



Universidad
Zaragoza



Facultad de Derecho
Universidad Zaragoza

Dictamen elaborado por
SARA TOBALINA BURDÍO

con objeto de

formular la acusación particular
en un caso de apropiación indebida

Directora:
CARMEN ALASTUEY DOBÓN
MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA
Zaragoza, diciembre de 2016

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN: CONCRECIÓN Y DEFINICIÓN DE OBJETIVOS, ELECCIÓN DEL TEMA, PRESENTACIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL TRABAJO	3
II. METODOLOGÍA UTILIZADA.....	5
III. DESARROLLO DEL TRABAJO	6
1. ANTECEDENTES: HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS A CONSIDERAR.....	6
2. DOCUMENTACIÓN	9
3. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	10
IV. DICTAMEN: DESARROLLO DEL DICTAMEN MEDIANTE LA ELABORACIÓN DE LOS DISTINTOS APARTADOS EN LOS QUE SE SEÑALA LA NORMATIVA APLICABLE, LA FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y ARGUMENTACIÓN, Y LOS ASPECTOS PROCESALES Y ESTRATEGIA LLEVADA A CABO..	11
1. NORMATIVA APLICABLE	11
1.1. Constitución Española	11
1.2. Leyes aplicables	11
1.3. Acuerdo de 1 de marzo de 2005 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.	12
1.4. Jurisprudencia aplicable	12
2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA: DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS TEÓRICOS.....	14
3. ESTADO DE LA CUESTIÓN, DESARROLLO PROCESAL DEL CASO, ITER PROCESAL: INFORME CRÍTICO DE LOS TRABAJOS QUE SE HAN REALIZADO HASTA EL MOMENTO SOBRE EL TEMA.....	25
V. CONCLUSIONES	31
VI. BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS UTILIZADOS	34
1. MANUALES Y MONOGRAFÍAS	34

2.	ARTICULOS DOCTRINALES	35
3.	ESTUDIOS, TRABAJOS O PONENCIAS	35
4.	EXPEDIENTE.....	35

I. INTRODUCCIÓN: CONCRECIÓN Y DEFINICIÓN DE OBJETIVOS, ELECCIÓN DEL TEMA, PRESENTACIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL TRABAJO

El objetivo principal que me planteo a la hora de afrontar la realización de este Trabajo final de Máster es conseguir la correcta elaboración de un dictamen; identificando el problema jurídico práctico que se me plantea con los antecedentes de hecho, y proponiendo la solución jurídica más ajustada a los intereses del cliente. Para conseguirlo, deberé integrar, aplicar y desarrollar los conocimientos, habilidades y actitudes adquiridos durante el periodo de docencia del Grado en Derecho y del Máster de acceso a la profesión de la Abogacía, así como durante las prácticas externas tutorizadas que he venido realizando durante estos últimos tres años.

Elegí, de entre todos los que he podido tratar con ocasión de mis prácticas externas, este caso, por diferentes razones:

En primer lugar, porque es un caso «llamativo», debido a que la apropiación indebida lo es de un boleto de lotería premiado con «El gordo».

En segundo lugar, porque me pareció interesante tanto el estudio pormenorizado del tipo que hay que realizar para subsumir los hechos en el delito, observando que se cumplen todos los elementos básicos del tipo requeridos, como el estudio previo que hay que realizar respecto a la titularidad del boleto y la obligación de la parte contraria de reintegrar el mismo, aspecto que fue muy debatido en el procedimiento objeto de estudio.

En tercer lugar, porque la elección de este caso me permitía no sólo ceñirme al estudio del delito de apropiación indebida, sino también estudiar aspectos relacionados con el caso y de suma importancia, tales como la posibilidad de aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal y la posible concurrencia de una circunstancia agravante, concretamente la recogida en el apartado 6 del artículo 22 del Código Penal, por obrar el actor del delito valiéndose de la confianza depositada en él por la víctima.

Y, en último lugar, porque, tras finalizar el procedimiento, y obtener sentencia beneficiosa a los intereses de esta parte, la ejecución de la misma resultó frustrada, circunstancia en la que pude comprender que el proceso no termina cuando se dicta sentencia, ni siquiera cuando deviene firme la misma, sino una vez transcurrida la ejecución, siendo éste último aspecto igual de importante que el proceso en sí; en el procedimiento objeto de estudio, la imposibilidad -voluntaria e intencionada- de hacer frente a la responsabilidad civil impuesta al condenado, resultó de dos circunstancias, de un lado, la frustración de la ejecución por parte del actor, pues se había alzado con todos sus bienes con la intención de no poder hacer frente a la posible responsabilidad civil aparejada al delito que le fuera impuesta, y de otro lado, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que ante reiteradas solicitudes de esta parte de adopción por parte del Juzgado de medida cautelar, se mantuvo inactivo haciendo caso omiso de todas ellas.

Es por todo ello por lo que me pareció interesante el procedimiento en cuestión, inclinándome por tanto a realizar mi Trabajo de Final de Máster sobre el mismo, manteniendo en éste, como no puede ser de otra manera, el ejercicio de la acción penal como parte acusadora que se sostuvo en el despacho.

Respecto a la estructura del trabajo, procedo a presentar ahora los distintos apartados y secuencias que constan en el mismo.

Para dar comienzo al Trabajo de Fin de Máster, y a pesar de resultar el mismo un Dictamen jurídico, consideré esencial crear dos apartados iniciales:

-El primero respecto a los objetivos que yo me planteaba a la hora de realizar este trabajo, así como la justificación de la elección del tema y la presentación de la estructura del trabajo en sí.

-Y el segundo apartado respecto a la metodología utilizada para la elaboración y redacción del presente.

-Tras esos dos apartados iniciales, se puede encontrar el desarrollo del trabajo propiamente dicho, consistente en la elaboración de un dictamen jurídico con objeto de formular la acusación particular en el caso elegido. Así, consideré esencial diferenciar distintas secuencias dentro de éste dictamen: en primer lugar los antecedentes de hecho, esenciales para comprender la entidad de los hechos; en segundo lugar la documentación que el despacho requirió a nuestra cliente y que constituyó la documentación de partida con la que contábamos para defender nuestra postura; en tercer lugar las cuestiones jurídicas que se plantean en relación con los antecedentes de hecho relatados, ello para centrar nuestro trabajo y comprender cuál debe ser el punto de llegada de nuestra argumentación; en cuarto lugar una relación detallada de la normativa que resulta de aplicación al supuesto, así como la jurisprudencia en la que me apoyo; en quinto lugar, el dictamen en esencia, esto es, la fundamentación teórica; y en quinto lugar, consideré esencial incluir, antes de la conclusión del dictamen, un apartado que recogiese tanto el desarrollo procesal del caso, iter procesal, con las posibles particularidades que se pudiesen estudiar, así como un informe crítico de los trabajos que han sido realizados hasta el momento sobre el tema.

-Tras el nudo del trabajo, separado en las secuencias detalladas anteriormente, finalizo el mismo con otro apartado recogiendo en éste las conclusiones globales, y sometiendo las mismas, como no puede ser de otra manera, a cualquier otro mejor fundado en derecho.

II. METODOLOGÍA UTILIZADA

Considero esencial la inclusión de un apartado en el que relatar cual a sido la metodología utilizada a la hora de afrontar el estudio, análisis, elaboración y redacción de mi Trabajo de Fin de Máster.

Cabe indicar que un dictamen jurídico no es más que la opinión técnica y razonada que se emite sobre un asunto; sin embargo, la realización del mismo conlleva una preparación, y un estudio previo para conseguir desarrollar un criterio jurídico que, apoyado con doctrina y jurisprudencia, pueda ser desarrollado como tesis del dictamen; así, vengo a detallar los distintos estadios llevados a cabo para finalmente conseguir la elaboración y redacción del presente:

- En primer lugar, y una vez elegido el tema, realicé una búsqueda de documentos, así como del expediente, ello con la finalidad de obtener toda la información necesaria sobre el asunto en cuestión.

- Tras haber recopilado toda la información y documentación necesarias, procedí al estudio pormenorizado tanto de los hechos, como del expediente con la documentación obrante en el mismo, analizando no sólo la conducta delictiva llevada a cabo, sino las posibles circunstancias de incidencia en la misma, así como el estado en el que se encontraba el procedimiento y los trabajos realizados a lo largo del mismo.

- Una vez conocidos todos los aspectos anteriores, procedí a comprobar la legislación aplicable al supuesto de estudio para una vez identificada, poder subsumir la conducta llevada a cabo en el tipo delictivo correspondiente, formándome así un criterio jurídico, tanto respecto al tipo delictivo llevado a cabo, como a las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad o condiciones que pudieran incidir en el caso.

- Habiéndome formado un criterio jurídico respecto al supuesto objeto de estudio, consulté distintos recursos tales como manuales, monografías, artículos doctrinales y jurisprudencia, con objeto de apoyar mi postura.

- Y, tras todo ello, comencé con el desarrollo, elaboración, y redacción de mi trabajo, siendo reseñable que durante la realización de esta tarea, fueron numerosas las consultas jurisprudenciales, pues siempre hay puntos controvertidos que es necesario reforzar con teorías mantenidas por el Tribunal Supremo o por Tribunales Superiores de Justicia si fuera posible, o con pronunciamientos de Juzgados en caso contrario.

III. DESARROLLO DEL TRABAJO

1. ANTECEDENTES: HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS A CONSIDERAR

En fecha 10 de diciembre de 2011, el Sr. X, con ocasión de hacer una visita a un amigo en la cárcel de Zuera, adquirió un décimo de lotería nacional (ONCE) del número 58.268 para el sorteo de Navidad del 22 de diciembre de 2011 en un bar de Tardienta, hecho del que informó a su pareja sentimental, la Sra. Y, nada más llegar a casa, diciéndole textualmente lo siguiente: «he

cogido un número para los dos pero no te voy a decir ni donde ni el número pero que sepas que nos va a tocar».

Que el boleto resultó premiado con 400.000 € (CUATROCIENTOS MIL EUROS) y ambos, el Sr. X y la Sra. Y, para celebrarlo, se fueron a comer con una amiga de la pareja, Dña. Z, al Restaurante “El Seque” en el Polígono de Pinseque y después, se juntaron con varios amigos más en el Bar “Entrevalles” de la localidad de Grisén.

Y en días posteriores a saberse ganadores, la pareja realizó diversas gestiones en aras a decidir qué harían con el premio.

-Así, el día 23 de diciembre de 2011, se pusieron en contacto con su agente en Caixa Penedés, para ver si les interesaba cancelar un préstamo que habían contraído la Sra. Y y su padre por importe de 9.500 € (NUEVE MIL QUINIENTOS EUROS) para hacer frente tanto a los gastos de escrituración e inscripción de la vivienda de la pareja, como a la adquisición de mobiliario para la casa, resultando reseñable que sólo figuraba la Sra. Y por ser la única solvente de la pareja, tal y como más adelante desarrollaré.

-Y el día 27 de diciembre de 2011 ambos acudieron a la Gestoría Rubio de Zaragoza para consultar la mejor manera de gestionar el premio.

Siempre, en todas las ocasiones, el querellado manifestó que el boleto de lotería, y en consecuencia, el premio, era de los dos.

Incluso para garantizar que el décimo no se extraviara, la pareja lo depositó en la caja fuerte del padre de la Sra. Y, quien para no confundirlo con otro suyo que tenía guardado, escribió el nombre de ambos miembros de la pareja en tanto que propietarios ambos del mismo.

Sin embargo, al cabo de un par de semanas aproximadamente, el Sr. X pidió a la Sra. Y que le entregara el décimo, que seguía en posesión del padre de ésta última, para poder depositarlo en la Caja Rural. Así, la Sra. Y le hizo entrega del mismo sin sospechar lo que sería su comportamiento posterior.

Pues bien, inmediatamente después, en un cambio sorpresivo de actitud, el Sr. X cortó con la Sra. Y, no volviendo al hogar salvo para recoger sus cosas y por supuesto, negándose a pagarle su parte del premio.

Una vez indicados los hechos más relevantes del supuesto, considero reseñables los siguientes hechos o antecedentes, que aunque accesorios, son esenciales para comprender el alcance de la pareja, la entidad de los hechos, etc:

Respecto a la trayectoria laboral de ambos miembros de la pareja;

-la Sra. Y tiene como profesión la de operadora de robots industriales (categoría de peón), profesión que desempeña en la mercantil General Motors España, S.L. desde el mes de diciembre de 2009 cobrando una nómina mensual neta de 1.100 € (MIL CIEN EUROS) aproximadamente.

-el Sr. X sin embargo pertenecía al ejército con la categoría de cabo estando destinado en el Cuartel de Monzalbarba cuando conoció a la Sra. Y. Continuando prestando servicio en el ejército hasta que en el mes de mayo de 2009 lo abandonó temporalmente siendo suspendido de empleo y sueldo hasta aproximadamente julio de 2010, mes en el que volvió a incorporarse durando tan sólo unos meses. No desempeñando ningún trabajo desde entonces, al menos del que la Sra. Y tuviese conocimiento.

También considero necesario indicar que, el Sr. X y la Sra. Y habían sido pareja sentimental durante más de cinco años, de los cuales casi cuatro de ellos habían sido de convivencia constituyendo de facto, durante todo ese tiempo, una suerte de comunidad de bienes (abriéndose, para responder a todos los gastos comunes, una cuenta a nombre de los dos en la entidad bancaria IberCaja). Si bien es cierto que, mientras el Sr. X estuvo suspendido de su derecho a sueldo, quién soportó prácticamente en su totalidad las cargas de la pareja fue la Sra. Y.

Y que, el domicilio de la pareja fue fijado inicialmente en Zaragoza, calle A (de noviembre de 2007 a octubre de 2008), y posteriormente en Grisén, calle P, suscribiendo ambos para ello un contrato de arrendamiento de vivienda con opción a compra el día 22 de octubre de

2008. Ejercitando meritado derecho y adquiriendo la vivienda por mitades indivisas, otorgando escritura de compraventa con subrogación a préstamo hipotecario, respondiendo ambas partes por mitad de dicho préstamo hipotecario; motivo por el que abrieron una cuenta común en la Caja Rural de Aragón S. Coop. de Crédito, en la que cada uno, de manera mensual debía ir ingresando su parte proporcional a la hipoteca.

Así los hechos, y una vez el Sr. X se hubo apropiado del boleto de lotería y negado reiteradamente a pagarle a su pareja sentimental su parte del premio, la misma, la Sra. Y, se personó en el despacho solicitando asesoramiento y defensa en todo cuanto tuviese relación con los hechos relatados con anterioridad.

2. DOCUMENTACIÓN

Documento 1: Copia del contrato de la Sra. Y como operadora de robots industriales en la empresa General Motors España, S.L.

Grupo documental 2: Copia de seis nóminas de la Sra. Y que acreditan el sueldo percibido.

Documento 3: Contrato suscrito por la pareja para la apertura de una cuenta a nombre de los dos, con la entidad bancaria IberCaja, bajo el núm. 0000-0000-00-0000005763.

Documento 4: Contrato de arrendamiento de vivienda con opción a compra suscrito por ambos miembros de la pareja el día 22 de octubre de 2008.

Documento 5: Escritura de compraventa de la anterior vivienda por mitades indivisas con subrogación a préstamo hipotecario el día 27 de noviembre de 2009.

Documento 6: Copia de la escritura de novación del préstamo hipotecario.

Documento 7: Contrato de apertura de la cuenta personal que figura a nombre de los dos en la Caja Rural de Aragón S. Coop de Crédito.

Documento 8: Impresión sacada de la propia página de Loterías y Apuestas del Estado donde aparece el número del décimo premiado con 400.000 euros al décimo.

Documento 9: Fotografía tomada a la Sra. Y por el propio Sr. X en casa de ambos con el décimo premiado el día de saberse ganadores de la lotería.

Documento 10: Copia del contrato de préstamo suscrito por la Sra. Y y su padre para hacer frente tanto a los gastos de escrituración e inscripción de la vivienda de la pareja, como a la adquisición de mobiliario para la casa (sólo figura la Sra. Y puesto que era la única solvente de la pareja).

3. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

En relación con los antecedentes de hecho expuestos, se plantean las siguientes cuestiones jurídicas:

3.1. Si la conducta llevada a cabo por el Sr. X es típica, es decir, se adecua a un tipo de los regulados en el Código penal y si se puede afirmar, por tanto, que el comportamiento real del Sr.X se encuadra en una hipótesis legal. Cuestión que hace necesario analizar la titularidad del boleto premiado.

3.2. En caso de responder afirmativamente a la primera de las cuestiones, si la conducta llevada a cabo por el Sr. X es antijurídica, o por el contrario, existen causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador considera para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita, justificada o conforme a Derecho.

3.3. Si el Sr. X es culpable por la conducta realizada o concurre alguna causa de inimputabilidad o inculpabilidad.

3.4. Concepto en que responde el Sr. X. y circunstancias modificativas de la responsabilidad.

3.5. Delito aplicable y pena que procedería imponer al Sr. X .

3.6. Responsabilidad civil derivada de los hechos punibles.

IV. DICTAMEN: DESARROLLO DEL DICTAMEN MEDIANTE LA ELABORACIÓN DE LOS DISTINTOS APARTADOS EN LOS QUE SE SEÑALA LA NORMATIVA APLICABLE, LA FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y ARGUMENTACIÓN, Y LOS ASPECTOS PROCESALES Y ESTRATEGIA LLEVADA A CABO

1. NORMATIVA APLICABLE

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas se debe acudir a la siguiente normativa y jurisprudencia que resulta de aplicación a las mismas:

1.1. Constitución Española

1.2. Leyes aplicables

- A) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en concreto la revisión vigente desde 30 de Enero de 2011 hasta 17 de Enero de 2013.

En primer lugar y con carácter previo al estudio del supuesto planteado, cabe comprobar cual es la legislación aplicable al caso. Así, vemos que los hechos objeto de análisis transcurrieron entre diciembre de 2011 y enero de 2012, por lo que la resolución del mismo no se realiza conforme al Código Penal vigente tras la reforma (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) sino conforme al Código Penal anterior (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en concreto la revisión vigente desde 30 de Enero de 2011 hasta 17 de Enero de 2013). La Disposición transitoria primera del Código Penal vigente, referente a la legislación aplicable, establece lo siguiente: «Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su

comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor».

A mayor abundamiento, este segundo párrafo no es de aplicación pues el supuesto ya se había enjuiciado con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, siendo la fecha de entrada en vigor, en virtud de la Disposición final octava, el día 1 de julio de 2015.

Sin embargo, cabe indicar que, a pesar de resultar necesario aclarar la normativa aplicable a efectos teóricos, los hechos cometidos por el Sr. X se subsumen en el delito de apropiación indebida, que no ha sido modificado sustancialmente en la reforma del Código Penal del año 2015, sufriendo únicamente modificaciones formales en cuanto a que el delito anteriormente se encontraba encuadrado en el artículo 252 y en la actualidad se encuentra tipificado en el artículo 253 del Código Penal vigente. Más adelante nos referiremos a ello con mayor detalle.

- B) Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- C) Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón.
- D) Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil.

1.3. Acuerdo de 1 de marzo de 2005 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

(JUR/2005/75764), que asemeja las relaciones estables de pareja a una relación matrimonial.

1.4. Jurisprudencia aplicable

- A) Sentencia nº 758/2000, de 28 de abril del Tribunal Supremo y Sentencia nº 1274/2000, de 10 de Julio del Tribunal Supremo; ambas respecto a los elementos del tipo que deben concurrir para que exista el delito de apropiación indebida.
- B) Sentencia de 21 de julio de 2000 del Tribunal Supremo, respecto a la apropiación indebida, que conlleva la existencia de una posesión lícita previa, sin que concurra la sustracción típica

del delito de hurto, sino el quebrantamiento de una relación de confianza que da lugar a la custodia de bienes.

- C) Sentencia de 11 de diciembre de 2000 del Tribunal Supremo, respecto a las circunstancias que deben concurrir y que se exigen, para la estimación de la existencia de abuso de las relaciones personales o de confianza.
- D) Sentencia de 22 de diciembre de 2000 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, respecto a la titularidad del boleto.
- E) Sentencia nº 916/2002 de 4 de junio de 2002 del Tribunal Supremo, respecto al elemento subjetivo del tipo, dolo, en la apropiación indebida, entendido como la voluntad consciente de realizar el elemento objetivo del tipo, incorporando al propio patrimonio lo recibido por título que obliga a su restitución o devolución.
- F) Sentencia nº 334/2003, de 5 de marzo del Tribunal Supremo y Sentencia 91/2005, de 11 de abril del Tribunal Supremo, respecto al fundamento de la excusa absolutoria inserta en el artículo 268 del Código Penal.
- G) Sentencia nº 1048/2006, de 19 octubre del Tribunal Supremo, sobre analogía del matrimonio a la convivencia more uxorio.
- H) Sentencias de 3 de julio de 2006 (ONCE) y 9 de marzo de 2007 (lotería), sobre la apropiación íntegra de beneficios de los boletos compartidos, alegando falta de compromiso de pago, imponiéndose, acertadamente, el delito de apropiación indebida.
- I) Sentencia nº 530/2009, de 14 de abril de la Audiencia Provincial de Barcelona, en cuanto al tipo de delito y sus requisitos, y remitiéndose a la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal.

- J) Sentencia de 11 de junio de 2013 del Tribunal Supremo, respecto al momento en que se consuma el delito.
- K) Sentencia de 23 de mayo de 2014 del Tribunal Supremo, respecto al bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida, que toma como una de las características del tipo la existencia de una posesión lícita previa por parte de quien va a ser sujeto activo del delito, resultando claro que lo que se protege es la propiedad, de la cual se despoja al sujeto pasivo del delito.
- L) Sentencia nº 537/2014, de 24 de junio de 2014 del Tribunal Supremo, respecto a la exigencia de que el sujeto activo reciba el dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble de forma legítima, transformándose, más tarde, esa posesión legítima por el autor del delito en ilegítima.

2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA: DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS TEÓRICOS

Una vez analizada la normativa como cuestión previa, procedo al estudio de los antecedentes y a la fundamentación teórica de los mismos.

Comenzare analizando la **titularidad del boleto premiado**, pues para que concurra un delito de apropiación del mismo, resulta necesario que la Sra. Y fuese su propietaria, circunstancia que resulta evidente, pero que se analizará detalladamente a continuación.

Resulta que el dinero con el que se compró el décimo era de la Sra. Y, puesto que el Sr. X no contaba con ningún ingreso desde que desertara del ejército a mediados del año 2010, no debiéndose dudar de la titularidad conjunta y por mitades iguales del boleto.

De los antecedentes de hecho se deriva, en primer lugar, la existencia de una comunidad de bienes derivada de la convivencia *more uxorio* que mantenía la pareja, y en segundo lugar, la falta de recursos del Sr. X que no contaba con ningún ingreso, siendo la Sra. Y quién soportó prácticamente en su totalidad las cargas de la pareja.

La unión de hecho o convivencia *more uxorio* es la convivencia con análoga afectividad a la matrimonial, sin la celebración formal del matrimonio, que no es antijurídica, sino extrajurídica y produce o puede producir efectos personales, económicos o de filiación.

La jurisprudencia ha mantenido la no aplicación de la normativa sobre matrimonio, ni la apreciación de una comunidad de bienes siempre que se deduzca de la voluntad de los convenientes¹.

Sin embargo, no es este el caso presente. En el caso objeto de estudio, la convivencia llegó a constituir una comunidad económica -tal y como se desprende de los antecedentes- que se extinguió después de la adquisición del boleto de lotería, es decir, cuando se compró el mismo había convivencia y comunidad, más adelante profundizaré en ello; por lo que deben ser de aplicación por *analogía legis* las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial.

El Código de Derecho Foral establece como régimen económico matrimonial supletorio legalmente el consorcio conyugal, régimen que tiene una estructura similar al de la sociedad de bienes gananciales, es decir, existe un patrimonio común que es el llamado consorcio conyugal y dos patrimonios privativos, uno de cada cónyuge. Siendo que el legislador aragonés no ha hecho ninguna previsión sobre las ganancias obtenidas por el juego, se considerará que el número premiado pertenece al consorcio conyugal salvo que se demuestre que el boleto fue adquirido con dinero privativo.

¹ Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 1048/2006, de 19 octubre, que dice lo siguiente «Es, pues, consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia “more uxorio” el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por “analogía legis” de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; **lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la “analogía iuris” -como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado, cuando por “facta concludentia” se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común-** sentencia de 22 de febrero de 2006». En el mismo sentido SSTs de 40/2011, 7 febrero; 299/2008, 8 mayo y 1048/2006, 19 octubre.

Por su lado, el Código Civil que resulta aplicable de manera supletoria establece en su artículo 392 que hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. Y el artículo 1351 del mismo cuerpo legal reza que «las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución, pertenecerán a la sociedad de gananciales»; del tenor de dicho precepto, es obvio que todo aquello que proceda de un premio en cualquier clase de juego pertenece a la sociedad de gananciales, siempre que este sea el régimen económico matrimonial.

Así, en caso de matrimonio seguido bajo el régimen económico matrimonial de gananciales, las ganancias obtenidas en el juego son bienes gananciales (Sentencia de 22 de diciembre de 2000 de la Sala Primera del Tribunal Supremo), pero en caso de unión de hecho sólo sería común si se acredita la existencia de una comunidad de bienes.

Y tal y como indicaba con anterioridad, en el caso presente queda acreditada tal comunidad cuando había convivencia, como se desprende de la existencia de cuentas bancarias en común, de un contrato de arrendamiento con opción de compra por parte de ambos, y la constitución de un préstamo hipotecario conjunto para la adquisición de un piso, constando además en la cláusula sexta del contrato «la parte compradora se somete al régimen de comunidad para este inmueble...». Lo anterior puede y debe probarse con toda la documental que obra en nuestro poder y que resulta acreditativa de las cuentas y contratos antedichos.

Además, la adquisición del boleto para la sociedad ganancial se desprende del hecho de que tanto frente a familia, como amigos, como personas ajenas (empleada de la gestoría) a la hora de preguntar sobre como gestionar el premio, el Sr. X siempre reconoció que el boleto era de los dos, incluso acudiendo ambos miembros de la pareja a la gestora para solicitar asesoramiento fiscal; incluso se desprende la co-titularidad del hecho de que el Sr. X entregase el boleto al padre de la Sra. Y para que lo guardase.

En consecuencia, debe entenderse que existía una comunidad económica y que el boleto de lotería premiado, y en consecuencia, el premio obtenido con él, pertenece a la misma, es decir, a ambos miembros de la pareja.

Traigo a colación Sentencias de 3 de julio de 2006 (ONCE) y 9 de marzo de 2007 (lotería), sobre la apropiación íntegra de beneficios de los boletos compartidos, alegando falta de compromiso de pago, imponiéndose en las sentencias, acertadamente, el delito de apropiación indebida.

Una vez analizada la titularidad conjunta del boleto de lotería, debe estudiarse si la conducta llevada a cabo por el Sr. X es típica, antijurídica y culpable, y por tanto, debe resultar penada; así como si concurre alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

Así, la **conducta realizada por el Sr. X**, es decir, **apropiarse del boleto de lotería que compartía con su pareja sentimental y negarse a darle a la misma la parte proporcional del premio que le correspondía**, cumple todos los requisitos para ser subsumida en el artículo 252 del Código Penal en el que se tipifica el **delito de apropiación indebida**, en relación con los apartados 5º y 6º del artículo 250.1 del mismo cuerpo legal (**tipo agravado**), cuyo tenor literal versa:

«**Artículo 252:** Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.

Artículo 250: 1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:[...]

5.º Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros.

6.º Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional».

La redacción actual del delito de apropiación indebida en su tipo agravado ya reseñado versa de la siguiente manera:

Artículo 253: 1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

Artículo 250: 1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

5.º El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas.

6.º Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

De la lectura de los preceptos, podemos indicar que **la conducta del Sr. X es subsumible en el delito tipificado en el Código Penal como delito de Apropiación indebida, por concurrir todos los elementos del tipo básico:**

Existe un bien mueble, que es el boleto, que tiene una clara trascendencia patrimonial para la Sra. Y de manera particular, sus 200.000 €, sin contar con los restantes 200.000 € que son propiedad del Sr. X. Así, el señor X recibió de la Sra. Y una cosa mueble o activo patrimonial (boleto) que les pertenecía por mitades iguales², para tramitar su cambio por el dinero del premio. Reseñable resulta que el dinero con el que se compró el décimo era de la Sra. Y, puesto que el Sr. X no contaba con ningún ingreso desde que desertara del ejercito a mediados del año 2010, no debiéndose dudar de la titularidad conjunta y por mitades iguales del boleto;

Existía entre las partes una suerte de depósito, comisión o administración aunque fuese de forma atípica en la que el depositario o comitente era el Sr. X, es decir, el mismo se

² Resulta reseñable que el Sr X recibió cosa mueble de forma legítima debido a la titularidad conjunta del mismo, por cuya razón, en este primer estadio se produce esa posesión legítima que el autor del delito trasforma mas tarde convirtiéndola en ilegítima. Respecto a esta exigencia de una primera posesión legítima en virtud de título se pronuncia AÑÓN CALVETE, J., en su artículo doctrinal “Apropiación indebida tras la reforma del Código Penal LO1/2015”, 2015. (Traigo a colación la STS 537/2014, de 24 de junio).

convirtió en depositario del décimo (en concreto, de la mitad correspondiente a la Sr. Y), al recibirlo de la Sra. Y para que se ocupase de la administración de la mitad del premio que le correspondía (STS de 9 de marzo de 2007, respecto al título de depósito que genera la obligación de entregar o devolver, en la que se ingresa el cupón de una peña de juego en la cuenta personal de quien tenía el boleto, apropiándose el autor del premio e imponiéndosele de manera acertada el delito de apropiación indebida);

Y finalmente, existía la obligación de que el Sr. X entregara a la Sra. Y la mitad del dinero del premio obtenido, de manera que su retención y disfrute transforma la conducta en delictiva por producir un resultado lesivo que se traduce en el perjuicio patrimonial de la Sra. Y³, lo que hace subsumibles los hechos del presente supuesto en un delito de apropiación indebida;

Y además, producirse el tipo agravado, por darse, igualmente, dos circunstancias agravantes de las establecidas para el delito de estafa. Ello es así, porque, en el presente caso, la suma apropiada indebidamente asciende a 200.000 € (DOSCIENTOS MIL EUROS), es decir, la mitad de la cuantía del décimo premiado, superando el valor de la defraudación los 50.000 euros. Y además, el Sr. X se aprovechó de la especial bondad de la Sra. Y y del afecto que ésta le profesaba al ser pareja sentimental, para apropiarse del décimo de lotería y con ello, del premio en metálico.

Traigo a colación, entre otras muchas, la Sentencia nº 530/2009, de 14 de abril de la Audiencia Provincial de Barcelona, que, en un supuesto semejante al que ahora nos ocupa, en cuanto al tipo de delito y sus requisitos, y remitiéndose a la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, aclaraba:

³ Se requiere que la conducta llegue a producir un resultado lesivo, es decir, un perjuicio patrimonial para el tercero, aun cuando en la doctrina no es una cuestión pacífica, ya que hay quien considera que se trata de un delito de mera actividad que se consuma por la realización del acto dispositivo, por lo que no admiten la existencia de figuras imperfectas de actuación, y otros, de forma mayoritaria, consideran que este delito es de resultado desde el momento en que la formulación del tipo así lo exige ("los que en perjuicio de otro...") de forma que la consumación requiere un mínimo de efectividad de la disposición. En este sentido, VIVES ANTÓN, T, Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. 3ª Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág., 466.

«[...] Como señala la STS núm. 758/2000, de 28 de abril, “la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

- a. que el sujeto activo reciba de otro uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro;
- b. que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula -aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver- (STS 31-5-1993(RJ 1993, 4298), 1-7-1997 (RJ 1997, 6007));
- c. que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio, bien cuando da a la cosa un destino distinto a aquel para el que fue entregada; y
- d. que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento”».

Por todo ello, **resulta innegable que se cumplen en su totalidad los requisitos del tipo además de las circunstancias agravantes** a las que me he referido con anterioridad: en cuanto al primer y segundo de los elementos, el Sr. X recibió de la Sra. Y el bien objeto de apropiación consistente en el décimo de lotería premiado, que estaba hasta entonces depositado en la caja fuerte del padre de la Sra. Y, y en cuyo reverso se había hecho constar el nombre de sus propietarios a fin de no confundirlo con otros decimos propiedad del padre de la Sra. Y. La entrega del boleto al Sr. X la hace la Sra. Y, en la confianza y promesa de que siendo su pareja de hecho, se encargaría de su cobro en nombre de ella en tanto que copropietaria del décimo (y es

más, quien única y exclusivamente aportó el dinero de su compra). Desde entonces, la Sra. Y sólo pudo presumir que el décimo había sido cobrado por el Sr. X e ingresado en una cuenta a su nombre, habiéndose negado a pagar el Sr. X la cuantía propiedad de la Sra. Y a la misma; dándose el tercero de los elementos consistente en la conducta de apropiación. Y finalmente, y respecto al último elemento, resulta evidente el perjuicio causado a la Sra. Y, cuantificable en 200.000 € (DOSCIENTOS MIL EUROS). Evidenciándose igualmente de todo lo anterior, que efectivamente se dan las dos circunstancias agravantes anteriormente mencionadas, tanto por la cuantía de lo apropiado, como por la relación que unía al actor del delito y víctima, de la que el actor se vale para la comisión del delito en cuestión.

Así, la conducta típica consiste en disponer de la cosa como propia de modo que implique el incumplimiento definitivo de la obligación de devolver o entregar⁴. Disposición sobre la cosa equivale a un acto de dominio que el sujeto realiza sobre el objeto incorporando el mismo a su patrimonio, de modo lícito, pero limitado por determinadas obligaciones. La ruptura de esas obligaciones mediante el acto de disposición es la conducta típica. Resultando la simple negativa a devolver bienes fungibles, como el dinero, equivalente al acto dispositivo⁵.

En el ámbito de la tipicidad subjetiva, el delito de apropiación indebida es un delito de defraudación que exige en el sujeto activo ánimo de lucro. Traigo a colación la STS 916/2002 de 4 de junio, en virtud de la cual, el dolo no es otra cosa que la voluntad consciente de realizar el elemento objetivo del tipo, incorporando al propio patrimonio lo recibido por título que obliga a su restitución o devolución. Es por ello que, en el delito de apropiación indebida, a diferencia de lo que sucede en el delito de estafa, el dolo no puede ser anterior a la posesión por título que genera obligación de devolver, sino que necesariamente debe ser posterior, es decir, cuando surge la obligación de devolver, momento en el que la posesión lícita se transforma en delictiva.

⁴ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, BM., en el artículo doctrinal “Análisis del delito de Apropiación Indebida”, 2012, indica que es necesario que con la conducta del autor se incumplan definitivamente las obligaciones de devolver o entregar a un tercero impuestas como complemento inseparable del acto de entrega, no bastando con la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia.

⁵ Tesis igualmente recogida por ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M^a, en *Comentarios al Código Penal*, 1ª edición, Iustel, Madrid, 2007, p.570.

Así, en el delito objeto de estudio, junto al dolo es preciso constatar la presencia de un elemento subjetivo denominado ánimo de lucro, que se traduce en la conciencia y voluntad del autor de disponer de la cosa como propia, también denominado como *animus rem sibi habendi*⁶.

Respecto a si la conducta realizada por el Sr. X es antijurídica, o por el contrario, existen causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador considera para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita o justificada: cabe indicar que, en la actuación llevada a cabo por el Sr. X no se aprecia la concurrencia ni de una defensa necesaria o legítima defensa, ni de un estado de necesidad, ni de un deber de cumplimiento de una obligación o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; que son las causas de justificación que el legislador estudia y aprecia a la hora de poder considerar la conducta lícita o jurídica. Ello lleva a indicar que, al no darse ninguna de las circunstancias o causas de justificación recogidas legalmente, **la conducta llevada a cabo por el Sr. X es antijurídica.**

En cuanto a la culpabilidad del Sr. X por la conducta realizada o la posible concurrencia de alguna causa de inimputabilidad o inculpabilidad: cabe indicar que no concurren en el Sr. X, ninguna de las causas de exculpación establecidas legalmente, a saber; minoría de edad, alteración psíquica o trastorno mental transitorio, error de prohibición, estado

⁶ AÑÓN CALVETE, J., en el artículo “Apropiación indebida tras la reforma del Código Penal LO1/2015”, 2015, indica que el delito objeto de análisis está compuesto por la conducta de apropiación con ánimo de lucro, ello desde el momento en el que la inicial posesión legítima se transforma en ilegítima, mediante el apoderamiento que debe tener vocación de permanencia, y carácter definitivo revelador de la intención de hacer suyo lo que al sujeto activo le consta que no lo es y que solo detenta gracias al título posesorio anterior, en definitiva, revelador del *animus rem sibi habendi*; intención que no es solo un estado psicológico del autor del delito, sino una situación jurídica en conflicto con el derecho de propiedad del perjudicado. Asimismo, cita en su artículo que este elemento del delito característico de la apropiación indebida concurre también cuando el culpable niega haber recibido el objeto material del delito, negación que causa perjuicio al verdadero dueño debido a la desposesión.

JUANATEY DORADO, C. Y ANARTE BORRALLA, E. en *Derecho Penal, Parte Especial*, Vol. II, Iustel, Madrid, 2010, exponen que además del dolo es exigible que exista un nexo de culpabilidad que abarcaría, además de la conciencia del acto, el deseo de incorporar lo recibido al patrimonio, *animus rem sibi habendi*, determinado por dos elementos: la voluntad (incluso eventual) de privar en forma definitiva al titular de los bienes de los mismos medios de sustracción, y la voluntad de incorporar las cosas a su patrimonio o de distraer los bienes.

de necesidad, y miedo insuperable; por lo que **la apropiación indebida del boleto titularidad de la pareja llevada a cabo por el Sr. X resulta una conducta culpable.**

Respecto a la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad, entendemos que no concurre en el presente caso la **agravante de la responsabilidad criminal del artículo 22 apartado 6 del Código Penal**, porque a pesar de haber obrado el Sr. X con abuso de confianza, la misma ya ha sido tenido en cuenta para aplicar el tipo agravado del delito de apropiación indebida en relación con el artículo 250 del Código Penal relativo a la estafa. Lo que no obsta que, como concurren dos circunstancias del artículo 250, en concreto la 5ª y la 6ª, la pena que deba imponerse al Sr. X, dentro de la horquilla establecida para el citado tipo agravado, esto es, pena de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, deba ser más cercana al límite superior que al inferior. En relación con el elemento del tipo agravado de abuso de las relaciones personales, cabe indicar aquí que, se entiende que el delito de apropiación indebida se consuma con el perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo; por lo tanto, en este caso, se entendería consumado en el momento en que el Sr. X procede al cobro del premio apropiándose del efectivo⁷. Sin embargo, en algunas sentencias, el Tribunal Supremo ha considerado que el delito se consuma con el mero acto de disposición. Un ejemplo resultaría la STS de 11 de junio de 2013 en la que un lotero engaña a un cliente para apropiarse de un boleto premiado, cambiándole el resguardo por otro de menor valor. En este caso, el Tribunal Supremo consideró consumado el delito desde el apoderamiento del resguardo premiado, dado que éste tiene naturaleza de título valor.

Del mencionado delito responde el Sr. X en concepto de **autor** según lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del Código Penal, por su participación directa y voluntaria en los hechos, al haber realizado exclusiva y personalmente las conductas atentatorias contra el patrimonio de las que se le acusa.

En cuanto al delito aplicable y la pena que procedería imponer al Sr. X, resulta evidente que el delito que se debe aplicar es el de Apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal,

⁷ Respecto al momento de consumación del delito, que analizaré más detalladamente con posterioridad, y en apoyo a la tesis mantenida, CORCOY BIDASOLO, M., en *Derecho Penal (Parte especial) Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 522.

en relación con el tipo agravado recogido en los apartados 5º y 6º del artículo 250.1 del mismo cuerpo legal. Ello atendiendo al Código Penal vigente en el momento de la comisión del delito. En el Código Penal actual, el delito de Apropiación indebida se recogería en el artículo 253.1, en relación con el tipo agravado del artículo 250.1, apartados 5º y 6º del mismo cuerpo legal. Como ya se comentó anteriormente en este dictamen, la modificación del Código Penal en lo que respecta al delito ahora estudiado, se materializa en el cambio de numeración del precepto que lo recoge, habiéndose mantenido en el tiempo tanto el tipo objetivo recogido, como las penas. Ya hemos atendido a la distinta redacción de los preceptos citados en ambas modificaciones.

En virtud de los preceptos citados, la pena que procedería imponer al Sr. X, se encuentra en la siguiente horquilla «pena de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses». Ello sin olvidar que, a nuestro juicio, se dan dos de los elementos que subsumen la conducta del Sr. X en el tipo agravado del delito de apropiación indebida (a saber: la cuantía y haber obrado el Sr. X con abuso de confianza), por lo que la pena que debe ser aplicada, si bien dentro de la horquilla antedicha, es previsible que se encuentre más cercana al límite superior, tal y como se ha indicado anteriormente.

En cuanto a la **responsabilidad civil aparejada, derivada de los hechos punibles**: Según dispone el artículo 109 del CP, la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados, pudiendo consistir dicha responsabilidad en la restitución, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios materiales y morales.

Así, consecuencia de la conducta delictiva del querellado se le ha causado a mi representada daños por un importe principal de 200.000 € (DOSCIENTOS MIL EUROS); por lo que deberá condenarse al Sr. X a que indemnice a la Sra. Y, mi representada, en la cantidad de 200.000 euros (DOSCIENTOS MIL EUROS), es decir, la cuantía correspondiente a la parte del premio que le correspondía a la víctima, más los intereses legales que dicha cantidad hubiera devengado desde el día 12 de enero de 2012, momento en el que el Sr. X cobró el premio.

3. ESTADO DE LA CUESTIÓN, DESARROLLO PROCESAL DEL CASO, ITER PROCESAL: INFORME CRÍTICO DE LOS TRABAJOS QUE SE HAN REALIZADO HASTA EL MOMENTO SOBRE EL TEMA

La primera actuación que se llevó a cabo desde el despacho y en representación de la víctima fue, la interposición de **querella criminal**, resultando de aplicación los artículos 270 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solicitando ya en meritada querella, como **medida cautelar**, que, dado el comportamiento impulsivo del querellado y el cuantioso importe del premio, se requiriese al mismo a fin de que se manera inmediata prestase fianza en cantidad de 200.000 € (DOSCIENTOS MIL EUROS) -cantidad proporcional del premio correspondiente a nuestra representada-, con el apercibimiento de que de no prestarla se le embargarían bienes en cantidad suficiente para asegurar la suma señalada. La querella fue correctamente presentada; con el oportuno poder general para pleitos a favor de los procuradores que acostumbran a trabajar con el despacho en el que me encuentro realizando prácticas, así como a favor de dos de los abogados de dicho despacho; y con la documentación que obraba en nuestro poder y que consideramos relevante para su aportación.

Cabe indicar que, el motivo que llevó a esta parte a declarar el conocimiento sobre un hecho delictivo mediante **querella**, fue que la misma supone un plus comparada con la denuncia, puesto que, además de ser una declaración de conocimiento sobre un hecho delictivo, expresa la voluntad de que el proceso penal se inicie y, sobre todo, de que se tenga por parte en él al querellante, en este caso, la Sra. Y. Es decir, la querella es la expresión de la voluntad de la querellante de constituirse en parte acusadora. Considero reseñable igualmente que, la presentación de la querella no conlleva necesariamente el inicio del proceso penal, siendo la querella únicamente una vía o medio para poner en conocimiento del Juez los hechos delictivos, comenzando el proceso cuando el Juez dicta una resolución, un auto, acordando su incoación.

Admitida a trámite la querella y una vez transcurrida la instrucción, el Ministerio Fiscal formuló escrito de calificación tipificando los hechos como un delito de apropiación indebida, siguiendo el criterio que venía manteniendo esta parte; sin embargo, el Ministerio Fiscal entendió de aplicación la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal por existir

indicios suficientes que acreditaban que el Sr. X y la Sra. Y convivían como pareja estable y durante esa convivencia fue cuando se adquirió el billete de lotería premiado, basándose en lo acordado por el Pleno del Tribunal Supremo de fecha 1 de marzo de 2005, que acordó que, a los efectos del artículo 268 del Código Penal, las relaciones de pareja son asimilables a la relación matrimonial.

No compartió esta parte, como acusación particular, la posibilidad de aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código penal por cuanto la apropiación se produjo cuando la pareja ya estaba separada de hecho, no resultando, por tanto, aplicable en este caso. Es decir, la apropiación indebida se produce, no en el momento de adquirir el boleto, ni siquiera en el momento de pedir la entrega del boleto a la Sra. Y, sino en el momento de cobrarlo, ingresarlo en su cuenta y negarse a compartirlo con la Sra. Y, siendo en el momento de cobrarlo cuando surge el dolo al no querer entregarle a la Sra. Y su parte del premio⁸. Y esto último, se produjo cuando el Sr. X ya había dado por resuelta la relación sentimental que le unía con la Sra. Y, hasta el punto de haber abandonado éste la vivienda común e incluso haber iniciado ya una relación sentimental con otra persona, por lo que no considera esta parte que debiese aplicarse la excusa absolutoria del artículo 268 del Código penal. Así, la jurisprudencia ha venido señalando las razones que se tienen en cuenta para justificar la existencia de la excusa absolutoria por parentesco, trayendo a colación, por todas, la Sentencia 334/2003, de 5 de marzo, que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el artículo 268, teniendo también en cuenta no perjudicar la posible reconciliación familiar. Con el mismo criterio, la Sentencia 91/2005, de 11 de abril, declara que el fundamento de la excusa absolutoria inserta en el artículo 268 del Código Penal, hay que buscarlo en el respeto al ámbito familiar, en donde el legislador ha considerado que no se diriman las controversias que inciden en el patrimonio o la propiedad, fuera de todo acto de violencia, por el Derecho penal, sino por el Derecho privado. Ausentes pues las razones que justifican esta excusa absolutoria, no procede la aplicación de la misma.

⁸ En el mismo sentido CORCOY BIDASOLO, M., en *Derecho Penal (Parte especial) Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 522 que establece que la consumación se produce, con carácter general, en el incumplimiento definitivo de la obligación de devolución, haciendo propio el objeto, es decir, en el instante en que el acusado transforma ilícitamente la posesión que hasta ese momento detentaba lícitamente, cuando se produce el ejercicio de facultades propias del dominio, sea gozando, sea disponiendo del objeto material, ocasionándose el efectivo perjuicio patrimonial.

Calificados los hechos como un delito de apropiación indebida, el Juzgado de Instrucción dictó auto de apertura de Juicio Oral contra el Sr. X, declarando competente al Juzgado de lo Penal. Sin embargo, y una vez turnada la causa, se hizo por el Juzgado de lo Penal correspondiente exposición razonada entendiendo que la competencia recaía en la Audiencia Provincial de Zaragoza, dada la calificación de los hechos y la pena genérica que tiene atribuida. Así, dado que la pena de prisión en abstracto puede imponerse hasta los seis años, la competencia para conocer de la causa debía recaer y recayó en la Audiencia Provincial de Zaragoza, y ello al margen de la apreciación o no posterior de la excusa absolutoria.

La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial en primera instancia estimó condenar al Sr. X por un delito de apropiación indebida acogiendo nuestro escrito de acusación y compartiendo nuestra tesis en cuanto a la inaplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal, entendiendo que del relato fáctico de los hechos se desprende que el acusado ya había roto su relación familiar cuando se apropió del premio, por lo que no mediaba afecto alguno entre ellos, ni atisbo de relación conyugal. Así, no habiendo ámbito ni relación familiar que proteger, la Audiencia Provincial entendió que no concurrían las razones que podrían justificar la aplicación de la ya citada excusa absolutoria.

Sin embargo, y de contrario a la tesis mantenida por esta parte, la Audiencia estima que, si bien existe el elemento del tipo agravado del delito por ascender la suma a 200.000 euros, no existe el elemento de haber actuado el condenado con abuso de las relaciones personales. Y ello porque, la doctrina del TS, como es exponente la Sentencia de 11 de diciembre de 2000 razona que el abuso de confianza exige, como circunstancia agravante, la existencia de una relación especial subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima; relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza. A mayor abundamiento, su aplicación requiere que el autor se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo. Manifestándose, esa confianza

ultrajada, como un plus de culpabilidad, al revelar una mayor perversión en la ejecución del delito.

Por todo ello, en el caso objeto de debate, y toda vez que la relación ya se había roto cuando se cobra el boleto, la Audiencia estima que la confianza entre el Sr. X y la Sra. Y ya había cesado.

No pudiendo esta parte compartir el criterio seguido por la Audiencia respecto a esto último, pues se entiende que, ambos habían sido miembros de una pareja de hecho, situación que les llevaba a actuar en confianza mutua, independientemente de la posterior ruptura. Siendo tal el motivo por el que la Sra. Y entregó el boleto al Sr. X, valiéndose el mismo de esa situación de confianza depositada en él por la Sra. Y para cometer el delito⁹.

Así, en el fallo de la mencionada sentencia se condenaba al Sr. X, como autor responsable de un delito de apropiación indebida en su tipo agravado, sin la concurrencia de circunstancias, a las penas de 2 años de prisión y multa de 8 meses a razón de cinco euros diarios, lo que hace un total de 1.200 euros, y a las accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena así como al abono de las costas, incluidas las de la acusación particular. Y en concepto de responsable civil, a la indemnización a la Sra. Y en la cuantía de 200.000 euros más los intereses legales pertinentes.

Frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial en primera instancia cabía interponer Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, anunciándolo ante la Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del día siguiente al de la última notificación. No obstante, esta actuación ya no sería viable en la actualidad debido a la modificación y derogación de los artículos 847 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativos al recurso de casación.

⁹ Estamos ante un delito contra la propiedad, que tiene su esencia en el quebrantamiento de la relación de confianza que supone la tenencia previa lícita del objeto material. Así, esta vulneración de la relación de confianza, en tanto que modalidad defraudatoria, legitima la pena equivalente a las estafas. En este sentido, CORCOY BIDASOLO, M., en *Derecho Penal (Parte especial) Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 519.

La representación del Sr. X, considerando la Sentencia desfavorable a los intereses de su patrocinado y no ajustada a Derecho, preparó en tiempo y forma Recurso de Casación, amparándose en el artículo 212, párrafo 2º, ya derogado como indicábamos con anterioridad, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y procedió a la interposición del mismo posteriormente.

Sin embargo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo acordó no haber lugar a la admisión del Recurso de Casación formalizado por el Sr. X, imponiéndole las costas ocasionadas con objeto de la interposición del mismo.

Y así, una vez llegados a este punto, considero de suma importancia indicar varios aspectos que llevarán a comprender posteriormente lo acaecido a la hora de ejecutar la resolución firme condenatoria frente al Sr. X y que derivó en la apertura de otros procedimientos.

De todos es sabido que el conocimiento judicial de la «*notitia criminis*» puede abocar al inicio del proceso penal y, con él, al comienzo de la fase de instrucción. Desde una perspectiva general, la finalidad de la fase de instrucción es preparar la fase de juicio oral y, antes aún, determinar si procede o no la apertura de la misma. Sin embargo, si hilamos más fino, desde una perspectiva más concreta, puede decirse que la instrucción tiene tres finalidades específicas, a saber; la investigadora, la cautelar y la imputación formal. Así, en primer lugar, la instrucción tiene una finalidad investigadora, pues sirve para la comprobación del hecho delictivo y la averiguación del delincuente. En segundo lugar, tiene una finalidad cautelar y ello por cuanto para asegurar la eficacia del proceso penal o la de la eventual sentencia que ponga fin al mismo, en la instrucción se pueden adoptar medidas cautelares, bien sobre la persona y/o patrimonio del investigado, bien sobre el patrimonio de otras personas. Por último, la instrucción tiene como objeto atribuir el hecho delictivo a la persona o personas presuntamente responsables, es decir, se debe producir lo que se conoce como imputación formal.

Y el porqué del análisis pormenorizado de las finalidades de la fase de instrucción es el siguiente: ésta parte, en su interés de asegurar la eficaz ejecución de una sentencia condenatoria

posterior, como no podía ser de otra manera, procedió, ya desde la interposición de la querella, mediante otrosí, a solicitar la adopción de medida cautelar, consistente en fianza de 200.000 euros y ello en aras a asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele finalmente al Sr. X tal y como se ha comentado anteriormente.

Una vez practicadas varias diligencias de investigación, y como quiera que esta parte temía que el investigado fuese a alzarse con el total del premio, volvimos a solicitar mediante escrito que se le requiriese para prestar caución como medida cautelar. Petición que volvimos a hacer por escrito ante el silencio del juzgado y que finalmente tuvo su fruto porque ese mismo día se acordaba la misma mediante Auto, abriéndose Pieza separada de Responsabilidades Civiles y Pecuniarias y confiriéndosele al Sr X. un plazo de una audiencia para que procediese a prestar fianza bajo apercibimiento de embargo, plazo que resultó desatendido sin mediar justificación.

Por ello, y ante la nueva pasividad del Juzgado, volvimos a cruzar escrito en el que recordamos al Juzgado la prestación de caución acordada, requiriéndole para darle cumplimiento. Pues bien, lejos de proceder al embargo directo, se volvió a citar al querellado sin que nunca jamás apareciese ni justificase su desobediencia, ni él ni su representación legal.

Ante ello, esta parte volvió a incidir en la necesidad de prestar caución en el escrito de calificación, y se volvió a repetir la solicitud en otro escrito posterior sin que ninguno resultase atendido.

Finalmente, volvimos a presentar un nuevo escrito que, por fin, resultó atendido acordándose la averiguación de bienes para proceder al embargo resultando que el Sr. X, había visto mermados sus bienes durante la tramitación del procedimiento, no existiendo ya rastro de los 400.000 € que percibió del premio.

De todo lo anterior, derivaron varias consecuencias, lo que supuso la apertura de los procedimientos que ahora venimos a detallar:

-En primer lugar, supuso la apertura de un procedimiento por delito de **Frustración de la ejecución** tipificado en el artículo 257.1.1º del Código Penal frente al Sr. X, al haberse alzado con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, en este caso la Sra. Y.

-En segundo lugar, y a la vista de las circunstancias indicadas, ha supuesto la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia, pues concurren, en efecto, cuantos elementos configuran la responsabilidad objetiva del Estado, tal y como aparece diseñada en el artículo 106.2 de la Constitución, que reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, desarrollado legalmente por los artículos 61, 65 y 67 de la Ley 39/15, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por lo que procede declarar la Responsabilidad Patrimonial de la Administración de Justicia por funcionamiento anormal.

V. CONCLUSIONES

La principal finalidad a la hora de afrontar la realización de este Trabajo final de Máster no fue otra que la de conseguir la correcta elaboración de un dictamen jurídico; esto es, desarrollar una opinión técnica, razonada y fundada sobre un asunto.

Para ello, debía identificar el problema jurídico práctico que se me planteaba con los antecedentes de hecho, y proponer la solución jurídica más ajustada a los intereses del cliente.

Para conseguirlo, he debido aplicar y desarrollar los conocimientos, habilidades y actitudes adquiridos durante el periodo de docencia del Grado en Derecho y del Máster de acceso a la profesión de la Abogacía, así como durante las prácticas externas tutorizadas que he venido realizando durante estos últimos tres años.

Igualmente, la realización del mismo me ha supuesto una preparación y estudio previo, con objeto de formarme un criterio jurídico razonado sobre el asunto jurídico planteado, para después poder desarrollar la solución, a mi juicio, más acertada.

Así, de los antecedentes de hecho y documentación pude percibir y conocer que el Sr. X adquirió un boleto de lotería en fecha 10 de diciembre de 2011, siendo reseñable que: en primer lugar, la adquisición se realizó con el dinero de la Sra. Y, su pareja sentimental, quien soportaba las cargas económicas de la pareja de hecho pues el Sr. X se encontraba en situación de desempleo; y en segundo lugar, que el Sr. X manifestó desde el principio que el número era para los dos, no únicamente a la Sr. Y, sino también a familia y amigos de la pareja. Asimismo manifestó el Sr. X que el boleto era compartido incluso después de que el mismo resultase premiado.

Sorpresivamente, y desconociendo esta parte el porqué de su cambio de parecer, el Sr. X pidió el boleto a la Sra. Y para depositarlo en la Caja Rural, momento a partir del cual transformó la tenencia del boleto en ilícita, apropiándose del mismo. Esto es, el Sr. X recibió de la Sra. Y un bien mueble, el boleto, en una suerte de depósito que evidentemente incorporaba la obligación de devolver la mitad de la cuantía del premio que le correspondía a la Sra. Y. Sin embargo, el Sr. X procedió a su retención y por tanto, tenencia ilícita, así como a su disposición y disfrute, lo que produjo un perjuicio patrimonial a la Sra. Y.

De todo lo anterior se observa que la conducta llevada a cabo por el Sr. X resulta subsumible en el delito tipificado en el Código Penal como delito de apropiación indebida, pues concurren todos los elementos del tipo penal.

Asimismo, considero que concurren dos elementos del tipo agravado, a saber: el valor de la defraudación supera los 50.000 euros, y el delito se cometió con abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador. Ello conlleva que la conducta del Sr. X, toda vez que resulta encuadrable en el tipo agravado del delito de apropiación indebida, legitima imponer la pena equivalente a las estafas, tal y como versa el Código Penal. Esto es, la conducta del Sr. X se castiga con pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

Efectivamente, y como no podía ser de otra manera, en este sentido falló la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial en primera instancia; que conoció del asunto objeto de estudio dada su calificación jurídica y la pena genérica que tiene atribuida que, en abstracto, supera los cinco años de pena de prisión. La citada Sentencia condenó al Sr. X como autor responsable de un delito de apropiación indebida a las penas de dos años de prisión y multa de ocho meses a razón de cinco euros diarios, y a las accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena así como al abono de las costas. Y en concepto de responsable civil, a la indemnización a la Sra. Y en la cuantía de 200.000 euros más los intereses legales pertinentes.

Sin embargo, no puedo concluir sin realizar una lectura crítica del desarrollo procesal del caso y ello, toda vez que, a pesar de haber obtenido una sentencia favorable a nuestra patrocinada, la misma no obtuvo el abono de la cuantía que le correspondía como titular de la mitad del boleto de lotería premiado.

Esta parte, desde la interposición de la querella y en numerosas ocasiones durante la instrucción, en su interés de asegurar la eficaz ejecución de una más que posible sentencia condenatoria, solicitó la adopción de medida cautelar, sin que la misma fuese atendida. Con la citada actuación llevada a cabo por la Administración de Justicia se conculcó una de las finalidades esenciales de la instrucción, cual es la finalidad cautelar, con objeto de asegurar en este momento procesal la eficacia del proceso penal y la sentencia que ponga fin al mismo. Por ello, este funcionamiento anormal de la Administración de Justicia supone la responsabilidad patrimonial de la misma, pues concurren cuantos elementos configuran la responsabilidad objetiva del Estado, que faculta a los particulares a ser indemnizados de toda lesión sufrida como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, excepto que se trate de un caso de fuerza mayor. Motivo por el que se inició procedimiento de reclamación de la Responsabilidad patrimonial de la Administración de justicia.

Por último, cabe indicar que el condenado, al haber procedido al alzamiento de bienes en perjuicio de la Sra. Y realizó una conducta delictiva, lo que supuso la apertura de un

procedimiento por delito de frustración de la ejecución tipificado en el artículo 257.1.1º del Código Penal, calificado antes de la reforma del Código Penal como insolvencia punible.

Esta es la opinión que emitimos como dictamen y que sometemos a otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a fecha 14 de diciembre de 2016.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS UTILIZADOS

1. MANUALES Y MONOGRAFÍAS

- ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M^a. (Directores), NIETO MARTÍN, A., PÉREZ CEPEDA, A.I. (Coordinadores), *Comentarios al Código Penal*, 1ª edición, Iustel, Madrid, 2007, p.569 y ss.
- CORCOY BIDASOLO, M., *Derecho Penal (Parte especial) Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- GÓMEZ RIVERO, M^aC.; NIETO MARTÍN, A.; PÉREZ CEPEDA, A.M^a.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales del Derecho Penal (Parte especial)*, Volumen II, 2ª edición adaptada a la LO 1/2015 de reforma del Código Penal, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 134-146.
- JUANATEY DORADO, C. Y ANARTE BORRALLA, E., *Derecho Penal, Parte Especial*, Vol. II, Iustel, Madrid, 2010.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español (Parte especial)*, 7ª edición revisada y actualizada con las LO 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 565 y 791 y ss (insolvencia punible, alzamiento de bienes).

- VIVES ANTÓN, T, Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. 3ª Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág., 466.

2. ARTICULOS DOCTRINALES

- AÑÓN CALVETE, J., “Apropiación indebida tras la reforma del Código Penal LO1/2015”, Artículo doctrinal, 2015. (<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10649-apropiacion-indebida-tras-la-reforma-del-codigo-penal-lo-1-2015/>)
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, BM., “Análisis del delito de Apropiación Indebida”, Artículo doctrinal, 2012. (<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4776-analisis-del-delito-de-apropiacion-indebida/>)

3. ESTUDIOS, TRABAJOS O PONENCIAS

- CADENA SERRANO, F A. (Fiscal del Tribunal Supremo), “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en los delitos económicos”, (https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr.%20Cadena.pdf?idFile=971a1108-d5b2-43ba-ba82-0da07c622007)
- LUACES MASAVEU, J. (Fiscal de la Fiscalía Provincial de Madrid, Sección territorial de Majadahonda-Pozuelo), “El delito de Apropiación Indebida, problemática de la gestión desleal”, (https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20de%20D.%20Jaime%20Luaces%20Masaveu.pdf?idFile=268daf52-bfc8-4511-a942-22cef7640997)

4. EXPEDIENTE