



Roj: **STS 5499/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5499**

Id Cendoj: **28079120012014100864**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2014**

Nº de Recurso: **1508/2014**

Nº de Resolución: **859/2014**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1309/2014,**
STS 5499/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil catorce.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, que ante Nos pende, interpuesto por **Eloy**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Tercera), con fecha nueve de Abril de dos mil catorce, en causa seguida contra **Eloy**, por delitos de apropiación indebida, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado **Eloy**, representado por el Procurador Sr. D. Fernando García de la Cruz Romeral y defendido por la Letrada Sra. D^a María del Carmen García Garrido.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 8 de Sevilla instruyó las diligencias previas del procedimiento Abreviado 66/2012, contra Justiniano; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2^a, rollo 1/2014) que, con fecha tres de Abril de dos mil catorce, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"En el mes de marzo de 2007, el acusado Eloy nacido el NUM000 -76, sin antecedentes penales, concertó con Milagrosa, la realización de unas obras de rehabilitación en la vivienda habitual donde residía, en la CALLE000 nº NUM001 de Sevilla. El presupuesto ascendía a 112.165,19 euros.

Milagrosa entregó a Eloy como parte del precio de la obra por adelantado dos cheques al portador por importe de 22.433,04 euros, de fecha 28 de marzo de 2007, librados contra su cuenta corriente del Banco de Santander.

Pasado el tiempo y, observando Milagrosa que las obras no comenzaban, pidió explicaciones al acusado y éste le manifestó que era necesario conseguir la licencia, pagar las tasas y proveer otros gastos y exigió otros 4.923,19 euros, que Milagrosa abonó mediante la entrega de otro cheque de fecha 4 de mayo de 2007.

Por último, y al transcurrir el tiempo sin que las obras avanzaran, Milagrosa se lo comentó a éste, y le volvió a exigir otros 12.835,71 euros en concepto de "movimiento de tierra, cimentación y seguridad y salud que abono mediante otro cheque.

Consta en autos tasación pericial de los trabajos realizados por el acusado en la cantidad de 3.364,96 euros, el resto de las cantidades entregadas por Milagrosa no fueron aplicadas a la obra, ignorándose el destino que el acusado dió a las mismas"(sic).

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:



"Que debemos condenar y condenamos a Eloy , como autor de un delito de apropiación indebida, ya definido, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria de Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa de nueve meses con cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal , de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas y al pago de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar a Milagrosa en la cantidad de 36.826,98 euros, con aplicación de los intereses legales del artículo 576 de la LEC "(sic).

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por **Eloy** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por Eloy , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5º, número 4º, de la Ley Orgánica del Poder judicial , y se fundamenta en la vulneración por la sentencia de instancia del derecho fundamental de su representado a la presunción de inocencia, y, por tanto, en la vulneración del artículo 24, número 2º, de la Constitución española , que consagra el indicado derecho fundamental, en cuanto la referida sentencia atribuye al acusado la comisión de un delito de apropiación indebida, que había consistido supuestamente en la no devolución

2.- Se formula al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5º, número 4º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , así como también al amparo del artículo 851, número 3º, de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal , y se fundamenta en la vulneración por la sentencia de instancia del derecho fundamental de su representado a la tutela judicial efectiva con proscripción de toda posible indefensión, consagrado en el artículo 24, número 1º, de la Constitución Española , vulneración que comporta al mismo tiempo quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por no haberse resuelto en la sentencia una cuestión tan fundamental como la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas planteada por la Defensa al establecer sus conclusiones provisionales en el acto del juicio, haciéndose constar que no se ha producido reclamación contra la falta distinta del propio anuncio de este recurso de casación, dado que se trata de un quebrantamiento procedimental cometido en la propia sentencia recurrida.

3.- Se formula por infracción de Ley al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto la Sala de instancia, en su sentencia, incurre en manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, evidenciado por los documentos y en cuanto a los particulares concretos que se dirá, acreditativos de las fechas inicial y final del cómputo del plazo de prescripción de tres años vigente al tiempo de los hechos para el delito básico de apropiación indebida, único que podría ser atribuido al acusado en el caso de que hubiese cometido alguno (cosa que negamos), aclarándose al respecto que la invocación de los referidos documentos se verifica no para contradecir ninguno de los extremos fácticos declarados como probados por la sentencia, sino para completar la misma en relación con los indicados particulares. Al propio tiempo, se hace constar que los indicados documentos no se encuentran desvirtuados por ninguna otra prueba obrante en las actuaciones.

4.- Se formula por infracción de Ley al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto la Sala de instancia, en su sentencia, incurre en manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, evidenciado por los documentos y en cuanto a los particulares concretos que se dirá, acreditativos de que su representado fue quien gestionó la obtención de la licencia necesaria para las obras que le habían sido encomendadas, presentando la oportuna licencia y abonando tanto el depósito previo como el importe de las tasas correspondientes, así como que el otorgamiento de dicha licencia se retrasó enormemente, retraso que provocó el de las obras de rehabilitación, necesitadas de dicha licencia previa, aunque no el de las obras urgentes de seguridad por la Gerencia de Urbanismo, que no requerían de licencia. Se hace constar que los referidos documentos no aparecen desvirtuados por ninguna otra prueba obrante en autos.

5.- Se formula por infracción de Ley al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto la Sala de Instancia, en su sentencia, incurre en manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, evidenciado por los documentos y en cuanto a los particulares concretos que se dirá, acreditativas de que su representado realizó importantes gastos originados por las obras encomendadas por la acusadora D^a Milagrosa , así como en materiales y utensilios de obras que quedaron en la finca y cuyo valor no ha sido computados a su favor por la sentencia recurrida. Se hace constar que los referidos documentos no aparecen desvirtuados por ninguna otra prueba obrante en autos.



6 .- Se formula por infracción de Ley al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto la sentencia recurrida califica la conducta de su representado como constitutiva de un delito de apropiación indebida del artículo 252, en relación con el artículo 250.1.1º, ambos del Código Penal , con lo que ha infringido por aplicación indebida los referidos preceptos, toda vez que la conducta del acusado no es constitutiva del referido delito de apropiación indebida- ni de ningún otro delito- en ninguna de sus modalidades ni tipos.

7.- Se formula, como subsidiario del motivo sexto (por tanto, sólo para el caso de que el mismo fuese desestimado), por infracción de ley al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto la sentencia recurrida califica la conducta de su representado como constitutiva de un delito de apropiación indebida del artículo 252, en relación con el artículo 250.1.1º, ambos del Código Penal , con lo que ha infringido por aplicación indebida el citado artículo 250.1.1º del Código punitivo y, por tanto, el subtipo agravado de apropiación indebida que regula y sanciona, toda vez que la conducta del acusado, aun en el caso de que pudiera ser considerada como delito de apropiación indebida -criterio que rechazamos y que ha sido objeto de impugnación en el motivo anterior- sólo podría encajar en el tipo básico del mismo y nunca en el agravado al que se refiere el mencionado nº 1, apartado 1º, del artículo 250.

Y, sobre esa base, denunciaremos también la infracción por no aplicación del artículo 131, número 1, en relación con el artículo 130, apartado 6º y con el artículo 249 del propio Código penal , en cuanto al ser aplicable el tipo básico de la apropiación indebida y no el subtipo agravado de vivienda de primera necesidad, dicho delito había prescrito y, por tanto, debe absolverse al acusado por extinción de la responsabilidad criminal como consecuencia de la prescripción del delito, por aplicación de los últimos preceptos que se acaban de citar.

8.- Se formula, igualmente como subsidiario del motivo séptimo (para el caso de que el mismo fuese desestimado), también por infracción de Ley al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto la sentencia recurrida califica la conducta de su representado como constitutiva de un delito de apropiación indebida del artículo 252, en relación con el artículo 250.1.1º, ambos del Código Penal , sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, con lo que ha infringido por no aplicación la circunstancia atenuante 6ª del artículo 21 del Código Penal , es decir, la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, oportunamente alegada por la Defensa de su representado en el acto del Juicio oral, al establecer sus conclusiones definitivas y sobre la que no contiene pronunciamiento alguno la sentencia recurrida.

Quinto.- Instruida la parte recurrida y el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto por el recurrente, por parte de los mismos se oponen a la admisión y subsidiariamente su impugnación del recurso interpuesto, por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día once de Diciembre de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de apropiación indebida de los artículos 252 y 250.1.1º del Código Penal , a la pena de dos años de prisión y multa de nueve meses, y a indemnizar a la perjudicada en la cantidad de 36.826,98 euros. Contra la sentencia interpone recurso de casación formalizando diversos motivos que reordenaremos en su examen por razones sistemáticas. En los motivos cuarto y quinto denuncia error en la apreciación de la prueba al amparo del artículo 849.2º de la LECrim , y designa como documentos la solicitud de licencia de obras de rehabilitación, folios 156 a 158 de las Diligencias Previas, presentada el 3 de mayo de 2007, acreditativa de que el mismo recurrente que la presentó debió abonar las tasas por importe de 4.000 euros; la carta de pago del depósito previo, folio 167 del Rollo de Sala, acreditativa del pago del mismo el 7 de setiembre de 2007, por importe de 923,19 euros, y folio 284 de las Diligencias Previas, la notificación de liquidación y carta de pago correspondiente a dicho depósito en el que se menciona la concesión de la licencia que también pagó el acusado; los recibos y nóminas de salarios, folios 178 a 189, 228 y 229 del Rollo de Sala, abonados a los trabajadores de la empresa en el tiempo correspondiente a las obras encargadas por la denunciante y las facturas y albaranes, folios 190 a 195 y 199 del mismo Rollo, relativos a los materiales y utensilios puestos por el recurrente en las referidas obras; la resolución de la Gerencia de Urbanismo de 3 de octubre de 2007, folios 116 a 123 de las diligencias, que acredita las obras urgentes ordenadas por dicha Gerencia por importe de 9.016 euros y la liquidación de las obras realizadas por la empresa Aljanibe Construcciones, folio 244 de las diligencias, que evidencia que entre esas obras no estaban las ordenadas por la Gerencia; el informe pericial, folios 230 y 231 en el que no se incluyen los anteriores



conceptos, salarios del personal, cotizaciones sociales, tasas por la licencia, obras ordenadas por la Gerencia y realizadas, y materiales que quedaron en el lugar.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

2. De los documentos designados solamente los obrantes a los folios 156 a 158 de las Diligencias y 167 del Rollo de Sala acreditan que el recurrente realizó un pago por cuenta del encargo recibido. Efectivamente, en esos documentos consta la solicitud de la licencia de obras el pago de 923,19 euros en relación con la misma. No aparece en ellos el pago de los otros cuatro mil euros, que por lo tanto no resulta del mismo documento.

Tampoco los documentos relativos a pagos de salarios o a la compra de materiales acreditan que precisamente se refirieran a esta obra, conclusión que precisaría de la valoración de otras pruebas distintas del estricto contenido del documento designado.

En cuanto a la resolución de la Gerencia de Urbanismo, la prueba documental designada puede acreditar que tal resolución existió, pero no que las obras a las que se hace referencia en ella fueran efectivamente ejecutadas y que fuera precisamente el recurrente quien lo hizo.

Y, finalmente, el informe pericial, en cuanto no incluye en las cantidades invertidas en la obra las mencionadas en el motivo por el recurrente, no demuestra que tales cantidades efectivamente hubieran sido destinadas a la rehabilitación a la que el recurrente se había comprometido.

En consecuencia, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, el motivo debería estimarse parcialmente, modificando en consecuencia los hechos probados.

SEGUNDO.- En el primer motivo denuncia la vulneración de la presunción de inocencia, pues sostiene que no ha existido prueba de cargo que acredite la supuesta apropiación del dinero recibido ni tampoco la intención de beneficiarse económicamente en perjuicio de la acusadora, existiendo pruebas de descargo no valoradas. Así señala la documental referida al pago de la licencia por importe de 923,19 euros, el 7 de setiembre de 2007; los documentos referidos a materiales y pago de salarios a los trabajadores de su empresa en el tiempo correspondiente a las obras en el domicilio de la denunciante; la resolución de la Gerencia de Urbanismo de 3 de octubre de 2007 requiriendo a la denunciante para la realización de obras urgentes cuyo coste se cifraba en 9.016 euros, y la liquidación efectuada por la empresa que finalmente realizó las obras de la que no parece desprenderse referencia a esas obras urgentes; la contradicción del informe pericial con el hecho de que las obras exigidas por la Gerencia se realizaron, por un importe superior, como reconocen los testigos, el arquitecto Sr. Mateo y el Sr. Silvio y otros testigos. Interesa la absolución, o, subsidiariamente, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, la devolución de la sentencia para el dictado de una nueva en la que tales pruebas sean valoradas.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos



científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada. Y de otro lado, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento arbitrario o manifiestamente erróneo, no es posible prescindir de la valoración de pruebas personales efectuada por el tribunal que ha presenciado directamente la práctica de las mismas.

2. En el caso, el Tribunal ha contado con la acreditación de las distintas entregas de las cantidades mencionadas en los hechos probados, aspecto que no es discutido. Además, ha valorado la declaración de la denunciante y la del arquitecto según la cual la obra la tuvo que realizar en su integridad la empresa a la que se contrató a la vista del incumplimiento por parte del recurrente, y especialmente la pericial de la que se desprende que el valor de lo efectivamente realizado asciende a 3.364,96 euros. Asimismo ha tenido en cuenta la declaración del representante de esa segunda empresa, según la cual en la casa no había materiales y tuvieron que hacer la obra completa, incluyendo demolición, saneamiento y cimentación. No se atribuye a la pericial ninguna equivocación material que la desvirtúe y, en cuanto a lo demás, se han tenido en cuenta pruebas personales, que no pueden ahora ser nuevamente valoradas al carecer esta Sala de la intermediación de la que dispuso el Tribunal de instancia. Por otro lado, no se aprecia error manifiesto en su valoración.

Es cierto, sin embargo, que, como luego se ha dicho, existe prueba documental acreditativa del pago de 923,19 euros por la licencia, lo que obligaría a incrementar en esa cuantía la cantidad efectivamente empleada por el recurrente en la obra. No así respecto a las cantidades que se dice pagadas a los operarios o invertidas en materiales, pues como se ha señalado más arriba no está acreditado que se refieran precisamente a esta obra, ni que los materiales a los que se refieren los documentos se encontraran en aquella y quedaran en beneficio de la denunciante.

Pero en los demás aspectos, es decir, los relativos a la contratación de la obra, a la recepción de distintas cantidades para comenzarla, a la no realización de la referida obra y a la no devolución de las cantidades recibidas, ha existido prueba de cargo suficiente y ha sido valorada racionalmente por el Tribunal, por lo que el motivo se desestima.

TERCERO.- En el sexto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción, por indebida aplicación, del artículo 252 del Código Penal , pues entiende que los hechos declarados probados no constituyen un delito de apropiación indebida, al tratarse exclusivamente, y en todo caso, de un supuesto de incumplimiento contractual dentro de la relación propia de un contrato de arrendamiento de obra, solo reclamable por la vía civil.

1. El delito de apropiación indebida, configurado en el Código Penal vigente como un delito contra el patrimonio, requiere, como repetidamente ha expresado con carácter general la doctrina jurisprudencial de esta Sala, " *la existencia concatenada de cuatro elementos: a) recepción por un sujeto activo de dinero, efectos, valores u otra cosa mueble o activo patrimonial, recepción que se produce de forma legítima, b) que ese objeto haya sido recibido, no en propiedad, sino en virtud de un título jurídico que obliga a quien lo recibe a devolverlo o a entregarlo a otra persona, c) que el sujeto posteriormente realice una conducta de apropiación con ánimo de lucro o distracción dando a la cosa un destino distinto y d) esta conducta produce un perjuicio patrimonial a una persona* ", (STS núm. 153/2003, de 8 febrero y STS nº 915/2005).

Igualmente ha señalado, STS nº 915/2005 , que " *... cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada* " .

Porque, cuando se trata de dinero u otros bienes fungibles, generalmente, la entrega de una cantidad, cuando no se efectúa como cuerpo cierto, supone la adquisición de la propiedad, produciéndose la distracción cuando, estando esa adquisición limitada por la finalidad expresa de entregar a otro o de devolver otra cantidad igual,



quien la ha recibido con esas limitaciones procede a darle un destino distinto, incorporándola definitivamente a su patrimonio o al de un tercero. En esos casos, la conducta del sujeto viene presidida por el animus rem sibi habendi, pues el autor se comporta como dueño absoluto de lo recibido con la conciencia de que lo hace, y con independencia de que actúe en beneficio propio o de un tercero.

La recepción, en ese sentido, por imperativos del principio de legalidad, debe haberse producido por títulos de depósito, comisión o administración. El artículo 252 se refiere además a otros títulos que produzcan obligación de entregar o devolver, pero esa obligación ha de ser equivalente a la generada por los títulos expresamente mencionados.

En otros contratos, la entrega no se realiza con esa finalidad, o generando esa clase de obligación, sino como pago del precio de la contraprestación pactada con la otra parte contratante. No se trata tanto, entonces, de que el dinero sea un bien fungible y que su recepción suponga la propiedad, sino de que, en realidad, dadas las características del contrato y de las obligaciones que cada parte contratante asume, la entrega del dinero se hace con la única finalidad de pagar el precio concertado. Es decir, con el objetivo de que la parte obligada a su entrega, al pago, cumpla con la obligación que asume en virtud del contrato, y pueda esperar que la otra parte cumpla, a su vez, con su contraprestación. Así ocurre en el contrato de compraventa; y también en el arrendamiento de obras, en el que una parte se compromete a realizar una obra y la otra a pagar el precio de la misma. La entrega de la cantidad correspondiente al precio no se entrega con una finalidad u objeto distinto de hacer pago de lo concertado, es decir, como contraprestación a la prestación de la otra parte. Por eso la jurisprudencia ha negado que esos contratos puedan generar, en caso de incumplimiento, un delito de apropiación indebida.

Así se ha pronunciado esta Sala en la STS nº 378/2013, de 12 de abril, citada por el recurrente, en la que se recuerda la doctrina sentada en la STS de 27 de octubre de 1986 sobre un supuesto de arrendamiento de obras. En esta sentencia se distingue: *" si el "dominus " entrega al artífice, constructor o empresario, el material o los materiales precisos para que realice la obra pactada y el recipiendario de dichos material o materiales les da un destino distinto al convenido, se adueña de ellos, los incorpora a su patrimonio, los transmite, gratuita u onerosamente, a otro, o niega haberlos recibido, perfecciona una figura de apropiación indebida, puesto que, habiendo recibido del "tradens " la legítima posesión de los objetos antedichos, no se le transfirió la propiedad de los mismos, no pudiendo, por tanto, asumir facultades dominicales de las que carecía "*. Cabría añadir que los recibe con la estricta finalidad de aplicarlos a la obra contratada. Y sigue la citada sentencia *" si, por el contrario, lo entregado es el precio total del arrendamiento de obras, cantidades a cuenta o anticipadas o fracciones o plazos del mismo, la transmisión, y no porque se trate de cosas fungibles, se refiere, no a la posesión legítima de dicho precio o parte del mismo, sino al dominio de ellos y, por consiguiente, aunque se aprovechen las especiales facilidades que la tenencia del dinero dicho depara, y se disponga, en provecho propio, de lo recibido, no se perpetrará delito de apropiación indebida puesto que no se halla criminalizada la conducta de quien dispone o se adueña de lo que es propio "*.

En la STS nº 378/2013 también se hace referencia expresa a la STS 33 / 2007, de 1 de febrero, cuyo contenido ahora se reproduce: *" El criterio de la Audiencia lleva a considerar que todo incumplimiento de un contrato sinalagmático es constitutivo del delito del art. 252 CP, conclusión que no es compatible con nuestra jurisprudencia ni con el principio de que "no existe prisión por deudas", es decir por simple incumplimiento de contratos. En todo caso, la cláusula abierta del art. 252 CP ("otro título que produzca obligación de entregar o devolver") requiere que los títulos innominados a los que hace referencia sean análogos a los expresamente mencionados. En este sentido, **el pago de un servicio por adelantado no es equivalente a una comisión, a un depósito o al otorgamiento de poderes para administrar, dado que sólo tiene la función depagar, es decir, de extinguir la obligación de una parte del contrato**. El cumplimiento de la otra parte, en este caso los acusados, no consiste en entregar el dinero recibido en pago o en destinarlo a un fin determinado, sino en una obligación de hacer (art. 1098 C.Civ.), obligación que incumplieron por no haber hecho aquello a lo que se obligaron. **Es claro que el art. 252 CP no alcanza a las obligaciones de hacer**. Consecuentemente, el hecho probado no se subsume bajo el tipo del art. 252 CP, pues el las partes no estaban vinculadas por una de las relaciones jurídicas previstas en dicha disposición "*.

2. En el caso, el Tribunal de instancia declara probado que el acusado, ahora recurrente, concertó con Milagrosa la realización de unas obras de rehabilitación en la vivienda habitual donde residía y que el presupuesto ascendía a 112.165,19 euros. Que Milagrosa entregó como parte del precio de la obra por adelantado la cantidad de 22.433,04 euros el 28 de marzo de 2007. Que pasado el tiempo y como las obras no comenzaban pidió explicaciones al acusado, quien le pidió más dinero para la licencia, las tasas y otros gastos, por importe de 4.923,19 euros, que Milagrosa le entregó el 4 de mayo de 2007. Y, finalmente, le pidió otra cantidad para movimiento de tierra, cimentación, seguridad y salud (sic) que también le entregó. Tales cantidades, salvo en un importe pericialmente tasado en 3.364,96 euros, no han sido aplicadas a la obra. Estos hechos habrían



de modificarse exclusivamente para añadir que el acusado invirtió en gastos derivados de la solicitud de la licencia de obras la cantidad de 923,19 euros.

Se trataba, pues, de un contrato de arrendamiento de obra, en el que el recurrente se obligaba a realizar la totalidad de la obra pactada con un presupuesto cerrado de 112.165,19 euros, y Milagrosa a pagar esa cantidad como precio.

Es claro que el acusado, según los hechos probados, recibió las citadas cantidades de dinero como parte del precio convenido. Así se dice expresamente en la sentencia respecto de las primeras entregas (*como parte del precio de la obra por adelantado*), y así ha de entenderse respecto de las demás, si se tiene en cuenta que el presupuesto pactado se refería al total de la obra, en la que han de incluirse todos los gastos pertinentes, pues nada se dice en sentido contrario. Podría ser dudoso respecto de los 923,19 euros que se dice entregados con la concreta finalidad del pago de licencia, pues si se entendiera que constituyen parte de un encargo de pago de esos conceptos se trataría, en esa medida, de una apropiación indebida, pero de la documental aportada y designada en el recurso se desprende que esos gastos fueron efectivamente pagados por el recurrente.

Todo lo demás fue entregado por Milagrosa como parte adelantada del precio. No se recibió por el recurrente en virtud de depósito, comisión o administración, ni tampoco por otro título que produjera una obligación similar de entregar o devolver, sino como pago por la obra contratada. De los hechos probados resulta que el recurrente no procedió a cumplir las obligaciones contraídas. Pero ese incumplimiento, que puede dar lugar a la pertinente reclamación civil, no es constitutivo de delito. Es cierto que la jurisprudencia de los últimos años ha entendido el verbo típico "distraer" del artículo 252 del Código Penal en el sentido de dar a lo recibido un destino (con vocación de ser definitivo) distinto del pactado, con perjuicio para quien hace la entrega. Pero la entrega siempre habrá de haberse producido por un título de los típicos o por otro que genere una obligación similar, lo que falta en contratos como el arrendamiento de obra, en la que la entrega se hace para el pago de lo convenido.

Así, en la citada STS nº 378/2013 , en un supuesto muy similar al presente, esta Sala concluía: " *Los acusados recibieron el dinero como pago parcial y anticipado de la obra que se comprometían a realizar. La obra encargada no fue construida. Pues bien, con estos "materiales" fácticos tampoco podemos construir un delito de apropiación indebida. Un arrendamiento de obra como base de una apropiación indebida a través de la modalidad de distracción solo cabría a través de un tortuoso camino: cuando dentro de la cantidad recibida, se diferencia entre lo destinado específicamente a hacer acopio de los materiales que debían emplearse y el monto destinado específicamente a la retribución anticipada por el trabajo. Pero si el presupuesto como sucede aquí es global y no discrimina entre cantidades destinadas a uno u otro fin (folios 14 y ss y 25 y ss), porque en definitiva son los contratistas los obligados a recabar esos materiales no importa a qué precio, ni de qué forma, es imposible rellenar la tipicidad del art. 252, ni siquiera en la modalidad de distracción. Se puede hablar de incumplimiento de las propias obligaciones; y de incumplimiento doloso e inexcusable; pero no de desvío de unas cantidades que se recibían como retribución por el trabajo a realizar (en ellas quedaban integrados también los gastos que asume el contratista), remuneración que no variaría fuera cual fuera la forma en que se recabasen los materiales, ni fuesen cuales fuesen los importes invertidos en tales materiales. Nunca podrá constituir una apropiación indebida el incumplimiento de una obligación de hacer retribuida anticipadamente. Por eso, en la más forzada de las interpretaciones, a lo más que podría llegarse es a un delito de apropiación indebida pero nunca por el total percibido, como ha afirmado la Audiencia, sino por las cantidades que específicamente se hubiesen recibido para invertir en la provisión de los materiales para la obra. Ni parece ni de lejos que se acomodase a esas condiciones el pacto entre querellantes y acusados; ni la sentencia, ni las actuaciones proporcionan base alguna para entrar en esas disquisiciones. La oscuridad en estos casos obliga a reconducir los hechos al ámbito de otras jurisdicciones (STS 7/2008 de 17 de enero). Los acusados recibieron el dinero para hacerlo suyo, como retribución anticipada por obras que estaban realizando y debían concluir. El incumplimiento, si se quiere contumaz, de esa obligación carece de relieve penal (vid STS 1567/2004, de 27 de diciembre) "*

En consecuencia, el motivo se estima y se dictará segunda sentencia en la que se acordará la absolución del recurrente, sin perjuicio de las acciones civiles que correspondan a la denunciante.

No es preciso el examen de los demás motivos del recurso.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por **Eloy** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Tercera), con fecha nueve de Abril de dos mil catorce , en causa seguida contra el mismo, por delito de apropiación indebida.



Con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Cándido Conde-Pumpido Tourón Julian Sanchez Melgar **Miguel Colmenero Menendez de Luarca** Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil catorce.

El Juzgado de Instrucción número 8 de los de Sevilla incoó diligencias previas de Procedimiento Abreviado número 66/2.012, por delitos de estafa y apropiación indebida, contra Eloy , y una vez decretada la apertura del Juicio Oral lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, que con fecha nueve de Abril de dos mil catorce dictó Sentencia condenándole como autor de un delito de apropiación indebida, ya definido, a la pena de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa de nueve meses con cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal , de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas y al pago de las costas procesales.- En concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar a Milagrosa en la cantidad de 36.826,98 euros, con aplicación de los intereses legales del artículo 576 de la LEC .- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** por la representación legal del acusado y que ha sido **CASADA Y ANULADA**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver al acusado Eloy del delito de apropiación indebida, sin perjuicio de las acciones civiles que correspondan a Milagrosa .

III. FALLO

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Eloy del delito de apropiación indebida, debiendo dejarse sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra el mismo, sin perjuicio de las acciones civiles que correspondan a Milagrosa .

Se declaran de oficio las costas de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Cándido Conde-Pumpido Tourón Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco

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