

Roj: STS 3122/2014  
Id Cendoj: 28079120012014100567  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 73/2014  
Nº de Resolución: 453/2014  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación de **Victoriano**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Primera, que le condenó 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. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Muelas García; y como recurrido GA MAAS LEDER BV representado por el Procurador Sr. Granados Bravo.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción nº 1 de Almansa, instruyó Procedimiento Abreviado 52/08 contra **Victoriano**, por delito de apropiación indebida, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Albacete, que con fecha 3 de diciembre de dos mil trece dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "ÚNICO.- La mercantil "G.A. MAAS LEDER BV", de nacionalidad holandesa y dedicada a la comercialización y venta de pieles curtidas ha venido manteniendo desde aproximadamente el año 2001 relaciones comerciales con la mercantil "WP IMPEX, S.L.", de la que era administrador solidario el acusado Victoriano, y apoderados los también acusados, Cipriano y Gabino.

*En virtud de dichas relaciones comerciales, "G.A. MAAS LEDER BV" remitía a "WP IMPEX, S.L." en consignación y depósito, amparadas en facturas por forma en las que se indicaba el precio de las mismas, pieles de su propiedad que la segunda mantenía en sus locales de Almansa para su posterior venta a clientes de la zona, creándose de esta forma un "stock" que, sin salir del ámbito patrimonial de la primera, permitiera la venta inmediata por la segunda a los clientes, clientes a los que facturaba, remitiendo a continuación los listados de venta a la sociedad holandesa, la cual a su vez facturaba a la mercantil "WP IMPEX, S.L." el importe de las pieles según las facturas de consignación menos la comisión pactada del 5%.*

*La mercantil "W.P. IMPEX, S.L." venía, por tanto, obligada no sólo a remitir a "G.A. MAAS LEDER B.V." dichas listas de ventas y a pagar su precio de forma periódica y en el plazo estipulado, sino también a facilitarle regularmente el inventario de las pieles que, siendo propiedad de la segunda, quedaban todavía almacenadas y a su disposición.*

*Las relaciones entre ambas sociedades se deterioraron como consecuencia de la percepción, por parte de "G.A. MAAS LEDER BV", de que "W.P. IMPEX, S.L." estaba cumpliendo con retraso sus obligaciones de pago e irregularmente la de facilitar el conocimiento del inventario de pieles.*

*Debido a lo anterior, el 19 de enero de 2007, "G.A. MAAS LEDER BV" requirió por correo electrónico la devolución de las pieles que quedaran en el almacén, que a fecha 20 de diciembre habían sido inventariadas por "W.P. IMPEX, S.L.": 102.469,49 pies con un valor de 111.6.48,94 euros.*

*El requerimiento -que fue reiterado mediante burofax de fecha 12.02.07 y notarialmente el 15.03.07- fue desatendido, ya que el acusado Victoriano tomó la decisión de enajenar las pieles y hacer suyo el importe obtenido con la venta, y además no devolvió ninguna piel a su propietaria.*

*El valor del stock de pieles de "G.A. MAAS LEDER BV" que quedó en poder de "W.P. IMPEX, S.L." más lo que vendió ésta última entre enero y mayo de 2007 asciende a la cantidad de 79.757,51 #"*

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

*"FALLAMOS: Absolvemos a Cipriano y a Gabino de los hechos objeto de las actuaciones, declarando de oficio dos terceras partes de las costas.*

*Y condenamos a Victoriano , como autor responsable de un delito de apropiación indebida del artículo 252 en relación con el 250.1.5º del Código Penal , a las penas de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y 8 meses de multa con cuota diaria de 6 # y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 120 días, a indemnizar a "G.A. MAAS LEDER BV" en la cantidad de 79.757,51 #, y al pago de la tercera parte de las costas, incluidas las de la acusación particular.*

*Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante esta Audiencia Provincial para ante la Sala Segunda del tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación".*

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Victoriano** , 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, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Al amparo del artículo 852 de la LECrim ., infracción del derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim ., aplicación indebida del artículo 250.1.5º del C.P .

TERCERO.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim ., aplicación indebida del artículo 250.1.5º del C.P .

CUARTO.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim ., aplicación indebida del artículo 109 del C.P .

QUINTO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., aplicación indebida de los artículos 110 y 111 del C.P .

SEXTO.- Quebrantamiento de forma. Al amparo del artículo 850.3 de la LECrim .

SÉPTIMO.- Al amparo del artículo 24 de la CE . Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

**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 28 de mayo de 2014.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia objeto de la presente impugnación casacional condena al recurrente como autor responsable de un delito de apropiación indebida a la pena de dos años de prisión y ocho meses de multa. En síntesis, el relato fáctico refiere que el acusado era administrador solidario de la empresa Wp IMPEX dedicada a la comercialización y venta de pieles curtidas. La relación comercial con la empresa que ejerce la acusación particular suponía que ésta le remitía, en concepto de consignación y depósito, material que la empresa del acusado vendía al precio indicado por la primera, quedando obligada a comunicar lo vendido, el precio cobrado y el almacén detentado. Como quiera que se produjeron diversas incidencias en la relación, la mercantil querellante requirió la devolución de las pieles que quedan en el almacén, requerimiento que fue reiterado en dos ocasiones y todos desatendidos "ya que el acusado tomó la decisión de enajenar las pieles y hacer suyo importe obtenido con la venta". Esta redacción aunque desafortunada en la expresión empleada es clara para referir que el acusado, efectivamente, enajenó e hizo suyo el importe de la venta, como se expresa en la documentación, y nada denuncia en sentido contrario a este normal entendimiento sobre el contenido

de su acción. Tanto la fundamentación como el recurso inciden en una realidad fáctica, enajenó e incorporó a su patrimonio el importe de la venta.

En el primer motivo de impugnación denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, arguyendo que no se ha practicado prueba de cargo suficiente, sin que sea suficiente la declaración del querellante a la que la sentencia atribuye, afirma, "un valor desmesurado".

De acuerdo a nuestra jurisprudencia, el principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la comprobación:

De la perspectiva expuesta la desestimación es procedente. El tribunal ha tenido en cuenta las propias declaraciones del acusado en el juicio oral del que constatamos las respuestas evasivas que ha proporcionado al tema nuclear de la discusión, esto es, si las pieles estaban en su poder como comisionista o, por el contrario, como comprador para su reventa. Sobre ese extremo versó el interrogatorio cruzado sobre el acusado. También ha tenido en cuenta las declaraciones del administrador y representante de la empresa querellante y la prueba pericial, así como la documental, sobre las relaciones comerciales existentes. De ese conjunto probatorio el tribunal obtiene la convicción sobre la recepción de las pieles por el acusado, y su venta tras los requerimientos de devolución de las pieles, llegando a declarar que fue después de ese requerimiento cuando el acusado procedió a vender a menor precio las pieles con ánimo de deshacerse de las mismas y hacer suyo el importe de las ventas. El tribunal calificó de depósito el contrato existente entre las partes, generando para el acusado la custodia de las pieles y su venta, según el precio marcado por el propietario depositante. Así actuó el acusado durante los años del contrato hasta que surgieron desavenencias que determinaron la revocación del depósito instando la devolución, lo que fue aprovechado por el recurrente para venderlas, incluso a un precio inferior -según se declara en la fundamentación- incorporando a su patrimonio ese producto de la venta que es el importe de la indebida apropiación. No obstante constatamos, como se analizará en el motivo tercero un hecho relevante a la responsabilidad civil, que el acusado, desde la primera declaración judicial, puso a disposición de la querellante las pieles que tenía depositadas, ofrecimiento de devolución que no fue atendido por el juzgado y posteriormente rechazado por la depreciación de las pieles. Ésta, como se afirma en la pericial, se ha producido efectivamente pero al no haber un traslado en la propiedad de las pieles, la defraudación perjudica al propietario de las mismas. En consecuencia, se retira de la indemnización el importe de las pieles en depósito que deberán ser devueltas a su propietario.

La convicción del tribunal se asienta en una actividad probatoria practicada en condiciones de regularidad que permiten por su carácter de prueba de cargo la afirmación fáctica contenida en el hecho probado y subsumida en el tipo penal objeto de la condena. En consecuencia el motivo se desestima.

**SEGUNDO.-** El segundo motivo plantea el error de derecho del artículo 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal denunciando la indebida aplicación, al hecho probado, del artículo 252 del Código penal. En el recurso sostiene que los hechos no pueden ser calificados como un contrato de comisión que genere una obligación de devolver las pieles que le fueron entregadas al acusado para su venta, sino que entiendo no existía tal obligación toda vez que el compromiso adquirido por el acusado tras recibir las pieles era el de devolver el valor de venta descontada la Comisión del acusado.

La vía impugnatoria elegida exige el respeto al hecho probado de manera que lo discutido en la impugnación es la subsunción del hecho de la norma penal sustantiva. Conforme al relato fáctico el contrato es, como el tribunal sostiene la fundamentación jurídica, un contrato de comisión en virtud del cual la empresa del acusado recibió un material que se encargaba de vender por un precio fijado en la entrega quedando obligado a la devolución del dinero de la venta, descontado el importe de la comisión, y a facilitarle regularmente el

inventario de las pieles que el acusado tenía almacenadas para la venta. Desde la perspectiva que se expone en el hecho probado el acusado tenía obligación de comunicar al perjudicado el contenido del almacén de pieles y las ventas realizadas, percibiendo por esa obligación asumida el importe de la comisión. El relato fáctico no es erróneo en la subsunción y por lo tanto procede su confirmación. El acusado no devino en propietario de las pieles sino en un depositario de las mismas para su venta en las condiciones marcadas por el propietario.

**TERCERO.-** En el tercer motivo, también formalizado por error de derecho, denuncia la indebida aplicación del artículo 250.1.5 del Código penal la agravación por la cuantía del objeto del delito.

El derecho de apropiación indebida se compone de los siguientes elementos: a) es un principio recibe de otro unos objetos típicos. Se requiere por lo tanto el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro. B) el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los contratos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, lo que excluye aquéllas que suponen la entrega de la propiedad. C) el sujeto activo realice las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, lo que se producirá cuando haga suya la cosa que debía entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio, o cuando la de un destino distinto de aquél para que fue entregada. Y d) que se produzca un perjuicio patrimonial característica de un delito de enriquecimiento. Desde el plano subjetivo en el que la apropiación indebida exige el ánimo de haber la cosa como propia, ánimo apropiatorio disponiendo como auténtico dueño.

El relato fáctico de la sentencia impugnada refiere los elementos del delito por apropiación indebida. Consta en el hecho probado la recepción de las pieles en depósito quedando obligado el acusado a la venta de las mismas por un precio fijado detrayendo del total el importe de la comisión. El incumplimiento de sus obligaciones a partir del año 2007, incumplimiento que se materializa en no dar cuenta de algunos aspectos de la negociación y los retrasos en la ejecución determinó el requerimiento de devolución del material depositado. Requerimientos que se efectuaron en tres ocasiones y que no fueron atendidos por el acusado quien, no obstante, vendió lo que poseía incumpliendo el pacto basado en la confianza que caracteriza el tipo penal. La cuantía de lo apropiado que la sentencia cifra en 79.757 €, resultante de la prueba pericial, hace que la aplicación de la circunstancia específica de agravación sea correcta y ningún error quepa declarar. No obstante conviene señalar como anteriormente se argumentó, que en la voluntad impugnatoria el recurrente denuncia un error de hecho en la valoración de la prueba que resulta de la pericial en lo atinente al valor de la mercancía depositada. Se afirma en la pericial que las pieles depositadas en la empresa del acusado importan un valor de 13.442 euros, aunque su depreciación hace que el valor al tiempo de la pericia se reduzca a dos terceras partes de esa tasación, depreciación que perjudica al propietario.

Reiteramos que el hecho probado refiere que la propiedad de las pieles seguía siendo del hoy querellante que lo podía retirar del depositario. Entablada la acción penal, el querellado oferta la devolución de las pieles, lo que ni fue acordado por el Juzgado, ni la querellante interesó judicialmente. Esa devolución era procedente y debió ser atendida, pues el ofrecimiento equivale a la potencialidad de entrega, aminorando el importe de la apropiación, precisamente en el importe que estaba en posesión del querellado quien, desde su primera declaración, se ofreció a realizar.

La cantidad de la apropiación debe ser reducida en los 13.447 euros conforme resulta de la pericial que tenemos por documento acreditativo del error que el recurrente opone por vía inadecuada, error de derecho, cuando en su argumentación desarrolla un error de hecho.

**CUARTO.-** También por error de derecho denuncia la indebida aplicación al hecho probado del artículo 109 del Código penal referido a la responsabilidad civil. Sostiene el recurrente que el error se produce cuando se declara una responsabilidad civil no sólo respecto de las pieles que fueron vendidas a partir de requerimiento de devolución, sino también anteriores a ese requerimiento. El motivo se desestima. El relato fáctico es claro en la valoración del importe de la responsabilidad civil que apoya en la prueba pericial realizada y que se ajusta en su contenido a la documentación sobre las pieles depositadas y a la valoración de las ventas realizadas. Todo ello conforma el perjuicio sufrido y es el objeto de la responsabilidad civil declarada. Lo anterior se afirma sin perjuicio de que la estimación del motivo anterior conforme una distinta responsabilidad civil reduciendo de la cantidad señalada en la sentencia, la reducción de la valoración de las pieles en depósito.

**QUINTO.-** También por error de derecho denuncia otro aspecto de la responsabilidad civil al señalar que la misma no puede comprender el valor de las pieles depositadas en el almacén y que se pusieron a disposición de la querellante.

La estimación es procedente con reiteración de cuanto dijimos en un fundamento anterior. La prueba pericial ha sido clara en la determinación del ámbito del perjuicio causado pues las pieles depositadas han sido tasadas y el perjuicio total valorado. Las conclusiones del perito llevadas al hecho probado en los términos realizados. Ha de tenerse en cuenta que el tiempo y el deterioro de las mismas, perjudican al propietario de las pieles que sufre el desvalor que se ha producido por el transcurso del tiempo.

**SEXTO.-** En los tres siguientes motivos opone un quebrantamiento de forma del artículo 851 número tres, un error de derecho por la inaplicación del atenuante de dilaciones indebidas, y una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones. En los tres motivos coincide en argumentar que no se ha aplicado a la sentencia la atenuante de dilaciones indebidas que fue solicitada en la instancia, reputando de excesivo el plazo en el enjuiciamiento sobre un hecho cuya tramitación ha sido sencilla sin que exista justificación alguna para un retraso en la tramitación de la causa como ha acaecido.

Es cierto que la defensa del acusado instó en trámite de conclusiones definitivas la atenuación por las dilaciones indebidas.

El Ministerio Fiscal reconoce que el silencio de la sentencia de instancia sobre una alegación postulada por el recurrente, implicó una incongruencia omisiva que, en su dimensión constitucional, supuso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, entendido éste como derecho a una resolución motivada. Discrepa, sin embargo, del alcance que haya de atribuirse a esa reivindicación, al estimar que no concurren los presupuestos que la jurisprudencia de esta Sala asocia a la apreciación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas ( art. 21.6 CP ).

Es cierto que la falta de respuesta de la Sala de instancia a la petición de que fuera apreciada una atenuante en su favor, quebrantó la correlación entre los términos en que el objeto del proceso había sido definido y la respuesta jurisdiccional obtenida por las partes (cfr. SSTS 4839/2007, 25 de junio , 2026/2002, 2 de diciembre , y STC 58/1996, de 15 de abril ).

Sin embargo, constatada esa falta de respuesta en esta sede, la posibilidad de su subsanación en casación ha sido expresamente admitida por esta Sala. No entenderlo así conduciría a la paradoja de que para reparar la alegada vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se obligara a quien la invoca a soportar un nuevo y dilatado período de tiempo hasta tanto se remediara por el Tribunal *a quo el error in iudicando* puesto de manifiesto.

Dijimos en la STS 503/2008, 17 de julio , en relación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que este derecho "incluye el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja imprejuzgada alguna de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental" ( STC 67/2001, de 17 de marzo ).

Asimismo, hemos señalado que la congruencia exigible, desde la perspectiva del respeto al derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE , comprende la obtención de una respuesta razonada a las pretensiones de las partes, pero no un razonamiento autónomo y pormenorizado a todos y cada uno de los fundamentos jurídicos en que aquéllas se sustenten. También se ha mantenido constantemente que "las exigencias derivadas de aquel precepto constitucional han de entenderse cumplidas en la denominada motivación implícita y no sólo y necesariamente en la expresa o manifiesta", ( STC 70/2002, de 3 abril y STC 189/2001, de 24 de septiembre ), si bien tal criterio debe aplicarse con cautela.

Se exige, además, que, aun existiendo el defecto, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso. En estos últimos casos, esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación", (STS 1095/99, de 5 de julio de 1999 , 2899/1993, 23 de diciembre , 822/2004, 24 de junio y 117/2002, 31 de enero , entre otras).

Por lo tanto, entramos en el fondo de la cuestión. Constatamos que la tramitación de la causa siguió una tramitación normal que no afectó a un retraso excesivo. La Audiencia provincial estimó un recurso de apelación

contra auto del juzgado de instrucción y en su virtud, se acuerda la realización de una prueba pericial para tasar el valor de las pieles. Es la realización de esta prueba, de contenido especializado, la que ha retrasado la tramitación, desde el 16 septiembre 2010 hasta el 16 abril 2012. En ese plazo se ha recordado hasta en dos ocasiones la necesidad de terminar el objeto la pericia. Desde la actividad del órgano judicial no existe un retraso pues encomendó, se recordó y se urgió su pronta finalización en dos ocasiones. Ha existido un retraso en la realización de la prueba pericial realizada por un perito ajeno a la administración de justicia y que requería de conocimientos altamente especializados en el objeto concreto de la prueba pericial, cuál es la valoración de unas pieles servidas desde India por una empresa holandesa a una empresa radicada en Almansa. En todo caso, el recurrente no expresa en qué medida este retraso le ha producido indefensión y lesión a su derecho.

Consecuentemente procede desestimar los motivos que tienen por objeto la denuncia de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones.

### III. FALLO

**FALLAMOS:** QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR PARCIALMENTE** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación del acusado **Victoriano** , contra la sentencia dictada el día 3 de diciembre de 2013 por la **Audiencia Provincial de Albacete** , en la causa seguida contra el mismo, por delito 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 Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Perfecto Andres Ibañez

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Almansa, con el número 52/08 y seguida ante la Audiencia Provincial de Albacete, por delito de apropiación indebida contra **Victoriano** y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 3 de diciembre de 2013 , 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. Andres Martinez 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 Albacete.

### 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 tercero y quinto de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación parcial del recurso interpuesto por **Victoriano** .

### III. FALLO

**FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a **Victoriano** , como autor responsable de un delito de apropiación indebida del artículo 252 en relación con el 250.1.5º del Código Penal , a las penas de **DOS AÑOS DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y 8 meses de multa con cuota diaria de 6 # y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 120 días, debiendo indemnizar a "G.A. MAAS LEDER BV" en la cantidad de 66.310 #, y la devolución del material depositado y al pago de la tercera parte de las costas, incluidas las de la acusación particular. Ratificando el resto de pronunciamientos de la sentencia impugnada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Perfecto Andres Ibañez

### Voto Particular

**VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. D. Luciano Varela Castro A LA SENTENCIA Nº 453/14 RESOLVIENDO EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 73/14.**

**PRIMERO.-** El penado recurrente impugna su condena por delito de apropiación indebida alegando:

1º.- En cuanto a la *premisa fáctica* niega el hecho esencial que se le imputa: **a)** Dice así que las remisiones de mercancías por la empresa de los querellantes a la del acusado se hacían en base a pedidos comprometidos con clientes de la receptora, por lo que **no es verdad que, como dice la sentencia, no salieran dichas mercancías de la libre disposición del remitente** ; **b)** que no existe prueba alguna de incumplimientos contractuales por parte de la empresa receptora; **c)** que el dinero percibido de terceros clientes era de su propiedad y el pago a la querellante exigía la previa facturación en firme por ésta a la empresa del querellado, por lo que **no puede afirmarse** que por el mero dato de no pago a la querellante se pueda considerar que el acusado llevó a cabo un **apoderamiento definitivo y d) el cual, además dependería de una previa liquidación** de la cuenta entre partes sobre las **consecuencias de la denuncia unilateral por parte de la actora** .

2º.- En cuanto a la *calificación* de lo que puede estimarse probado afirma que: **a)** no existe obligación jurídica de devolver las pieles, por lo que **no es ilícita su retención; b)** la **licitud de la disposición** por el querellado de las pieles que se le remitieron pues esa era precisamente la finalidad de la remesa y, **c)** la relación entre las partes no era la del contrato de comisión, como erróneamente califica la sentencia de instancia, ya que la empresa del acusado actuaba en nombre propio, con clientes suyos, haciendo suyo el precio obtenido de terceros, que no se acredita impuesto por la supuesta comitente, a la que únicamente debía el acusado el pago del precio convenido entre la querellante y el acusado, previa retención de un porcentaje.

De lo anterior concluye que faltan los elementos propios del delito de apropiación indebida por el que resultó condenado.

**SEGUNDO.-** La sentencia de instancia justifica la condena sobre las premisas siguientes:

Las partes pactaron un contrato de **comisión mercantil** , en cumplimiento del cual los querellantes remitían la mercancía a la empresa del acusado, sin transferirle el dominio, quedando en posesión de éste a título de mero depósito. La empresa del querellado promovía la venta la mercancía cobrando un porcentaje del precio de venta, que detraía al remitir a los querellantes el importe percibido de los terceros.

Los querellantes **podían denunciar unilateralmente** el contrato y así lo hicieron, mediante requerimiento notarial.

Ante ello el **querellado** decidió: vender la mercancía recibida **se supone que en parte** y **hizo suyo lo percibido y no devolvió lo no vendido**.

Advierte la sentencia que el querellado en ningún caso reclamó gastos anticipaciones y derechos de comisión como debido a su empresa, **ni los querellantes podían tener tal deuda con la empresa del querellado** , pues ésta solamente devengaba comisiones, y esto en el momento de remitir a los querellantes lo entregado por terceros, momento en que hacía el acusado la retención de lo devengado como comisión. **Tampoco acreditó** la parte querellada una lista de **compromisos asumidos con terceros** antes del requerimiento.

La **voluntad de apropiación** deriva de dos datos: la no entrega del dinero recibido de terceros compradores a los querellantes y la venta de lo depositado a precio bajo (inferior al figurado en las facturas de consignación) de suerte que el remanente eran restos de partidas de años atrás sin valor comercial

**TERCERO.-** En cuanto a los presupuestos de aplicación del tipo penal de apropiación indebida debemos comenzar por subrayar:

**a)** Que no existe contrato escrito (vid. Folio 260 que corresponde a escrito del querellante), ni prueba sobre los particulares del contenido verbal, a salvo las interesadas manifestaciones de las partes y lo que diremos en el fundamento jurídico siguiente. **Nada acredita si existía o no plazo de preaviso** para el supuesto de denuncia o resolución unilateral. **Ni cual era el condicionado relativo a ésta.**

**b)** En consecuencia no existe prueba, ni la sentencia lo justifica, de que el acusado estuviera obligado a vender a terceros por precio determinado por los actores. No se discute que la factura que documentaba los envíos era meramente *pro forma*. Y ninguna prueba es mencionada sobre cuales eran los precios a los que se hicieron ventas anteriores. La constancia de un precio *pro forma* no se acredita como vinculante para la venta a terceros y no como mínimo en la relación entre querellantes y acusado.

c) Consta que se había inventariado mercancías, cuyo importe aún no se había satisfecho a los querellantes, por valor de 111.648,94 euros en diciembre de 2006. Y lo que ha vendido, hasta mayo de 2007 tenía un *valor* que sumado al valor de lo no vendido alcanza el importe de 79.757,51 euros.

d) Tampoco consta que acredite que el *precio* por el que se llevaron a cabo esas ventas entre enero y mayo de 2007 pueda calificarse de vil. Alude la sentencia a ello en sede de fundamentación jurídica. Pero, lo ahí proclamado como hecho, ausente en la declaración de hechos probados, no puede ser fundamento de condena. Además no justifica el criterio por el que se establezca que el valor fijado en las facturas meramente *pro forma* constituía el límite de precio mínimo por el que se podía vender la mercancía. La parte querellante solamente indica como casos acreditados de venta por precio inferior al de la factura *pro forma* los de las facturas 119 y 121. Ocurre que esas facturas no se referían solamente a pieles suministradas por los querellantes. Y parte de la mercancía es facturada a precio que excede del euro la unidad, que ya sería, según la sentencia, un precio admisible. Añádase que facturas libradas antes del requerimiento, como la 102, y la 103 ya incluían precios inferiores al euro la unidad (metro cuadrado). Las facturas a que se refiere la sentencia, reflejando bajo precio, son la del folio 245 (factura *pro forma*) (traducida al folio 283 vuelto) que corresponde a remisiones a la empresa del acusado en meses antes del requerimiento por los querellantes (agosto de 2006). Tampoco consta cual sea la factura que refleja su venta por el querellado. La referencia al folio 238 bis que hace la sentencia resulta extraña: ¡no existe tal folio en las actuaciones! Respecto al reproche de haber aplicado descuentos de 3% por pronto pago, es precisamente la factura *pro forma* obrante al folio 238 vuelto como emitida por los querellantes la que prevé tal descuento.

e) No se declara probado si los terceros clientes del acusado habían pagado la mercancía, ni que el querellado debiera pagar antes de cobrar a esos terceros, por lo que tampoco puede decir que existiera retraso en el pago a los querellantes respecto a lo vendido en el periodo de enero a mayo de 2007. Menos aún que ese eventual cobro concluyera con una apropiación definitiva de su importe por el acusado.

**CUARTO.- 1.-** Presupuesto del tipo penal de apropiación, pero no con naturaleza de enunciado histórico, sino como enunciado jurídico fruto de lo que se acaba de dejar establecido, es la calificación de la relación jurídica entre los querellantes y la empresa del acusado.

La sentencia se decanta por la calificación de *comisión mercantil*, con régimen establecido en los artículos 244 y concordantes del Código de Comercio . Lo afirma así. En absoluto lo justifica.

Sin embargo de las premisas establecidas, en la sentencia, con las advertencias hechas en el anterior fundamento jurídico, no excluye sin embargo la calificación jurídica que el acusado propone. El denominado contrato de *distribución* presenta en efecto claras coincidencias, al menos aparentes, con la comisión mercantil pero difiere de él en aspectos que, en relación al delito de apropiación indebida son esencialmente trascendentes.

Así, el contrato de distribución se enmarca en la categoría genérica, dentro de los mercantiles, de los contratos de *cooperación*. Pero diferenciado de los de *gestión*, cuyo objeto es la promoción de negocios en **interés** del principal, sin relación laboral entre las partes, pero sí de mandato. En el de distribución quien actúa frente a terceros lo hace en interés propio. Y no media entre los sujetos relación de mandato. Siquiera el principal puede impartir determinadas instrucciones para la actuación del distribuidor. En todo caso el doble interés que se procura lleva a configurar este contrato como **senalagmático** .

Es un contrato atípico, lo que hace esencial acudir a los pactos expresos entre los sujetos.

Señala la doctrina como este contrato tiene vocación de **permanencia o estabilidad** , frente al de comisión mercantil. Más patente en la manifestación regulada de la especie denominada contrato agencia. Aquella nota deriva precisamente del **esfuerzo que asume el distribuidor** en una actividad, requirente de la **inversión** de múltiples recursos, tendente a ampliar el mercado del producto a distribuir.

Pues bien ese contrato de distribución no solamente difiere de otros como el de agencia o la mera mediación o corretaje ( STS 1ª 4 de julio de 1994 ), sino también de la comisión mercantil. En éste el que vende a terceros puede actuar incluso en su propio nombre pero **necesariamente siempre por cuenta del comitente con quien el comisionista está vinculado por un contrato de mandato (art. 244 del C de Comercio)**

En la distribución se satisfacen intereses del distribuidor y del principal, pero la relación jurídica, no se acomoda al tipo del mandato, y ni siquiera es asimilable a la venta o suministro, aunque el distribuidor adquiera del principal el producto que luego vende. La característica radica en la sumisión del distribuidor a las **instrucciones** del principal. Y frente al mero comprador, el distribuidor asume una obligación promocional.

Algunas sentencias han subrayado la analogía con el contrato de agencia ( STS 1ª 16 y 29 de diciembre de 2005 ) y desde esa perspectiva se afirma por la doctrina que, a falta de pacto expreso, los de distribución son contratos de **duración indefinida** .

La debatida posibilidad de denuncia unilateral  $\neg$ que no es dudosa en la comisión mercantil $\neg$  genera aquí eventualmente una obligación de indemnizar daños y perjuicios ( STS 1ª de 18 de diciembre de 1995 o 3 de mayo de 2002).

Algún sector de la doctrina recuerda que, en defecto de pacto expreso imponiendo el preaviso a la denuncia unilateral, se exija un término en proporción a la duración del contrato vigente. ( STS 1ª de 18 de diciembre de 1995 ). Lo que acarrea una **necesaria liquidación de operaciones comerciales compensando** lo que proceda.

La STS 1ª de 21 de noviembre de 2005 estableció *La resolución sin respetar un plazo de preaviso es un ejercicio abusivo, en tanto impide al concesionario tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue. En tal caso, la indemnización debida por el concedente en modo alguno puede abarcar el propio daño de resolución, pues el concesionario debió prever la precariedad de su situación jurídica por la indefinición del plazo de duración. El daño por falta de preaviso es el indemnizable, que es completamente distinto del daño de resolución (sentencia de 16 de diciembre de 2003).*

*Si el preaviso no se ha pactado, no por ello no ha de observarse ningún plazo, pues entra en la naturaleza de la propia relación jurídica por tiempo indeterminado que anticipadamente se ponga en conocimiento de la otra parte la finalización de la relación, y así se observa en el uso cotidiano de los negocios ( artículo 1258 del Código civil ). La concreción del plazo dependerá de las circunstancias concurrentes. Un criterio que puede ser aplicable es el que contiene el artículo 25 de la Ley de Contrato de Agencia , en tanto que en él se contempla el mismo problema que se trata de resolver, sin que exista imposibilidad de acudir a esta vía de integración vía la naturaleza distinta del contrato de agencia y de distribución en exclusiva. Tanto el agente como el distribuidor en exclusiva son colaboradores del empresario ( sentencia de 28 de enero de 2.002).*

*El establecimiento de una relación jurídica de naturaleza duradera, como es la de distribución en exclusiva, es susceptible de crear una clientela que potencialmente pueda ser aprovechada por el concedente que extingue aquella relación, lo que supone el enriquecerse a cuenta del esfuerzo ajeno, ya sin ninguna retribución. Es cierto que todo ello es meramente potencial, pues la clientela puede disminuir en mayor o menor medida según se actúe sobre ella para conservarla, pero lo que corrientemente enseña la realidad es que sigue adquiriendo los productos pese a que ha desaparecido el distribuidor exclusista. El ordenamiento jurídico no ha sido insensible a esta situación, y preceptúa en determinadas relaciones jurídicas una indemnización por clientela, calculada de forma variable, al extinguirse aquéllas. Así el artículo 34 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre , de Arrendamientos Urbanos , respecto a la extinción del contrato de arrendamiento de finca en que se haya ejercido una actividad comercial abierta al público, y el artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo , de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia. Puede extraerse de ello un principio favorable a la indemnización en aquellos supuestos en que se pueda producir el mismo resultado (creación de clientela) y no se encuentren regulados por la ley. La jurisprudencia de esta Sala ha venido concediendo de modo reiterado una indemnización al concesionario en base a una aplicación analógica del artículo 28 de la Ley 12/1992 (sentencias de 28 de enero de 1992 y 26 de junio de 2003, y las que en ella se citan). Por tanto, el concesionario tendrá derecho a una indemnización en función de la concurrencia de las circunstancias que señala el citado precepto.*

Pero es que, incluso en relación al contrato de comisión mercantil el Tribunal Supremo ( SSTS 22 de marzo de 1988 y 17 de marzo de 1993 ), a través de su jurisprudencia reconoce el derecho del comisionista a la indemnización debido al disfrute por el empresario de la clientela captada y la de 26 de diciembre de 1991 reconoce el derecho a la indemnización del fondo de comercio.

La STS de 13 de noviembre de 2008 , recuerda que el comitente queda a las **resultas de las gestiones practicadas antes de la revocación**. Y advierte que la indemnización depende de si existía o no posibilidad de renuncia pactada, con plazo de preaviso, y de la buena fe contractual o abuso ( artículos 57 del C de Comercio y de los 7.1 y 2 y 1258 del C. Civil ). La resolución unilateral, en caso de falta de pacto que la impida o someta a preaviso, resulta justificada sin exigencia de otra causa específica que la voluntad de denuncia. **Pero** eso no implica ausencia de obligación de satisfacer las resultas de aquellos gastos ya comprometidos o soportados o compensar los enriquecimientos obtenidos por el comitente denunciante.

2.- Estas reflexiones ponen de manifiesto la, cuando menos, ligereza con que la sentencia de instancia despacha la cuestión de la calificación jurídica de la relación entre acusadores y acusado.

La proclamada existencia de emisión de facturas con efectos *pro forma* para cada caso de remisión de mercancía a la empresa del acusado, aleja la aplicabilidad de la figura de comisión mercantil y acerca el supuesto al de contrato de distribución caracterizado por la venta o contrato de suministro al distribuidor. Que aquel modo de facturar confiera a ese suministro un carácter fiduciario no excluye la evidente implícita voluntad de las partes de alejarse del modo contractual de la comisión mercantil, por más que la propiedad por el distribuidor sea claudicante y su posesión se asemeje al depósito.

La no cuestionada larga prolongación en el tiempo de la relación entre proveedor y distribuidor es otro factor que predica una nueva razón de alejamiento de la comisión mercantil

No parece discutido que la empresa del acusado actuaba frente a terceros **en nombre propio** y no con representación directa de los querellantes. Por ello **deberá cumplir los compromisos de venta que tuviera contraídos cualquiera que sea la causa y momento de la resolución** de la comisión

Los e-m cruzados entre las partes y unidos ala querella muestran como la pretensión del proveedor querellante de **facturar directamente a los terceros compradores constituía pretensión de una sustancial novación de lo pactado** conjurada por a negativa del acusado a tal cambio de reglas del juego entre las partes. Lo que es otra manifestación de alejamiento de la voluntad de contraer al modo de la comisión mercantil.

**QUINTO.-** Como consecuencia de lo que dejo expuesto, entiendo que la sentencia de instancia no justificaba los elementos del delito de apropiación indebida. Ni los objetivos, ni los subjetivos.

Objetivamente el citado delito implica la transformación de una posesión, lícitamente obtenida, en ilícito y definitivo aprovechamiento.

Mal puede afirmarse un **ilícito** apoderamiento cuando las relaciones entre las partes es compleja y el contenido de las correspondientes obligaciones dependa de la ineludible liquidación.

Así lo recordábamos en nuestra STS nº 1036/2013 de 26 de diciembre recordando que *la jurisprudencia advierte que cuando existe una indeterminación en la cuantía de los créditos y correlativas deudas derivados de la relación entre dos partes, sea de comisión o similar, no cabe hablar de delito de apropiación si no ha precedido la liquidación que ponga fin a aquella indeterminación.*

*Cabe citar en efecto la STS 1245/2011 de 22 de noviembre en la que dijimos: La jurisprudencia de esta Sala de manera constante ha venido considerando que en el caso de relaciones jurídicas complejas que se proyectan durante largo tiempo y en la que existe un confusionismo de diferentes compensaciones de deudas y créditos, resulta imposible derivar a la jurisdicción penal, bajo el cobijo del delito de apropiación indebida, la resolución del conflicto, y ello por la poderosa razón de no apreciarse la conducta lógica propia del delito de apropiación indebida cuyos verbos nucleares se refieren a la acción de hacer propios aquellos bienes que ha recibido de un tercero por los títulos a los que se refiere el art. 252. Es el clásico ejemplo "de gabinete" el que se apropia de lo ajeno, cierra la mano haciendo suyos los efectos que el perjudicado le ha dejado para un fin concreto.*

*En consecuencia la regla general cuando hay un entrecruce de intereses entre las partes con deudas y créditos recíprocos, es absolutamente necesaria la previa y definitiva liquidación para realizar el tipo objetivo de la apropiación, que sólo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación el imputado intenta hacer suyos y no entregar el crédito que se le ha reconocido a la parte contraria.*

*En tal sentido, se pueden citar las SSTS 173/2000 de 12 de Febrero , 1566/2001 de 4 de Septiembre , 2163/2002 de 27 de Diciembre , 930/2003 de 27 de Julio , 1456/2004 de 9 de Diciembre y 142/2007 de 12 de Febrero .*

*Y también la más reciente nº 753/2013 de 15 de octubre en la que recordábamos que: hemos considerado que la regla general, cuando hay un entrecruce de intereses entre las partes con deudas y créditos recíprocos, es absolutamente necesaria la previa y definitiva liquidación para realizar el tipo objetivo de la apropiación, que sólo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación el imputado intenta hacer suyos y no entregar el crédito que se le ha reconocido a la parte contraria. (En tal sentido, se pueden citar las SSTS 173/2000 de 12 de Febrero , 1566/2001 de 4 de Septiembre , 2163/2002 de 27 de Diciembre , 930/2003 de 27 de Julio , 1456/2004 de 9 de Diciembre y 142/2007 de 12 de Febrero ).*

*Ciertamente también se añadía que: Ahora bien, la jurisprudencia, en relación con la liquidación de cuentas, ha abandonado el viejo criterio que afirmaba la necesidad de liquidez previa, precisando, ahora, que **solo es exigible una liquidación cuando sea procedente para determinar el saldo derivado de las operaciones de cargo y la data como resultado de las compensaciones posibles** , pero no cuando se*

*trata de operaciones perfectamente concretadas ( SSTS. 1240/2004 de 5.11 , 518/2008 de 31.12 , 768/2009 de 16.7 ). Por ello la liquidación de cuentas pendientes como causa excluyente del dolo penal, no es aplicable al tratarse de relaciones perfectamente determinadas y separadas, ( STS. 431/2008 de 8.7 ), exigiéndose la justificación del crédito por parte del acusado, si este pretende una previa liquidación de cuentas, ha de indicar la existencia de algún posible crédito en su favor o de una posible deuda a cargo del perjudicado, no bastando con meras referencias genéricas o inconcretas) ( STS. 903/99 ).*

Tampoco cabe equiparar el condicionado a tal liquidación de la entrega del precio de la mercancía suministrada con la voluntad de definitivo aprovechamiento por parte de quien no está excluido inequívocamente de la condición de acreedor frente a la persona a la que aquella entrega habría de hacerse.

La entrega a la empresa querellante del precio obtenido, si no se condicionaba, al menos se aplazaba a fecha posterior a la venta a tercero. Así deriva del mismo e-m, ya que en él se queja de que el retraso en dar cuenta de los negocios perfeccionados implicaba un *aplazamiento* del pago por la empresa del acusado. Pero ni siquiera se constata con claridad si se hace bajo el régimen o modelo francés de la mera perfección o del germano que exige el cumplimiento del negocio con terceros. Este último parece ser el sistema pactado, ya que la remisión del precio a proveedor se hacía con simultánea detracción de la comisión, lo que presupone que el tercero ya habría pagado.

En cuanto a la obligación del pago por los querellantes al acusado no se discute que no surgía sino en el caso de que el negocio con terceros se perfeccionase. Pues consiste precisamente en un porcentaje de lo que el tercero paga.

En cuanto a la obligación del acusado no aparece constatada su regulación pactada entre los sujetos. Muy al contrario, la documentación aportada con la querrela (e-m de fecha 11 de noviembre de 2005, o documento nº 8) pone en evidencia la laguna del contenido contractual pactado. Allí se habla de cual es el riesgo que soporta cada parte y **se reconoce por los querellantes que la empresa del acusado tiene una póliza que cubre el impago por los terceros compradores a quienes se hizo entrega de la mercancía .**

Significativo resulta que, al requerimiento notarial por parte de los querellantes de marzo de 2007, el acusado contesta calificando el contrato entre partes como de **distribución en exclusiva** con suministro de mercancía al efecto **en depósito**, pero haciendo protesta de que **ha promovido la distribución de mercancías de los querellantes captando una importante clientela, y** que eso supuso inversión de cantidades en investigación y desarrollo del producto y su adaptación al mercado, además del coste mismo del mantenimiento del depósito y distribución de la mercancía.

Considera que la resolución unilateral se debe al propósito de mudar los términos del contrato pasando los querellantes a facturar a los terceros, lo que es injustificado.

Niega la devolución de lo no vendido, por estimar superior el perjuicio al valor de tal mercancía.

Si lo anterior sería suficiente para excluir como razonable la inferencia de que las ventas llevadas a cabo entre enero y mayo obedecían al único ilícito propósito de obtener cualquier precio con el proyecto de no hacer nunca frente al pago al proveedor, y así lucrarse ilícitamente, recordar la calificación que nos merece la relación entre los sujetos lleva a la misma conclusión de falta de inequívoca ilicitud en el comportamiento del acusado.

En efecto, el destino dado a las mercancías suministradas al acusado era el previsto en el tipo de título por el que se le hicieron llegar a su posesión. La inferencia mantenida en la sentencia no parte de premisas que lleven a tal conclusión de manera indiscutible.

No puede descartarse que el acusado actuara en el ejercicio de un derecho que le permitía no aceptar incondicionada y automáticamente la denuncia unilateral con efectos desde el momento mismo del aviso. Menos aún que no pudiera ejecutar unas ventas ya comprometidas a terceros, frente a los cuales él  $\neg$  y no el proveedor  $\neg$  respondía personalmente del debido cumplimiento del contrato con dichos terceros.

**SEXTO.-** En conclusión estimo que las afirmaciones sobre las condiciones pactadas entre los acusadores y acusado se formulan desde el vacío probatorio, con seguidismo acrítico del mero voluntarismo interesado de las manifestaciones de los acusadores.

Como carece de todo apoyo racional inferir que tenían propósito defraudador las ventas llevadas a cabo por el acusado durante los meses de enero a mayo de 2007, a partir del contumaz deseo de los querellantes de imponer no solamente el cese de la relación sino los efectos de tal cese.



Ni siquiera existen pues elementos para poder afirmar cual era el concreto contenido de los derechos y deberes que para una y otra parte se generaron a partir de la manifestación de voluntad de los querellantes de cesar la relación con el acusado.

Por ello no cabe predicar ilicitud en la actuación del acusado, ni calificar jurídicamente su comportamiento como típicamente de apropiación indebida.

En todo caso, al menos, existe la suficiente duda sobre la valoración jurídica de aquella relación y sobre las premisas inferidas por la sentencia de instancia. Por ésta se llevan a cabo afirmaciones que, dado que concluyen con la pérdida de libertad de un ciudadano, exigía menos indolencia argumental y un pequeño esfuerzo de razonamiento que no presentara la sentencia más como un acto de voluntad arbitraria que de verdadero resultado de la reflexión jurídica que reclama para toda sentencia el derecho a la tutela judicial efectiva en su contenido que vincula el artículo 24.1 con el 120.3 de la Constitución .

Y por ello emito este voto en el sentido de que debió absolverse al acusado recurrente.

*Luciano Varela Castro*

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ