

dando el líquido en su poder, por cuenta de la compradora, y algún tiempo después ésta revendió aquel mismo aceite al procesado, conviniendo en entregar el precio á cinco meses fecha; y que con otro sujeto celebró un contrato idéntico al anterior en cantidad y condiciones, y habiéndole propuesto al comprador la readquisición del aceite con las mismas condiciones admitidas por la referida señora para la reventa del suyo, no quiso aceptarlas el comprador, habiéndose presentado el procesado en concurso poco tiempo después, sin que en el activo del mismo apareciera partida alguna de aceite: ¿constituirán estos hechos los delitos de estafa comprendidos en los núms. 1.º y 5.º del art. 548 del Código?—Así lo estimó la Audiencia de Sevilla, que calificando al procesado de autor de dos delitos de aquella clase, le condenó por cada uno á un año, ocho meses y veintiún días de prisión correccional. Mas interpuesto recurso de casación por el Ministerio Fiscal y por la defensa del procesado, que sostuvieron que los hechos expuestos no constituían el delito de estafa, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar á él*: «Considerando que no puede existir depósito sin la demostración real de la cosa objeto del mismo, y su tradición efectiva ó simbólica al depositario, según los principios más elementales que regulan este contrato en materia civil: Considerando que aun cuando en los contratos privados celebrados entre D. Juan Manuel Martínez con D.ª María Díaz y D. José Esteban Bernal se dice que quedan en poder de aquél, á disposición de éstos, las 1.000 arrobas de aceite que á cada uno de ellos vendió por precio de 7.500 pesetas, no se consigna en la sentencia recurrida hecho ninguno que determine y compruebe la demostración real del aceite vendido, infringiéndose claramente de la suposición que se hace en el escrito de querrela de haber enajenado Martínez una cosa que no tenía, que no hubo semejante demostración, por cuya razón ninguna aplicación tiene al caso de autos el núm. 5.º del artículo 548 que la Sala sentenciadora invoca para calificar como delito de estafa el incumplimiento de la obligación contraída por D. Juan Manuel Martínez con D. José Esteban Bernal, siendo como es evidente que si no hubo depósito, tampoco pudo haber con relación al mismo la apropiación ó distracción á que dicho artículo se refiere: Considerando que el mero hecho de vender D. Juan Manuel Martínez una cosa que no obraba en su poder, cuyo último extremo no puede afirmarse con certeza dentro de los términos de la sentencia recurrida, ya lo hiciese para realizar así un verdadero préstamo, ya para especular de este modo con el alza y baja de la mercancía vendida, no implicaría condición ninguna contraria á la índole del contrato de compra-venta, naciendo únicamente de este contrato así celebrado la acción civil correspondiente á favor del comprador para exigir á su tiempo la cosa vendida, y en su caso devolución de precio é indemnización de perjuicio sufrido: Considerando que la afirmación consignada en los documentos privados de quedar en poder del ven-

dedor las arrobas de aceite respectivamente vendidas á D.ª María Díaz y á D. José Esteban Bernal no tiene significación ninguna por no haberse hecho demostración y entrega de la cosa, ni constituye engaño dicho supuesto, ya por no constar que Martínez no tuviese efectivamente el aceite que vendía, ya porque de todas suertes el aplazamiento indefinido convenido para la consumación del contrato, sin determinar ni señalar concretamente el aceite vendido, quita toda eficacia y transcendencia á dicho supuesto: Considerando que deshecho el trato celebrado entre Martínez y D.ª María Díaz por otro posterior, en virtud del cual volvió aquél á comprar las arrobas de aceite vendidas, convirtiéndose en deudor de una cantidad que se obligó á pagar dentro de cierto término, tampoco constituye delito de estafa el incumplimiento de dicha obligación, porque el concurso que el mismo deudor provocó algunos meses después, por causas que no constan, no implica engaño de ninguna especie: Considerando que no aparece consiguientemente que D. Juan Manuel Martínez haya dispuesto individualmente de cosa alguna de ajena pertenencia, ni que para celebrar los contratos á que se refiere este recurso haya ostentado para engañar cualidades ó crédito supuestos, por lo que el Tribunal sentenciador ha incurrido en el error de derecho que el Ministerio Fiscal y el procesado le atribuyen, calificando y penando como delitos de estafa hechos que no constituyen tales delitos, y que tienen su esfera de acción propia en el derecho civil, etc.» (Sentencia de 23 de Marzo de 1887, publicada en la *Gaceta* de 23 de Agosto, págs. 74 y 75.)

2.º Los plateros y joyeros que cometieren defraudación alterando en su calidad, ley ó peso los objetos relativos á su arte ó comercio.

3.º Los traficantes que defraudaren usando de pesos ó medidas faltas en el despacho de los objetos de su tráfico.

4.º Los que defraudaren con pretexto de supuestas remuneraciones á empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que á éstos corresponda.

Á los comprendidos en los tres números anteriores se les impondrán las penas en su grado máximo. (Art. 451 del Código pen. de 1850.—Art. 423, Cód. Fran.—Arts. 178, 181 y 226, segunda parte, Cod. Austr.—Arts. 430, 433 y 434, Cód. Napólit.)

Reunimos en un mismo comentario estos tres números del artículo, porque los hechos punibles que en ellos se prevén y castigan son otras tantas estafas *cualificadas*: por el grave abuso de confianza, las que son

objeto de los núms. 2.º y 3.º, y por la calumnia que en su ejecución se comete, la que es objeto del núm. 4.º Á estas tres clases de estafas impone siempre la Ley el *grado máximo* de las penas respectivas del art. 547, el cual habrá de dividirse en tres períodos iguales para la formación de los tres grados de la pena, debiendo aplicarse ésta en el grado correspondiente, según las circunstancias agravantes ó atenuantes que concurran en el hecho, conforme á lo dispuesto en los arts. 82 y 83 de este Código.—Para la aplicación de ese *grado máximo* de las penas señaladas en los tres números del art. 547 véase respectivamente los *Cuadros sinópticos* números 77, 82 y 118.

Por lo demás, sólo debemos advertir que bajo la denominación de *plateros y joyeros* habrán de comprenderse no solamente los que están matriculados como tales, sino también todos aquellos que trafican, en un concepto ó en otro, con dichas materias de oro ó plata, y que, por lo tanto, tienen necesidad de enterarse de su ley, peso ó calidad antes de expendirlas al público. Por lo que respecta á la estafa definida en el núm. 3.º, hay que tener presente que por el núm. 3.º del art. 592 se castiga como reos de una simple *falta á los traficantes ó vendedores que tuviesen medidas ó pesos dispuestos con artificio para defraudar*, con cuyo carácter de falta viene á castigarse, como si dijéramos, la *tentativa* del delito expresado; y finalmente, que en la estafa que consiste en la defraudación con pretexto de supuestas remuneraciones á empleados públicos, es necesario no olvidar que la remuneración debe no ser cierta, pues de lo contrario no habría que penar el delito de estafa, sino el más grave de *cohecho*, definido y castigado en el art. 402.

5.º Los que en perjuicio de otro se apropiaren ó distrajeren dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión ó administración, ó por otro título que produzca obligación de entregarla ó devolverla, ó negaren haberla recibido.

Las penas se impondrán en el grado máximo en el caso de depósito miserable ó necesario. (Art. 452, núm. 1.º del Código pen. de 1850.—Art. 408, Cód. Fran.—Arts. del 163 al 167, Cód. Austr.—Arts. del 430 al 434, Cod. Napolit.—Artículos 264 y 265, Cód. Brasil.)

Este es indudablemente, en materia de estafas, el artículo de más frecuente aplicación en la práctica, y también el que más dificultades ofrece. Conviene, por lo tanto, hacerse bien cargo de las circunstancias *esenciales* del mismo. Constituye su primer elemento el *haber recibido*, y en

esto se diferencia esencialmente este delito del de hurto, cuyo primer elemento es el *tomar*: importa mucho tener presente esta circunstancia esencialísima para no confundir el un delito con el otro: ya vimos en la *Cuestión II* del comentario del art. 533 que, por haber echado en olvido tan importante distinción, fué desechado el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en el caso de que allí se trató.—El segundo requisito consiste en que la cosa recibida sea dinero, efectos ó cualquiera otro objeto mueble, en una palabra, cualquiera cosa que, por tener más ó menos valor, pueda ser objeto de comercio: entre ellas creemos deberán estar comprendidas las escrituras ó documentos, cuya apropiación ó distracción puede causar un perjuicio material, v. gr., una escritura de venta, un pagaré, una carta de pago, etc.—El tercer elemento de este delito consiste en que las expresadas cosas se hayan recibido en virtud de depósito, comisión ó administración, ó por otro título que produzca obligación de entregarlas ó devolverlas, esto es, de entregar ó devolver la misma cosa recibida (no otro tanto de la misma especie y calidad), como sucede en el depósito, comisión y administración, de que habla especialmente el artículo, y también, v. gr., en el comodato, que obliga al comodatario á la restitución ó devolución de aquello mismo que ha recibido para un uso determinado.—Finalmente, el cuarto y último requisito esencial del delito previsto en este número consiste en la apropiación ó distracción de la cosa por quien la ha recibido en virtud de ese título que le obliga á la restitución, ó en el hecho mismo de negar haberla recibido. Véase lo que sobre esta circunstancia dice el ilustrado comentarista francés Mr. Boitard, con cuya opinión no podemos menos de estar conformes: «Las palabras apropiación ó distracción indican el acto del agente por el cual dispone de la cosa como si fuese suya. Ahora bien, esta apropiación supone dos hechos distintos: la aprehensión de la cosa recibida y la intención de apropiársela. Es evidente, en efecto, que no puede haber apropiación sin intención, sin fraude. El agente que se sirve momentáneamente de la cosa que le ha sido confiada, faltará, si se quiere, á la ley del contrato, infringiendo sus términos; pero no por ello se hace culpable del delito de estafa, puesto que no ha tenido la intención de apropiarse lo que se le entregó; será responsable, indudablemente, de los daños y perjuicios, más no incurrirá en pena alguna. Esta importante distinción ofrece alguna dificultad cuando es dinero lo que se ha recibido. Supóngase que el mandatario, en vez de entregar inmediatamente esa suma al mandante ó de guardarla intacta en su poder, dispone de ella durante algún tiempo, pero con la intención de restituirla más tarde. Es indudable que esta simple tardanza no constituye delito, puesto que el art. 1.990 del Código civil declara que el mandatario debe el interés de las sumas que ha empleado para su uso desde la fecha de éste. Luego el mandata-

Abuso
de com.
de dep.
S/n código
art. 407
No. 0n
Francés
Sede par
94
muster
del Penal

rio que utiliza las cantidades que le han sido confiadas sin dolo y sin fraude, no viene obligado sino á satisfacer el interés de éstas. Podrá ser quizás infiel á su mandato, pero es claro que no ha distraído las cantidades que tiene en su poder y que está dispuesto á restituir. Pero supongamos ahora que al llegar la época del pago no puede verificarlo porque se ha constituido en insolvencia ó quiebra: ¿será bastante este estado de insolvencia para concluir que hay fraude y por lo tanto estafa? El fraude no se presume; es menester que se pruebe con toda evidencia. Esa insolvencia puede hacerle responsable de una imprudencia; ha hecho mal en disponer de esas cantidades que no estaba seguro de poder devolver; pero si su impotencia ha sido producto de un caso fortuito, de un acontecimiento imprevisto, parece difícil cambiar *ex-post-facto* el carácter de su acción, por razón del resultado inesperado de la misma, confundiendo así la desgracia con el fraude. Pero si la insolvencia del mandatario no es debida á causas imprevistas; si pudo pensar que no había de estar en situación de restituir los valores de que dispuso; si en el momento en que se utilizó de ellos, su situación era ya embarazosa, cabe muy bien deducir de estas circunstancias ó datos que en aquel mismo momento tuvo intención de apropiarse las cantidades que se le entregaron, y existirán, por lo tanto, méritos bastantes para declararle responsable del delito. Resulta de lo dicho que á la querrela criminal por éste debe preceder la correspondiente reclamación al mandatario, depositario, etc., del dinero, efectos ó de la cosa mueble que le ha sido entregada por razón del contrato y que en virtud del mismo tiene la obligación de entregar ó devolver, puesto que no cabe que haya apropiación ó distracción fraudulenta sino en cuanto el agente se niegue á devolver lo que ha recibido, ó bien se halle por sus propios actos en la imposibilidad de verificar la devolución ó entrega.»

En cuanto al *grado máximo* de las penas del art. 547, que con arreglo al segundo párrafo de este número habrá siempre que imponer al culpable cuando la cosa que se apropió ó distrajo le fué entregada en virtud de *depósito miserable ó necesario*, véase el comentario de los tres números anteriores. Consúltese también el del art. 546.

CUESTION I. *La no devolución por el deudor de la cantidad recibida en préstamo, ¿constituirá el delito de estafa, previsto en el art. 548, número 5.º del Código?—¿Lo constituirá la negativa de haber recibido la cantidad prestada?*—Al publicar en 1874 la primera edición de estos comentarios, propusimos esta misma *Cuestión*, resolviéndola en sentido *negativo* respecto á los dos extremos que la misma comprende. Decíamos entonces: «Opinamos que no viniendo obligado el mutuario á restituir la cosa que recibió, *porque la hizo suya* en virtud del contrato, sino á devolver otro tanto del mismo género, no puede ser criminalmente per-

seguido en virtud de este artículo y número por su falta de cumplimiento del contrato, ni por el hecho de negar haber recibido la cosa, pues que es evidente que en la disposición de aquél sólo están comprendidos aquellos contratos como el depósito, la comisión ó administración, y demás que produzcan la obligación de entregar ó devolver la *misma cosa* que se ha recibido.»—Conforme con nosotros el Tribunal Supremo, ha declarado en repetidas Sentencias que *no constituye delito de estafa la no devolución de la cantidad recibida en préstamo* (1).

Pero respecto de la *negativa* del deudor de *haber recibido la cantidad prestada* ha disentido de nuestro parecer dicho Supremo Tribunal, decla-

(1) Así resulta, entre otras, de las Sentencias siguientes: «Considerando que del texto del documento ó recibo de que se ha hecho mérito, tal como en la sentencia recurrida se relata, y al cual es preciso atenerse por ser el único dato que con la calidad de probado se consigna en la misma, no puede de ninguna manera deducirse que la deuda de D. Ramón Cebrián en favor de los Sres. Casajuana y Compañía proviniese de un contrato de verdadero depósito, de comisión, de mandato ó de otra especie cualquiera, por virtud del cual quedase el primero obligado á entregar á dichos señores, ó á un tercero específicamente, *el mismo dinero recibido*, y á no disponer de él durante el plazo que para su devolución se le concedía; antes al contrario, por la concesión de este mismo plazo en favor del deudor, y por las demás circunstancias, de la obligación en el citado documento contraída, hay que calificarla como procedente de una estipulación revestida de todos los caracteres de un *préstamo* común: Considerando que aun cuando se esté á la narración de hechos contenida en la declaración del procesado, no aceptada por la parte del querellante, según se indica en la sentencia recurrida, sólo en cuanto á la circunstancia de haberse consentido á favor de Cebrián un premio en remuneración de los servicios prestados á los Sres. Casajuana; pero que en la misma sentencia no se estima como probado, ni tampoco de semejante narración, y calificando en derecho los hechos en ella referidos, puede inferirse que el origen primitivo de la deuda del recurrente para con dichos señores fuese un contrato de comisión ó depósito ó de cualquiera de aquellos otros, cuya falta de cumplimiento por el sujeto obligado deba juzgarse como constitutiva de estafa, por llevar consigo el perjuicio y el engaño que caracterizan esta clase de delitos; y siendo, por otra parte, un principio legal, reconocido en la resolución de casos análogos anteriores por este Tribunal, que al arbitrio de los particulares no está el mudar la naturaleza de las acciones civiles que les correspondan cuando en el plazo marcado no han sido efectivas, cambiándolas en criminales por medio de una nueva estipulación en que se le atribuya distinto origen, necesariamente hay que deducir que aun cuando D. Ramón Cebrián no pagase las 10.000 pesetas en la época que en el mencionado documento se fijó, no por eso se hizo reo del delito penado en el art. 548, número 5.º del Código, y que, por lo tanto, la Sala sentenciadora, declarando que su acción constituyó tal delito y aplicándole el castigo que en dicha disposición legal se establece, la ha infringido, etc.» (Sentencia de 14 de Junio de 1883, publicada en la *Gaceta* de 25 de Septiembre.)—«Considerando, se dice en otra, que los términos en que aparece redactado el documento privado que en 12 de Noviembre de 1873 suscribió Rodríguez á favor de D. Vicente Alonso no suponen la existencia de un depósito que se dice recibido y que habría de entregarse en el siguiente año de 1874 á su padre D. Jacinto, antes bien el hecho aparece con el carácter de un *préstamo* no satisfecho, y cuya falta de cumplimiento fué reclamada civilmente, conforme á la índole propia del contrato celebrado, que la Sala sentenciadora ha desconocido con error, atribuyéndole la de estafa, comprendida en el núm. 5.º del art. 548 del Código penal, etc.» (Sentencia de 27 de Diciembre de 1883, publicada en la *Gaceta* de 2 de Abril de 1884.)

rando en repetidas Sentencias que constituye aquélla el delito de estafa: «Considerando en cuanto á la infracción del art. 548, núm. 5.º del Código, en relación con el núm. 3.º del 547, alegado en segundo lugar por el Ministerio Fiscal por no haberse hecho aplicación en la sentencia recurrida de estas disposiciones que, según se deduce del texto de las mismas y es doctrina constantemente aceptada, la *falta de reintegro de una cantidad entregada á título de préstamo no constituye delito, á menos que* por parte del deudor *se niegue haberla recibido*, y que de los hechos probados consignados en dicho fallo no aparece que Sabaté, si bien por otros motivos desconoció la existencia de la deuda, opusiese esta negativa.» (Sentencia de 20 de Febrero de 1885, publicada en la *Gaceta* de 30 de Septiembre, págs. 122 y 123.)

«Considerando, se dice en otra, que D. Francisco Balástegui tenía obligación de entregar la cantidad que le había prestado su acreedor Ramírez Gallardo, y que *negó terminantemente haberla recibido*, llevando su negativa hasta reservarse su derecho contra este último en la vía y forma que fuese más procedente; y que, por lo mismo, su *negativa de no deberla constituye un delito* previsto y penado por la disposición del Código penal antes citada (la del art. 548, núm. 5.º), cometiendo, por consiguiente, la Sala sentenciadora un error de derecho con infracción de la misma, al no calificar de delito, siéndolo por su naturaleza, el hecho ejecutado, etc.» (1)

(1) Con la rectitud que nos es propia, y que se sobrepone siempre en nosotros á toda otra consideración, no podemos, á pesar del profundo respeto que nos inspiran las resoluciones del Tribunal Supremo, estar conformes con las de que aquí se trató. —Para nosotros, el que niega haber recibido una cantidad que se le dió en préstamo, no puede ser responsable del delito de *estafa*, porque la expresión «ó negaren haberla recibido» con que termina el núm. 5.º del art. 548 no puede referirse sino á la cosa recibida en depósito, comisión ó administración, ó por otro título que produzca obligación de *entregarla ó devolverla*.—Y como el mutuario no viene obligado á restituir la cosa que recibió en préstamo, porque *la hizo suya* en virtud del contrato real celebrado, sino á devolver otro tanto del mismo género, es evidente que, si por la no devolución de la cosa recibida en mutuo no puede ser responsable del delito de estafa, por la sencilla razón de que no cabe que nadie se apropie lo que es *suyo* (y así lo ha reconocido implícitamente el Tribunal Supremo en las Sentencias arriba mencionadas), es evidente, repetimos, que la negativa de haber recibido esa misma cosa en préstamo, por más que sea contraria á la verdad, y constituya, por ende, un acto que la moral reprueba, no puede tampoco constituir el delito de *estafa*, *no puede servir de motivo á un procedimiento criminal*, y sí sólo dar lugar al ejercicio de la acción civil correspondiente. Opinar lo contrario es, á nuestro juicio, interpretar torcidamente, no sólo la letra de la Ley, sino también su *espíritu*, que no ha sido otro que limitar la sanción penal á aquellos contratos, como el depósito, la comisión, la administración, citados *demonstrationis causa*, y algunos otros no citados, como el *comodato*, por ejemplo, cuyo incumplimiento, en lo que se refiere á la no devolución de la cosa recibida ó á la negativa de haberla recibido, ha creído necesario el legislador sujetar á una sanción penal, por el *grave abuso de confianza* que supone en el contratante doloso que se apropia lo que no es *suyo*, ó niega haber recibido *esa misma cosa* que no es *suya*, pues que el contrato ó título en virtud del cual la posee ó detenta no le ha transferido, como en el mutuo, la propiedad de la misma.

(Sentencia de 14 de Octubre de 1875, inserta en la *Gaceta* de 30 de Noviembre.)

CUESTION II. *El que se constituye en gestor voluntario de la cobranza de una cantidad, y no la entrega á las personas por él reconocidas como hábiles y con derecho para cobrarla, ¿comete el delito de estafa previsto en este número?*—La afirmativa es indudable, pues que si al constituirse en gestor reconoció la facultad de dichas personas para reclamar, no puede, sin contradecirse abiertamente, desconocer la idoneidad legal de las mismas para percibir lo que les era debido; y, por tanto, resistiéndose á su entrega, incurre en la responsabilidad criminal del artículo, tanto más cuanto que en caso de que hubiese alguna duda, su deber imprescindible era el de consignar en depósito judicial la repetida suma, pero de ningún modo el retenerla en su poder. (Sentencia de 18 de Diciembre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 27 de Enero de 1872.)

CUESTION III. *Las omisiones del haber y del debe que se hayan cometido en unas cuentas, ¿constituirán en todo caso el delito de estafa?*—El Tribunal Supremo ha resuelto que sólo tendrán el carácter de dolosas criminalmente cuando aparezca de una manera indubitada, bien el elemento material de *apropiarse* las cantidades omitidas, bien el moral de la intención y ánimo de retenerlas indebidamente, ó bien la denegación de sumas que hubiese recibido el cuentadante; pues si se interpretase la disposición del artículo contra su letra y sentido jurídico, todas las diferencias que se suscitasen sobre rendición de cuentas serían objeto de acción criminal, ya que en ellas se controvierte especialmente la inclusión, exclusión, falta de documentos justificativos, validez ó invalidez de éstos referentes á partidas que se admiten ó desechan durante el juicio, en todo lo que existen ó pueden existir presunciones más ó menos fundadas de dolo. (Sentencia de 18 de Noviembre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 10 de Enero de 1872.)

CUESTION IV. *El Recaudador de contribuciones que habiéndosele entregado para el cobro recibos por valor de 81.658 pesetas 9 céntimos, ingresa en la Delegación solamente 79.609 con 66 céntimos, apareciendo, por tanto, en su contra un alcance de 2.048 pesetas 43 céntimos, que se obligó á satisfacer ingresando mensualmente 50 pesetas; asegurando que aquél debía proceder de pérdidas y equivocaciones sufridas en la cobranza por su hermano, á quien por enfermedad tuvo necesidad de encargarla, todo lo que confesó éste, ¿podrá ser declarado responsable del delito de estafa, previsto y penado en este artículo y número, en concepto de haberse apropiado ó distraído las cantidades que recibiera?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa, fundándose en que, declarados como probados los hechos de que el procesado no negó nunca el valor de los recibos que se le habían entregado; que con acuerdo de la representación del Banco se

convino en que el déficit se pagaría por mensualidades, y que la falta se debía al hermano del procesado, que por enfermedad de éste se encargó de la comisión, lo que confesó, explicando las causas de las pérdidas, no puede decirse que se había propuesto cometer el delito de estafa, apropiándose ó distrayendo dinero de otro, ni negando en ninguna ocasión su responsabilidad civil; y que, por lo tanto, la Sala sentenciadora infringió los referidos artículos al aplicarlos al caso de que se trata. (Sentencia de 1.º de Diciembre de 1874, publicada en la *Gaceta* de 26 de Enero de 1875.)

Advertiremos que el Tribunal Supremo de casación de Francia ha resuelto en varias Sentencias, entre las que puede verse la de 19 de Marzo de 1853, publicada en el *Bull. crim.*, pág. 158, que «no existe el delito de estafa previsto en este artículo y número en el hecho de un mandatario que ha aplicado *momentáneamente* en su provecho las cantidades que ha percibido, cuando las restituye antes de instruirse ningún procedimiento, y cuando resulta además de los debates que no tuvo intención dolosa de apropiarse tales sumas.

Observación importante.—Téngase muy presente que la *apropiación ó distracción* de caudales embargados, secuestrados ó depositados por Autoridad pública, sea ó no un particular quien la cometa, no deberá penarse con arreglo á este artículo, sino con sujeción al 410.—Véase su comentario y las *Cuestiones* en él propuestas.

QUESTION V. *El que ha sido condenado en un juicio civil á entregar á su contrario cierta cantidad de dinero «en concepto de devolución del depósito que recibió del mismo como garantía,» y al ser requerido de pago no lo verifica, con excepciones no admitidas en el juicio civil y con las mismas infundadas excusas en el juicio criminal, ¿podrá eximirse de la pena del delito de estafa, previsto en el art. 548, núm. 5.º del Código, so pretexto de que si bien la entrega de la expresada suma hecha por el querellante al procesado se la llamó depósito en la sentencia del pleito, como lo fué de cosa fungible dada por cuenta, no pertenecía á la clase de los regulares, sino que se convirtió en mutuo, llamándose por eso irregular en los que pasa el dominio al depositario, con obligación de restituir otra tanta cantidad de la misma especie que la recibida, conforme á la ley 2.ª, título III, Partida 5.ª; que, por tanto, el procesado pudo disponer de la citada cantidad, quedando únicamente obligado á la devolución de otra igual; y en su consecuencia, el hecho de emplearla en obras de las contratadas con el querellante, ó de otra manera, fué perfectamente lícito, porque no se comprende la adquisición del dominio por el depositario sin la facultad de disponer de la cosa depositada; que el hecho tampoco adquiría el carácter de delito por la falta de cumplimiento del procesado de la obligación que contrajo de devolver la garantía, puesto que no trató de eludirla por medio de engaño á otro*

de los previstos ó penados por la Ley; y que no constituyendo un depósito regular el contrato expresado, único á que se refiere el art. 548, núm. 5.º del Código penal, ni constando la intención en el procesado de defraudar al querellante, no incurrió el primero en responsabilidad criminal, ni podía exigirsele más que civilmente la devolución de la garantía?—Así lo estimó la Audiencia de Madrid, la que declarando que el hecho de autos no constituía delito, absolvió libremente al acusado. Mas interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por el querellante particular, alegando la infracción de los arts. 548, caso 5.º, y el 13 del Código penal reformado, por constituir los hechos probados un verdadero delito de estafa, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que, según el artículo 548, núm. 5.º del Código penal, y el 13, se consideran autores de un delito los que toman parte directa en la ejecución del hecho, é incurrir en las penas establecidas en el art. 547 los que en perjuicio de otro se apropiaren ó distrajeren dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en *depósito*, comisión ó administración, ó por otro título que produzca obligación de entregarla ó devolverla, ó negaren haberla recibido; que habiendo recibido el procesado como garantía del cumplimiento de un contrato 10.000 duros que había de devolver en cierto caso que llegó, según la ejecutoria de la Audiencia que condenó á aquél á que entregase al querellante los 10.000 duros *en concepto de devolución del depósito que recibió del mismo como garantía*; y requerido de pago, no habiéndolo verificado con excepciones que fueron desechadas en juicio civil y con las mismas infundadas excusas en el juicio criminal, la Sala sentenciadora cometió error de derecho al no calificar de delito los hechos que declaraba á la vez probados, infringiendo claramente el artículo 548 del Código, citado como fundamento del recurso; porque es indudable que el procesado se apropió ó distrajo dinero que había recibido en *depósito*, caso comprendido literalmente en el artículo expresado, que extiende la responsabilidad criminal al que hubiere recibido dinero ó efectos en comisión ó administración ó por otro título que produzca obligación de entregarlos ó devolverlos; y que del conjunto de los hechos consignados y admitidos como probados en la sentencia se evidenciaba que no hubo simulación por parte de los contrayentes al celebrar el precitado convenio que, respecto de los 10.000 duros constituidos en garantía calificada de depósito por una ejecutoria, no podía aparecer como mutuo, concepto que repelen las mismas palabras del contrato, sus fines y condiciones que le acompañaron de ser una garantía que sin devengar interés se había de retener hasta cumplir determinadas condiciones que se llenaron. (Sentencia de 21 de Abril de 1876, publicada en la *Gaceta* de 5 de Agosto.)

QUESTION VI. *El comisionado de apremio que, al ser requere-*