

# Sentencia Tribunal Supremo Sala 2ª 02/04/2019

Tribunal Supremo Sala 2ª, 2-04-2019, nº 422/2018, rec.175/2019,

Procedimiento: Recurso de casación

Pte: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel

ECLI: ES:TS:2019:1067

## ANTECEDENTES DE HECHO

El Juzgado de Instrucción número 2 de Segovia, instruyó diligencias previas 716/2010, contra D. Justiniano, y D. Luis Alberto y como responsables civiles subsidiarios Moldis Echarro S.L., Arkano Desarrollo Inmobiliarios S.L. y Bankia S.A., por delito de apropiación indebida, y una vez declarado concluso el sumario, lo remitió a la Audiencia Provincial de Segovia, Sección Primera (rollo de sala nº 12/17), que con fecha 28 de noviembre de 2017, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados :

"1. De la prueba practicada en el acto del juicio oral resulta probado y así se declara que el acusado Justiniano, en representación de la entidad mercantil Moldis Echarro S.L., de la que fue apoderado hasta el 15 de marzo de 2003, desde esa fecha hasta el 21 de junio de 2004 presidente del Consejo de Administración y desde esa fecha administrador único; encargó en el año 2001 a la entidad Promosegovia, representada por Basilio, ya fallecido, la gestión de la compra de suelo a terceras personas en la Unidad de Actuación número 8, Velódromo - Altos de la Piedad, en Segovia, con la finalidad de que Moldis Echarro S.L. consiguiera de dichos terceros la propiedad suficiente (más del 50%), para poder tramitar el correspondiente Estudio de Detalle y constituir la Junta de Compensación, para llevar a cabo la promoción inmobiliaria de 350 viviendas, garajes, trasteros y locales, adquiriendo también Promosegovia y otras personas terrenos en el mismo sector.

2. Con el fin de captar futuros adquirentes, dada la positiva evolución del mercado inmobiliario en esos años y la excelente ubicación de la actuación urbanística pretendida, por parte de Moldis Echarro S.L., junto con Basilio, administrador de la agencia de propiedad inmobiliaria "Inmobiliaria Mansino", decidieron ofrecer a los clientes la posibilidad de apuntarse a un listado de futuros adquirentes, con un orden de prelación, en el que se les daba un número de prelación previo abono de la cantidad de 12.000 € por cada derecho de elección.

Con ese fin se redactó un documento, llamado contrato de reserva, por el cual, previo abono de esa cantidad en la cuenta corriente nº NUM000 de Caja Segovia, se garantizaba al suscriptor el derecho a elegir uno de las futuras unidades, ya fuese de vivienda o de local de negocio, en el orden establecido en el listado. Dicho contrato, preveía que cuando se desarrollasen las actuaciones urbanísticas y por tanto se definiesen las construcciones, los contratantes elegirían el inmueble, y se procedería a firmar el contrato privado de compraventa. En tal caso, la cantidad abonada se descontaría del precio final del inmueble a adquirir. En el caso que por motivos de su situación en la lista o por cualquier otra circunstancia la elección no fuese de su interés, el firmante estaba legitimado para renunciar a dicho derecho de elección, corriendo su turno y devolviéndosele la cantidad depositada. En el expresado contrato no se fijaba, puesto que aún ni siquiera se habían realizado los proyectos de obra, ni la descripción de la futura vivienda, ni sus calidades, ni su precio ni las fechas de inicio o conclusión de las obras.

3. Entre el 26 de febrero de 2003 y el 6 de noviembre de 2004 se suscribieron un total de 264 contratos (su

inmensa mayoría en el año 2003), algunos de ellos por los mismos clientes que adquirirían varios derechos de elección preferente. No todos ellos fueron objeto del previo pago de la cantidad antes expresada, pues en caso de los promotores o de conocidos y allegados, se otorgaron dichos derechos sin la contraprestación prevista. La cantidad total recaudada por estos contratos ascendió a 2.604.000 €. La dinámica habitual de suscripción de esos documentos era mediante la personación del cliente en las oficinas de la inmobiliaria Mansino, donde previa justificación del abono, ya fuese en metálico, por cheque o transferencia de la cantidad establecida en la cuenta antes citada, se firmaba el contrato por el cliente, siendo firmado en momento posterior o incluso anterior por el representante de Moldis Echarro S.L., en ocasiones Justiniano y en ocasiones D. Jose Ángel , abogado de la entidad. A las cantidades así depositadas no se aplicaron las garantías previstas en la Ley 57/1968 de 27 de Julio, en vigencia en el momento de los hechos en virtud de las disposiciones de la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999).

4. La cuenta corriente nº NUM000 de Caja Segovia, en la que se hicieron la totalidad de los ingresos, fue abierta el 3 de mayo de 2002, a nombre de la entidad Moldis Echarro, figurando como autorizados en la misma tanto el acusado Justiniano , como otros empleados de la entidad, D Alejandro , D. Antonio y posteriormente, tras la baja de estos dos, la letrada Da Bernarda . Dicha cuenta se abrió para gestionar la actividad urbanística que se desarrollaba por la entidad en Segovia, abriéndose con el depósito de la cantidad de 10.060.000 € en concepto de préstamo hipotecario; si bien de ella se produjeron además de abonos de intereses, transferencias a otras entidades y retiradas de fondos cuya finalidad no ha quedado acreditada.

Concretamente en la fecha en que Moldis Echarro transmitió el suelo y los derechos urbanísticos a la mercantil Arkano S.L., el 29 de noviembre de 2004, el saldo de dicha cuenta era de 11.715 €, si bien en fecha 16 de diciembre de 2004 se ingresaron por parte de Moldis Echarro la cantidad de 2.815.000 €. Desde dicha fecha y hasta el mes de agosto del año 2005, el acusado, como administrador único de la entidad, aparte de realizar devoluciones de reservas, dispuso de cantidades no justificadas de dicha cuenta por valor de 2.246.035,10€, mediante cheques o transferencias, ingresando el 27 de septiembre de 2005 600.000 €; pero retirando 497.986 € de la misma forma no justificada en los meses siguientes; de forma que a partir de enero de 2006 la cuenta quedó con un saldo mínimo, realizándose desde entonces aportaciones por las cantidades precisas para hacer devoluciones de cantidades de reserva de aquellos partícipes que renunciaban a su derecho de elección hasta el día 16 de enero de 2009; cerrándose la misma el 25 de enero de 2010.

5. En fecha 29 de noviembre de 2004, se elevó a público el contrato privado celebrado el 13 de mayo de 2004, en el que la entidad Moldis Echarro transmitió el aprovechamiento urbanístico de la Unidad de Actuación 8, junto con los solares de que era titular, a la entidad Arkano Desarrollo Inmobiliario S.L., cuyo administrador era y es Luis Alberto , estableciéndose entre otros acuerdos y de forma expresa que Arkano S.L. "quedaba subrogada en los derechos derivados de los acuerdos con terceros, manteniendo Moldis Echarro S.L. la responsabilidad derivada de las obligaciones contraídas con dichos terceros".

Igualmente se suscribieron otras escrituras públicas y documentos privados en ese acto. En uno de ellos, titulado como "Acuerdos Adicionales del contrato de promesa de compraventa" se fijaban una serie de condiciones especiales. En la estipulación tercera se establecía, aclarando la cláusula de la escritura pública antes citada, que Arkano asumía los derechos derivados de dichos contratos con terceros y asumía la obligación de respetar el orden de preferencia establecido. Asimismo disponía que Moldis Echarro ingresaría el total del saldo, que ascendía a 2.604.000 €, en una cuenta corriente de Caja Segovia, que solo podría tener como fines o el reintegro a los interesados de las cantidades abonadas en caso de su desistimiento, o bien la cuneta de Arkano en Caja Segovia como resultado del interés en la promoción; para lo cual se decía que Moldis Echarro daba una orden irrevocable a Caja Segovia. Las cantidades no fueron depositadas en una cuenta distinta de la existente, ni consta que Caja Segovia recibiese esa orden.

En virtud de estos contratos la entidad Arkano SL, y su administrador único, Luis Alberto , nunca recibieron cantidad alguna por los depósitos efectuados, ni tuvieron acceso a la cuenta corriente donde fueron depositadas y desde donde se hacían los pagos. Tampoco consta que antes de la querrela que dio lugar a esta causa, se les efectuase en momento alguno reclamación extrajudicial de devolución de alguna de las cantidades.

6. En fecha 27 de enero de 2009, el acusado y los demás socios de la entidad Moldis Echarro procedieron a la venta de sus participaciones y de las empresas que formaban el grupo, pagándose un euro por cada uno de los paquetes de participaciones de cada sociedad. En dicha escritura se acompañó balance de la sociedad en el que figuraban, bajo el epígrafe de "anticipos de clientes a largo plazo" y entre otros cientos, los suscribientes que no habían vista devuelta su cantidad antes de noviembre de 2008.

7. Ante los problemas urbanísticos y luego jurídicos que tuvo el proyecto de actuación, que desembocó en la anulación del proyecto de reparcelación por sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, unido a al estallido de la crisis inmobiliaria, el desarrollo urbanístico no se llevó a efecto, de forma que a fecha actual no está aprobado el proyecto de reparcelación, ni por tanto el proyecto de actuación, pese a haber sido aportado en el Ayuntamiento en el año 2011.

Estos retrasos hicieron que los suscribientes de los contratos comunicasen su desistimiento y solicitasen la devolución de la cantidad ingresada. El acusado, como administrador único de Moldis Echarro, hizo frente a todas las reclamaciones efectuadas hasta su cese como tal el 28 de noviembre de 2008, realizándose los últimos pagos el 16 de enero de 2009. Los suscribientes que en esa fecha no habían reclamado la devolución y la efectuaron posteriormente no recibieron cantidad alguna, quedando por ser reintegradas las siguientes personas:

Por la cantidad de 12.000 €:

- Lucio ,
- Mario ,
- Abilio ,
- Emilia ,
- Estefanía ,
- Bartolomé ,
- Romulo ,
- Braulio ,
- Cipriano ,
- Victorino ,
- Amador ,
- Bárbara ,
- Augusto ,

- Eloisa ,
- Felicidad .

Por la cantidad de 24.000 €:

- Hermenegildo ,
- Pedro ,
- Carmela ,

No consta acreditado que Vicente hiciese el ingreso de 12.000 € en la cuenta de Moldis Echarro. No consta acreditado que Carlos Francisco , ni Victor Manuel hayan desistido del contrato y reclamado la devolución.

Al menos los reservistas Pedro , Augusto , Victorino y Amador carecían de vivienda propia a la fecha de celebración del contrato, pretendiendo constituir la vivienda que pudiesen adquirir en dicho desarrollo urbanístico, si sus condiciones y precio les conviniese, como su vivienda habitual(sic)".

La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

"1. Que debemos condenar y condenamos al acusado Justiniano como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida agravada, ya definido, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas A LA PENA DE DOS AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE 6 MESES, pago de mitad de costas, incluyendo la mitad de las de las acusaciones particulares excepto la de D. Pedro , y a que indemnice a las siguientes personas en las siguientes cantidades:

Por la cantidad de 12.000 €:

- Lucio ,
- Mario ,
- Abilio ,
- Emilia ,
- Estefanía ,
- Bartolomé ,
- Romulo ,
- Braulio ,
- Cipriano ,
- Victorino ,
- Amador ,

- Bárbara ,
- Augusto ,
- Eloisa ,
- Felicidad .

Por la cantidad de 24.000 €:

- Hermenegildo ,
- Pedro ,
- Carmela ,

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria por estas cantidades de la entidad mercantil Moldis Echarro S.L.

La pena de prisión lleva aparejada la de inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la pena de multa una cuota diaria de 15 € por cada día. El pago de la multa se podrá realizar aplazadamente si así se solicita con un máximo de plazos no superior a los meses impuestos. Su impago conllevará una responsabilidad penal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas.

2. Absolvemos libremente al acusado Luis Alberto del delito de apropiación indebida a él imputado, así como a la entidad Arkano Desarrollos Inmobiliarios S.L. de la responsabilidad civil, declarando de oficio la otra mitad de las costas procesales.

3. Absolvemos a Bankia S.A. de la responsabilidad civil a ella exigida.

4. No procede deducir testimonio por posible delito de falsedad documental respecto del documento obrante a los folios 214 y 215 de las actuaciones(sic)".

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por D. Justiniano , 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 presente recurso.

El recurso interpuesto por la representación del recurrente D. Justiniano , se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución en lo relativo al derecho a la presunción de inocencia de mi mandante en relación con el delito continuado de apropiación indebida agravada por el que ha sido condenado ( artículos 28 , 74.2 , 252 y 250.1. 5º del Código Penal , en su redacción dada tras la LO 5/2010 de 22 de junio).

2.- Infracción de ley. Por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del núm. 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del tribunal, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

3.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículo 252 y 250.1. 5° del Código Penal , en su redacción dada tras la LO 5/2010 de 22 de junio, en relación con el artículo 74, también del Código Penal . Los hechos declarados probados no son subsumibles en los meritados preceptos sustantivos.

4.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación indebida de la atenuante del artículo 21. 6ª del Código Penal , en su redacción dada tras la LO 5/2010 de 22 de junio, como muy cualificada.

5.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación indebida del artículo 66.1. 2ª del Código Penal , en la aplicación de la pena concurriendo una circunstancia atenuante (la del artículo 21. 6ª del C. Penal , como muy cualificada.

Instruidos el Ministerio Fiscal y las parte recurridas del recurso presentado de contrario, por los mismos se solicita lo inadmita o subsidiariamente lo desestime íntegramente, por las razones vertidas en los escritos presentados. Quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Hecho el señalamiento para deliberación, se celebró el día 19 de marzo de 2019.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

El recurrente ha sido condenado como autor de un delito continuado de apropiación indebida agravada, con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de dos años de prisión y multa de 6 meses. Contra la sentencia interpone recurso de casación formalizando cinco motivos. En el primer motivo alega vulneración de la presunción de inocencia y realiza alegaciones que, en realidad, van más encaminadas a negar la tipicidad de su conducta resaltando determinados aspectos de la misma, que a sostener la inexistencia de pruebas. Así, argumenta que cuando cesa como administrador en noviembre de 2008 todas las devoluciones solicitadas por los clientes se habían hecho efectivas. Que en enero de 2009 se hicieron nuevas devoluciones y que ya las hizo el nuevo administrador. Que en enero venden la sociedad y que los que no cobraron hicieron su reclamación en febrero de 2009, cuando ya no era administrador.

En el motivo tercero, al amparo del artículo 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la indebida aplicación de los artículos 252 , 250.1 5° del Código Penal y alega que los hechos no son constitutivos de delito, pues mientras fue responsable de la sociedad se hizo frente a todas las devoluciones que fueron reclamadas y que cuando cesó todavía no había surgido la obligación de devolver a los restantes clientes, pues aún no habían renunciado a su reserva.

1. La cuestión debe ser examinada desde la perspectiva de la tipicidad de los hechos que han sido declarados probados.

Como se decía en la STS nº 915/2005, de 11 de julio , "...cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar

como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada".

Cuando se trata de cantidades entregadas a cuenta para la adquisición de viviendas en construcción o que van a ser construidas, lo decisivo a efectos penales no es si el acusado ha cumplido con las obligaciones relativas a la apertura de una cuenta separada, al ingreso de las cantidades recibidas en la misma, a la utilización de lo recibido solo para la construcción y al aseguramiento de su devolución para el caso de que la vivienda no se construya finalmente, tal como disponía la Ley 57/1968, obligaciones, impuestas al promotor, que subsistieron tras la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), que en su Disposición adicional primera, sobre percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción, mantenía la vigencia de lo dispuesto en aquella ley con algunas precisiones. Posteriormente, la Ley 20/2015, modificó, en su Disposición final tercera, la Disposición Adicional Primera de la LOE, que se acaba de transcribir. De acuerdo a esta nueva modificación, subsisten esencialmente las obligaciones que la Ley 57/1968 imponía al promotor de viviendas, al que se obliga a garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda; y a percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

Lo que resulta relevante, por el contrario, es si el promotor que recibe las entregas a cuenta destina o no el dinero recibido a la finalidad comprometida, es decir, a la construcción de las viviendas o si, haciéndolo suyo, lo destina a la satisfacción de otras necesidades, personales o de sociedades de su interés. De forma que "no puede considerarse constitutivo de un delito de apropiación indebida el mero incumplimiento de las previsiones de la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, si el dinero recibido se ha utilizado en la construcción, es decir, en la finalidad para la que se recibió. Así lo acordó esta Sala en Pleno no jurisdiccional de fecha 23 de mayo de 2017". ( STS nº 406/2017, de 5 de junio )

2. En el examen de la cuestión propuesta en ambos motivos, es preciso tener en cuenta algunos aspectos fácticos que resultan de los propios hechos probados. Así, se declara probado que el recurrente, como apoderado hasta el 15 de marzo de 2003, presidente del Consejo de Administración hasta el 21 de junio de 2004 y desde entonces administrador único de la sociedad Moldis Echarro, S.L., suscribió con numerosas personas un llamado contrato de reserva, por el cual, previo abono de la cantidad de 12.000 euros en una cuenta concreta de Caja Segovia, "se garantizaba al suscribiente el derecho a elegir uno de las futuras unidades, ya fuese de vivienda o de local de negocio, en el orden establecido en el listado. Dicho contrato preveía que cuando se desarrollasen las actuaciones urbanísticas y por tanto se definiesen las construcciones, los contratantes elegirían el inmueble, y se procedería a firmar el contrato privado de compraventa. En tal caso, la cantidad abonada se descontaría del precio final del inmueble a adquirir. En el caso que por motivos de su situación en la lista o por cualquier otra circunstancia la elección no fuese de su interés, el firmante estaba legitimado para renunciar a dicho derecho de elección, corriendo su turno y devolviéndose la cantidad depositada". Es decir, que, con el pago de aquella cantidad, el firmante adquiría una reserva con derecho de elección, de modo que de hacerse efectiva se descontaría esa cantidad del precio de adquisición del inmueble, reconociéndose al mismo tiempo un derecho de rescisión unilateral a favor de dicho firmante.

Se declara también probado que se suscribieron 264 contratos entre el 26 de febrero de 2003 y el 6 de noviembre de 2004, y aunque no todos abonaron el importe se recaudó la cantidad de 2.604.000 euros. También se declara probado que esas cantidades se ingresaron en una cuenta de Caja Segovia que se abrió a nombre de Moldis Echarro S.L. en mayo de 2002 para gestionar la actividad urbanística que se desarrollaba por la entidad, con un depósito de 10.060.000 euros en concepto de préstamo hipotecario.

Se recoge en el relato fáctico que se hicieron distintas disposiciones de dicha cuenta, entre ellas devoluciones de reservas al renunciar los clientes, así como ingresos, de forma que en enero de 2006 la cuenta quedó con un saldo mínimo, haciéndose nuevos ingresos para atender a otras solicitudes de devolución del dinero entregado para las reservas al renunciar a ellas sus titulares.

Se declara igualmente probado que en fecha 27 de enero de 2009, el acusado y los demás socios de la entidad Moldis Echarro procedieron a la venta de sus participaciones y de las empresas que formaban el grupo, pagándose un euro por cada paquete de participaciones de cada sociedad. En dicha escritura se acompañó balance de la sociedad en el que figuraban, bajo el epígrafe de anticipos de clientes a largo plazo y entre otros cientos, los suscribientes que no habían visto devuelta su cantidad antes de noviembre de 2008. Y se añade que el acusado, como administrador único de Moldis Echarro, hizo frente a todas las reclamaciones efectuadas hasta su cese como tal el 28 de noviembre de 2008, realizándose los últimos pagos el 16 de enero de 2009. Y que los suscribientes que en esa fecha no habían reclamado la devolución y la efectuaron posteriormente no recibieron cantidad alguna.

3. Con independencia de otras cuestiones que pudieran plantearse relacionadas con el título por el que se recibió el dinero, que tenía como finalidad la adquisición de una reserva con derecho de elección de piso o local y con facultad de rescisión unilateral para el cliente, de estos hechos probados se desprenden varios aspectos especialmente relevantes a los efectos de la calificación jurídica de la conducta del recurrente.

Entre ellos, en primer lugar, que las obligaciones contraídas con los clientes que suscribían el contrato de reserva correspondían a la sociedad Moldis Echarro y no al recurrente o a los demás socios como personas físicas. En segundo lugar, que mientras fue administrador de dicha sociedad, todas las reclamaciones de devolución fueron atendidas. En tercer lugar, que la sociedad se vendió a terceros, los cuales, según resulta de los hechos probados, conocían las obligaciones contraídas por aquella y sabían, por lo tanto, que debía hacer frente a las posibles nuevas reclamaciones si otros clientes renunciaban a su derecho de reserva. Y, en cuarto lugar, que cuando el recurrente cesa como administrador y vende sus participaciones, todas las obligaciones con los clientes habían sido atendidas.

Además de todo esto, debe tenerse en cuenta, de un lado, que, como se razona en la sentencia, el contrato de reserva no era equivalente a un contrato de compraventa de vivienda o de local de negocio de forma que la cantidad entregada fuera a cuenta del precio final. Por el contrario, se adquiriría una reserva con derecho de elección y solo si este se hacía efectivo se procedería a suscribir el contrato de compraventa del inmueble que se iba a construir. En consecuencia, la cuenta en la que se ingresaron esas cantidades no tenía como única finalidad la gestión de las mismas en orden a la construcción del inmueble, permaneciendo hasta entonces inmovilizadas, puesto que aún no se había adquirido ninguna vivienda o local de negocio pendientes de construcción, por lo que los pagos a los clientes, aunque se hicieron desde dicha cuenta, podrían haber sido realizados desde cualquier otra.

Y, de otro lado, que, aunque de la mencionada cuenta se hicieron numerosas disposiciones cuyo destino no ha sido justificado, no se declara probado que el recurrente hiciera suya ninguna cantidad de forma ilícita, en perjuicio de la sociedad.

De todo lo que se acaba de expresar, resulta que la sociedad Moldis Echarro contrajo una serie de obligaciones con distintas personas, entre las cuales estaba devolver la cantidad entregada para adquirir la reserva con derecho de elección si el titular renunciaba a la misma por cualquier razón. Que la sociedad, de la que el recurrente fue administrador único desde junio de 2004 hasta noviembre de 2008, procedió a devolver todas las cantidades reclamadas hasta esa fecha. Que después de dicha fecha, todavía se procedió, ya por el nuevo administrador, a realizar nuevas devoluciones en el mes de enero de 2009, para lo cual se ingresó dinero en la



referida cuenta. Y que cuando se hicieron las reclamaciones de las personas que no llegaron a obtener la devolución, el recurrente ya no era ni administrador único ni socio de la mencionada entidad, al haberla vendido a terceros el 27 de enero de 2009. A lo que hay que añadir, que los adquirentes de la sociedad conocían la existencia de estas personas, tal como resulta de los hechos que se han declarado probados.

No puede, pues, entenderse que el recurrente se apoderó ilícitamente de las cantidades que entregaron los clientes que suscribieron el contrato de reserva, pues todas las reservas renunciadas dieron lugar a la devolución de la cantidad entregada mientras el recurrente fue administrador de la sociedad y socio de la misma. Y los adquirentes de la entidad conocían las obligaciones contraídas, que podían concretarse en nuevas reclamaciones o no, según la decisión unilateral de los clientes.

4. Se sostiene en la sentencia impugnada que el recurrente, al haber dispuesto de las cantidades entregadas era responsable de asegurar su devolución antes de abandonar la sociedad.

Sin embargo, en primer lugar, el recurrente no abandona la sociedad, sino que cesa como administrador y procede a la venta de sus participaciones a terceros. En segundo lugar, los adquirentes conocen las obligaciones de la sociedad relacionadas con anticipos de clientes a largo plazo, entre los que se encuentran los perjudicados. En tercer lugar, las obligaciones de la sociedad se mantienen aunque haya sido adquirida por terceros, si bien son éstos los responsables de la gestión desde ese momento, y, por lo tanto, de hacer frente a dichas obligaciones. En cuarto lugar, la obligación de devolver las cantidades correspondientes a los perjudicados nace en el momento en que renuncian a la reserva, lo cual tiene lugar después de que el recurrente procediera a la venta de sus participaciones. Y, en quinto lugar, no resulta del contrato de reserva, tal como ha sido analizada su naturaleza en la sentencia, que las cantidades entregadas tuvieran una finalidad concreta que luego haya sido desatendida y que impusiera el ingreso de la cantidad en una cuenta separada y la inmovilización del dinero recibido hasta que se decidiera por el contratante si renunciaba a la reserva y reclamaba su devolución o si contrataba la compra de un piso o de un local de negocio, en cuyo caso se contabilizaría como parte del precio. La sociedad se obligaba a devolver la cantidad entregada como precio de la reserva si se renunciaba a la misma, pero no se desprendía de esa obligación, ni de ninguna otra parte del contrato, que estuviera también obligada a conservar inmovilizado el dinero recibido. La cantidad entregada, por otra parte, no constituía una entrega a cuenta del precio de una vivienda o local de negocio, lo cual solamente ocurriría si se ejercitaba el derecho de elección y se suscribía un contrato de compraventa de vivienda o local de construcción futura, por lo que no podía considerarse equiparada a las situaciones de hecho contempladas desde la Ley 57/1968 y normas posteriores que ratifican sus disposiciones. En los hechos probados se recoge, apartado 2, que en el contrato de reserva "no se fijaba, puesto que aún ni siquiera se habían realizado los proyectos de obra, ni la descripción de la futura vivienda, ni sus calidades, ni su precio ni las fechas de inicio o conclusión de las obras".

Por todo ello, no se aprecia la comisión de un delito de apropiación indebida, lo que determina la estimación del motivo y la absolución del recurrente, sin que sea necesario el examen de los demás motivos del recurso.

## **FALLO**

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

1º. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Justiniano , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 3ª, de fecha 28 de noviembre de 2.017 , seguida por delito continuado de apropiación indebida.

2º. Declarar de oficio las costas del presente recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal 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 haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 422/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 422/2018, interpuesto por D. Justiniano , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Segovia, de fecha 28 de noviembre de 2017 , dimanante de las diligencias previas número 716/2010, procedimiento abreviado número 12/2017 por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 2 de Segovia (Sección 5ª, Rollo de sala 98/2016), que condenó a al acusado Justiniano como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida agravada, ya definido, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas a la pena de dos años de prisión, multa de 6 meses, pago de mitad de costas, incluyendo la mitad de las de las acusaciones particulares excepto la de D. Pedro , y a que indemnice a las siguientes personas en las siguientes cantidades: Por la cantidad de 12.000 €: · Lucio , · Mario , · Abilio , · Emilia , · Estefanía , · Bartolomé , · Romulo , · Braulio , · Cipriano , · Victorino , · Amador , · Bárbara , · Augusto , Eloisa , · Felicidad .- Por la cantidad de 24.000 €: · Hermenegildo , · Pedro , · Carmela .- Se declara la responsabilidad civil subsidiaria por estas cantidades de la entidad mercantil Moldis Echarro S.L.- La pena de prisión lleva aparejada la de inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la pena de multa una cuota diaria de 15 € por cada día. El pago de la multa se podrá realizar aplazadamente si así se solicita con un máximo de plazos no superior a los meses impuestos. Su impago

conllevará una responsabilidad penal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas.- Y que absolvió libremente al acusado Luis Alberto del delito de apropiación indebida a él imputado, así como a la entidad Arkano Desarrollos Inmobiliarios S.L. de la responsabilidad civil, declarando de oficio la otra mitad de las costas procesales.- Y también absolvió a Bankia S.A. de la responsabilidad civil a ella exigida.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal del acusado y que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por los fundamentos de nuestra sentencia de casación, procede absolver al acusado Justiniano del delito de apropiación indebida por el que venía condenado, debiendo dejarse sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra él.

#### F A L L O

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

1º. Absolvemos al acusado Justiniano del delito de apropiación indebida.

2º. Deben dejarse sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra él.

3º. Se declaran de oficio las costas de la instancia.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina