

Roj: STS 3333/2013
Id Cendoj: 28079120012013100510
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2036/2012
Nº de Resolución: 501/2013
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 501/2013

RECURSO CASACION Nº: 2036/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha Sentencia : 11/06/2013

Ponente Excmo. Sr. D. : Andrés Martínez **Arrieta**

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por : AMV

***Delito de apropiación indebida. Consumación de la apropiación indebida a partir de la realización de actos que suponen el ejercicio de funciones del propietario. Billeto de **lotería**. Título valor. Perjuicio.**

Nº: 2036/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez **Arrieta**

Fallo: 05/06/2013

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 501/2013

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García

D. Andrés Martínez **Arrieta**

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

D. Luciano Varela Castro

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil trece.

En el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décimo Séptima, que condenó a Alberto por delito de apropiación indebida, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez **Arrieta**, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Alberto representado por la Procuradora Sra. Mozos Serna; y Eladio, como acusación particular, representado por el Procurador Sr. Baena Jiménez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 19 de Madrid, instruyó Procedimiento Abreviado 5018/2010 contra **Alberto**, por delito de estafa y apropiación indebida, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 20 de septiembre de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "ÚNICO.- Sobre las 18:45 horas del día 14 de septiembre de 2010, se presentó Eladio en la Administración de **loterías** nº 354 de Madrid, sita en la c/ Raimundo Fernández Villaverde nº 49 de esta villa de Madrid a fin de comprobar determinadas apuestas que jugaba por formar parte de determinada peña.

Fue atendido por Alberto persona mayor de edad, nacido el día NUM000 de 1971, titular del DNI NUM001 que recibió el resguardo con número NUM002, correspondiente a un sorteo del Euromillón del día 10 de septiembre de 2010, que habría costado 12 # y en el que se jugaban los números 17, 21, 35, 41, 45 y 50 así como los números 5 y 7 y comprobó que dicho resguardo estaba agraciado con un premio mayor, concretamente por importe de 480.062,09 #.

A tal fin devolvió a Eladio el resguardo correspondiente al número NUM003, correspondiente un sorteo del Euromillón del día 10 de septiembre de 2010, que habría costado 2 euros, que se habría jugado en Guadalajara y que se habría cobrado ese mismo día a las 17.52.06 horas, proporcionándole la cantidad de 27,71 # en concepto de premio y el ticket correspondiente.

El primero se pasó a lo largo de esa tarde a las 18.46.05 y después a las 18.59.44 horas.

*Amoscado Eladio por lo que había pasado, se dirigió a determinada otra Administración de **lotería** cercana donde comprobó que el resguardo del número que se ha hecho referencia en primer lugar había sido agraciado con el premio indicado regresando a la Administración de **lotería** de Alberto para reclamar su resguardo a fin de poderlo cobrar iniciándose una suerte de discusión por tal motivo.*

Como consecuencia de la misma, Eladio reclamó la presencia de una patrulla del Cuerpo Nacional de Policía presentándose en el lugar la compuesta por los funcionarios con carné profesional NUM004 y NUM005, correspondientes a la Comisaría de Tetuán que presenciaron la disputa y cómo, en un determinado momento, Alberto se dirigió a Eladio arrebatándole el resguardo y comprobante que había recibido indicando en ese momento, Alberto que el premio al que se refería Eladio en su reclamación había sido cobrado la víspera.

Por tales hechos, compareció en las dependencias de la Comisaría mencionada Eladio al día siguiente e interpuso denuncia confeccionándose el atestado registrado con el número NUM006.

*El premio, por otro lado, fue reclamado por Eladio ante la Delegación de **Loterías** y Apuestas del Estado que, una vez intervenido en un primer momento se lo pagó a Eladio y a la peña a la que pertenecía".*

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

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Alberto como autor criminalmente responsable de un delito de apropiación indebida en su subtipo agravado de ser de especial gravedad por el valor de la defraudación los 50.000 #, en grado de tentativa, sin concurrir en el mismo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de once meses de prisión y multa de nueve meses con una cuota diaria de diez (10) euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, siéndole de abono, en todo caso, el tiempo que, por razón de esta causa, estuvo privado de libertad, habiendo de satisfacer, si las hubiere, las costas procesales causadas en el presente procedimiento y habiendo de incluirse en las mismas las generadas por la acusación particular.

Notifíquese esta Sentencia al condenado, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas.

El recurso susceptible es el recurso de casación ante la Sala 2ª el Tribunal Supremo, debiéndose anunciar ante esta Audiencia provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación.

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

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, **El Ministerio Fiscal**, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

ÚNICO.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 16 y 62 del Código Penal.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 5 de junio de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia cuya impugnación conocemos en el presente recurso de casación interpuesto por el Ministerio fiscal, condena al acusado como autor de un delito intentado de apropiación indebida. La impugnación, formalizada por error de derecho, plantea la consumación del delito.

El planteamiento impugnativo es, como se ha dicho, por error de derecho que exige el respeto al hecho declarado probado y planteando la discusión sobre la subsunción realizada. El relato fáctico refiere que el acusado, hijo de la titular de la administración de **lotería** sita en la calle Raimundo Fernández Villaverde de Madrid, recibió de un cliente un resguardo de un número jugado al sorteo conocido con el nombre de Euromillón comprobando que había sido premiado por un importe de 480.062 euros. El lotero, realizada la comprobación, cambió el resguardo por otro que había sido pagado momentos antes y al que había correspondido un premio de 27 euros, que entregó al tenedor del resguardo premiado. El perjudicado en el hecho, se va de la **lotería** y comprueba en otra administración la realidad del premio y constata que le había cambiado el resguardo, por lo que vuelve a la administración y reclama y como no le dan la razón llama a la policía que asiste y en presencia de la misma el lotero intenta arrebatar el resguardo que le habían entregado en sustitución del suyo.

El acusado es condenado por un delito intentado de apropiación indebida agravado por la especial gravedad. El Ministerio público, con apoyo en la jurisprudencia de esta Sala, denuncia el error de derecho y sostiene que el apoderamiento del resguardo premiado, dada su naturaleza de título valor transmisible por la mera tradición, supone la realización del delito en su completa ejecución y que el hecho de que no llegara a cobrarse efectivamente no supone la falta de ejecución, sino del agotamiento del delito.

El motivo será estimado. La sentencia dedica gran parte de la motivación a la explicación de la convicción sobre el hecho probado. Ese extremo no es objeto de impugnación por las partes del enjuiciamiento que se han aquietado a la resultancia fáctica. La cuestión objeto de la casación es un error de derecho, concretamente la consumación de la apropiación. La sentencia se limita a argüir la ejecución incompleta de la apropiación "por la actuación del denunciante que regresó a recuperar su resguardo y que inmediatamente denunció los hechos". En otras palabras, refiere que la inmediata acción del perjudicado en el hecho, denunciado los hechos, impidió la consumación del delito, aunque el autor del hecho hubiera realizado todos los hechos del tipo penal. En la contestación a la impugnación del Ministerio fiscal, la defensa que le asiste expone la corrección de la sentencia respecto a la consumación, sobre la base fáctica reveladora del actuar del denunciante que acudió a la administración de **loterías**, al menos en cuatro ocasiones desde la primera visita, cuando acude a comprobar el importe del premio, y la subsiguiente llegada de la policía. Ha transcurrido 45 minutos, de lo que deduce que "mi mandante nunca tuvo plena, real y absoluta disponibilidad del boleto ni, desde luego, del importe del premio". Argumenta también sobre la base de la especificidad en el delito de apropiación indebida en el que la mera detentación de la cosa no supone la consumación, y apoya su argumentación en la teoría del "punto sin retorno", elaborada por la Sala para clarificar la consumación del delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción.

El delito de apropiación indebida se comete, perfecciona y consume cuando aparece el ánimo de apropiación y se ejecuta la acción proyectada (STS 1074/2003, de 22 de julio). En este delito, caracterizado por la previa posesión o tenencia de un objeto, ya sea dinero, efectos, o cualquier cosa mueble, que ha sido

recibido por un título que produce la obligación de entregarlo o de devolverlo, exige, de una parte, el cambio del ánimo sustentador de la posesión, que de ser en concepto distinto al de dueño, reconociendo que otra persona es propietaria del bien, pasa a otra intención de haberlo como propio, *animus rem sibi habendi*, haber las cosas como propias, lo que supone una actuación que supone la negación al propietario de la titularidad del bien.

En el hecho, el perjudicado, representante de una peña que realizaba siempre la misma combinación, acude a la administración de **lotería** para comprobar el premio, y recibe un premio, absolutamente dispar al efectivamente tocado, lo que era conocido por el acusado que, incluso, se dice en el análisis de la prueba había colocado un cartel anunciado que esa administración se repartía el premio de 480.000 euros correspondiente al sorteo premiado. El acusado realiza actos propios del titular del efecto premiado, lo incorpora a su patrimonio, lo sustituye por otro, incluso paga el importe del falsamente atribuido, después, ante la visita del perjudicado, niega los hechos y su recepción y también ante la policía, intentando arrebatar al perjudicado el importe del premio que había sustituido con una finalidad evidente de destruir pruebas del delito ya cometido.

El que para el efectivo cobro sean necesario un pequeño expediente supone una fase posterior, la del agotamiento del delito, toda vez que el propio título, dada su naturaleza, es transmisible por la mera entrega y tradición del documento premiado, permitiendo la efectiva disposición sin llegar a cobrar el importe al que se refiere el título. En este sentido la STS 712/2006, de 3 de marzo. El resguardo del sorteo premiado participa de la naturaleza de los denominados títulos-valores que al representar el documento premiado un crédito realizable frente a la organización que gestiona el sorteo, en este caso la **lotería** del Estado, que puede ser endosada para la mera transmisión. Es esa misma detentación, la que convierte al tenedor en titular del crédito que incorpora, una vez premiado, crédito que es garantizado por la entidad que gestiona el sorteo (STS 219/2007, de 9 de enero). Como tal título valor su transmisión es por la mera transmisión del título.

La referencia del art. 252 del Código penal a la pluralidad de objetos del delito de apropiación, en dinero, valores o cualquier otro mueble o activo particular, permite comprender el billete de **lotería** premiado como objeto de este delito sobre el que el autor realizó actos que evidencian la disposición del mismo.

También niega que se produjera perjuicio típico. El perjuicio en los delitos de defraudación no se contrae sólo a la determinación comparativa del patrimonio con anterioridad y posterioridad al hecho delictivo, sino que se hace preciso atender al acto dispositivo concretamente realizado y al aspecto patrimonial afectado en el hecho, de manera que el perjuicio debe ser real, efectivo y evaluable económicamente, esto es una disminución patrimonial lesiva al perjudicado.

Sostiene el recurrente que no hubo perjuicio porque no se llegó a cobrar el importe documentado por el acusado, olvidando que el delito de apropiación, para salvar las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y a la incidencia de una valoración personal del mismo, se articula, como los delitos de defraudación sobre una concepción mixta, que atiende tanto a la consideración económica del perjuicio como a la finalidad y a las necesidades del sujeto pasivo. Esto es, que atienda tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto puestos en riesgo por la conducta del acusado, siempre que supusieran un daño evaluable económicamente. Lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica del patrimonio, sino también tener en cuenta el riesgo de pérdida del patrimonio del perjudicado producido por el actuar del acusado.

En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992, "el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual". En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida. Así, el juicio sobre la concurrencia del perjuicio no debe establecerse, únicamente, sobre una evaluación económica, sino que debe atenderse a la finalidad económica que se pretendía con la disposición patrimonial realizada por engaño. En otras palabras, el perjuicio no consiste sólo en la realización de una disposición económica que de no haber concurrido el engaño no se hubiera realizado, sino que, el perjuicio requiere que el sujeto que ha realizado el acto de disposición, mediante engaño, vea perjudicada la finalidad que se perseguía con la disposición económica. Las expectativas derivadas del premio alcanzado han sido puestas en peligro por la acción del acusado al sustraerlas del patrimonio del perjudicados y de las personas a las que representaba.

En otro orden de cosas, ciertamente el criterio para la determinación del momento de consumación no es el propio del delito de hurto o de robo, pues en la apropiación, el sujeto activo ya dispone del bien, lo que no ocurre en los delitos de apoderamiento en los que la conducta supone la acción sobre el bien objeto de la sustracción. En el delito de apropiación indebida el momento consumativo se produce cuando el sujeto activo

incumple de forma definitiva la obligación a la que se comprometió al tiempo de la recepción, o su devolución, teniendo en cuenta que no se castiga penalmente el mero retraso en la devolución sino la realización de un acto que suponga una apropiación o, al menos, una negativa a la devolución o negarlo haberlo recibido.

En el caso, el hecho es claro en la realización de la conducta de apropiar y la realización de actos que evidencian la intención de apropiarse del bien resultan del hecho probado, al cambiar el resguardo del premio, pues el acusado recibe un resguardo referente a un premio de más de 480.000 euros y le entrega otro premiado con 27 euros, y luego niega la recepción de dicho resguardo.

Estimada la impugnación del Ministerio público procede imponer la pena. El delito objeto de la condena es la apropiación indebida agravada por la especial gravedad de lo indebidamente apropiado. A este delito le corresponde una pena privativa de libertad de 1 a 6 años y multa de seis a doce meses. La gravedad del hecho se concreta en el caso a el montante económico de la apropiación, nueve veces superior a la prevista en el tipo de la agravación, por lo que consideramos proporcionada la pena de 2 años de prisión, manteniendo la pena pecuniaria, de nueve meses con una cuota diaria de 10 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. Ratificando el resto de los pronunciamientos en orden a la condena en costas.

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de Ley interpuesto por **el Ministerio Fiscal**, contra la sentencia dictada el día 20 de septiembre de dos mil doce por la **Audiencia Provincial de Madrid**, en la causa seguida contra Alberto por delito de estafa y apropiación indebida, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García Andrés Martínez **Arrieta** Julián Sánchez Melgar

Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Luciano Varela Castro

2036/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Fallo: 05/06/2013

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 501/2013

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

D. Luciano Varela Castro

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil trece.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 19 de Madrid, con el número 5018/2010 y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, por delito de estafa y apropiación indebida contra **Alberto** y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 20 de septiembre de 2012, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez **Arrieta**, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el único de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede estimar la impugnación realizada por **Ministerio Fiscal**.

III. FALLO

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado **Alberto** como autor responsable de un delito de apropiación indebida a la pena de **2 AÑOS DE PRISIÓN**, manteniendo la pena pecuniaria, de nueve meses con una cuota diaria de 10 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. Ratificando el resto de los pronunciamientos en orden a la condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García Andrés Martínez **Arrieta** Julián Sánchez Melgar

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Luciano Varela Castro

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