



Roj: **STS 1104/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1104**

Id Cendoj: **28079120012022100272**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2022**

Nº de Recurso: **3025/2020**

Nº de Resolución: **280/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. **280/2022**

Fecha de **sentencia**: 23/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3025/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial Barcelona. Sección Novena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3025/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. **280/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 23 de marzo de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 3025/2020, interpuesto por D^a. **María Consuelo**, representada por la procuradora D^a. Paula Carrillo Sánchez, bajo la dirección letrada de D^a. Amaya Matías Clave, contra la **sentencia** dictada el 21 de noviembre de 2019 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como **parterecurrida** (acusación particular) D. Ricardo y la mercantil **Mensajeros Moto Sprint, SA**, ambos representados por el procurador D. Antonio Sorribes Calle, bajo la dirección letrada de D. Josep Boada Batallla.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Terrassa instruyó Diligencias Previas número 1852/2015, por delito de apropiación indebida, contra María Consuelo; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya sección novena (Rollo P.A. núm. 100/18) dictó **Sentencia** en fecha 21 de noviembre de 2019 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"ÚNICO.- Resulta probado y así terminantemente se declara que la acusada, María Consuelo, mayor de edad, con DNI NUM000, y sin antecedentes penales, siendo administradora única de la mercantil BARBERANUS XXI S.L, en fecha 18 de enero de 2008, recibió por parte de la empresa, MENSAJEROS MOTO SPRINT S A y el Sr. Ricardo, como administrador de dicha mercantil, la cantidad de 101.288,87 €, como consecuencia de la **ejecución provisional** (procedimiento de **ejecución** de títulos judiciales 822/2008) de la **sentencia** condenatoria dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Terrassa en el seno del procedimiento ordinario 1208/2007, **Sentencia**, que en fecha 5 de mayo de 2009, fue revocada por la sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona y confirmada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por **sentencia** de 10 de octubre de 2012.

Así, en fecha 3.1 de enero de 2012, se dictó Decreto por parte del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Terrassa, en el procedimiento de **ejecución** de títulos judiciales 822/2008, en el que se dispone que la acusada devuelva la cantidad de 101.288,87 € más los intereses legalmente previstos.

Sin embargo, la acusada, con ánimo de enriquecimiento ilícito, ha mantenido la referida cantidad en su patrimonio, sin proceder a su devolución. El perjudicado reclama la devolución de la suma que entregó en méritos de la aludida **ejecución provisional**."

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

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada, María Consuelo, mayor de edad, ya circunstanciada, como responsable criminalmente, en concepto de autora, de UN DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA, tipificado en el art. 252 en relación con el Art. 250.5 del C.Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena y MULTA DE NUEVE MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE 4 EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de multa por cada dos cuotas no satisfechas; y a que abone las costas procesales devengadas en el presente Juicio, con inclusión de las correspondientes a la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil, la Sra. María Consuelo y la compañía mercantil "BARBERANUS XXI S.L.", deberán indemnizar a "MENSAJEROS MOTO PRINT S.L. y al sr. Ricardo, como administrador de la citada mercantil, en la cantidad de 101.288.87 €. Dicha cantidad deberá ser incrementada según lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que contra la misma podrán interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma dentro del plazo de cinco días."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D^a. María Consuelo, 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la parte recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente **motivo de casación**:

Motivo primero y único.- Amparado en el artículo 849.1º de la LECrim por infracción de ley al haberse aplicado indebidamente el artículo 252, en relación con el artículo 250.5, del Código Penal, teniendo la cuestión interés



casacional por oponerse la **sentencia** recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo, así como ser contradictoria con la jurisprudencia de otras secciones de la propia Audiencia Provincial de Barcelona.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida solicita la inadmisión y subsidiariamente su desestimación. El Ministerio Fiscal apoya el motivo solicitando la admisión del recurso. La Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 22 de marzo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM : INDEBIDA APLICACIÓN DEL TIPO DEL ARTÍCULO 252 CP (TEXTO DE 1995)

1. Mediante un articulado discurso argumental, se combate el fundamento normativo de la condena de instancia. Para el recurrente, los hechos que se declaran probados en modo alguno permiten identificar tipicidad. El juicio de subsunción constituye un claro apartamiento de la doctrina de esta sala de casación que excluye el delito de apropiación indebida aquellos supuestos en los que la entrega del dinero trae causa de la **ejecución provisional** de una **sentencia**. La **ejecución** es un verdadero pago, no un depósito, comisión o administración. La recepción no viene condicionada por una obligación coetánea de devolución o de imputación a un destino determinado. Esta nace, solo, cuando la **sentencia**, en su caso, es revocada.

2. El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe prosperar. La infracción de ley, como específico motivo casacional, obliga a partir de los hechos declarados probados en la **sentencia** recurrida. Estos delimitan el campo de juego en el que puede operar el motivo. Constituyen, a la postre, el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso. Y, en efecto, como justificaremos a continuación, los fijados en la **sentencia** de instancia no soportan el juicio de tipicidad combatido.

La sala de instancia califica la conducta descrita atribuyendo al título por el que la recurrente recibió el dinero una naturaleza jurídica que no le corresponde, equiparándolo, mediante fórmulas de interpretación extensiva, a aquellos que generan la obligación cuyo incumplimiento se protege penalmente.

3. El núcleo de la tipicidad en el delito de apropiación indebida no reside en el incumplimiento de cualquier obligación de reintegro de una cosa o una cantidad de dinero previamente recibida. El tipo protege solo frente al incumplimiento de aquellas obligaciones que vienen amparadas por un título contractual que excluye, precisamente, que mediante la previa entrega de la cosa o el dinero el receptor devenga en titular o, deviniendo, obligue, sin embargo, a darles un determinado destino. La antijuricidad específicamente penal reside, insistimos, en el aprovechamiento, para hacerse dueño, del contrato que permite solo el acceso a la posesión de la cosa -apropiación en sentido estricto-, o del que impone dar al bien un determinado destino -distracción-.

La barrera de la estricta tipicidad resulta decisiva para evitar la criminalización de cualquier incumplimiento de la obligación de devolución que acompaña a un buen número de contratos en caso de incumplimiento. El régimen de la resolución de las obligaciones contractuales sinalagmáticas mediante las que se transmiten bienes, previsto en el artículo 1124 CC, comporta, cuando algunas de las obligaciones hubieran sido ejecutadas, el deber de cada una de las partes de reintegrar o restituir a la otra tales prestaciones. Dicho deber se refiere, por regla general, a los mismos bienes que hubieran sido objeto de prestación sin perjuicio de que cuando resulte imposible dicha restitución específica o "*in natura*" deba sustituirse por el equivalente pecuniario.

No cabe duda que en estos supuestos el incumplimiento del deber de devolución por el adquirente incumplidor supone una grave lesión del sinalagma contractual pactado que obligará al acreedor, en muchos casos, a acudir a los tribunales para exigirlo u obtener la compensación que corresponda. Pero es obvio también que en estos casos el mero incumplimiento de dicha obligación de devolución carece de relevancia penal y que son únicamente los instrumentos jurídico- civiles dispuestos en la Ley -medidas cautelares, acciones indemnizatorias, responsabilidad universal, etc.- los que pueden activarse para su reparación.

4. En el caso, y como anticipábamos, la no devolución del dinero recibido a consecuencia de la **ejecución provisional** de la **sentencia** adquiere una exclusiva trascendencia civil. Sin que identifiquemos, por ello, que se afecte en términos mínimamente significativos al derecho a la igualdad ante la ley o a la confianza en la Administración de Justicia a los que, con especial énfasis, se alude en la **sentencia** recurrida como fines de protección específicos mediante la aplicación del tipo de apropiación indebida.



Para el análisis jurídico-penal de la conducta de la recurrente no puede prescindirse de un punto de observación esencial: la Ley de Enjuiciamiento Civil ha concedido al litigante vencedor en primera instancia el derecho a "pedir y obtener" de manera **provisional** la **ejecución** de la resolución dictada en la instancia, sin tener que adelantar cantidad alguna por ello o afianzar su hipotética devolución en caso de revocación -vid. artículo 533 LEC-. En puridad, la LEC ha configurado la **ejecución provisional** como una suerte de acto de disposición del derecho declarado provisionalmente en la **sentencia** del cual nace o se origina. El decisivo principio de identidad entre **ejecución provisional** y **ejecución** definitiva al que responde el modelo es el que determina que la ley conceda a las partes intervinientes en la **ejecución provisional** los mismos derechos y facultades que en la ordinaria. Regla de la que tan solo se exceptúan los supuestos en los que la **ejecución** tuviese por objeto la inscripción en los registros públicos, salvo que se trate de anotaciones preventivas. En lógica consecuencia institucional, el ejecutante **provisional** de obligaciones pecuniarias recibe el dinero en igual condición y con los mismos efectos dominicales con los que los recibiría el ejecutante definitivo.

Y buena prueba de ello es que el régimen legal de la **ejecución provisional** de condenas pecuniarias no solo descarta fórmulas de afianzamiento o condiciones de depósito al ejecutante, sino que también limita la oposición del ejecutado a concretas actuaciones ejecutivas del procedimiento de apremio cuando entienda que estas causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios -vid. artículo 528.3 LEC-.

En realidad, lo determinante no es si procede acordar la **ejecución provisional** -que no puede paralizarse- sino hasta dónde debe llegar la **ejecución**, es decir, el alcance de la misma. De ahí que la LEC exija al ejecutado que al formular la oposición a la **ejecución provisional** proponga alternativamente otras medidas que puedan sustituir a las que considere imposible de compensar o de restaurar mediante el resarcimiento de daños y perjuicios, así como ofrecer caución suficiente para responder a la demora en la **ejecución** si dichas medidas no fuesen aceptadas y el pronunciamiento de condena fuese posteriormente confirmado.

5. Es obvio, por tanto, que la **ejecución provisional** de la condena dineraria no solo supone que el ejecutado ponga a disposición del ejecutante la cantidad adeudada, sino que este la reciba, como si se tratara de la **ejecución** definitiva, como efectivo pago de la obligación, sin perjuicio del efecto "resolutorio" que pueda derivarse de la revocación posterior de la **sentencia**. Momento en que se activan las garantías institucionales que la LEC también reconoce al derecho del hasta ese momento ejecutado a ser reintegrado por el ejecutante **provisional** de todo lo que la **sentencia** que resuelve el recurso declara indebidamente percibido, más los intereses devengados desde la fecha de la **ejecución**, así como las costas que el antes ejecutado hubiera satisfecho. Título de recepción que excluye, en términos ontológicos, el delito de apropiación indebida en caso de que revocada la **sentencia** dicha cantidad no se devuelva.

6. La doctrina de esta Sala al respecto es clara y constante: para que exista delito de apropiación indebida es necesario que el dinero o las cosas fungibles de que se trate tuvieran al recibirse un destino previamente fijado, recordándose, además, que los títulos a que se refiere el artículo 253 CP tienen en común transferir la posesión y no la propiedad de la cosa mueble. Lo que excluye de su contorno aplicativo todos los títulos que transmiten la propiedad como los contratos de préstamo mutuo, compraventa, permuta, dación en pago y donación -vid. por todas, SSTS 259/2013, de 19 de marzo; 659/2018, de 17 de diciembre-.

Y, en particular, con relación al título derivado de la **ejecución provisional** hemos afirmado "que no limitaba [al ejecutante] la disposición del mismo por tener la obligación de dejarlo afectado o adscrito a un fin concreto. De modo que no se trataba de un caso en el que por no ser definitiva la entrega de ese dinero estuviera obligado a guardarlo a disposición de la entidad aseguradora para el supuesto de que la **sentencia** de apelación resultara contraria al acusado y favorable para la entidad demandada recurrente en vía civil, como finalmente acabó sucediendo. El acusado sí tenía la obligación de entregar una cantidad de dinero igual a la recibida en el caso de que la Audiencia Provincial revocara la **sentencia** del Juzgado de Primera Instancia y estimara íntegramente el recurso, pero ello no significa que mientras ello estuviera pendiente el título por el que se le entregó el dinero le obligara a no utilizarlo y a dejarlo adscrito a la expectativa de lo que se decidiera en la apelación, ya que el dinero no tenía un destino previo específicamente asignado. Siendo así, deviene incuestionable que no se está ante uno de los títulos que fundamenta la aplicación del tipo penal de la apropiación indebida, sino que sucede en este caso como con aquellos títulos mediante los que se entrega el dinero sin limitación alguna a quien lo recibe, para que este la emplee como estime oportuno, como serían los casos del préstamo mutuo, del depósito irregular, de la donación o la dación en pago que cita la jurisprudencia anteriormente reseñada" -vid. SSTS 727/2009, de 29 de junio; 384/2013, de 30 de abril-.

7. En resumen, la entrega del dinero al ejecutante a consecuencia de la **ejecución provisional** de una **sentencia** no viene condicionada por su imputación a un destino o finalidad previamente fijada. La obligación de devolución únicamente surge cuando la **sentencia** de cuya **ejecución** se trate sea revocada. Hasta ese momento la **ejecución provisional** despliega los mismos efectos solutorios y dominicales que la **ejecución**



definitiva. En consecuencia, como se afirma en la STS 727/2009, de 29 de junio, " *si, de forma unánime, se excluye de los títulos idóneos para la posible comisión del delito de apropiación indebida el contrato de préstamo -en el que la obligación de devolver el dinero recibido es incontestable desde el primer momento-, con mayor razón habrá de excluirse el supuesto de la **ejecución provisional** de la **sentencia** civil, en el que tal obligación únicamente surge si dicha **sentencia** es revocada*".

8. El legislador, en el ejercicio de su libertad configurativa, ha descartado establecer en el proceso civil de **ejecución provisional** de condenas pecuniarias cautelas de aseguramiento de la devolución en caso de revocación. Como también ha prescindido de proteger penalmente, mediante el tipo de apropiación indebida, la no devolución de la cantidad recibida como préstamo -lo que sí se contempla, por ejemplo, en los artículos 59 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión y 12 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, en los que se establece un particular reenvío al delito de apropiación indebida-.

9. Voluntad expresa que no puede ser suplida mediante una interpretación de los elementos objetivos del tipo que suponga la extensión de su significado, sacrificando o desplazando el sentido que se decanta de una interpretación textual, contextual y sistemática de aquellos.

No debe insistirse en exceso en que el principio de estricta tipicidad que se garantiza en los artículos 9 y 25, ambos, CE y artículo 7 CEDH, a la luz de la interpretación dada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. SSTEDH, caso Achour c. Francia, de 29 de marzo de 2006 (nº demanda 67.335/01) y Del Río c. España, de 21 de octubre de 2013 (nº de demanda 42.750/09)- como por el Tribunal Constitucional -vid. SSTC 57/2010, 258/2007, 91/2009-, impone a los tribunales un exigente método interpretativo de los tipos penales que pasa necesariamente por: primero, la evitación de toda analogía creadora de la norma superando el significado posible de la precisa norma aplicada; segundo, la coherencia del resultado interpretativo con el núcleo de la prohibición; tercero, su razonable previsibilidad; cuarto, el respeto a pautas valorativas conformes con los principios constitucionales; quinto, la utilización de un modelo de argumentación compartido, no extravagante.

En el caso, el tribunal de instancia, atribuyendo a la entrega del dinero consecuente a la **ejecución provisional** de la **sentencia** un alcance obligacional condicionado no previsto en la norma, y otorgando a dicha **ejecución** la condición de título hábil para integrar el elemento objetivo del delito de apropiación indebida, traspasó claramente los límites interpretativos que le vinculaban.

CLÁUSULA DE COSTAS

10. Tal como previene el artículo 901 LECrim, las costas de este recurso se declaran de oficio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de la Sra. María Consuelo contra la **sentencia** de 21 de noviembre de 2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 9ª) cuya resolución casamos y anulamos. **Sentencia** que se sustituirá por la que a continuación se dicte.

Las costas de este recurso se declaran de oficio.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3025/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar



D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 23 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 3025/2020, interpuesto por D.ª María Consuelo contra la **sentencia** de fecha 21 de noviembre de 2019 dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, **sentencia** que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la **sentencia** recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas al hilo del único motivo del recurso formulado por la representación de la recurrente Sra. María Consuelo, se deja sin efecto su condena como autora de un delito de apropiación indebida del artículo 252 CP (texto de 1995).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Absolvemos a la Sra. María Consuelo del delito de apropiación indebida del artículo 252 CP (texto de 1995), por el que había resultado condenada en la instancia.

Se declaran de oficio las costas de la instancia.

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

Así se acuerda y firma.