



Roj: **STS 3074/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3074**

Id Cendoj: **28079120012018100398**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/07/2018**

Nº de Recurso: **2396/2017**

Nº de Resolución: **385/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 2396/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 385/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D.<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 25 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 2396/2017 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por D. Alfredo representado por el procurador D. Rafael Ros Fernández bajo la dirección letrada de D. José María Fuster Fabras Torrellas, contra la sentencia de fecha 4 de septiembre de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Séptima , Rollo PA 7/2017). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y D. Florian representado por la procuradora D.<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Dolores Martín Cantón y bajo la dirección letrada de D. Marc Molins Raich, como acusación particular.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción num.3 de Martorell incoó PA nº 7/17-K y una vez concluso lo envió a la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 4 de septiembre de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** «Mediante la prueba practicada en el acto del juicio oral ha resultado probado, y así se declara, que en fecha 14 de noviembre de 2002 el acusado Alfredo , mayor de edad y sin antecedentes penales, como empresario del sector de la construcción y en su condición de administrador único de la mercantil "Zerodos Investment, SI" constituida mediante escritura de 4 de julio de 2002, interesado en la promoción de un proyecto de edificación urbanística, firmó con Dña. Consuelo como propietaria de la finca NUM000 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Martorell al tomo NUM001 , folio NUM002 , inscripción 4a, un contrato privado de venta futura sobre la indicada finca por importe de 276.465 euros pagaderos en el momento de obtención de la certificación final de la obra de la construcción que se pretendía. En la cláusula



quinta del referido contrato se pactó que dicha compraventa se efectuaba con reserva de dominio a favor de la vendedora, apoderando ésta al comprador para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la indicada reserva de dominio siempre que se realizase justo detrás de las hipotecas a promotor que fueran necesarias para la ejecución total de la obra; comprometiéndose ambas partes a elevar a público dicho contrato en el plazo de 60 días a contar desde la firma del mismo.

En igual fecha, esto es el 14 de noviembre de 2002, ambas partes suscribieron nuevo contrato privado de permuta futura en virtud del cual acordaron que el pago aplazado antes referido se realizase a través de la transmisión patrimonial de dos viviendas dúplex y dos plazas de aparcamiento resultantes de la futura promoción. En el pacto tercero, se convino que la elevación a público y entrega de la posesión de aquellas entidades se realizaría en un plazo no superior a 60 días desde la entrega de la certificación final de la obra.

El 28 de enero de 2003 mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Esparraguera con número de protocolo NUM003 , D. Florian , en nombre y representación de su madre la Sra. Consuelo , y el acusado Sr. Alfredo actuando en su condición de administrador único de la mercantil "Zerodos Investment" suscribieron escritura de compraventa con condición resolutoria en virtud de la cual el primero, en la representación que ostentaba, vendía y transmitía el pleno dominio sobre la finca registral NUM000 antes citada a la entidad Zerodos Investment, por importe de 276.000 euros, cantidad que debía ser satisfecha el 17 de julio del 2005, facultando a la vendedora a dar por resuelto el contrato en caso de impago de la cantidad aplazada. En la cláusula cuarta, la parte vendedora autorizaba expresamente a la mercantil compradora para constituir hipoteca sobre la finca antes referida y/o sobre el edificio a construir para destinar su importe a las obras de edificación, al mismo tiempo que consentía que las hipotecas que pudieran constituirse tuviesen rango preferente a la condición resolutoria establecida por falta de pago del precio aplazado, haciendo reserva de rango a favor de las citadas futuras hipotecas, para lo cual la parte vendedora confirió en dicho acto el más amplio poder y autorización a la sociedad "Zerodos Investment" para formalizar por sí misma la posposición, consintiendo en el mismo acto la vendedora.

Presentada ante el Registro de la Propiedad de Martorell la escritura notarial con número de protocolo NUM003 , se procedió a su inscripción, quedando inscrito a favor de la mercantil "Zerodos Investment, S.L" el dominio de la finca registral nº NUM000 , no inscribiendo la Condición Resolutoria con conformidad del presentante.

El mismo día, esto es el 28 de enero de 2003 mediante escritura otorgada ante el Notario de Esparraguera, con número de protocolo 252, D. Florian , en nombre y representación de su madre, la Sra. Consuelo , el acusado Sr. Alfredo en nombre y representación de la mercantil "Zerodos Investment, S.L" como propietaria de la finca registra' nº NUM000 y en nombre y representación de la entidad "Serralet 17, S.L" de la que era administrador único, y el acusado D. Melchor , actuando como apoderado de la entidad "Caixa d'Estalvis Laietana" suscribieron escritura de constitución de hipoteca y posposición de condición resolutoria, en virtud de la cual la citada entidad bancaria concedió un préstamo a la mercantil "Zerodos Investment; S.L" por la cantidad de 230.000 euros, fijando la duración del mismo en 31 años, siendo los 12 primeros meses de carencia. Para garantizar la devolución del capital prestado e intereses se constituyó garantía hipotecaria sobre la finca registra' nº NUM000 y afianzamiento por parte de la entidad fiadora la mercantil "Serralet 17, S.L". En el mismo acto, la entidad bancaria y el Sr. Florian acordaron que la condición resolutoria constituida a favor .de la Sra. Consuelo en la escritura de compraventa número NUM003 , se pospusiera automáticamente a la hipoteca constituida a favor de Caixa d'Estalvis Laietana, de forma que ésta última tuviera rango registral preferente al de la condición resolutoria.

El acusado el Sr. Alfredo , como representante de la sociedad "Zerodos Investment, S.L", una vez recibida la cantidad de 230.000 euros en la cuenta de la sociedad, no destinó la misma a la financiación de las obras que tenía que llevar a cabo en la finca que había adquirido de la Sra. Consuelo en virtud de escritura pública de fecha 23 de enero de 2003, a excepción de una mínima cantidad, en todo caso indeterminada, que destinó a la elaboración del proyecto básico y de ejecución para el derribo de la vivienda construida sobre la finca registral nº NUM000 visado el 21 de mayo de 2004 y del proyecto básico de construcción de un edificio plurifamiliar visado en junio de 2003, incumpliendo de este modo lo pactado y concertado con la Sra. Consuelo habida cuenta que, finalmente no llevó a cabo las obras proyectadas, ni tan siquiera el derribo de la edificación existente, ni procedió al pago del precio pactado en la referida escritura Se desconoce cual fue el destino del importe obtenido con el préstamo hipotecario.

En febrero de 2006, el acusado Sr. Alfredo , a través de una empresa de su grupo Adifin S.A" solicitó a TINSA la tasación del solar (finca registral nº NUM000 ) con la finalidad de obtener de Caixa d'Estlavis del Penedés una hipoteca a promotor para llevar a cabo la edificación del inmueble, sin que finalmente le fuese concedida.

La mercantil "Zerodos Investment, S.L" no abonó las cuotas del préstamo hipotecario antes referido, por lo que en febrero de 2005 la entidad prestamista, "Caixa d'Estalvis Laitena", presentó demanda de acción ejecutiva



sobre la finca hipotecada que dio lugar al procedimiento de Ejecución de Títulos no Judiciales registrado con núm. 92/2005-A seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell en el que, tras la celebración de la correspondiente subasta, el 6 de octubre de 2008 se dictó auto adjudicando la finca a favor de la ejecutante, obteniendo la efectiva posesión de la misma el 22 de octubre de 2009.

Las presentes actuaciones se han instruido desde el día 4 de noviembre de 2005 en que se dictó auto de admisión de la querrela, hasta el 3 de febrero de 2017 que finalmente se recibieron en esta Sección de la Audiencia Provincial para su enjuiciamiento, habiéndose producido en su tramitación retrasos y dilaciones, entre otros, el que va desde el auto 29 de marzo de 2006 por el que se denegó el recurso de reforma presentado contra el auto de 24 de enero de 2006 hasta el auto de 14 de marzo de 2007 por el que se rectificó el error material apreciado en la anterior resolución (12 meses); desde ésta última resolución hasta la providencia de 20 de junio de 2008 por la que se acordó la práctica de determinadas diligencias de instrucción (15 meses); desde la testifical practicada el 30 de julio de 2008 hasta el dictado del auto de 4 de diciembre de 2009 (17 meses) y desde la diligencia de 20 de noviembre de 2014 por la que se remitieron las actuaciones para enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal hasta el auto de admisión de pruebas por parte de dicho órgano judicial dictado el 15 de abril de 2016 (17 meses), plazos en las que la causa ha permanecido paralizada, así como diversas incidencias procesales tales como la ocurrida desde que se dictó el inicial auto de Procedimiento Abreviado el 7 de septiembre de 2010 hasta que se tuvo por presentado el escrito de acusación del querellante -17 de mayo de 2012- o desde la remisión de la causa al Juzgado de lo Penal -noviembre de 2014- hasta que el 16 de enero de 2017 se acuerda por dicho órgano judicial la remisión de la causa a esta Audiencia Provincial para su enjuiciamiento, que han motivado que los hechos se hayan enjuiciado más de 12 años después a su incoación».

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Debemos condenar y condenamos a D. Alfredo como autor de un delito de **apropiación indebida** agravado del art. 252 en relación con el , art. 250.1.6 del Código Penal , concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada, a la pena de 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 4 meses y 15 días con una cuota diaria de 6 euros, bajo apercibimiento que en caso de impago total o parcial quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias-no satisfechas; con imposición de la mitad de las costas procesales.

Debemos condenar y condenamos a D. Alfredo a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a D. Florian en la suma defraudada de 276.000 euros más los intereses devengados desde la firma del contrato privado de compraventa hasta su pago, intereses que a partir de sentencia serán los establecidos en el art. 576 de la LECivil .

Debemos absolver y absolvemos a D. Alfredo del delito de estafa agravado del que venía siendo acusado.

Debemos absolver y absolvemos a D. Melchor del delito de estafa agravado del que venía siendo acusado así como a "Caixa d'Estalvis Laietana en su condición de responsable civil subsidiaria; con imposición de la mitad de las costas procesales a la acusación particular.

Notifíquese esta resolución a las partes y hágaseles saber que, contra la misma cabe interponer recurso de casación en el plazo de cinco días hábiles».

**TERCERO.-** Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Alfredo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso interpuesto por D. Alfredo se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Al amparo del art. 849.1º LECRIM , por aplicación **indebida** del artículo 252 del CP .

2º.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECRIM ., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE .

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

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 19 de julio de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** El primer motivo de recurso, invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar **indebida** aplicación del artículo 252 CP, aun cuando, por error mecanográfico, en el enunciado del motivo se menciona el artículo 173.1.

Sostiene el recurrente que la conducta que se le atribuye en el relato de hechos probados no rebasa los linderos del derecho civil, y es inidónea para soportar la tipicidad del delito previsto en el artículo 252 CP por el que se le condenó. Explica que se trata simplemente del impago del precio aplazado en la venta de un inmueble, que se produjo por razones ajenas a su voluntad, ante la imposibilidad de conseguir financiación que le permitiera acometer la construcción pretendida por su parte. No existió voluntad de **apropiación** sino una imposibilidad de cumplimiento de la obligación del pago del precio.

1. La Sala sentenciadora, en síntesis, declaró probado que el acusado Alfredo empresario del sector de la construcción y en su condición de administrador único de la mercantil "Zerodos Investment, SL", el 28 de enero de 2003 compró mediante escritura pública a D. Florian, que actuaba en representación de su madre, la finca inscrita con nº NUM000 en el Registro de la Propiedad de Martorell por importe de 276.000 euros. Cantidad que debía ser satisfecha el 17 de julio del 2005, quedando facultada la parte vendedora a dar por resuelto el contrato en caso de impago de aquella. Presentada ante el Registro de la Propiedad de Martorell la escritura notarial, se procedió a su inscripción, quedando inscrito a favor de la mercantil "Zerodos Investment, S.L." el dominio de la finca registral nº NUM000, no inscribiendo la Condición Resolutoria con conformidad del presentante. (Este contrato fue precedido de otros dos que de carácter privado suscritos entre el acusado y la Sra. Consuelo, propietaria de la finca de fecha el 14 de noviembre de 2002. El primero de ellos fue un contrato de venta futura de la finca por importe de 276.465 euros, cuyo pago se difería al momento de la obtención de la certificación final de la obra, y que quedaba sujeta a una cláusula de reserva de dominio, que el comprador podría inscribir después de las hipotecas al promotor que fueran necesarias para la ejecución total de la obra. El segundo fue de permuta, por el que las partes acordaron que el precio marcado en el anterior se abonaría mediante la transmisión patrimonial de dos dúplex y dos plazas de aparcamiento resultantes de la futura promoción. Contratos éstos que no se elevaron a públicos ni accedieron al registro).

El mismo día el 28 de enero de 2003, también mediante escritura y en nombre y representación de la mercantil "Zerodos Investment, S.L.", el recurrente suscribió con la entidad "Caixa d'Estalvis Laietana" la constitución de hipoteca y posposición de condición resolutoria, en virtud de la cual la citada entidad bancaria concedió un préstamo a la mercantil "Zerodos Investment, S.L." por la cantidad de 230.000 euros. Para garantizar la devolución del capital prestado e intereses se constituyó garantía hipotecaria sobre la citada finca y afianzamiento por parte de la entidad fiadora la mercantil "Serralet 17, S.L.". En el mismo acto, al que también compareció el vendedor de la finca, el Sr. Florian, acordaron que la condición resolutoria se pospusiera automáticamente a la hipoteca constituida a favor de Caixa d'Estalvis Laietana, de forma que ésta última tuviera rango registral preferente a aquella, que no tuvo acceso al registro.

El acusado una vez recibida la cantidad de 230.000 euros en la cuenta de la sociedad, no destinó la misma a la financiación de las obras que tenía que llevar a cabo en la finca, a excepción de una cantidad indeterminada, que empleó en la elaboración del proyecto básico y de ejecución para el derribo de la vivienda construida sobre la finca registral nº NUM000 visado el 21 de mayo de 2004 y del proyecto básico de construcción de un edificio plurifamiliar visado en junio de 2003. No llevó a cabo las obras proyectadas, ni pagó el precio pactado en la referida escritura. Se desconoce cuál fue el destino del importe obtenido con el préstamo hipotecario.

En febrero de 2006 el acusado Sr. Alfredo, a través de una empresa de su grupo "Adifin S.A", solicitó a TINSA la tasación del solar (finca registral nº NUM000) con la finalidad de obtener de Caixa d'Estalvis del Penedés una hipoteca a promotor para llevar a cabo la edificación del inmueble, sin que finalmente le fuese concedida.

El acusado no abonó las cuotas del préstamo hipotecario, por lo que en febrero de 2005 la entidad prestamista, "Caixa d'Estalvis Laietana", presentó demanda de acción ejecutiva sobre la finca hipotecada que dio lugar al procedimiento de Ejecución de Títulos no Judiciales registrado con núm. 92/2005-A seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell en el que, tras la celebración de la correspondiente subasta, el 6 de octubre de 2008 se dictó auto adjudicando la finca a favor de la ejecutante, obteniendo la efectiva posesión de la misma el 22 de octubre de 2009.

Hasta aquí el resumen de hechos, que la Sala sentenciadora consideró constitutivos de un delito de **apropiación indebida**, porque el acusado distrajo el dinero recibido a un destino distinto al pactado. Entiende que los contratos formalizados quedaron desnaturalizados desde el momento en que en la escritura de compraventa, el vendedor perjudicado autorizó expresamente al acusado para constituir hipoteca sobre la finca objeto del contrato, o en su caso sobre el edificio a construir, asumiendo el Sr. Alfredo la obligación de destinar su importe a las obras de edificación. Sobre esa base consintió el vendedor que la hipoteca posterior que se constituyó tuviese rango preferente a la condición resolutoria pactada en escritura de compraventa a su favor,





lo que permitió que el acusado obtuviera una importante cantidad -230.000 euros- que destinó en su mayor parte a fines distintos a los que se había comprometido cual era invertir en la construcción del edificio.

2.- En el esquema normativo vigente a la fecha de los hechos, el delito de **apropiación indebida** aparecía descrito en el artículo 252 CP (hoy 252 y 253) que tipificaba la conducta de los que, en perjuicio de otros, 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 400 euros.

De manera reiterada ha entendido este Tribunal de casación (SSTS 513/2007 de 19 de junio ; 228/2012 de 28 de marzo ; 664/2012 de 12 de julio ; 370/2014 de 9 de mayo ; 588 /2014 de 25 de julio ; 761/2014 de 12 de noviembre , 894/2014 de 22 de diciembre , 41/2015 de 27 de enero o 125/2015 de 21 de mayo ), a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el citado artículo 252 CP , que el mismo sancionaba dos modalidades distintas de **apropiación indebida**: la clásica de **apropiación indebida** de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, ha entendido esta Sala que el delito de **apropiación indebida** requiere que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultara ilegítimo en cuanto que excediera de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; y que como consecuencia de ese acto se causare un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad de recuperación en relación al fin al que iba destinado

La distracción, como modalidad típica a que se refiere el delito de **apropiación indebida** en el artículo 252 CP , no se comete con la desviación 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 (entre otras STS 622/2013 de 9 de julio ). Y como **elementos** de tipo subjetivo requiere que el sujeto conozca que excede sus atribuciones al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como **elemento** específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

3. La primera cuestión que necesitamos depurar del relato de hechos que nos vincula, es la naturaleza del negocio jurídico a consecuencia del cual el acusado, ahora recurrente, accedió al dinero cuya distracción se le atribuye, a fin de determinar si es de los que generaba en él la obligación de entregar, devolver o destinar a un fin concreto; es decir si trata de relaciones jurídicas similares a las que genera el depósito, la comisión a la administración, o si por el contrario, el dinero era suyo.

Los 230.000 euros que se dicen distraídos los recibió en virtud de préstamo hipotecario. Del contrato de préstamo ha señalado esta Sala que, por definición, queda fuera de la órbita de los que son susceptibles de generar un delito de **apropiación indebida**, porque tratándose de dinero u otra cosa fungible, el prestamista transmite la propiedad del prestado, y el prestatario queda obligado a la devolución de otro tanto de la misma especie o cantidad. Es decir, es un título que convierte al receptor en propietario del dinero ( SSTS 737/2016 de 5 de octubre , 701/2017 de 25 de octubre o 222/2018 de 10 de mayo , entre las más recientes). En palabras de la STS 887/2016 de 24 de noviembre «Ni el préstamo ni la compraventa son títulos idóneos para dar vida al delito de **apropiación indebida** por cuanto convierten al receptor en propietario del dinero. Mal puede apropiarse de algo quien ya es su propietario. Nótese por otra parte, y este argumento es secundario, que la modalidad distraer ya no aparece en la formulación típica del art. 253 actual. Y el art. 252 habla de patrimonio ajeno».

De momento nos enfrentamos pues a un importante obstáculo para encajar los hechos en el delito aplicado. No obstante, en relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala también ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto, en el que caben, precisamente por el diseño abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil.

La naturaleza de un contrato o un negocio jurídico viene determinada por sus características intrínsecas y no por el *nomen* que con mayor o menor acierto le asignen los intervinientes. En el derecho privado negocial hay que atender a lo que se ha querido pactar ( art. 1255 C Civil ). El nombre con que se bautiza un negocio puede



ser indicativo u orientativo de esa voluntad, pero nunca es criterio único decisivo ni definitorio. En ocasiones nombre y naturaleza no coinciden. Esta ostenta primacía en el plano jurídico sin duda alguna. Pero en todo caso han de ser títulos traslativos de la posesión, no del dominio. Ese es el denominador común de todos los ejemplos enumerados en el precepto (depósito, comisión, custodia) con el carácter de *numerus apertus* (...o cualquier otro). Solo desde ahí es lícito hablar de **apropiación**. Por eso, muchos otros títulos que producen la obligación de entregar o devolver (singularmente el préstamo) no son idóneos para generar un delito de **apropiación indebida**: porque transmiten el dominio. ( SSTS 222/2018 de 10 de mayo ).

4. En este caso la Sala sentenciadora explica a la hora de valorar la prueba que «la intención de ambas partes contratantes era la adquisición por la empresa del acusado de la finca propiedad de la Sra. Consuelo con la finalidad de derribar la edificación existente y llevar a cabo una nueva construcción, a cambio de entregar a la Sra. Consuelo dos pisos dúplex y dos plazas de aparcamiento como pago del precio, quedándose la empresa del acusado con el resto de la edificación resultante para su posterior venta y comercialización»

En sucesivos fundamentos, tras descartar la existencia de engaño que permitiera la tipificación de los hechos como delito de estafa, alternativa mantenida por la acusación particular hasta el momento de formular sus conclusiones definitivas, explicó «en el presente caso se da el supuesto de **apropiación indebida** ilícita penalmente por distraer lo recibido a un destino distinto al pactado, siendo el bien sobre el que recae dinero. En efecto, en la escritura de compraventa con número de protocolo NUM003 los querellantes autorizaron expresamente al acusado para constituir hipoteca sobre la finca objeto del contrato, o en su caso sobre el edificio a construir, asumiendo el acusado la obligación de destinar su importe a las obras de edificación, consintiendo por ello que la hipoteca posterior que se constituyó tuviese rango preferente a la condición resolutoria pactada en la citada escritura a favor de la querellante, y -ello permitió que el acusado obtuviera una importante cantidad -230.000 euros-que destinó en su mayor parte a fines distintos a los que se había comprometido cual era invertir en la construcción del edificio, cometiendo de esta forma el delito **apropiación indebida** por distracción de dinero».

En un principio, la propietaria de la finca supeditaba el cobro del precio a la realización de la obra, de manera que el contrato privado de compraventa se completaba con el de permuta suscrito, también en documento privado, acto seguido, a la vez que garantizaba su posición de cara a posibles incumplimientos a través de una cláusula de reserva de dominio. Sin embargo, al documentarse en instrumento público la operación no quedó configurada del mismo modo, pues en la correspondiente escritura se autorizó una compraventa por la que se transmitió el dominio por un precio aplazado a fecha determinada, no vinculada ya a la finalización del edificio a construir, y se garantizaba con condición resolutoria. A la vez la vendedora autorizó a la compradora a constituir sobre la finca o el edificio en construcción, con rango preferente a dicha condición, hipoteca para destinar el dinero a la edificación. Y al formalizarse la garantía hipotecaria se pactó la posposición de la condición resolutoria. Y en esta cesión se basa la Sala sentenciadora para asimilar la situación jurídica generada a la de gestión de un patrimonio ajeno, conclusión que resulta demasiado difusa.

A partir de los datos que condensa el *factum* de la resolución recurrida que nos vincula, resulta muy forzado considerar que la vendedora difiriera la administración de su patrimonio a la gestión del comprador-constructor. Su intervención, en los términos en que quedó documentada, no fue la de promotora de la obra que expone su patrimonio supeditándolo al buen fin de aquella. Formalizó una compraventa que se desvinculaba del resultado de la edificación, pues el pago del precio no quedó condicionado a la finalización de aquella. Transmitió la propiedad de la finca, que su nuevo propietario gravó con una hipoteca, consiguiendo de esta manera dinero propio.

Ciertamente la vendedora, al permitir que la condición resolutoria pactada se postpusiera a la hipoteca que se constituyó, renunció a los instrumentos de garantía que reforzaban su posición ante un eventual incumplimiento de sus obligaciones por parte del comprador, quedando de esta manera desprotegida. Y según resulta del clausulado de la escritura de compraventa, lo hizo precisamente para que el adquirente pudiera obtener efectivo con el que financiar la edificación planteada. Y en este aspecto su confianza se vio defraudada, lo que no es bastante para desnaturalizar la esencia de los contratos que se perfeccionaron, hasta el punto de identificar su vínculo jurídico con el comprador- constructor, con uno de los que es idóneo para colmar la tipicidad la **apropiación indebida** por administración desleal del patrimonio ajeno.

El relato de hechos probados de la sentencia recurrida afirma que los 230.000 euros del préstamo hipotecario, no se destinaron a la construcción, aunque sí abonaron con cargo a los mismos «la elaboración del proyecto básico y de ejecución para el derribo de la vivienda construida sobre la finca registral nº NUM000 visado el 21 de mayo de 2004 y del proyecto básico de construcción de un edificio plurifamiliar visado en junio de 2003». No se llevaron a cabo las obras proyectadas, ni tan siquiera el derribo de la edificación existente.



No concreta la sentencia el coste de la edificación que se pretendía acometer, pero todo apunta a que era muy superior a los 230.000 euros recibidos. Incluso en la escritura de venta se aludía, en plural, a las «hipotecas que pudieran constituirse», lo que sugiere que la inicialmente pactada no era suficiente para financiar todo el proyecto. Lo que sí quedó probado, es que «el acusado Sr. Alfredo , a través de una empresa de su grupo Adifin S.A" solicitó a TINSA la tasación del solar (finca registral nº NUM000 ) con la finalidad de obtener de Caixa d'Esstavis del Penedés una hipoteca a promotor para llevar a cabo la edificación del inmueble, sin que finalmente le fuese concedida».

A este respecto, es relevante la argumentación que la Sala sentenciadora esgrimió para descartar la existencia de engaño por parte del acusado que pudiera sustentar el delito de estafa por el que se acusó con carácter principal. Y así explica el fundamento tercero «tras la suscripción de las anteriores escrituras y la concesión del préstamo hipotecario, el acusado encargó y obtuvo el proyecto de derribo del edificio existente y otro correspondiente a la construcción de la nueva edificación, solicitó una primera hipoteca para conseguir la financiación necesaria para iniciar la construcción y al serle denegada la segunda, la hipoteca a promotor por la entidad bancaria, continuo las negociaciones con otras entidades bancarias a fin de obtener la financiación necesaria para continuar con la promoción, existiendo un principio de acuerdo con la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés para lo que llegó a solicitar en el año 2006 una tasación del inmueble a construir, sin embargo, por motivos que no han quedado acreditados, no fue posible obtener la financiación necesaria». Lo que pone de relieve que el dinero que recibió de la primera hipoteca era insuficiente para la obra pretendida, y que el acusado desarrolló esfuerzos encaminados a solventar el déficit de financiación.

Todo ello no excluye que la confianza que los propietarios de la parcela depositaron en él quedara defraudada, pero posiciona la vinculación jurídica entre ambas partes en la que es propia de las formas jurídicas a través de las que se canalizó, inidóneas para sustentar un delito de **apropiación indebida**.

En atención a lo expuesto, el primer motivo de recurso se va a estimar, lo que dará lugar al dictado de una segunda sentencia absolutoria, con la consiguiente estimación del recurso sin necesidad de entrar a conocer del segundo de los motivos planteados.

**SEGUNDO.**- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM , procede declara de oficio las costas de este recurso.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**ESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por D. Alfredo , contra la sentencia de fecha 4 de septiembre de 2017 dictada por la Sección séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona (Rollo PA 7/2017) en causa seguida contra el mismo por un delito de **apropiación indebida** y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

Declarar de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2396/2017

Ponente: Excmo. Sra. D.ª Ana Maria Ferrer Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca



D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 25 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 2396/2017 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por D. Alfredo representado por el procurador D. Rafael Ros Fernández bajo la dirección letrada de D. José María Fuster Fabras Torrellas, contra la sentencia de fecha 4 de septiembre de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Séptima , Rollo PA 7/2017), que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo y que ha sido CASADA y ANULADA por la dictada el día de la fecha, por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**UNICO.-** Se reproducen e integran esta sentencia los de la sentencia de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**UNICO.-** De conformidad con lo expuesto en la sentencia que antecede, los hechos que la Sala de instancia declaró probados, ni colman los presupuestos de tipicidad del delito de **apropiación indebida** en que se incardinaron los mismos, por lo que procede dictar sentencia absolutoria, con la consiguiente declaración de oficio de las costas de la primera instancia.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido ABSOLVER a D. Alfredo del delito de **apropiación indebida** por el que fue condenado en sentencia de fecha 4 de septiembre de 2017 dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el PA 7/2017-K procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Martorell, declarando de oficio las costas de la primera instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia