

Roj: **STS 75/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:75**Id Cendoj: **28079120012019100020**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/01/2019**Nº de Recurso: **2927/2017**Nº de Resolución: **718/2018**Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 2927/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 718/2018**

Excmos. Sres.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Luciano Varela Castro

D. Andres Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 17 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 2927/2017 interpuesto por Samuel , representado por el procurador D. Antonio Martínez de la Casa Rodríguez bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier de Urquía Peña, contra la sentencia dictada el 13 de octubre de 2017 por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección Tercera, en el Rollo de Sala n.º 62/2016, en el que se condenó al recurrente como autor directo y responsable de un delito de apropiación indebida, del artículo 252 del Código Penal, en su redacción anterior a la LO 1/2015, en relación con el 250.1.5.º del mismo texto legal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, y Vanesa , Valeriano e Victoriano (acusación particular), representados por la procuradora doña Victoria Carlota Terceño Jiménez bajo la dirección letrada de don Álvaro Sánchez Pego Lamelas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 2 de los de Santander incoó Procedimiento Abreviado n.º 2937/2015 por delito de estafa y apropiación indebida, contra Samuel , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección Tercera. Incoado el Rollo de Sala n.º 62/2016, con fecha 13 de octubre de 2017 dictó sentencia n.º 354/2017 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **ÚNICO.-** Ha resultado probado y así se declara que: **DON Samuel** , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, siendo amigo de **DON Victoriano** , y conociendo que tenía cierta capacidad económica, le



invitó a participar en un proyecto de construcción de dieciséis viviendas sobre un terreno sito en la localidad alicantina de Sanet y Negrals prometiéndole cuantiosos beneficios.

DON Samuel presentó a DON Victoriano un proyecto básico de las viviendas proyectadas realizado por el despacho de arquitectos de don Imanol, de su coste de construcción, del precio de venta, así como un contrato de "promesa de compraventa" de los propietarios del terreno sobre el que iba a llevarse a cabo la promoción a favor de la empresa "Lacomba Blasco S. L." que don Imanol gestionaba.

En este contrato de opción de compraventa del terreno sobre el que se iban a construir las viviendas se especificaba expresamente el precio por importe de 180.000 euros así como que la compraventa debía de formalizarse "antes del día 28 de febrero de 2007".

DON Victoriano, convencido de las bondades del proyecto, invitó a sus padres, DON Valeriano; y, DOÑA Vanesa para trasladarse hasta Valencia, hablar con el acusado DON Samuel y su socio don Imanol, ya fallecido, de los detalles de la inversión que iban a realizar y ver el terreno donde se pensaba construir las viviendas, de tal forma que, finalmente decidieron participar DON Victoriano; DON Valeriano; Y, DOÑA Vanesa en la seguridad y confianza de la inversión.

Para la ejecución del citado proyecto decidieron constituir una sociedad, denominada "Ijuna Promotora S. L." el día 29 de enero de 2007 formada por la mercantil "Bojin Gestión S. L." con un 51% de las participaciones sociales y por don Victoriano y sus padres con un 49%, en la que figuraba como Administrador único el acusado **DON Samuel**, y que tenía como único objeto social la construcción de las viviendas proyectadas en el terreno señalado.

Seguidamente, el 30 de enero de 2007, se formalizó mediante contrato de préstamo, la aportación de los querellantes DON Victoriano; DON Valeriano; Y, DOÑA Vanesa a la sociedad "Ijuna Promotora S. L.", por el que éstos prestarían a la sociedad la cantidad de 300.000 euros para destinarla a los gastos concretos y específicos que eran necesarios para la adquisición del terreno y construcción de las viviendas. En dicho contrato consta que **DON Victoriano; DON Valeriano; Y, DOÑA Vanesa** han entregado ya a la sociedad la cantidad de 95.800 euros.

Dicha cantidad total 95.800 euros fue entregada mediante dos ingresos efectuados por **DON Victoriano** con fechas 15 y 20 de diciembre de 2006 por importes respectivos de 54.400 euros y de 41.400 euros en la cuenta de Lacomba Blasco, S.L. ya que todavía no se encontraba constituida la sociedad "Ijuna Promotora, S. L."

Dicho préstamo debía ser devuelto en el plazo de tres años que se calculaba para la obtención de ganancias en la promoción.

En cumplimiento de dicho compromiso **DON Victoriano; DON Valeriano; Y, Vanesa** hicieron los siguientes ingresos bancarios:

- 1.º) el día 17 de enero de 2007 don Victoriano ingresó la cantidad de 8.575; euros; en la; cuenta de "Ijuna Promotora, S.L."
- 2.º) el día 17 de enero de 2007 don Valeriano ingresó la cantidad de 4.270 euros en la cuenta de "Ijuna Promotora,S. L."
- 3.º) el día 17 de enero de 2007 doña Vanesa ingresó la cantidad de 4.305 euros en la cuenta de "Ijuna Promotora, S.L."
- 4.º) el día 24 de mayo de 2007 don Victoriano ingresó la cantidad de 23.000 euros en la cuenta de "Ijuna Promotora, S. L."
- 5.º) el día 25 de julio de 2007 don Victoriano ingresó la cantidad de 12.000 euros en la cuenta de "Ijuna Promotora, S. L."
- 6.º) el día 17 de diciembre de 2007 don Victoriano ingresó la cantidad de 12.000 euros en la cuenta de "Ijuna Promotora, S. L."
- 7.º) el día 18 de diciembre de 2007 don Victoriano ingresó la cantidad de 12.000 euros en la cuenta de "Ijuna Promotora, S. L."
- 8.º) el día 23 de abril de 2007 don Valeriano y doña Vanesa ingresaron la cantidad de 23.000 euros en la cuenta de "MATIBE INVERSIONES, S. L.", número CCM NUM000, haciendo constar en el resguardo de adeudo por transferencia como beneficiario " Valeriano ".



9.º) el día 6 de julio de 2007 don Valeriano y doña Vanesa ingresaron la cantidad de 25.000 euros en la cuenta de "MATIBE INVERSIONES, S. L.", número CCM NUM000 , haciendo constar en el resguardo de adeudo por transferencia como beneficiario "IGUNA S. L."

10.º) el día 16 de diciembre de 2007 don Valeriano y doña Vanesa ingresaron la cantidad de 12.500 euros en la cuenta de "MATIBE INVERSIONES, S. L.", número CCM NUM000 , haciendo constar en el resguardo de adeudo por transferencia como beneficiario "IJUNA S. L."

La cantidad total ingresada por DON Victoriano ; DON Valeriano ; Y, DOÑA Vanesa en las citadas cuentas de "Ijuna Promotora, S. L." y de "MATIBE INVERSIONES, S. L." asciende a **136.650 euros**.

DON Samuel fue designado en la Escritura pública de constitución de la sociedad "MATIBE INVERSIONES, S. L." de fecha 12 de julio de 2006, Administrador único de la misma. Cargo que aceptó según consta en la misma Escritura pública.

Pasado el plazo previsto para la ejecución, DON Victoriano ; DON Valeriano ; Y, DOÑA Vanesa preguntaron seriamente por la promoción, obteniendo largas y excusas del acusado, hasta que se personaron en el lugar en donde se iban a construir las viviendas, en el año 2011, comprobando que **DON Samuel** no había efectuado las gestiones tendentes al buen fin del proyecto, ni siquiera había comprado el solar y había dejado caducar la licencia municipal obtenida en abril de 2007 y que el Ayuntamiento había declarado caducada con fecha 27 de julio de 2011 "por el transcurso del tiempo legalmente establecido sin haberse iniciado las obras".

En definitiva, el acusado no empleó la cantidad recibida a favor de la sociedad "Ijuna Promotora, S. L." de **232.450 euros** para el fin al que iba destinada, es decir, para la ejecución del proyecto de construcción de dieciséis viviendas en la localidad alicantina de Sanet y Negrals."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" **FALLAMOS**

Que debemos condenar y condenamos a DON Samuel , como autor directo y responsable de un **delito de apropiación indebida**, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de:

1.º) **DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN.**

2.º) **OCHO MESES DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS.**

3.º) Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil indemnizará a los perjudicados DON Victoriano ; DON Valeriano ; Y, DOÑA Vanesa , en la cantidad de **232.450 euros** más los intereses legales correspondientes, así como al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

Asimismo, debemos absolver y absolvemos a DON Samuel , del delito de estafa del artículo 248 del Código Penal.

Esta Sentencia no es firme. Contra la misma puede prepararse *recurso de casación* ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo dentro de los CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación de la Sentencia."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Samuel , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formalizado por Samuel , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero y segundo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos demostrativos de la equivocación del juzgador, en relación con el artículo 252 del Código Penal (en su redacción inmediatamente anterior a la reforma operada por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal).

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la acusación particular en escrito de 2 de febrero de 2018 y el Ministerio Fiscal, en el de 2 de febrero de 2018, solicitaron la inadmisión e impugnaron de fondo los motivos del recurso e interesaron su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 20 de diciembre de 2018 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, en su Rollo de Sala 62/2016, procedente del Procedimiento Abreviado 2937/2015, de los del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Santander, dictó sentencia el 13 de octubre de 2017, en la que condenó a Samuel, como autor criminalmente responsable de un delito de apropiación indebida de los artículos 252 del Código Penal, en su redacción anterior a la LO 1/2015, en relación con el artículo 250.1.5 del mismo texto legal, imponiéndole la pena de prisión por tiempo de dos años y seis meses, así como una pena de multa por tiempo de ocho meses y en cuota diaria de seis euros.

1. El recurso interpuesto por el condenado descansa en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos demostrativos de la equivocación del juzgador, indicándose que se formula en relación con el artículo 252 del Código Penal, en su redacción inmediatamente anterior a la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal.

En él, el recurrente sostiene que la Sala de instancia no ha sabido apreciar la realidad contractual subyacente. Afirma que la documentación presentada en el procedimiento permite observar que, aunque el acusado figuraba como el legal representante de entidad " *Ijuna Promotora SL*", que se constituyó para la ejecución de un proyecto de construcción de 16 viviendas en la localidad alicantina de Sanet y Negrals, no era en realidad el administrador de la entidad, sino que era un mero testaferro. Expresa que el acusado carecía de verdadero poder de disposición del dinero aportado por los querellantes y por cuya apropiación viene condenado. Indica además, que la sentencia considera que tuvo la disponibilidad de los 232.450 euros aportados por los perjudicados, aun cuando el relato fáctico de la sentencia expresa que a las cuentas de la entidad sólo llegaron aportaciones por importe de 136.650 euros. Concluye que no se ha acreditado que el recurrente se beneficiara de las aportaciones económicas de los querellantes, más allá de los 12.000 euros que se aceptaron como importe de su sueldo para el primer año de operatividad de la empresa. Y como justificación de su alegato, invoca dos documentos obrantes en las actuaciones. De un lado, reseña que el acta de la junta general de accionistas que se celebró el mismo día en que se constituyó la sociedad " *Ijuna Promotora SL*", recoge en su redactado que todos los pagos de la entidad deberían realizarse mediante pagarés firmados mancomunadamente por Imanol y el propio recurrente, además de recoger que la sociedad *Botín Gestión SL* (que detentaba el 51% de las participaciones de la constructora), sería la entidad gestora encargada de procurar el cumplimiento del objeto social. De otro lado, destaca que esa mecánica de actuación se recoge en el segundo de los documentos que invoca y que se firmó al día siguiente de la constitución de la empresa, concretamente el 30 de enero de 2007, entre los querellantes Victoriano, Vanesa e Valeriano (actuando estos en su propio nombre y en calidad de prestamistas), y el acusado Samuel, en representación de la mercantil *Ijuna Promotora SL* en condición de prestataria.

2. El segundo motivo se formula al amparo del mismo precepto 849.2 de la LECRIM, también por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos demostrativos de la equivocación del juzgador, en relación con el artículo 252 del Código Penal

El alegato que le hace referencia expresa que la prueba practicada no evidencia que el acusado aplicara en su propio beneficio el dinero que la constructora recibió de los querellantes. Argumenta que parte de la cantidad que entregaron los inversores, concretamente 95.800 euros, lo hicieron en una cuenta bancaria cuyo titular era la entidad *Lacomba Blasco SL*, propiedad del fallecido Imanol, y que esos fondos nunca llegaron a la cuenta abierta por la constructora *Ijuna*. En cuanto al resto de cantidades que sí se ingresaron en la cuenta bancaria de esta última mercantil, aduce que nunca las aplicó en beneficio propio, y que hay constancia de que se destinaron a pagar numerosos gastos de la sociedad hasta que se agotaron. En apoyo de sus alegatos, el recurso invoca no sólo las facturas y los extractos bancarios que se aportaron con la querrela y que sirvieron de base de análisis para la prueba pericial (f. 89 a 145), además de los documentos suministrados por la entidad *Liberbank*, sino los informes de ampliación de los dictámenes periciales de la defensa (de fecha 8 de marzo de 2017) y de la acusación particular (aportado con ocasión de la vista oral).

3. Los motivos casacionales formulados utilizan la vía del art. 849.2 de la LECRIM. Es evidente que su cauce formal no guarda relación con su contenido. Dada la argumentación y el desarrollo de las alegaciones, en las que se cuestiona la acreditación de los distintos elementos del tipo penal aplicado, no sólo sirviéndose para ello de una reevaluación de la fuerza incriminatoria de toda la prueba documental que se ha presentado en el procedimiento, sino combinándose su análisis con el contenido de la prueba pericial y con las divergentes tesis mantenidas por las partes, puede concluirse, desde una panorámica abierta al global de su exposición y que supere los formalismos que condicionan injustificadamente el derecho a la tutela judicial efectiva, que lo que el recurso suscita es si la responsabilidad que se le atribuye descansa en una prueba que muestre con solidez lo realmente acontecido y cuál fue la participación del recurrente en los hechos. Esa, y ninguna otra,



es la pretensión del recurso, que no se acompaña de ningún otro argumento que pueda sustentar la casación que se impetra.

SEGUNDO.- Tiene declarado la Jurisprudencia de esta Sala que cuando se trata de dinero, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) Que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o por cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca la consiguiente 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 recibido, que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de este acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual normalmente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades de actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada (SSTS 841/06, de 17 de julio; 707/12, de 20 de septiembre o 648/13, de 18 de julio, entre muchas otras).

Hemos dicho también, en indicación de cuáles son los títulos de posesión de los bienes o capitales que pueden configurar el delito de apropiación indebida, que la no devolución de un préstamo recibido comporta un incumplimiento de una obligación contractual, que aunque pudiera integrar una estafa si la subscripción del préstamo iba precedida del engaño de hacer creer falsalmente al prestamista que se devolvería el objeto del préstamo (lo que en este procedimiento es excluido por el Tribunal de instancia), en ningún caso puede determinar un delito de apropiación indebida de lo ajeno. Como describe nuestra jurisprudencia, los títulos a que se refiere la apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal (252 a la fecha en la que los hechos tuvieron lugar), tienen en común el transferir la posesión de la cosa, pero no su propiedad y, por lo tanto, quedan excluidos del ámbito del tipo delictivo los contratos en los que se adquiere el dominio por parte del que recibe el dinero (STS de 29 de junio de 2009), siendo uno de esos casos el del prestatario, que adquiere propiedad y disponibilidad del dinero recibido por efecto del propio título contractual (SSTS de 26 de abril de 2010 o de 16 de mayo de 2012).

Por último, cuando, como en este caso, la recepción del dinero responde a la gestión profesional de un determinado patrimonio, nuestra jurisprudencia venía sosteniendo, en la interpretación del que era el artículo 252 del CP aplicado al recurrente, que la distracción se entendía como una disposición del dinero más allá de lo que autoriza el título de recepción y con vocación definitiva. Se mostraba así la "distracción" como una especie de gestión desleal, pero que se configuraba por excederse de lo que permite el título de recepción (STS 162/2013, de 21 de febrero o 338/2014, de 15 de abril) y por su vocación de que la apropiación fuera permanente (SSTS 622/13, de 9 de julio o 691/14, de 23 de octubre), sin que debiera confundirse con la administración desleal del artículo 295 del Código Penal entonces vigente, que entrañaba un abuso por los administradores (no una transgresión) de las funciones propias de su cargo.

TERCERO.- Lo expuesto muestra la insuficiente actividad probatoria en orden acreditar los elementos en los que debería descansar cualquier declaración de responsabilidad por este delito.

La sentencia de instancia declara probado que el acusado convenció a Victoriano y a sus padres: Vanesa e Valeriano , para abordar de manera conjunta un proyecto de promoción inmobiliaria e indica que: "*Para la ejecución del citado proyecto decidieron constituir una sociedad, denominada "Ijuna Promotora S. L." el día 29 de enero de 2007, formada por la mercantil "Bojin Gestión S. L." con un 51% de las participaciones sociales, y por don Victoriano y sus padres con un 49%, en la que figuraba como Administrador único el acusado DON Samuel , y que tenía como único objeto social la construcción de las viviendas proyectadas en el terreno señalado.*

Seguidamente, el 30 de enero de 2007, se formalizó mediante contrato de préstamo, la aportación de los querellantes DON Victoriano ; DON Valeriano ; Y, DOÑA Vanesa a la sociedad "Ijuna Promotora S. L.", por el que éstos prestarían a la sociedad la cantidad de 300.000 euros para destinarla a los gastos concretos y específicos que eran necesarios para la adquisición del terreno y construcción de las viviendas. En dicho contrato consta que DON Victoriano ; DON Valeriano ; Y, DOÑA Vanesa han entregado ya a la sociedad la cantidad de 95.800 euros".

La afirmación de que el préstamo que se concedía estaba necesariamente afecto a sufragar los gastos para la adquisición del terreno y para la construcción de las viviendas, la extrae el Tribunal únicamente del contrato de préstamo firmado el 30 de enero de 2007, si bien atribuyendo fuerza de pacto o convenio a lo que no era sino el fundamento subjetivo que llevó al prestatario a la celebración del contrato, es decir, por más que el motivo se recogiera en el redactado del convenio, carecía de virtualidad respecto a lo esencial del contrato.

La jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo se ha mantenido reiterada en que la causa de lo contratos, como elemento esencial del negocio jurídico, es un concepto objetivo, esto es, el fin que se persigue en cada contrato o, lo que es lo mismo, la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato, que es



determinante de su realización y de que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico. Esta causa es algo ajeno al móvil subjetivo, que es el que impulsa a cada una de las partes en concreto a su celebración, y que se caracteriza por ser una realidad extranegocial, salvo en aquellas ocasiones en las que las partes lo incorporen al negocio jurídico como una cláusula o como una condición (SSTS 1 abril de 1998 o 1222/2004 de 17 de diciembre, entre otras).

En el caso presente, el contrato de préstamo que se firmó describe las necesidades de financiación de la entidad recientemente constituida *Ijuna Promotores SL*, precisando incluso la necesidad de un aporte dinerario de 300.000 euros para poder iniciar su actividad social y evitar los elevados costes financieros que supondría acudir a esa capitalización inicial por otros medios. Nada más se indica en el contrato sobre sus precedentes, describiéndose, de este modo, una motivación subjetiva de financiación para sufragar gastos inminentes y por la que se planteó la posibilidad de que Victoriano , Vanesa e Valeriano , aportaran esa cantidad a la empresa en concepto de préstamo, lo que aceptaron pactando expresamente y únicamente: 1) La entrega a la sociedad prestataria de la cantidad de 300.000 euros, 2) Que la devolución del capital prestado se verificaría en el plazo de 3 años a contar desde la fecha de la transferencia bancaria y 3) Que cumplido ese plazo, se iniciaría la obligación de la parte prestataria de devolver tal cantidad, lo que debería hacer dentro del año inmediatamente siguiente.

La exteriorización en el contrato de la razón subjetiva que impulsó a la entidad a petitionar el préstamo, ni puede ser entendida como una modificación de la naturaleza del contrato que se suscribía, al no justificarse que respondiera a una obligación de aportación de capital que afectara al conjunto de los socios, ni se introdujo en el contrato de préstamo como una cláusula o condición que regulara los términos de su cumplimiento. De este modo, el contrato no supuso que la entidad prestataria recibiera el dominio de los capitales condicionado a que los aplicara en una exclusiva finalidad y de una manera concreta, sino que los recibió con el mismo pleno dominio con que los hubiera adquirido de haberse recurrido al sistema de financiación bancaria que se desdeñaba por su elevado coste.

CUARTO.- En todo caso, y aun cuando la aportación dineraria hubiera quedado sujeta a que el importe del préstamo se aplicara exclusivamente en las iniciativas empresariales más directamente vinculadas con el proyecto inmobiliario que pretendía abordarse, tal y como concluye la sentencia de instancia, tampoco existe material probatorio que permita extraer la concurrencia del resto de elementos del tipo penal.

1. Como se ha indicado, el delito de apropiación indebida exige que el autor disponga del dinero recibido, excediéndose de las facultades conferidas por el título de recepción y dándole un destino definitivo distinto del acordado. La sentencia de instancia concluye que el acusado aplicó los fondos a propósitos distintos de los convenidos, asentando su conclusión en un juicio de presunción o de inferencia que se muestra inaceptablemente abierto e impreciso en orden a tener por enervado el principio de presunción de inocencia.

La resolución que se combate concluye que, por no haberse cumplido el proyecto de construcción inicialmente previsto, se han distraído los 232.450 euros que -según la sentencia- aportaron los socios prestamistas. Concretamente, en su primer fundamento jurídico expresa que los hechos " *son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 252 en relación con el artículo 250.1.5ª del Código Penal vigente en el momento de los hechos, al haber recibido el acusado las cantidades abonadas por los querellantes Don Victoriano ; Don Valeriano y Doña. Vanesa con el fin concreto y específico de destinarlas a desarrollar un proyecto de construcción de dieciséis viviendas en la localidad alicantina de Sanet y Negrals y no haber cumplido en modo alguno dicho proyecto. En definitiva, el acusado ha distraído la cantidad total de 232.450 euros disponiendo de ella más allá de lo que le autorizaba el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto en aquel, y, todo ello con vocación definitiva*". E incluso parece expresar que la responsabilidad por el delito de apropiación indebida puede asentarse en que determinados gastos directamente vinculados al proyecto empresarial, por más que fueran gastos realmente abordados, resultaron inútiles para el buen fin del proyecto. Concretamente, el fundamento segundo de la resolución reconoce diversos pagos hechos con cargo a la cuenta societaria, por un importe total de 92.560,81 euros, de los que se dice: " *Gastos todos ellos que han resultado inútiles. Buen ejemplo de la inutilidad de estos gastos y de la ausencia más absoluta de actividad tendente al buen fin del proyecto queda reflejado en el pago de la Licencia del Ayuntamiento de Sanet y Negrals por 34.848 euros en fecha 9 de julio de 2007 cuando ya había transcurrido con fecha 28 de febrero de 2007 el plazo para hacer efectivo el contrato de opción de compra antes citado y la ausencia de negociación alguna para, en su caso, prorrogar la vigencia de la opción de compra del terreno en el supuesto de que hubieran surgido problemas imprevistos. Tampoco consta que hiciera algún requerimiento a los querellantes o a los demás participantes en el proyecto para que aportaran las cantidades necesarias para el buen fin del negocio. En realidad no consta gestión útil alguna*".

Debe significarse que no se ha acreditado que la financiación de la empresa tuviera que surgir de aportaciones que fueran obligatorias para todos los socios y, aunque fuera así, es evidente que la no reclamación de esas



contribuciones por el representante legal de la empresa, es una omisión irrelevante en orden a consumir el delito de apropiación indebida. En todo caso, más allá de ello, lo verdaderamente relevante es apreciar si la sentencia condenatoria impugnada extrae su conclusión apropiatoria de un material probatorio sólido.

2. La sentencia describe que los querellantes, en satisfacción del préstamo de 300.000 euros que otorgaron a la entidad " *Ijuna Promotora SL*", transfirieron directamente la cantidad de 95.800 euros a una cuenta bancaria titularidad de la entidad " *Lacomba Blasco SL*". Expresa que se procedió de este modo, porque a la fecha de realización de la transferencia todavía no se había constituido la sociedad " *Ijuna Promotora SL*". Sin embargo, aun siendo eso así, carece de fundamento probatorio que se atribuya al acusado la apropiación de ese nominal cuando, ni el relato de hechos probados, ni la fundamentación jurídica de la resolución, hacen ninguna referencia a si Samuel tenía alguna vinculación con la entidad *Lacomba Blasco SL* (que se dice era gestionada del fallecido Imanol), omitiendo incluso expresar si verdaderamente se ha dispuesto de ese dinero transferido y, en tal coyuntura, qué destino pudo tener, quien gestionó esos supuestos movimientos de capital o, siquiera, si el acusado tenía autorización para disponer de los fondos ingresados en dicha cuenta bancaria.

Respecto al resto del dinero aportado por los querellantes, concretamente 136.650 euros, la sentencia expresa que 92.560,81 euros se emplearon en diferentes pagos vinculados al proyecto de construcción. Concretamente expresa que se abonaron 12.000 euros al acusado en pago de sus honorarios, tal y como se había aprobado por la propia Junta General de Socios. Otros 4.033,51 euros se destinaron a pagar débitos a la Seguridad Social. Se pagaron 34.848 euros por la licencia del Ayuntamiento, 2.430 euros en impuestos, además de diversos pagos por asesoramiento legal, tasación, gastos financieros y transferencias a la entidad *Bojin Gestión S. L*, Jose Ignacio e Imanol. Unos pagos que quedan por ello claramente fuera del reproche penal relativo a la apropiación del dinero por el acusado, por más que su inútil desembolso respecto a la consecución de la obra, muestre lo desacertado del proyecto e inversión, o que fuera equivocada la elección de los encargados de perseguir el éxito empresarial.

Respecto del resto del dinero aportado, concretamente los 44.089,19 euros restantes, nada se dice en la resolución. No obstante, la prueba documental aportada refleja que se gastaron en muy diversos conceptos, sin que se describa en la resolución cual era la procedencia o la naturaleza de las operaciones que determinaron esos abonos en cuenta o los traspasos dinerarios que se hicieron hasta consumir la totalidad de la cantidad aportada por los querellantes. Como tampoco consta si las transferencias o domiciliaciones fueron ordenadas por el acusado, o ni siquiera si el acusado era para la entidad bancaria depositaria la única persona que estaba autorizada para ordenar la domiciliación bancaria de los pagos efectuados o el único sujeto que contaba con firma reconocida para ordenar algunas de las transferencias que se hicieron.

Los motivos deben ser estimados

QUINTO.- Estimándose el recurso de casación, procede declarar de oficio el pago de las costas procesales (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1. ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Samuel contra la sentencia dictada el 13 de octubre de 2017 por la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santander, en su Rollo de Sala nº 62/2016, procedente del Procedimiento Abreviado 2937/2015 de los del Juzgado de Instrucción n.º 2 de esa capital, y en su virtud casar y anular el pronunciamiento por el que se condena del recurrente como autor de un delito de apropiación indebida, así como los pronunciamientos que sobre responsabilidad civil y pago de las costas procesales causadas, derivaban de dicha condena.

2. DECLARAR de oficio las costas recaídas en este recurso.

Comuníquese esta sentencia y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2927/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Luciano Varela Castro

D. Andres Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 17 de enero de 2019.

Esta sala ha visto la causa Rollo de Sala n.º 62/2016, seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 2937/2015, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 2, de los de Santander, por delito de estafa y apropiación indebida, contra **Samuel**, con DNI n.º NUM001, nacido en Soria el NUM002 de 1969, hijo de Pedro Enrique y de Regina, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 13 de octubre de 2017, que ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia rescindente estimó los motivos primero y segundo del recurso interpuesto por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos demostrativos de la equivocación del juzgador, declarando procedente anular el pronunciamiento de condena a Samuel. De conformidad con lo expresado en la sentencia rescindente, procede absolverle del delito de apropiación indebida del que venía acusado.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **ABSOLVER** a Samuel del delito de apropiación indebida, anulando los pronunciamientos que, sobre responsabilidad civil y pago de las costas procesales causadas, derivaban de su condena.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco

Pablo Llarena Conde Eduardo de Porres Ortiz de Urbina