



Roj: **SAP O 1540/2017 - ECLI: ES:APO:2017:1540**

Id Cendoj: **33044370022017100217**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **2**

Fecha: **18/05/2017**

Nº de Recurso: **87/2016**

Nº de Resolución: **215/2017**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **MARIA LUISA LLANEZA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

OVIEDO

SENTENCIA: 00215/2017

C/ CONCEPCIÓN ARENAL S/N- 5ª PLANTA - 33005 - OVIEDO

Teléfono: 985.96.87.63-64-65

Equipo/usuario: AMR

Modelo: N85850

N.I.G.: 33044 51 2 2016 0000379

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000087 /2016

Delito/falta: APROPIACIÓN INDEBIDA (TODOS LOS SUPUESTOS)

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, SIERENSE DE CARNES S.L.

Procurador/a: D/Dª, MARIA ROSA GARCIA-BERNARDO PENDAS

Abogado/a: D/Dª, ANA GARCIA BOTO

Contra: Carlos Daniel

Procurador/a: D/Dª VIRGINIA LOPEZ GUARDADO

Abogado/a: D/Dª ALVARO VIDAL HERRERO

SENTENCIA Nº 215/2017

PRESIDENTE

ILMA. SRA. DOÑA MARÍA LUISA BARRIO BERNARDO RÚA

MAGISTRADOS

ILMO. SR. DON AGUSTÍN PEDRO LOBEJÓN MARTÍNEZ

ILMA. SRA. DOÑA MARÍA LUISA LLANEZA GARCÍA

En Oviedo, a dieciocho de mayo de dos mil diecisiete.

VISTOS en juicio oral y en audiencia pública por la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial compuesta por los Sres. del margen, los presentes autos procedentes del Juzgado de Instrucción nº 4 de Siero, seguidos por un delito de apropiación indebida con el nº 49/16 de Procedimiento Abreviado, (Rollo de Sala nº 87/16), contra: Carlos Daniel, con D.N.I. nº NUM000, nacido el NUM001 /1957, hijo de Blas y de Ana María, natural de San Martín del Rey Aurelio, y vecino de Oviedo, de estado casado, de profesión carnicero, con instrucción, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa de la



que estuvo privado un día el 16 de septiembre de 2015, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Virginia López Cuadrado, bajo la dirección Letrada de don Alvaro Vidal Herrero; causa en la que es parte acusadora el Ministerio Fiscal; interviniendo como acusación particular Comercializadora Sierense de Carnes S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Rosa García- Bernardo Pendás, bajo la dirección Letrada de doña Ana García Boto; siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado D^a MARÍA LUISA LLANEZA GARCÍA y en la que procede dictar sentencia fundada en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se declaran **HECHOS PROBADOS** los que a continuación se relacionan:

El acusado, Carlos Daniel , mayor de edad y sin antecedentes penales, prestaba sus servicios como encargado de la sala de despiece para la empresa Comercializadora Sierense de Carnes S.L., situada en el polígono Industrial de El Berrón Este, nave nº 8, La Carrera, partido judicial de Siero.

Aprovechando que, por su trabajo, controlaba los stocks y tenía acceso a los productos cárnicos de la empresa, se apoderó de importantes cantidades de piezas de carne, que tomaba de las instalaciones, transportándolas en el maletero de su vehículo, procediendo a su venta a particulares y empresarios del sector, quedándose con el dinero así obtenido.

Así, vino desarrollando esta actividad, al menos, desde el 1 de noviembre de 2014 hasta el 17 de septiembre de 2015, fecha en que fue despedido. Durante este tiempo, sacaba los productos cárnicos de la empresa y se los vendía a sus clientes con regularidad, semanal, quincenal o mensual. En el último mes realizó al menos las siguientes operaciones:

Los días 19 y el 26 de agosto de 2015, sobre las 14:02 y las 14:22 horas respectivamente, entregó mercancía en venta a Gaspar , titular de la Carnicería Arias, en la calle Hermanos Felgueroso nº 33 de Gijón.

Sobre las 14:25, las 20.14 y las 14:33 horas de los días 21, 25 y 28 de agosto de 2015, le hizo sendas ventas a Mariano , al lado de la gasolinera situada entre el establecimiento Leroy Merlin y la urbanización La Fresneda, destinadas a la cafetería del Camping Buenavista de Candás.

Los días 19 y 26 de agosto de 2015, a las 19:39 horas el último de los días, realizó dos entregas de mercancía a Teodulfo , destinadas al puesto de venta de ésta en la Plaza de Abastos de La Felguera.

Sobre las 12:50 horas del día 16 de septiembre de 2015, el acusado cargó dos bolsas de carne, con un peso total de 205 kilogramos, propiedad de la empresa, las guardó en el interior de maletero de su vehículo Honda Accord, matrículaFRH , con la finalidad de vendérselas a Gaspar , titular de la Carnicería Arias. Sin embargo, no pudo conseguir su propósito al ser detenido cuando salía de las instalaciones de la empresa. El valor de los productos cárnicos recuperados y devueltos a su propietario ese día ascendía de 1.912,88 euros.

El importe total de los productos de los que se apoderó el acusado entre el 1 de noviembre de 2014 y el 17 de septiembre de 2015, ascendió a 105.191,54 euros.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida previsto y penado en los artículos 253.1 en relación con el art. 250.1.5º y 74 del Código Penal , designando como autor al acusado Carlos Daniel y no apreciando circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó se le impusieran las penas de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses con cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, pago de las costas y a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a la entidad perjudicada Comercializadora Sierense de Carnes S.L. en la cantidad que se determine en fase de ejecución de sentencia por el importe de los productos de los que se apropió el acusado.

La acusación particular calificó definitivamente los hechos procesales como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 249 , 250.4 , 5 y 6 , 252 y 74 del C. Penal y alternativamente de un delito continuado de Hurto de los arts. 234 , 235.3º y 4º y art. 74 del C. Penal , y designando como autor al acusado Carlos Daniel solicitó se le impusieran las penas de 6 años de prisión y multa de 12 meses a razón de 12 euros diarios por el delito de apropiación indebida, y alternativamente la pena de 4 años y medio de prisión, accesorias y costas, y a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a la entidad perjudicada en la cantidad de 163.345,65 euros, más intereses de demora.

TERCERO.- El acusado reconoció hechos y junto con su defensa se mostró conforme con la calificación y con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal y se opuso a la reclamación de la responsabilidad civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados en la presente resolución son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida previsto y penado en el artículo 253.1, en relación con los artículos 250.1.5º y 74 del Código Penal .

Como declara entre otras la Sentencia del TS 997/2007, de 21 de noviembre , "en el delito de apropiación indebida pueden distinguirse dos etapas diferenciadas. La primera, se concreta en una situación inicial lícita, generalmente contractual, en la que el sujeto activo recibe en calidad de depósito, comisión, administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, recepción presidida por la existencia de una convenida finalidad específica de devolución o bien de empleo en un destino determinado.

En la segunda etapa el agente transmuta esta posesión legítima en disposición ilegítima y abusando de la tenencia material de los bienes y de la confianza recibida, dispone de ellos, los distrae de un destino o niega haberlos recibido, es decir, se los apropia indebidamente en perjuicio del depositante, comitente, dueño o persona que debiera percibir los bienes u obtener la contrapartida derivada de su destino pactado".

-

SEGUNDO .- Del referido delito es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado Carlos Daniel , por haber ejecutado directa, material y voluntariamente los hechos que lo integran (art. 27 y 28 del C. Penal) como el mismo ha reconocido en el acto del juicio oral.

Y es claro que el acusado actuando con ánimo de lucro como encargado de la sala de despiece de la empresa para la que trabajaba Sierense de Carnes S.L., aprovechando que por su trabajo tenía a su disposición los productos cárnicos de la empresa, distrajo durante el periodo comprendido entre noviembre de 2014 a septiembre de 2015, numerosas partidas de carne que lograba sacar ocultas de las dependencias de la empresa y que él mismo vendía a terceros sin conocimiento de sus titulares, haciendo suyo el importe obtenido con tales ventas, lo que integra la figura jurídica de la distracción a que alude el art. 253.1 del Código Penal en su redacción vigente.

TERCERO .- Procede de conformidad con la calificación formulada por el Ministerio Fiscal, aplicar el subtipo agravado del art. 250.1.5º del Código Penal , al superar el valor de la defraudación la cantidad de 50.000 euros.

Sobre este extremo según se subraya, entre otras, en SSTS 662/2008, de 14 de octubre , y 278/2015 de 7 de mayo , en relación a la compatibilidad del subtipo agravado del art. 250.1.6º (actual 250.1.5º) y la continuidad delictiva, procede la aplicación del subtipo de especial gravedad siempre que la totalidad de las diversas defraudaciones superen la cantidad de 50.000 euros, siendo además aplicable, dada la continuidad delictiva, el art. 74, pero solo en su apartado 2., conforme al cuál si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado.

En la jurisprudencia se establece por tanto que cuando las distintas cuantías defraudadas fuesen de forma individualizada insuficientes para la calificación del art. 250.1.5º, pero sí lo fueran globalmente consideradas, la pena básica no se determinará en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Lo que conduce en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.5º del C. Penal , dado que los delitos, aún inferiores en su consideración individual a 50.000 euros después de la reforma por LO 5/2010, en conjunto superan esa cifra. Ahora bien, no se aplicará al unísono el art. 74.1 sino el apartado 2 del referido precepto, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena mediante la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1.5º. En cambio, sí operará el apartado 1 del art. 74 junto con el art 250.1.5º cuando uno o más de los actos defraudatorios rebasen la cifra de los 50.000 euros (SSTS 919/2007, de 20-11 ; 8/2008, de 24-1 ; 199/2008, de 25-4 ; 563/2008, de 24-9 ; 662/2008, de 14-10 ; 973/2009, de 6-10 ; y 611/2011, de 9-6).

Por tanto, no cabe en este supuesto la aplicación conjunta de la apropiación indebida agravada del art. 250.1.5º actual y del delito continuado (art. 74.1), toda vez que en los hechos declarados probados no consta ningún acto concreto que haya superado los 50.000 euros.

De otra parte, en contra de la calificación formulada por la acusación particular, no existe base para aplicar el subtipo agravado previsto en el art. 250.1.4º del Código Penal que contempla los supuestos en que la estafa o la apropiación indebida revistan especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia, de tal manera que dicho subtipo de "especial gravedad" requiere que se produzca cualquiera de estos resultados, lo que no consta en absoluto acreditado, ni siquiera ha sido objeto de prueba en el presente caso.

En cuanto a la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1.6º del C. Penal , cuya aplicación interesa la acusación particular, relativo al abuso de relaciones personales entre la víctima y el defraudador. Es reiterada



la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, SSTS 634/2007, 2 de julio , 17 de julio 2007 , 20 de junio 2001 , 29 de mayo de 2006 , 1 de marzo de 2013 , 27 de julio de 2016 , advirtiendo de la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el engaño que define el delito de estafa como el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado. La STS 383/2004, 24 de marzo , señaló -con cita de las SSTS, 1753/2000, 8 de noviembre , 2549/2001, 4 de enero 2002 , 626/2002, 11 de abril y 890/2003 -, que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 6 del artículo 250 del Código Penal, quedaba reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como apropiación indebida.

En el presente caso, si bien es evidente que el acusado quebrantó la confianza que habían depositado en él los responsables de la empresa, ese quebrantamiento de la confianza no ha servido de elemento clave para la comisión del delito de apropiación indebida, no siendo suficiente para aplicar el tipo agravado del número 6º del art. 250.1 del C. Penal . En este mismo sentido la STS de 27-7-16 señala que la aplicación del subtipo agravado de relaciones personales en el delito de apropiación indebida es excepcional, pues suele considerarse implícita en dicho tipo penal. Por lo que solo cabe su aplicación en aquellos supuestos en los que se aprecie un plus excepcional en la estrategia fraudulenta del autor que justifique tal agravación específica.

.- -

CUARTO. - No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

QUINTO .- En cuanto a la pena a imponer, se ha de estar a la solicitada por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, con la que ha mostrado su conformidad la defensa, de un año de prisión y multa de seis meses, que se corresponde con el límite mínimo de la pena prevista en el art. 250.1 del C. Penal ; y en cuanto a la multa con una cuota diaria de seis euros, con aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 del C. Penal en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

SEXTO.- El principal punto de discrepancia sobre el que ha versado la actividad probatoria en el acto del juicio es el relativo a la determinación de la de responsabilidad civil dimanante de los hechos objeto de enjuiciamiento, conforme establecen los artículos 116 y concordantes del C. Penal , a los efectos de cuantificar el perjuicio patrimonial causado a la empresa se ha de estar al informe pericial elaborado por el contable de la empresa, Cayetano , que fue ratificado en el acto del juicio, en el que certifica que una vez revisada la contabilidad, la facturación y las existencias del almacén de Sierense de Carnes S.L. desde el día 1 de noviembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, contabilizó un descuadre de existencias por un montante de 105.191, 54 euros. Respondiendo a las aclaraciones formuladas, que para la elaboración del informe partió de una base real, ya que con motivo de una Inspección Fiscal que había tenido la empresa en 2014 se habían contado las existencias reales a fecha de 31 de octubre de 2014, y los datos constaban en la contabilidad sin necesidad de hacer ningún ajuste, indicando que se basó para el cálculo del valor de la defraudación en las existencias reales del almacén, puestas en relación con las facturas de compras a proveedores que tuvo que desglosar y con las facturas de ventas; así la cantidad de producto que entró se restó de los kilos que se habían vendido y se llegó a un cálculo de existencias que se cotejó con el inventario realizado a 30 de septiembre de 2015.

Asimismo indicó que no hizo el estudio contable sobre el total de los artículos que comercializa la empresa, más de 300 distintos, sino que basó su estudio en aquellos del tipo de los que fueron aprendidos por la Policía en poder del acusado el día 16 de septiembre de 2015, fecha en la que fue detenido portando en el maletero de su vehículo 205 kilos de carne, consistente en piezas de filetes, chuleteros, entrecot, productos que fueron reintegrados a la empresa y han sido valorados en 1.912,88 euros.

Este informe pericial aportado por la entidad perjudicada al que se acompañaron las hojas de cálculo, no ha resultado desvirtuado por el informe pericial contable presentado por la defensa, ya que este último no está basado en datos reales, y parte de precios medios de mercado correspondientes a carnes distintas, que no eran las que comercializaba la entidad perjudicada, así incluye precios de coste de animales con los que no trabajaban en Sierense de Carnes S.L., tales como la ternera de añojo y novillo, de valor inferior a la ternera asturiana de mayor calidad y coste, que comercializaba dicha empresa.

Si bien no existe constancia documental de las ventas efectuadas por el acusado, lo elevado de cantidad defraudada se corresponde asimismo con el largo período durante el que el acusado operó casi un año, y con



los datos del informe de la empresa de detectives privados, elaborado a instancia de Sierense de Carnes S.L., al folio 45 y ss, en el que consta que durante los diez días que se mantuvo el seguimiento, entre el del 19 de agosto y el 28 de agosto de 2015 , el acusado fue visto cinco días, trasvasar mercancía en bolsas pesadas de gran tamaño y en cajas, que eran transportadas en su vehículo, precisando en ocasiones para descargar la mercancía la ayuda de otras personas, habiendo sido visto descargar en compañía su hijo y, en concreto el día 26 de agosto, descargando la mercancía con la ayuda de otras dos personas. Asimismo se ha de tener en cuenta que el acusado no vendía a particulares, sino a carniceros y a hosteleros que han sido identificados por la Policía, que destinaban la carne que adquirirían a través del acusado a la reventa.

La acusación particular reclama en el acto del juicio la cantidad de 163.345,65 euros, sustancialmente superior a la interesada en su escrito de acusación de 105.191,54 euros, pese a que dicho escrito lleva fecha de 14 de septiembre de 2016, muy posterior a la fecha de los hechos, tratando de justificar su reclamación en base a los modelos de las liquidaciones trimestrales de IVA y dos folios de la cuenta de pérdidas y ganancias de los años 2014 y 2015, que aportó en el acto del juicio, siendo insuficiente tal documental por sí sola para justificar la suma reclamada en el trámite de conclusiones definitivas.

Por lo que se ha de estar a la cantidad inicialmente reclamada de 105.191,54 euros, que se justifica en el informe contable y se corresponde con el coste de la mercancía de la que dispuso indebidamente el acusado, y con el valor añadido de venta que la empresa dejó de percibir.

Por último en cuanto a las alegaciones formuladas por la defensa que trata de cuestionar la reclamación de la entidad perjudicada, alegando la existencia de otras ventas de carne en dinero B llevadas a cabo por parte de la entidad Sierense de Carnes S.L., que según afirma sin fundamento alguno se le tratan de imputar; el administrador de la empresa, Germán , ha admitido que, si bien se realizó alguna venta en B que fueron detectadas en una Inspección Fiscal habiéndose regularizado, no obstante dichas ventas ninguna relación guardan con las efectuadas por el acusado de los productos de los que se apropiaba indebidamente y sustrajo reiteradamente durante un año de las dependencias de la empresa en la que trabajaba ya que como ha declarado el administrador y representante legal de Sierense de Carnes S.L., las ventas en dinero B se realizaban en ocasiones a empleados, conocidos, familiares y a particulares que iban a buscar el género a la empresa y se contabilizaban aunque de forma irregular; y asimismo en lo que se refiere a los datos del informe del detective privado aportado por la defensa, es irrelevante que otros empleados cargaran la mercancía que adquirirían en sus vehículos particulares o en otras ocasiones con la finalidad de atender algún pedido urgente fuera del reparto ordinario, por tanto se trata de cuestiones al margen de los hechos enjuiciados, de los que consta como único autor el acusado.

SÉPTIMO.- Se imponen las costas al acusado, incluidas las costas de la acusación particular, que claramente ha sido relevante en esta causa, conforme a lo dispuesto en el art. 123 del Código Penal y en el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

-

VISTOS los preceptos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** , al acusado Carlos Daniel , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida agravado por razón de la cuantía, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena **UN AÑO DE PRISIÓN** con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **SEIS MESES DE MULTA** , a razón de seis euros la cuota diaria, con aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas y a que en concepto de responsabilidad, civil indemnice a Sierense de Carnes S.L. en la suma de 105.191,54 euros, con aplicaron de los intereses legales previstos en el art. 576 de la LEC .

Con imposición de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

Siendo de abono el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Así, por esta nuestra sentencia, frente a la que puede interponerse recurso de casación preparado ante esta Sala en el plazo de los cinco días siguientes a la última notificación, lo acordamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia fue leída y publicada en audiencia pública por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente el día hábil siguiente al de su fecha, lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.