecho de tanteo* que le concede el artículo 35 de la propia Ley, dentro de los treinta días siguientes al de dicha notificación; pues si con arreglo al párrafo 2.º de este último artículo, hasta que transcurra el plazo para que el arrendador pueda ejercitar tal derecho, no podrá el arrendatario concertar con un tercero el traspaso, dicho se está que lo único que cabe, en tanto pueda llegarse a dicho concierto, es *otorgar un precontrato de traspaso*, muy distinto del contrato subsiguiente, cuya diferencia ha sido puesta de manifiesto por la doctrina y jurisprudencia —Sentencias de 23 de febrero de 1948 (R. 163), 8 de mayo 1950 (R. 998), 21 de marzo 1955 (R. 1.113), 20 de octubre de 1955 (R. 3.081), 3 de julio de 1956 (R. 3.004), todas de la sala 1.ª—; *contrato preliminar que obligará al arrendatario y al tercero a concluir el futuro traspaso una vez que se cumpla la «conditio legis» de haber transcurrido el término legal sin que el arrendador del local haya ejercitado su posible derecho de tanteo o, en su defecto, haya autorizado directamente el traspaso propuesto*; situación jurídica muy distinta de la que se produce cuando, por no haber mediado la preceptiva oferta del arrendatario al arrendador, éste ha de ejercitar el *derecho de retracto*, pues mientras que en la primera oportunidad el tercero sólo tiene convenida la adquisición, aunque no realizada o efectuada,

en la ocasión del retracto, conforme al artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (R. 1.964, 2.885 y R. 1.965, 86 y Ap. 51-66, 787), se parte del supuesto de una *enajenación ya consumada* —Sentencia de la Sala 1.ª de 12 de abril de 1962 (R. 2.022)—; diferencia entre ambas situaciones que tiene decisivo reflejo en el campo punitivo, ya que mientras pende el *derecho de tanteo*, el tercero que pretende entrar en la posesión arrendaticia del local sólo *tiene una expectativa jurídica a su favor* y, por ende, si entregó al arrendatario todo o parte del *precio del traspaso* aún no realizado —puesto que legalmente no es posible hacerlo, hasta el punto de atraer la resolución del arrendamiento conforme al artículo 114-5.º de la Ley —Sentencia de la Sala 1.ª de 26 de marzo de 1953 (R. 592)—, como nada adquiere, *tampoco transmite la propiedad de dicho precio, sino tan sólo la posesión del mismo, con obligación por parte del receptor de devolverlo si no se produce la hipótesis legal que, de futuro, permita la perfección y consumación del contrato de traspaso.* (Sentencia de 22 de octubre de 1973.)

67. Prestaciones de la Seguridad Social.

Ver Gestores de Cooperativas.—Sentencias números 56, 57, 58, 59 y 60.

68. Prestaciones no abonadas al beneficiario.—Que las empresas privadas vienen configuradas en la Ley de Seguridad Social, como entidades gestoras de la misma y colaboran con ella, conforme al artículo 208-1.º c) de la Ley de 21 de abril de 1966, *pagando* a sus trabajadores por *delegación* de la entidad gestora obligada, las *prestaciones económicas*, por incapacidad laboral transitoria, protección a la familia, desempleo y otras varias. Esta colaboración es obligatoria y consiste —reitera la Orden del Ministerio de Trabajo de 25 de noviembre de 1966— *en el pago por delegación de dichas prestaciones económicas*. Y la mecánica de dicha colaboración viene dibujada por el artículo 20 de la citada orden, expresivo de que las empresas se reintegraran de las cantidades satisfechas y referidas a los conceptos antes expresados, descontándola del importe de las liquidaciones que han de efectuar para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social que correspondan al mismo período que las prestaciones satisfechas. La propia Ley citada al principio establece en su artículo 3.º que el empresario que habiendo efectuado el descuento no lo ingrese o no lo pague, hemos de añadir, incurrirá en responsabilidad ante las entidades gestoras sin perjuicio de la responsabilidad criminal y administrativa correspondiente.

Que por tanto las cantidades debidas abonar por el Instituto Nacional de Previsión o un obrero de determinada empresa, en situación de incapacidad laboral transitoria, se descuentan de las liquidaciones al Instituto y se retienen por el empresario, con una finalidad concreta y determinada: pago por delegación del mismo de las prestaciones económicas a la persona titular del derecho a la prestación. Por tanto, tal retención, apropiación o distracción ya es de cantidad ajena, con una obligación y un destino concreto y determinado que ha de darse por delegación, representación, comisión o mandato de la entidad y que de no cumplirse supone de un lado la tenencia de dinero ajeno porque ya ha nacido la obligación de cotización.

y el derecho a la prestación con mandato y obligación de entrega, de otra la distracción o apropiación del mismo, lucro del autor, perjuicio del beneficiario, con lo que dicho se está que en tales supuestos nos encontramos ante el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, como ha sostenido esta Sala en Sentencia de 28 de mayo de 1974, entre otras. (Sentencia de 25 de febrero de 1975.)

69. Prestaciones retenidas a los productores y no abonadas al Instituto Nacional de Previsión.—Que el primer motivo del presente recurso alega la infracción del artículo 535 del C. P., por la Sentencia de instancia, en cuanto que en concepto del recurrente es menester recibir algo mueble, en este caso dinero, con obligación de entregar o devolver, no negar haberlo recibido. Recepción ésta que no puede equipararse con la retención de parte de jornal autorizado por la Ley por parte de la empresa, para abonar las cuotas de la Seguridad Social, y no ingresarlas. El fino argumento debe decaer en primer término por disposición legal y luego por consideraciones jurídicas de más hondura, no expresamente mencionadas en la Ley. En efecto, la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 regula sobre cotización el sujeto responsable y declara paladinamente que el empresario es el sujeto responsable de la obligación de cotización ingresando las aportaciones propias y las de sus trabajadores, según el número 1.º del artículo 68. El número 2 añade que el empresario descontará a sus trabajadores la cuota correspondiente a sus retribuciones. Y por el número 3 añade que «el empresario que habiendo efectuado tal descuento no ingrese dentro de plazo la parte correspondiente a sus trabajadores incurrirá en responsabilidad ante ellos, ante las entidades gestoras afectadas, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan». Dicho plazo, aclara la Orden de 28 de diciembre de 1966, es por «mensualidades vencidas». Luego surge de la Ley una doble obligación: descontar tales cantidades correspondientes; éstas se reciben por Ministerio de la Ley, pierde el dueño su calidad de propietario de las primas y se forma un patrimonio afectado a un destino, del que el mismo es depositario, con comisión para entregar y el no cumplimiento de tales obligaciones respecto de un dinero que ya es ajeno, con un destino legal y voluntariamente pactado, distrayéndole del mismo, lucrándose con su importe es evidente que integra el delito de apropiación indebida, según la doctrina general de esta Sala y muy en especial la contenida en las Sentencias de 28 de mayo de 1974 y 25 de febrero de 1975, en lo aplicable.

Que por consiguiente que si tanto por ministerio legal como por «conformidad de los productores» el recurrente «venía descontando de la nómina de éstos la parte correspondiente a su cotización social, con la específica obligación de abonarlo en el Instituto Nacional de Previsión y desde septiembre de 1970, en vez de cumplir esta obligación específica no lo hizo así, sino que se aprovechó en su propio beneficio aplicando ese dinero a otros menesteres y finalidades particulares, perjudicando de esta manera al Instituto Nacional de Previsión, que dejó de percibir las cuotas correspondientes», es claro que hubo lucro ilícito y abuso de confianza que son las dos notas esenciales del delito de apropiación indebida del artículo 535 del

Código Penal, según constante doctrina de esta Sala; razones todas que motivan la desestimación del primer motivo del recurso admitido, tercero del escrito de interposición. (Sentencia de 7 de mayo de 1977.)

70. **Décimo de Lotería apropiado antes del sorteo.** *Luego premiado en el sorteo. Cuantía de la apropiación se extiende al premio.*—Que así enfocado el recurso, surgen ante esta Sala dos problemas fundamentales: 1.º *Momento de la consumación del delito.* 2.º *Cuantía de lo apropiado.* El primero, que apenas tiene dificultades técnicas, debe resolverse en el sentido de que *el delito se consumó en el momento en que el procesado decide adueñarse del billete y efectivamente lo lleva a cabo*, porque es cuando su posesión legítima, con comisión de entrega, se convierte en disposición anti-jurídica, incorporándolo a su patrimonio y disponiendo del billete de lotería como si fuera propio. En tal instante el abuso de confianza y el lucro ilícito quedan perfilados de manera manifiesta y con ellos la infracción penal. Ahora bien, ¿cuál es el objeto y el valor de la apropiación? *Un billete de lotería antes del sorteo, por su importe*, desde luego, pero con algo más: *una esperanza de que sea agraciado con el premio.* En tal instante la acción del agente, como comportamiento dirigido a fin concreto, *no produce el resultado previsto y querido.* Es una actividad que *queda interrumpida hasta el sorteo*, porque entre el acto y el resultado hay un aplazamiento. *El ciclo causal de la acción se demora, debiendo complementarse la acción con otros factores de carácter objetivo*, que añadidos a aquéllos *producen el resultado*: esto es el sorteo. Desde el punto de vista de la *culpabilidad* del agente, no solamente prevee el sorteo y *el premio, sino que lo quiere y lo acepta.* Por lo tanto, el resultado, premio sustraído a su legítimo propietario, queda cubierto y *aceptado por el dolo del autor*, surgiendo así un *dolo eventual muy cualificado* en el mismo, porque en el genuino y auténtico eventual, se preve, no se quiere, pero en último término se acepta, en este especial más que eventual o cualificado, se prevé, se quiere y se acepta. Por tanto, *la apropiación versa sobre el valor del démico y la expectativa del premio*, aceptada y querida, y al completarse la acción, con el *resultado aleatorio del sorteo*, en el que el décimo resultó premiado, hay que concluir en que la intención del agente fue la de apropiarse del importe del uno y otro, y por tanto la cuantía se medirá por la del premio con el que fue agraciado. A este respecto *no importa que el lucro se desplazase a tercero*, porque existiendo tal ánimo, es indiferente que recayera en el autor del delito o favoreciera el lucro injusto a otro, por cuanto que existió y fue paralelo al perjuicio patrimonial determinado del destinatario del billete o susceptible de determinarse, como ocurrió tras el sorteo. Por tanto, prosperando ambos motivos del recurso, debe estimarse que la Sala sentenciadora infringió el artículo 535 del Código Penal por inaplicación en la Sentencia recurrida, procediendo por tanto a casarla y anularla y dictar en su lugar aquella otra que ordena el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Sentencia de 26 de diciembre de 1973.)

Que los hechos que se consideran probados integran el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, por cuanto el procesado Manuel Santos Vega tenía en depósito, con comisión de entrega a Miguel

Cabello, de un billete de Lotería Nacional de 50 pesetas, cuyo sorteo no se había celebrado, y tras de hacer alguna gestión por dar con su paradero, como no lo consiguiera, decidió adueñarse y disponer del mismo, lo que implicaba no sólo el valor facial del billete, sino la expectativa del premio, con la previsión de que fuera agraciado, aceptada y querida, y al ocurrir el evento del premio de las 150.000 pesetas no cabe la menor duda que la apropiación se extendió a esta posibilidad esperada, aunque dependiera de un factor aleatorio ajeno a su voluntad, objetivo, pero previsto y querido, produciendo un perjuicio patrimonial real a Miguel de 150.000 pesetas tras el evento del sorteo. El ánimo de lucro fue menos intenso en cuanto que dispuso del billete en favor de tercero, si bien, a cambio de otro del mismo sorteo, y por la misma cantidad, con lo que el lucro sobre el billete apropiado se desplazó a tercero, lo que no impide la configuración penal descrita.

Que en la comisión de tal hecho ha de apreciarse la circunstancia análoga al arrepentimiento espontáneo, del artículo 9 núm. 10, en relación con el número 9 del mismo precepto, en calidad de atenuante muy cualificada por las siguientes circunstancias: tan pronto como recibió la visita del perjudicado, comprendiendo el alcance de su acción y abrumado por ella, pese a que él no había cobrado el premio, le entrega 20.000 pesetas de su bolsillo y procura que el favorecido con la suerte le entregue otras 50.000 pesetas y el resto se ofrece a abonarlo mediante la aceptación de las letras de cambio que fuesen menester, con lo que el impulso de su acción, la disminución de los efectos del delito y el tiempo en que se produjo fueron los convenientes para que pueda surgir la figura análoga que se aprecia, donde quedó desdibujado el arrepentimiento íntimo, pero sus actos externos dan lugar a que de manera indudable el Tribunal pueda apreciarla. El carácter de muy cualificada ha de otorgarse en méritos a que el lucro quedó desplazado a tercero, a que la acción del autor hubo de complementarse para surgir el delito de elementos objetivos extraños, aleatorios, a la conducta del sujeto; a que el dolo del autor no merece la calificación de dolo directo, sino más bien eventual, aunque cualificado, y por fin que, pese a que no percibió el premio materialmente, reparó con sus propios medios económicos, ofreciendo saldar la responsabilidad civil por cuantos medios tenía a su alcance, que no fueron aceptados por el perjudicado. Razones todas que por aplicación de la regla 5.ª del artículo 61 del Código Penal autorizan a bajar la pena a imponer en un grado. (Sentencia de 26 de diciembre de 1973.)

71. Promotores de viviendas. Ley de 27 de julio de 1968.—Que la inmoral especulación efectuada por traficantes sin escrúpulo, con el dinero que les anticipaban, personas de buena fe, para adquirir las futuras viviendas que aquéllos prometían construir, quedándose con el importe de lo entregado total o parcialmente sin alcanzar el buscado dominio del bien inmueble, bien por ser víctima de un engaño o de la impericia de los constructores que no alcanzaban su objetivo, con la consiguiente alarma social y grave alteración de la normal convivencia basada en el respeto a los intereses ajenos y en la seriedad, motivó la creación de una legislación defensiva a la vez preventiva y represiva, que garantizara la aplicación real y cierta de

los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios de la vivienda, como su devolución, si no se llevare ésta a feliz término, y que cristalizó en la *Ley de 27 de julio de 1968* (R. 1.335), reguladora minuciosa de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Que esta Ley limita su ámbito normativo a las viviendas a construir que no sean de protección oficial, y que pretenden ser destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente, o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial; y exige a las personas físicas o jurídicas que promuevan su construcción cuando pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma el cumplimiento de las siguientes imperativas condiciones: a) garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual mediante contrato de seguro con entidad oficial, o por aval solidario, prestado por Banco o Caja de Ahorros reconocidas, para el caso de que la construcción no se inicie, o no se lleve a buen fin, por cualquier causa, en el plazo convenido —artículo 1.º, apartado 1.º—, y b) percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una cuenta especial exclusiva a tal fin, y dirigida a satisfacer sólo la construcción a través de entidad bancaria o Caja de Ahorros —igual artículo 1.º apartado 2.º.

Que en tipicidad legal especial el artículo 6.º de dicha Ley, *estima como delito* —o en su caso falta— de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, la no devolución por el promotor al adquirente, de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la propia Ley, imponiendo en su grado máximo las penas fijadas en el artículo 528; estimándose, por consiguiente, «ex lege», que la dación del dinero es en mera posesión y con destino impuesto, y a la vez condicionada al buen uso y adecuada finalidad, sin admitirse siquiera la inejecución de la vivienda de manera parcial, pues calificada como injusto enriquecimiento, abuso de confianza y ausencia de lealtad debida, la transmutación de la entrega del dinero en posesión por título fiduciario de comisión, en su más amplio sentido, en propiedad ilegítima, que no se consiente, por tratarse de un acto de autoridad propia prohibida y que se genera por la no devolución del dinero adelantado, luego que transcurre el plazo pactado, sin la construcción acabada de la vivienda y su entrega con cédula de habitabilidad.

Que la expresión vivienda empleada sin mayores precisiones ha de estimarse significa la morada o habitación de las personas o familias, por ser ésta la valoración léxica y semántica que precisa el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a la que es necesario atender, para calificar el alcance de las expresiones, tanto en su concepción vulgar como en la jurídica—que de ella no discrepa—; y si la Ley penal utiliza tal vocablo de vivienda, sin otras precisiones, en su ámbito se ha de comprender las que sirven de domicilio o residencia familiar de forma permanente o como residencia de temporada o circunstancial, ya que es lo propio que sucede, mientras que otra cosa expresamente no se diga, como fuere menester para dar sentido diferente a la expresión, a la vez que por ser lo normal en el ámbito comunitario, si no se precisa que la vivienda, es de:

protección oficial, ha de interpretarse que no lo es, para no contradecir la realidad de hecho generalizada. (Sentencia de 11 de octubre de 1973.)

72. Que el legislador de nuestros días ha proveído a la más enérgica tutela y protección, sin excluir la penal, del interés social ligado a la construcción de viviendas, cuya creciente demanda por una gran masa de la población ha hecho proliferar el agio y especulación más desenfundados y aún a defraudar aquellos intereses colectivos y expectantes, destacando en esta regulación el Decreto de 3 de enero de 1963 (R. 61 y Ap. 51-66, 14.538), último dado en la materia integrada por las llamadas viviendas de *protección oficial*, con el cortejo de garantías y cautelas exigidos a los promotores de las mismas que perciben cantidades a cuenta antes de la calificación definitiva del inmueble, no menos que la Ley de 27 de julio de 1968 (R. 1.335) dirigida a las de más construcciones urbanas destinadas a habitación sin aquella cobertura oficial pero en las que sus promotores *reciben igualmente cantidades anticipadas* de los futuros titulares de la morada y en cuya disposición legal, de manera paralela a las medidas antes aludidas, se garantiza la devolución de los anticipos más el 6 por 100 de interés anual, mediante el correspondiente *contrato de seguro o aval solidario prestado por entidad bancaria* o Caja de Ahorros en los que habrán de depositarse en *cuenta especial* las cantidades adelantadas y con separación especial de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y *de las que únicamente puede disponer para atender la construcción de las viviendas* (artículo 1.º, condiciones primera y segunda); de suerte que si bien se habla desde el punto de vista civil de un reforzado depósito irregular, bien de un verdadero *patrimonio separado, de afectación o de fin*, es lo cierto que *no puede entenderse traspasada la propiedad del dinero entregado al promotor*, sino que éste tiene la mera posesión del mismo, *a fin de invertirlo en la construcción de las viviendas* o, en su caso, *devolverlo* a los frustrados titulares de las mismas; todo lo cual explica suficientemente que la propia Ley considere, ya desde el punto de vista penal, que el *incumplimiento* por el promotor de las *medidas de garantía* antes explicitadas seguidas de la *no devolución al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas* por éste, *genere el delito* o —en su caso— la falta de apropiación indebida, y aunque —dada la carestía de viviendas y la existencia del fenómeno especulador a que se ha hecho referencia— se imponga la pena en su grado máximo (artículo 6.º de dicha Ley) a semejanza y en virtud paralelismo con otras disposiciones legales destinadas a reprimir el agiotaje en esta misma materia, como la Ley de 27 de abril de 1946 (R. 699 y Dic. 1.303) sobre primas por el arrendamiento o subarriendo de viviendas.

Que a la vista de los anteriores criterios legales ya interpretados por esta Sala anteriormente —«ad exemplum»—, Sentencia de 28 de marzo de 1974 (R. 1.468), ha de estimarse totalmente correcta la calificación de apropiación indebida aplicada a la conducta del recurrente con vista de lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley de 27 de julio de 1968, una vez que consta que mentado procesado *percibió del perjudicado la suma de 35.000 pesetas a cuenta de la construcción de un piso en Móstoles, cosa que no tuvo lugar como tampoco la devolución del anticipo garantizado en la forma antedicha*

por la mencionada Ley; de manera que en fuerza de esta disposición legal *no cabe hablar*, como se pretende en el recurso de una operación de *compraventa de vivienda, sin plazo fijo para la entrega*, y que el comprador rescinde unilateralmente, sino de la posesión de un dinero por el constructor que *debió depositarse en cuenta separada para garantizar en su caso la devolución con el interés correspondiente*. (Sentencia de 18 de abril de 1975.)

73. Que para acabar con la especulación no moral realizada por traficantes sin escrúpulos sobre personas de buena fe, que les entregaban su dinero anticipadamente, para alcanzar la adquisición de viviendas familiares futuras que necesitaban, porque aquéllos se beneficiaban con todo o parte de lo entregado, *sin lograr el dominio del inmueble, por ser engañados o por la impericia de los constructores* que no conseguían su objetivo, lo que se refleja en la sociedad, alarmándola, burlándola y alterando la seriedad de la convivencia normal, que exige el respeto de tan importantes intereses de sus miembros, se hubo de publicar la Ley 27/1968 de 27 de julio (R. 1.335), regulando con detalle la *percepción de cantidades anticipadas en la construcción* y venta de viviendas a domicilio o residencia particular, y cuya normativa *es de condición preventiva y represiva* a la vez, por tratar de *garantizar, o en su caso de castigar, la aplicación real o la falta de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios de las viviendas*.

Que dicha ley, complementada por las Ordenes del Ministerio de la Vivienda, de 10 de agosto y 12 de diciembre 1968 (R. 1.501, 2.240 y 2.241), exigen a las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de dichas viviendas, *cuando pretendan de los cesionarios entregas de dinero antes o durante la construcción*, el cumplimiento de las condiciones imperativas, de *garantizar con seguro o aval bancario* solidario, de Banco o Caja de Ahorro, *la devolución de las cantidades entregadas, más el 6 por 100 de interés anual*, para el caso de que la construcción *no se inicie, o no se lleve a buen fin, por cualquier causa*, en el plazo convenido —artículo 1.º, apartado 1.º, Ley—, y además percibir dichas cantidades anticipadas, a través de una *cuenta especial*, y exclusiva a tal fin, por ir dirigidas a satisfacer sólo la construcción, a través de iguales entidades —artado 2.º de igual artículo—; utilizándose, en definitiva, un *sistema de creación de un patrimonio separado de afectación o fin*, porque el dinero entregado al promotor, en adecuada y *cierta comisión y destino impuesto*, posee una *individualidad patrimonial*, y se dirige sólo al *fin de la construcción* de las viviendas, que no puede ser desnaturalizado o desviado en favor del referido promotor, y en contra de los cedentes. (Sentencia de 25 de junio de 1975.)

74. Que el artículo 6 de dicha Ley 57/1968, de 27 de julio, establece una *tipicidad especial*, al estimar como delito —o en su caso falta— de apropiación indebida del artículo 535 del C. P., la *no devolución por el promotor al adquirente* de la totalidad de las cantidades anticipadas, con *infracción de lo dispuesto en artículo 1.º* de la propia Ley, imponiendo las penas fijadas en el artículo 528 del mismo cuerpo punitivo, en su grado máximo; por lo que, *en calificación «ex lege», que no puede anular las características propias del delito de apropiación* indebida ha de entenderse que la entrega

del dinero en mera posesión y con destino impuesto, de construir las viviendas, no puede desviarse, a medio de un abuso de confianza, enriquecimiento injusto y ausencia de lealtad, transmutando el fin o destino, determinado por el título fiduciario de comisión, en propiedad ilegítima, *con: adueñamiento del dinero*, en acto de autoridad propia prohibida del promotor, que generó su *no devolución*, y a la vez la *falta de entrega de la construcción con su cédula de habitabilidad*.

Que al ser el delito indicado, calificado por la Ley de apropiación indebida, es evidente que ha de estimarse como *una infracción criminal de resultado*, como todos los delitos contra la propiedad, por exigir la necesaria *defraudación económica de otra persona*, rebasando con mucho el mero delito formal o de mera actividad, por necesitar de la *presencia del dolo peculiar del mismo*, que actúa dentro del elemento objetivo de la acción más que en el de la culpabilidad y que consista en el ánimo o propósito de lucro, que es la ventaja, goce, utilidad o provecho alcanzado con el indebido apoderamiento; por todo lo que *no puede bastar para crear tal delito* del artículo 6.º de la Ley de 27 de julio 1968, el *mero incumplimiento formal de las garantías preventivas aludidas*, lo cual puede ser sancionable administrativamente según el artículo 6.º, párrafo 1.º, sino precisamente *la pérdida del dinero anticipado* al promotor, por la ausencia de devolución unida a la falta de entrega de la vivienda adquirida, pues *sin dolosa defraudación y perjuicio cierto no existe delito*, por todo lo que, si se garantiza el cumplimiento de la construcción con otras medidas adecuadas en derecho, y sólo se genera una demora en la entrega, debida a circunstancias administrativas, obrando los constructores de buena fe, sin ánimo de lucro y sin perjuicio económico, con ausencia de culpabilidad, y sin apoderamiento o enriquecimiento alguno, del dinero, o de la vivienda, que se entrega aunque sea fuera del plazo, faltan las condiciones habilitantes para la efectividad de dicha infracción criminal, por carencia de la realidad del apoderamiento enriquecedor y empobrecedor, correlativamente, para los sujetos activo y pasivo, y de la culpabilidad necesaria en el ámbito penal y en el delito de apropiación indebida, sin perjuicio de las valoraciones que en el ámbito del derecho privado pueda tener la demora de la entrega de la vivienda, totalmente ajenos a esta jurisdicción. (Sentencia de 25 de junio de 1975.)

75. Promotores de viviendas.—Ley de 27 de julio de 1968.—Delito masa.—Que el llamado delito masa, en su especie más caracterizada de fraude colectivo, ha venido fraguándose en la doctrina jurisprudencial al socaire de necesidades sentidas agudamente por un grupo o comunidad de personas de radio más o menos indefinido, sentimiento de *grupo captado culpabilísticamente por el dolo del autor* quien, en el planteamiento global de su conducta, atiende preferentemente a esa ganancia o lucro conjunto, por encima de los intereses personales de quienes constituyen el círculo de afectados por el premeditado plan; modo de actuación característico de *nuestro tiempo que encontró campo abonado en la construcción de las llamadas viviendas sociales*, anheladas vivamente por las clases más modestas a virtud del fenómeno de inmigración interior que determina la arribada a las ciudades.

de gentes de toda condición con la consiguiente demanda de nuevos hogares, lo que desde tiempo atrás determinó de una parte la protección oficial de viviendas llamadas por ello «protegidas» con el cortejo de garantías y cautelas exigidas a los promotores de las mismas que perciben cantidades a cuenta antes de la calificación definitiva del inmueble, garantías plasmadas para tales viviendas de renta limitada en el último y vigente Decreto de 3 de enero de 1963 (R. 61 y Ap. 51-66, 14.538); legislación que, de otra parte, se complementa por lo que respecta a las demás construcciones urbanas destinadas a habitación sin aquella cobertura oficial, pero en las que sus promotores reciban igualmente cantidades a cuenta de los futuros titulares de la morada, por la Ley de 27 de julio de 1968 (R. 1.335), en la que también y paralelamente a las medidas antes expuestas, se garantiza la devolución de los anticipos, más el 6 por 100 de interés anual, mediante el correspondiente contrato de seguro o aval solidario prestado por Entidad bancaria o Caja de Ahorros en los que habrán de depositarse en cuenta especial las cantidades adelantadas y con separación especial de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente puede disponer para atender la construcción de las viviendas (artículo 1.º-1.ª y 2.ª), de suerte que bien puede hablarse, desde el punto de vista civil, de un reforzado depósito irregular en cuanto a la fungibilidad y disposición de la cosa depositada, pero perfectamente garantizada, ya no sólo en cuanto a su devolución, sino en cuanto a la exclusividad de la inversión o, si se prefiere, de un verdadero patrimonio separado, de afectación o fin, en cuanto al dinero entregado al promotor conserva su individualidad patrimonial a virtud de la finalidad a que únicamente puede ser destinado; todo lo cual explica que desde el punto de vista penal se califica que el quebrantamiento de tal depósito por el promotor como delito o falta de apropiación indebida y que, sin duda, en gracia al amplio interés general afectado, se imponga la pena en el grado máximo (artículo 6.º de dicha Ley), interés colectivo expresamente aludido por tal ordenamiento en su preámbulo motivador al hacerse eco de la antes aludida construcción jurisprudencial o especimen de delito masa, *con lo que dicho se está que en los casos de pluralidad de perjudicados y a los que sea aplicable mentada disposición legal la contemplación de un solo delito de fraude colectivo se hace obligada en una perspectiva de interpretación ya no sólo jurisprudencial, sino de «mens legislatoris» o auténtica.* (Sentencia de 28 de marzo de 1974.)

76. *Promotores de viviendas.—Ley de 27 de julio de 1968.—No afianzamiento. No formación de cuenta separada. No inicio de las obras. Ni entrega en el plazo convenido o prorrogado. No devolución supletoria con los intereses legalmente establecidos.*

Que la normativa de la Ley de 27 de julio de 1968 ha sido glosada por esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 11 de marzo de 1973, 26 de marzo de 1974, 18 de abril, 25 de junio y 28 de octubre de 1975, manteniendo que *se trataba, en cuanto a lo anticipado, de patrimonio separado de afectación a un fin*, transfiriendo tan sólo la posesión con destino impuesto, con título fiduciario, representando la distracción de lo entregado que aparezca cometida, la apropiación indebida prevista y penada en el artículo 6.º de la

Ley de 1968 de forma remisoría en su relación con el artículo 535 del C. P. y concordantes.

Que es también de tener muy en cuenta que de los siete artículos de la tan referida Ley de 27 de julio de 1968, los números 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º son de carácter predominantemente civilístico y administrativo, mientras que el 1.º y el 6.º son de bifronte contenido, orientados en una doble vertiente de carácter civil una, y penal típicamente otra, pues mientras en el 1.º el cumplimiento estricto y completo de sus normas hará prácticamente imposible la comisión de delitos como el que aquí se enjuicia, ya que la cuenta separada y el aval de lo que procediera devolver en caso de incumplimiento, garantizaría en todo caso la devolución voluntaria o judicialmente forzada de lo adelantado como solución supletoria y optativa por la no entrega de lo contratado. Contrariamente, cuando *estas obligaciones no se cumplen ya inicialmente; la obra no se empieza y entrega; y la devolución sustitutoria no se produce, surge, por mandato y Ministerio de la Ley cometido el tipo delictivo apropiativo previsto en el artículo 535, de tal forma* que el 2.º párrafo del artículo 6.º de la Ley de 1968, que es el que remisoriamente tipifica este especial injusto penal por razones de equivalencia, hay que conocerlo con el artículo 1.º de la propia Ley, teniendo que concurrir para dar vida a esta faceta delictual el incumplimiento: a) *de la obligación de afianzar en la forma preceptuada la devolución.* b) *La creación de la cuenta separada con disposición condicionada y una y otras en relación con la no devolución cuando la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, por cualquier causa, en el plazo convenido.* Esto es, que para reputar delictivos estos procederes han de *concurrir conjuntamente el no afianzamiento, la no formación de cuenta separada; el no inicio de las obras o de su entrega en el plazo convenido o prorrogado y la no devolución supletoria con los intereses legalmente establecidos;* sin que pueda olvidarse en cuanto a los plazos el evento extintivo del derecho a los mismos previstos en el artículo 1.129 del Código civil cuando el cumplimiento en el tiempo se advierte física o económicamente imposible. (Sentencia de 2 de mayo de 1977.)

XIV. CONSUMACION DEL DELITO

77. «... El delito se consuma, por tanto, cuando se ha desarrollado la mecánica de los hechos en la forma expuesta, con independencia de que después de incoado el procedimiento se devuelvan o no la cantidad y los efectos apropiados y por tanto la devolución voluntaria de éstos o el rescate de los mismos, sin intervención de la voluntad del autor del hecho, no afecta a la perfección y consumación del delito, porque éste se integra tan pronto como se produce el acto de disposición del dinero, cosas o efectos, sustrayéndolos del patrimonio ajeno, aunque como es natural tal devolución tenga su repercusión en materia de la responsabilidad civil, proveniente del delito, que queda resarcida o atenuada en la medida en que la devolución se produzca. (Sentencia de 14 de febrero de 1973.)

78. «... *el delito se consuma en el momento de la apropiación, distracción o negación de haber recibido las cosas sobre las que recae la acción del su-*

jeto. Por tanto, a este momento de la antijurídica disposición hay que referir la consumación del delito. (Sentencia de 15 de junio de 1974.)

79. «El delito se consumó en el momento en que el procesado decide adueñarse del billete y efectivamente lo lleva a cabo, porque es cuando su posesión legítima, con comisión de entrega, se convierte en disposición anti-jurídica, incorporándolo a su patrimonio y disponiendo del billete de lotería, como si fuera propio. En tal instante, el abuso de confianza y el lucro ilícito quedan perfilados de manera manifiesta y con ellos la infracción penal. (Sentencia de 26 de diciembre de 1973.)

80. «El delito de apropiación en su dinámica activa que, como ya se dijo, se consuma tanto por la enajenación inmediata de la cosa apropiada como por la mediata, que a esto último equivale la autorización concedida a los acreedores para la venta y subsiguiente pago de sus crédito con el producto de la misma. (Sentencia de 28 de septiembre de 1973.)

81. «La infracción se consuma con el apoderamiento lucrativo, y tales protestas de una conducta reparadora posterior, no tienen efectividad, ni para desvirtuar el delito, ni otro alcance, de producirse, que actuar en la responsabilidad civil delictual, eliminándola o rebajándola. (Sentencia de 3 octubre de 1974.)

82. «Para poder estimar producida tal especie de apropiación es necesario que de manera concreta, expresa y directa, derive su presencia de la actitud del agente expuesta en los hechos probados de la sentencia, con la categórica precisión de la utilización de la cosa, dinero o efectos, intención de adueñamiento con restitución tardía, en situación realmente excepcional, pues de otra manera cuando conste proclamado el ánimo de *apoderamiento definitivo*, bien por la declaración expresa o porque así lo comporte el mismo acto de disposición realizado por el poseedor e incluso cuando sin decirlo se determine la transmutación de aquellas cosas poseídas en poder del sujeto activo, sin darle el destino impuesto con morosidad injustificada en la entrega o restitución..., ha de estimarse que la conducta constituye apropiación indebida, porque todo cambio en la situación jurídica con aprovechamiento económico sin justificación ni causa atendible encaja en tal figura criminal y no puede atribuirse a uso meramente retardatario a no declararse expresamente lo que no consta en manera alguna en el caso enjuiciado, por lo que tal doctrina no resulta aplicable al mismo. (Sentencia de 28 de febrero de 1974.)

82 bis. El momento de consumación del delito no puede ser otro que aquel en el que el procesado realizó los actos ejecutivos del hecho íntegramente del tipo, dando a la letra de cambio un destino distinto de aquel para el que le había sido entregado, incorporando a su patrimonio, y realizando actos de *disposición del importe de la misma*. (Sentencia de 20 de diciembre de 1976.)

XV. COAUTOR DE APROPIACION

83. **Colaboración con actos necesarios.**—Que el único motivo del recurso de Juan considera infringido el artículo 535 del C. P., porque el mismo, según

conclusiones del M. Fiscal, venía acusado del delito de hurto, y resulta condenado por el de apropiación, por tanto, sin acusación sobre tal delito y porque además no hay dolo, ni perjuicio. Motivo éste que ha de desestimarse, porque *se ataca la resolución por vía inadecuada*, puesto que la correcta, en este caso hubiera sido el quebrantamiento de forma del artículo 851-4.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal. El artículo 733 de la Ley citada, *impide*, sin hacer uso de la facultad que consagra, *sancionar un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación*, según constante doctrina de esta Sala y es visto que si por el hurto solicitaba el Fiscal seis años y un día y la sentencia impuso por la apropiación indebida la misma pena, no hubo uso inadecuado de las facultades que para la apreciación jurídica de los hechos consagra la Ley a los Tribunales, moviéndose dentro de los límites de la condena solicitada, y más cuando en el hurto se propuso la agravante de abuso de confianza, que al estimar la Sala no como agravante sino como elemento del tipo, en unión del lucro ilícito, la hicieron concluir con toda corrección en la calificación de apropiación indebida. En último lugar, *como el que recibió la mercadería era el procesado Graus y el recurrente*, a sabiendas de su condición de jefe de compras por su *calidad de chófer* de la Embajada, *se puso de acuerdo con el mismo y venden a tercero* los conductores eléctricos recibidos, por precio muy inferior al real, que se repartieron, es claro que colaboró con actos necesarios para tal apropiación, con lo que su delito fue también de apropiación como el de su coprocesado. Razones que fundamentan la desestimación del motivo que se estudia, puesto que la indemnización posterior no afecta a la consumación del delito. (Sentencia de 12 de mayo de 1977.)

XVI. NO SE DA APROPIACION INDEBIDA

84. Cuando hay pendiente liquidación de cuentas.—Que cuando las relaciones entre las partes presenten una profunda complejidad y no supongan esa unilateral posesión provisional y al final restitutoria, sino que se entremezclen *obligaciones recíprocas, con efectos compensatorios* de consecuencias múltiples, amparados *por el derecho y la buena fe, tal figura desaparece*, si todo ello conduce a una indispensable liquidación de cuentas, que mientras no se realice puede amparar al poseedor, desprovistando a su vez de dolo su quehacer, si cree racionalmente que actúa lícitamente y opera de buena fe, asistido de argumentación lógica en defensa de sus intereses, pues entonces la retención de la cosa o dinero no incide en el ámbito criminal, porque las razones o motivos que exigen tal rendición y el reconocimiento de los derechos en favor del agente, que puedan ser objeto de su compensación dineraria, eliminan de antijuridicidad a su quehacer, que queda atípico y extramuros del Derecho penal. (Sentencia de 14 de octubre de 1975.)

85. Cuando el lucro no es ilícito y hay pendiente de liquidación de cuentas.—Por tanto de que aquellos dos elementos esenciales, que en definitiva vienen a ser la esencia de la apropiación indebida: *lucro ilícito y abuso de confianza*, falta en el supuesto que se estudia el primero de ellos. Y ello en razón a que, como tiene declarado la doctrina de esta Sala, que cuando el *apoderamiento o la retención traen como razón de ser, motivo diferente*

del lucro tal como hacerse pago, aunque sea de modo torpe, de deudas, no se da el lucro ilícito si se da el dolo característico de los delitos contra la propiedad, sino a lo sumo se procede por vías de hecho sin violencia ni intimidación al cobro de cantidades adeudadas, ante la pasividad o la negativa del deudor a satisfacer voluntariamente lo que por él es debido. (Sentencias de 13 de diciembre de 1905, 4 de octubre de 1935 y 22 de junio de 1976). En segundo lugar, porque también es declaración reiterada de esta Sala que cuando se entremezclan *obligaciones recíprocas con efectos compensatorios, amparados por el Derecho y la buena fe*, la figura de la apropiación desaparece, cuando *todo ello conduce a una indispensable liquidación de cuentas*, que es, en definitiva, la determinante del amparo de la actuación del deudor, que si a la vez es acreedor del supuesto perjudicado y cree que su derecho ha sido desconocido, la obligada compensación dineraria, *elimina de antijuricidad su quehacer*, dejándolo atípico y extramuros del Derecho penal (Sentencia de 14 de octubre de 1975). Por tanto *la falta de liquidación de comisiones* por el supuesto perjudicado durante más de un año; *la falta de tal liquidación total*, con posterioridad, impide determinar si al retener el recurrente el importe del cheque cobrado lo hizo lucrándose ilícitamente y por ello, al prosperar el motivo, debe casarse la sentencia recurrida, dictando en su lugar y de acuerdo con el artículo 902 de la L. E. Criminal, otra más ajustada a Derecho. (Sentencia de 13 de diciembre de 1976.)

86. En arrendamiento de obras, si se recibe dinero en concepto de precio.—*El contrato de empresa o de arrendamiento de obras, regulado en los artículos 1.588 y siguientes del Código Civil, es título apto e idóneo para generar apropiación indebida de los materiales que el «dominus» entregue al artífice o constructor y que éste no destine a la finalidad convenida o de los que se apropie incorporándolos a su patrimonio, pero en el caso de recibir dinero del referido dueño, en concepto de precio, de parte de él, o con el carácter de precio anticipado de las obras que se ha obligado a realizar, es indudable que el receptor de dicho dinero no se constituye en mero poseedor legítimo de tales bienes con obligación posterior de intervenir, entregar o restituir, sino que, habiendo adquirido la propiedad del mencionado dinero, le corresponden, sobre él, todos los derechos atribuidos y concedidos al dueño por el artículo 348 del Código civil, entre ellos el «ius disponendi» y, por tanto, si no lo destina a la construcción pactada, sino que se lo apropia, incorpora a su patrimonio o dispone del mismo en su exclusivo provecho y además no realiza la obra pactada, ello entrañará un incumplimiento de contrato con indudable trascendencia en el orden civil, pero carecerá de relevancia penal por la vía del artículo 535 del Código punitivo; sin que por lo demás quepa incardinar el caso en preceptos de la índole de los artículos 528 y siguientes del Código penal, porque en la narración histórica de la sentencia de instancia, no hay huella, rastro o atisbo de que el procesado se valiera de cualquier tipo de falacia o engaño para conseguir la entrega del dinero y de las letras de cambio de autos. Procediendo, en consecuencia, estimar el segundo motivo del recurso, por aplicación indebida del artículo 535 del Código penal.* (Sentencia de 20 de octubre de 1976.)

87. En incumplimiento de contratos civiles.—Que si bien el delito de apropiación indebida y el incumplimiento de un contrato civil o mercantil, pueden aparecer confundidos, porque toda apropiación de cosas, efectos o dinero, cuando se genera luego de concertarse tal vínculo contractual, resulta ser un incumplimiento, según la normativa privada, pues ambos tienen en común el requisito objetivo de la no realización del acto debido efectuar, e impuesto con la entrega de las cosas, como puede ser el pago, la venta, la compra, la devolución o el servicio; sin embargo, dicha infracción criminal, enmarcada en el ámbito penal, y tal incumplimiento de negocio jurídico peculiar del campo privado, *se distinguen, valorando el elemento culpabilista y subjetivo*, que denota la actitud psicológica del agente, pues si únicamente *demora o retrasa, de forma maliciosa o por culpa*, durante algún espacio de tiempo, el exigible cumplimiento, pero queriendo realizar la prestación, como lo determina su actividad, al menos parcial en tal sentido, *sin hacer distracciones definitivas de valores, se estará ante una mera irregularidad civil* o mercantil, pero si no actúa de manera absoluta, en pro de la efectividad de lo acordado, que le vinculaba, no iniciando o desistiendo sin razón de toda actividad, y poniendo de relieve sólo *su deseo de lucrarse antijurídicamente, por el adueñamiento definitivo realizado* de dinero o cosas entregadas en posesión, *llevándolos a su patrimonio, con deseo evidente de hacerlas definitivamente suyas, enriqueciéndose ilegalmente y perjudicando al propietario, por no hacer la entrega o devolución pactada, es obvio que comete el delito de referencia*, porque esta conducta contiene por su inmoralidad y antijuricidad, valores de culpabilidad más altos, que se enmarcan en el artículo 535 del C. P., necesitando de una reprochabilidad judicial más intensa, en condición delictual, siendo en definitiva el criterio diferenciador de dicho ilícito civil y penal, la intensidad del dolo del agente—según sea «bonus» o «malus»—unido a la gravedad intrínseca y alcance de la acción de incumplimiento. (Sentencia de 11 de noviembre de 1974.)

XVII. DIFERENCIAS DEL HURTO CON ABUSO DE CONFIANZA

88. Los cajeros pagadores que se apropian de dinero cometen apropiación.—*Elementos.*—Supone el delito de apropiación indebida:

a) *Una posesión legítima* otorgada sobre dinero o cosa muebles en favor del agente.

b) *Por título de depósito, comisión, administración* u otro que produzca obligación de *entregarlo o devolverlo*.

c) *Con ciertas facultades de disposición autónomas*, que al llegar el momento de la *cancelación* restitutoria *no se produce* como resultaba obligado, porque aquél

d) *abusando de la confianza en él depositada* y rompiendo la lealtad debida,

e) *con ánimo de lucro defraudatorio* determinante del correlativo perjuicio, dando vida a injusto enriquecimiento.

f) *La incorpora antijurídicamente* a su patrimonio, por acto de despojo impropetible, que transmuta definitivamente la posesión legítima en *propie-*

dad ilegítima, con detrimento del verdadero dueño. (Sentencia de 30 de junio de 1970.)

*Aplicación de esta doctrina.—Caso concreto.—*De conformidad con la posición última de este Tribunal Supremo en relación con el *signo diferencial entre apropiación y hurto con abuso de confianza*, establecido entre otras en Sentencias de 24 de febrero, 11 de marzo y 8 de junio de 1968, *hay apropiación indebida*, cuando un *cajero pagador* disfrutaba de posesión con facultades dispositivas del dinero que tenía en caja y custodia para realizar pagos y rendir cuentas sobre el mismo y se apodera y no era *detentador precario*, por lo que la transmutación de su posesión legítima en dominio ilegítimo dio lugar a la comisión de est delito (*idem* anterior, 3167-70 Aranzadi). (Sentencia de 14 de abril de 1973.)

89. En el hurto no se traspasa voluntariamente la posesión, cosa que ocurre en la apropiación.—Que la línea que permita la diferencia o distinción práctica de ambos delitos, *de hurto*—máxime si se comete con abuso de confianza—, y el de apropiación indebida, se deduce de ambos conceptos, y requisitos que respectivamente, el *dueño* o poseedor, *no traspasa por su voluntad las cosas*, a la posesión del agente, sino que continúa ostentándola de manera absoluta, directa o indirectamente, y aquéllas son sustraídas por el sujeto pasivo, tomando por su espontánea decisión la «res furtiva», que quiere hacer suya, en contra del deseo y autorización del legítimo propietario, o poseedor autónomo, *mientras que en el segundo delito*, o sea, en el de apropiación indebida, *el sujeto activo ha tenido previamente que confiar la cosa al agente*—«res comendata»—, transfiriéndole su posesión, en virtud de alguno de los *títulos fiduciarios*, que de forma enunciativa determina el citado artículo 535, con ciertas facultades de autónoma disposición sobre las cosas entregadas, por lo que, al hacerse dueño de las mismas, deslealmente, el delincuente no toma la cosa ajena, que no posee, sino que distrae o se apropia de la que no es suya, pero que legítimamente posee, sirviendo a efectos de dicha distinción, al alcance de los verbos típicos, que delimitan el contorno de las figuras referidas, precisando su contenido material, que en definitiva, en la infracción criminal del *hurto*, supone, que el sujeto activo *toma* y hace suyas las cosas que no posee anticipadamente, y sin que la voluntad del titular jurídico lo autorice, mientras que en la *apropiación indebida*, opera esta voluntad para transmitir la posesión, y de la *recibida posesión* se aprovecha quien la adquiere legítimamente, para distraer o apoderarse de las cosas, dejando de cumplir el imperativo deber condicionante de devolverlas a su dueño, o entregarlas a otra persona, debidamente señalada y autorizada para recibirlas. (Sentencia de 23 de septiembre de 1975.)

90. Los empleados con misión de custodia, si distraen, cometen apropiación.—Ver sentencia núm. 40.

XVIII. APROPIACIÓN DE MERO USO

91. Esta apropiación es atípica.—Que interpretando restrictivamente la doctrina de esta Sala expuesta, entre otras, en Sentencias de 13 de noviembre de 1970 (R. 4936), 28 de septiembre de 1971 (R. 3648) y 31 de mayo de

1972 (R. 2282), el alcance de los verbos típicos «apropiarse» y «distraer», usados en el artículo 535 del C. P. y en atención también a la ausencia de normas especiales, cuales los de los artículos 396 y 397, para la malversación, y por fin atendiendo a la necesidad de que la cosa poseída sea adueñada convirtiéndola en suya como propietario el agente, *se ha venido admitiendo excepcionalmente como atípica la apropiación de mero uso, o de usos no dominicales aunque ilícitos* por utilizar la cosa *sin ánimo de retención definitiva* o apoderamiento irreversible, al margen de las facultades y obligaciones pactadas, y con el *deseo indudable de una restitución tardía*, pero a tal fin se ha exigido que *consten estas condiciones animicas internas*, de manera *concreta, expresa y directamente* recogidas en la narración fáctica, o porque así lo comporte, en «*facta concludentia*», el mismo acto dispositivo realizado por el poseedor, propio de una simple morosidad y de valorarse dentro del ámbito del Derecho civil, pues de no *aparecer así demostrado ha de entenderse siempre que la conducta es propia del delito* de apropiación indebida, porque todo cambio de la situación jurídica previa la integra si concurre el aprovechamiento económico y actuación dominical, sin justificación o causa atendible, por el originario poseedor y no puede atribuirse al mero uso con conducta retardataria en la restitución, siempre singular o excepcional. (Sentencia de 11 de diciembre de 1973.)

92. Sin deseo de retención definitiva.—Que aunque la doctrina de esta Sala admita excepcionalmente las apropiación de mero uso como atípicas, por simple utilización ilícita, no dominical, de los objetos confiados, cuando el poseedor los utiliza transitoriamente para sí, *sin deseo de retención definitiva*, al margen de las facultades y obligaciones pactadas, con el deseo de restitución tardía, pero sin acto de apoderamiento o distracción, que dé vida a los nucleares verbos típicos del artículo 535 del C. P., es lo cierto que lo ha hecho, como consta claramente en sus SS. de 13 de noviembre de 1970 (R. 4936), 31 de mayo de 1972 (R. 2282) y 14 de febrero de 1974 (R. 759), *de manera muy restrictiva y limitada*, si el apoderamiento o distracción de las cosas ajenas, *se deriva de la actuación del culpable* exigiendo rigurosamente la demostración del ánimo de mero uso que elimine el presumible lucro, lo que deberá contenerse a medio de expresa declaración o de datos que en «*facta concludentia*» la determinen, pues son situaciones muy difíciles de concebir en la realidad práctica tales supuestos, que siempre exigen, además, la consecución del reintegro del objeto. (Sentencia de 3 de octubre de 1974.)

93. La apropiación precisa la distracción definitiva por el poseedor.—Que el título fiduciario de comisión, específicamente citado en el artículo 535, con sentido vulgar y laxo y, por tanto, comprensivo de la comisión mercantil, del mandato, de la representación e incluso de los meros encargos, con fin determinado, acoge indudablemente en su seno la actuación gestora de determinadas actividades administrativas beneficiosas, a realizar por cuenta del «*domini negoti*» cuando se ha concretado por éste, para su única realización por el agente, la finalidad específica, sin admitir otra conducta que *su total cumplimiento, y sin opciones para distinto destino, por lo que si el dinero recibido a cuenta de la gestión*, y para el pago de los desembolsos

que se necesitaba hacer, *se distrae definitivamente por el poseedor*, en su exclusivo provecho no autorizado, pagando deudas propias, con origen o causa distinta, sin realizar la más mínima actuación contratada, *es evidente que consume un apoderamiento* lucrativo, por el dolo «subsequens» determinantes del acto de adueñamiento, que inviste tan desleal como provechosa conducta. (Sentencia de 11 de noviembre de 1974.)

XIX. REINTEGRO POSTERIOR

94. Sólo afecta a la responsabilidad civil.—Sin que el reintegro posterior de parte de la suma apropiada afecte a la subsistencia de éste, sino únicamente al ejercicio y consecuencias de la acción civil—Sentencias de 28 de junio de 1934, 14 de junio de 1935 (R. 1269), 17 de octubre de 1942 (R. 1136), 15 y 16 de octubre de 1951 (R. 2056 y 2058), 2 de junio de 1953 y 13 de junio de 1960 (R. 2529)—, opinión también sostenida por esta Sala en las Sentencias de 28 de septiembre de 1971 (R. 3654) y 13 de noviembre de 1970 (R. 4936), invocadas en favor de su tesis por el recurrente, aunque fragmentariamente, por lo que para restaurar su auténtico sentido de exclusión de la extrañamente denominada apropiación de mero uso, se reproduce aquel siguiente considerando de la última de ellas, en el que se expresa que para *poder estimar producida tal especie de apropiación* «es necesario que de manera concreta, expresa y directa, derive su presencia de la actitud del agente expuesta en los hechos probados de la sentencia, con la categórica precisión de la utilización de la cosa, dinero o efectos, intención de adueñamiento con restitución tardía, en situación realmente excepcional, pues de otra manera cuando conste proclamado el único de *apoderamiento definitivo*, bien por la declaración expresa o porque así lo comporte el mismo acto de disposición realizado por el poseedor e incluso cuando sin decirlo se determine la transmutación de aquellas cosas poseídas en poder del sujeto activo, sin darle el destino impuesto con morosidad injustificada en la entrega o restitución..., ha de estimarse que la conducta constituye apropiación indebida, porque todo cambio en la situación jurídica con aprovechamiento económico sin justificación ni causa atendible encaja en tal figura criminal y no puede atribuirse a uso meramente retardatorio a no declararse expresamente lo que no consta en manera alguna en el caso enjuiciado, por lo que tal doctrina no resulta aplicable al mismo. (Sentencia de 28 de febrero de 1975.) (Ver sentencias números 77 y 81).