

Roj: STS 2425/2013

Id Cendoj: 28079120012013100384

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1394/2012

Nº de Resolución: 384/2013

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección Segunda, de fecha 12 de abril de 2012 . Han intervenido el Ministerio Fiscal, como recurrente el acusado Cecilio , representado por el procurador Sr. Olivan Guillaume y como recurrido Chartis Europe representado por el Procurador Sr. Conde de Gregorio. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Monforte de Lemos instruyó procedimiento Abreviado 108/10, por delito apropiación indebida contra Cecilio y lo remitió a la Audiencia Provincial de Lugo cuya Sección Segunda en el Rollo de Sala 27/11 dictó sentencia con fecha 12 de abril de 2012 , con los siguientes hechos probados:

"Y así se declaran: El acusado D. Cecilio , mayor de edad, nacido el NUM000 de 1941, con D.N.I. NUM001 , y con antecedentes penales no computables, presentó una demanda contra la aseguradora AIG. Europa S.A., en reclamación de una indemnización por un accidente de circulación, tramitándose tal demanda como juicio ordinario con el número 119/2004, ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Monforte de Lemos, el cual, con fecha 28 de septiembre de 2006, dictó sentencia , en la que, estimando parcialmente la demanda presentada por el acusado, condenaba a la compañía aseguradora AIG EUROPE S.A., a indemnizar a D. Cecilio , en la cantidad de 48.727,83 euros, más los intereses legales.

La entidad aseguradora citada, recurrió dicha sentencia en Apelación ante la Ilma Audiencia Provincial, consignando para ello, la cantidad de 95.559,95 euros, que correspondían a la cantidad principal, establecido en la condena, más los intereses correspondientes.

El aquí acusado, solicitó a través de su representación procesal, la ejecución provisional de la sentencia dictada en primera instancia pidiendo la entrega de la referida cantidad depositada por la entidad aseguradora mencionada (sic) (a medio del procedimiento de ejecución provisional número 357/2006, del mismo Juzgado de Primera Instancia número Dos de Monforte de Lemos) acordando dicho Juzgado tal ejecución provisional, por Auto de fecha 19 de enero de 2007, expidiendo el correspondiente mandamiento de pago, (con fecha 7 de marzo de 2007) a favor del aquí acusado por el importe (que había sido consignado) de 95.559,95 euros.

Posteriormente, con fecha 19 de Junio de 2007, la Ilma Audiencia Provincial -Sección Primera- dictó sentencia , resolviendo el reseñado recurso de Apelación, revocando la dictada en primera instancia; y absolviendo a la repetida entidad aseguradora de todas las pretensiones ejecutadas en su contra.

Seguidamente, la aseguradora AIG EUROPE S.A. solicitó, la ejecución de la sentencia de la Ilma Audiencia Provincial, dictando el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Monforte de Lemos, con fecha 17 de noviembre de 2008, Auto (en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales 357/2006 despachando ejecución contra D. Cecilio , habiendo acordado por Auto de fecha 28 de enero de 2009 (ratificado por otro de 20 de mayo de 2009) el embargo de bienes del ejecutado (aquí acusado) y requerimiento de pago con fecha 29 de enero de 2009.

Todas las diligencias realizadas tendentes a la recuperación de la cantidad de 95.559,95 euros que le había sido entregada al acusado (de modo provisional) han resultado infructuosas, dado que el imputado, de modo intencionado, se ha apropiado del dinero recibido (por un título que le obligaba a devolverlo, si la sentencia de primera instancia era revocada, como así sucedió) resultando de modo que no apareciendo otros temas) no pudiendo la aseguradora e hacer efectivo su derecho a recuperarlo, e (sic) imposibilitando así el embargo acordado en el procedimiento de ejecución".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS

Que debemos de condenar y condenamos a D. Cecilio , como autor de un delito de Apropiación Indevida, a la pena de tres años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena; asimismo, el aquí condenado, deberá abonar la (sic) entidad aseguradora AIG EUROPE S.A. SEGUROS Y REASEGUROS, la cantidad de noventa y cinco mil quinientos cincuenta y nueve euros, con noventa y cinco céntimos (95.559,95 euros), con aplicación del interés legal desde la fecha en que fue requerido de pago el aquí acusado (veinticinco de enero de dos mil ocho); por último el aquí condenado deberá abonar las costas de este juicio; incluidas las de la acusación particular".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el acusado Cecilio mediante escrito presentado por el Procurador Sr. Oliven Guillaume que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 852 de la LECr ., por vulneración del art. 24.2 de la Constitución , presunción de inocencia, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ . SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 de la LECr ., y el art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 120.3 de la Constitución en cuanto a la falta de la motivación de la sentencia. TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECr ., por aplicación indebida del art. 252 del C.P .

5.- Instruidas las partes personadas, el Procurador Sr. Conde de Gregorio en nombre y representación de Chartis Europe presentó escrito impugnando el recurso; el Ministerio Fiscal apoyó el tercer motivo del recurso e impugnó el resto; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 23 de abril de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR . La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo condenó, en sentencia dictada el 12 de abril de 2012 , a Cecilio , como autor de un delito de apropiación indebida, a la pena de tres años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena; asimismo, el condenado deberá abonar a la entidad aseguradora AIG EUROPE S.A. SEGUROS Y REASEGUROS, la cantidad de 95.559,95 euros, con aplicación del interés legal desde la fecha en que fue requerido de pago el acusado (veinticinco de enero de dos mil ocho); por último, deberá abonar las costas de este juicio, incluidas las de la acusación particular.

Los hechos objetos que se describen en la sentencia para sustentar la condena se resumen, a modo de introducción, en que el acusado cobró como perjudicado de un accidente de tráfico una indemnización por la suma de 95.559,95 euros, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Monforte de Lemos, en ejecución provisional de sentencia dictada el 28 de septiembre de 2006 , cantidad que había sido consignada por la entidad aseguradora AIG EUROPE S.A. Y, habiendo sido estimado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo en sentencia dictada el 19 de junio de 2007 el recurso de apelación interpuesto por la entidad aseguradora, a la que absolvió de todas las pretensiones formuladas en su contra, no pudo esta recuperar la suma anticipada de 95.559,95 euros que le había sido entregada provisionalmente al acusado, resultando infructuosas las gestiones practicadas al efecto.

Contra la sentencia condenatoria recurrió en casación el acusado, formalizando tres motivos de recurso.

PRIMERO . En el **primer motivo** denuncia, con sustento procesal en los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** , alegando la defensa del acusado que no concurre prueba de cargo enervadora de la presunción constitucional.

Dice el recurrente que no es cierto que haya percibido la suma de 95.559 euros que se dice en la sentencia, pues realmente, según su versión de los hechos, él no recibió dinero alguno de la entidad

aseguradora, ya que todos los temas económicos los gestionaba su compañera sentimental, que murió ya en el año 2010, sin que le diera cuenta de ese cobro.

Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 , entre otras).

Pues bien, tal como se razona en la sentencia recurrida, las alegaciones exculpatorias del recurrente resultan inverosímiles y además se contradicen de pleno con lo depuesto por el acusado en la fase de instrucción.

En efecto, según explica la Audiencia en la resolución recurrida, consta en la causa el mandamiento de pago extendido por el Juzgado a favor del ahora recurrente por la suma de 95.559,95 euros, mandamiento que no podía hacerse ejecutivo en favor de otra persona que no fuera el propio acusado. A lo que ha de sumarse que en sus dos declaraciones prestadas en el Juzgado, asistido de letrado, admitió haber recibido el dinero, alegando como excusa para su no devolución que entendió que se trataba de una entrega definitiva y no revocable; y en cuanto a su destino refirió que el dinero lo utilizó para pagar diferentes deudas, algunas de las cuales eran débitos relacionados con servicios sanitarios necesarios para atender a su salud (folios 175, 176, 226 y 230 de la causa).

En la vista oral del juicio negó haber efectuado tales declaraciones en la fase de instrucción y dijo que no sabía nada del dinero, ya que era su compañera sentimental la que llevaba todo el tema de las cuentas y las gestiones con los bancos, sin que le comunicara nada a él sobre el cobro de esa cantidad.

Con razón afirma la Audiencia que la declaración prestada por el acusado en el plenario se trata de una declaración mendaz por contradecir todo lo manifestado anteriormente en la causa, sin razones que expliquen las sustanciales contradicciones observadas, y resultando también inverosímil su derivación de responsabilidad hacia su compañera fallecida en el año 2010, dado que resulta increíble que esta hubiera cobrado ese dinero no siendo su destinataria y que, además, no le diera cuenta a él como víctima del accidente y beneficiario de la indemnización.

Visto lo que antecede, es claro que la presunción de inocencia ha quedado desvirtuada mediante una sólida y concluyente prueba de cargo, lo que nos lleva a desestimar este primer motivo del recurso.

SEGUNDO . 1. Razones de orden lógico procesal determinan que se examine en segundo lugar el **motivo tercero** , que se refiere a la infracción sustantiva del art. 252 del C. Penal (art. 849.1º de la LECr .), que regula el tipo penal de **apropiación indebida** , sobre el que se sustenta la condena. Y es que en caso de que se estimara este motivo sería ya innecesario el examen del segundo, centrado en la falta de motivación de la condena y de la pena concreta impuesta.

La parte recurrente alega que no se dan los elementos del tipo penal de la apropiación indebida, fundamentalmente el elemento subjetivo. El motivo lo apoya el Ministerio Fiscal, si bien centrándolo en que no concurre el elemento objetivo relativo a que el título por el que percibió el dinero sea uno de los que prevé el art. 252 del C. Penal y la jurisprudencia que lo interpreta.

Este motivo sí ha de prosperar, en los términos en los que lo postula el Ministerio Fiscal, a tenor de los argumentos que se exponen a continuación.

2. Según la jurisprudencia de esta Sala, " en el tipo de **apropiación indebida** se unifican a efectos punitivos dos conductas, de morfología diversa, perfectamente discernibles: la que consiste en la "**apropiación**" propiamente dicha y la legalmente caracterizada como "**distracción**". La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas -expresamente o por extensión- en el art. 252 CP , el sujeto activo de la acción presuntamente inculpinable ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible cuyo dominio no le ha sido transmitido. La segunda tiene como presupuesto la traslación de la posesión legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta, para el receptor, la adquisición de su propiedad aunque **con la obligación de darle un determinado destino** . Téngase en cuenta que, a causa de la extrema fungibilidad del dinero, la propiedad del mismo se ejerce mediante la tenencia física de los signos que lo representan. En este segundo supuesto -el de la distracción que es donde la parte recurrente pretende

se debió incardinar el hecho enjuiciado- la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada- sino **en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto** ".

" Naturalmente si el tipo objetivo del delito se realiza, cuando se trata de la distracción de dinero u otros bienes fungibles, de la forma que ha quedado expresada, **el tipo subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse la cantidad recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación o entrega del dinero o, dicho de otra manera, en la deslealtad con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero** . La concurrencia, en cada caso, de este elemento subjetivo del delito tendrá que ser indagada, de la misma forma que se indaga el ánimo de lucro en la modalidad delictiva de la apropiación, mediante la lógica inferencia que pueda realizarse a partir de los actos concretamente realizados por el receptor y de las circunstancias que los hayan rodeado y dotado de una especial significación (STS de 7 de diciembre de 2.001). Ratificando esta doctrina, hemos subrayado el distinto significado que tienen las expresiones "se apropiaren" y "distrajeren" utilizadas por el art. 252 CP -y por los que le precedieron en textos anteriores- en la definición del delito cuestionado. Apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. **Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción** , empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor, aunque ello no es imprescindible para que se entienda cometido el delito " (SSTs 47/2009, de 27 de enero ; 625/2009, de 16 de junio ; 732/2009, de 7 de julio ; y 547/2010, de 2 de junio) .

En cuanto a los **títulos idóneos** para aplicar el tipo penal por recibir en virtud de ellos el autor del delito el bien de que se acaba apropiando, la ley relaciona el de depósito, comisión o administración y termina con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble pasa a poder de quien antes no la tenía, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible, en cuyo caso esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el préstamo mutuo y el depósito irregular, porque en estos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe, para que este la emplee como estime oportuno), o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, lo que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó (STS 830/2004, de 24-6).

En la sentencia de esta Sala 727/2009, de 29 de junio , se afirma que para la existencia del tipo penal es menester que el dinero o las cosas fungibles de que se trate tuvieran al recibirse un destino previamente fijado (STS de 11 de octubre de 1995). Y también se recuerda en ella que los títulos a que se refiere el art. 252 del C. Penal tienen en común transferir la posesión y no la propiedad de la cosa mueble, de ahí que sea unánime -tanto en la doctrina como en la jurisprudencia- la exclusión de los contratos de préstamo mutuo, habida cuenta de que, en tales supuestos, se adquiere la propiedad por parte del que recibe el dinero (art. 1753 C. Civil). Según reiterada jurisprudencia, tampoco puede ser considerados títulos idóneos para esta figura penal la compraventa, la permuta, la dación en pago y la donación.

Y en la misma línea se pronuncia la sentencia 259/2013, de 19 de marzo , cuando subraya que en numerosos precedentes de esta Sala se ha señalado como títulos que han de ser descartados a efectos de integrar la tipicidad del delito del art. 252 todos aquellos que transmiten la propiedad, como son la compraventa, el préstamo mutuo, la permuta o la donación (SSTs 914/2007, 16 de noviembre ; 1020/2006, 5 de octubre ; 165/2005, 10 de febrero , entre otras).

3. Pues bien, en el caso que ahora se juzga el acusado recibió el dinero por un título que no le limitaba 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 lo 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. El acusado tenía derecho a disponer de la suma indemnizatoria recibida como consecuencia del siniestro de tráfico del que fue víctima, sin perjuicio de que en un futuro tuviera que abonar a la compañía aseguradora la misma cantidad en el caso de que la Audiencia estimara íntegramente el recurso de apelación, hipótesis que acabó materializándose en la práctica.

Ello queda corroborado por la regulación jurídica de las ejecuciones provisionales de sentencias en la Ley de Enjuiciamiento civil. En efecto, ya en la exposición de motivos (apartado XVI) se advierte que *"la regulación de la ejecución provisional es, tal vez, una de las principales innovaciones de este texto legal. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional"*.

"La ejecución provisional será viable sin necesidad de prestar fianza ni caución, aunque se establecen, de una parte, un régimen de oposición a dicha ejecución, y, de otra, reglas claras para los distintos casos de revocación de las resoluciones provisionalmente ejecutadas, que no se limitan a proclamar retóricamente la responsabilidad por daños y perjuicios, remitiendo al proceso ordinario correspondiente, sino que permiten su exacción por la vía de apremio".

"...Si la condena es dineraria, no se permite la oposición a la ejecución provisional en su conjunto, sino únicamente a aquellas actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio que puedan causar una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios. El fundamento de esta oposición a medidas ejecutivas concretas viene a ser, por tanto, el mismo que el de la oposición a la ejecución de condenas no dinerarias: la probable irreversibilidad de las situaciones provocadas por la ejecución provisional y la imposibilidad de una equitativa compensación económica, si la sentencia es revocada".

*"...Es innegable que establecer, como regla, tal ejecución provisional de condenas dinerarias entraña el peligro de que quien se haya beneficiado de ella no sea luego capaz de devolver lo que haya percibido, si se revoca la sentencia provisionalmente ejecutada. Con el sistema de la **Ley de 1881** y sus reformas, la caución exigida al solicitante eliminaba ese peligro, pero a costa de cerrar en exceso la ejecución provisional, dejándola sólo en manos de quienes dispusieran de recursos económicos líquidos. Y a costa de otros diversos y no pequeños riesgos: el riesgo de la demora del acreedor en ver satisfecho su crédito y el riesgo de que el deudor condenado dispusiera del tiempo de la segunda instancia y de un eventual recurso extraordinario para prepararse a eludir su responsabilidad"*.

"Con el sistema de esta Ley, existe, desde luego, el peligro de que el ejecutante provisional haya cobrado y después haya pasado a ser insolvente, pero, de un lado, este peligro puede ser mínimo en muchos casos respecto de quienes dispongan a su favor de sentencia provisionalmente ejecutable. Y, por otro lado, como ya se ha dicho, la Ley no remite a un proceso declarativo para la compensación económica en caso de revocación de lo provisionalmente ejecutado, sino al procedimiento de apremio, ante el mismo órgano que ha tramitado o está tramitando la ejecución forzosa provisional".

"...La presente Ley opta por confiar en los Juzgados de Primera Instancia, base, en todos los sentidos, de la Justicia civil. Con esta Ley, habrán de dictar sentencias en principio inmediatamente efectivas por la vía de la ejecución provisional; no sentencias en principio platónicas, en principio inefectivas, en las que casi siempre gravite, neutralizando lo resuelto, una apelación y una segunda instancia como acontecimientos que se dan por sentados".

Por consiguiente, la Ley Procesal Civil deja claro en su exposición de motivos la disponibilidad por parte del ejecutante provisional del dinero que se le pueda asignar en una indemnización concedida en una sentencia de primera instancia pendiente de un recurso de apelación, disponibilidad que no queda limitada por el hecho de que la sentencia no sea firme, sin perjuicio, claro está, de que si después se revoca el ejecutante tenga que aportar el dinero en que se haya reducido la indemnización.

Y así queda refrendado también en las normas de la Ley de Enjuiciamiento. En concreto en los arts. 526 y ss. se dispone que quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional, excepto en los supuestos en los que lo excluye específicamente la Ley, entre los que no se hallan las indemnizaciones por accidentes de tráfico. Y si la condena fuere dineraria, el ejecutado no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino únicamente a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entienda que dichas actuaciones causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios.

Por lo demás, esta Sala en un supuesto de la misma naturaleza y contenido que el ahora enjuiciado también ha entendido que el hecho de que estuviera pendiente un recurso de apelación no impedía al ejecutante provisional, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, disponer de la suma dineraria, al no estar obligado a dejarla adscrita a la expectativa de lo que se decidiera en la apelación.

En efecto, en la sentencia 727/2009, de 29 de junio, se dirimió la posible aplicación del delito de apropiación indebida a un caso de ejecución provisional de una sentencia civil en la que el favorecido por la cantidad anticipada como ejecución provisional no la había devuelto después a la entidad ejecutada cuando fue desestimada finalmente la demanda. Y esta Sala argumentó para descartar la subsunción de la conducta en el art. 252 del C. Penal que la ejecución provisional de una sentencia civil (arts. 524 y ss. LEC) implica una posesión inicial lícita, pero no puede decirse con el necesario fundamento que el dinero entregado en méritos de dicha ejecución, tenga -en el momento de recibirse- un destino previamente fijado, pues la obligación de devolverlo únicamente procederá en el supuesto de que la sentencia de cuya ejecución se trate sea revocada. Consiguientemente, si, de forma unánime, se excluye de los títulos idóneos para la posible comisión de este delito 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. A este respecto, es de interés recordar -termina diciendo la STS 727/2009 - que la Ley de Enjuiciamiento Civil carece de un precepto similar al art. 59 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión y al art. 12 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, en los que se establece una particular reenvío al delito de apropiación indebida.

En consecuencia, al no hallarnos en el caso que ahora se juzga ante un título que produzca la obligación de devolver o reintegrar el dinero sin poder disponer de él mientras que no se decide definitivamente sobre si la sentencia recurrida se ajusta a derecho, es claro que no concurre el elemento objetivo del delito de apropiación indebida referente a la existencia de uno de los títulos que determinan la aplicación del tipo penal.

En vista de lo cual, ha de estimarse el tercer motivo del recurso de casación y anularse la condena recurrida, sin necesidad de entrar ya a resolver el segundo motivo, relativo a la fundamentación de la sentencia y de la pena, declarándose además de oficio las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr).

III. FALLO

ESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de Cecilio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección Segunda, de 12 de abril de 2012, que condenó al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sentencia que queda así anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Carlos Granados Perez Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil trece.

En la causa Procedimiento Abreviado nº 108/10, del Juzgado de instrucción número 2 de Monforte, seguida por un delito de apropiación indebida, contra Cecilio, nacido el día NUM000 de 1941, hijo de Santos y Engracia, con D.N.I. NUM001, la Audiencia Provincial de Lugo, Sección Segunda dictó en el Rollo de Sala

27/11 sentencia en fecha 12 de abril de 2012 , 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 magistrado **Alberto Jorge Barreiro** .

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En virtud de lo razonado en la sentencia de casación, procede absolver al recurrente del delito de apropiación indebida que se le imputa, con declaración de oficio de las costas del juicio celebrado ante la Audiencia Provincial.

III. FALLO

Absolvemos al recurrente Cecilio del delito de apropiación indebida que se le imputa, con declaración de oficio de las costas devengadas en la instancia.

Se dejan sin efecto las medidas cautelares personales y reales que se pudieran haber adoptado en el curso del procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Carlos Granados Perez Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro**

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