



Roj: **SAP PO 2779/2017 - ECLI: ES:APPO:2017:2779**

Id Cendoj: **36038370022017100310**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **2**

Fecha: **19/12/2017**

Nº de Recurso: **11/2016**

Nº de Resolución: **322/2017**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **ROSA DEL CARMEN COLLAZO LUGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00322/2017

ROSALIA DE CASTRO NÚM. 5

Teléfono: 986.80.51.19

Equipo/usuario: MV

Modelo: 787530

N.I.G.: 36038 43 2 2014 0011070

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000011 /2016J

Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pontevedra

Diligencias previas núm. 4204/14

Delito/falta: ESTAFA (TODOS LOS SUPUESTOS)

Denunciante/querellante: Verónica , Esteban , MINISTERIO FISCAL, Isaac

Procurador/a: ALEJANDRA FREIRE RIANDE, ALEJANDRA FREIRE RIANDE , ALEJANDRA FREIRE RIANDE

Abogado/a: MARIA MERCEDES BUGALLO VARELA, MARIA MERCEDES BUGALLO VARELA , MARIA JOSE CRUCES GARCIA

Contra: Pablo , RODRIGUEZ FERNANDEZ OLEGARIO SL

Procurador/a: JOSE PORTELA LEIROS

Abogado/a SEBASTIAN LORENZO VIEJO

SENTENCIA N° 322

ILMOS/AS SR./SRAS MAGISTRADOS/AS

JOSE JUAN BARREIRO PRADO

ROSA DEL CARMEN COLLAZO LUGO

ROSARIO CIMADEVILA CEA

PONTEVEDRA, a diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTA en juicio oral y público, ante la Sección 002 de esta Audiencia Provincial la causa instruida con el número 11/16, procedente de JUZGADO DE INSTRUCCION NÚM. 2 de Pontevedra, Diligencias previas núm. 4204/14, y seguida por el trámite de PROCEDIMIENTO ABREVIADO por el delito continuado de **ESTAFA** contra **Pablo**



(y administrador de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ OLEGARIO SL), con DNI NUM000 , nacido en Chantada (Lugo) el día NUM001 de 1954, hijo de Juan María y Felicidad , con domicilio en Lugar DIRECCION000 núm. NUM002 , Viascón, Cotobade (Pontevedra), con antecedentes penales, en situación de libertad por esta causa, representado por el Procurador JOSE PORTELA LEIRÓS y defendido por el Abogado SEBASTIAN LORENZO VIEJO. Siendo parte acusadora **Verónica y Esteban** , representados por la procuradora ALEJANDRA FREIRE RIANDE y defendidos por la letrada MERCEDES BAGALLO VARELA, **Isaac** , representado por la procuradora ALEJANDRA FREIRE RIANDE y defendido por la letrada MARÍA JOSÉ CRUCES GARCÍA, y el **Ministerio Fiscal** , en representación del cual intervino el Ilmo. Sr. D. Augusto Santaló y como ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a **ROSA DEL CARMEN COLLAZO LUGO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Las presentes actuaciones se instruyeron por un presunto delito de ESTAFA y practicadas las oportunas diligencias se convocó a las partes a juicio oral, que se celebró el día 21 de noviembre de 2017, y a cuyo acto comparecieron quienes se relacionan en el acta levantada al efecto.

SEGUNDO. - El Ministerio Fiscal en sus conclusiones, calificó los hechos como constitutivos "de un delito continuado de ESTAFA previsto y penado en los artículos 248 y 250. 1. 1º, 5º y 6º y 2 en relación con los artículos 251 bis (en lo referente a la persona jurídica encausada), 74.1 y 2, así como de los artículos 31 y 31 bis. 1, 2 y 3, todos ellos del Código Penal en su redacción anterior a la entrada en vigor de la LO. 1/2015 de 30 de Marzo, alternativamente solicitó la condena por un delito de apropiación indebida del art. 252 , 250.1 11, 6º y 74,1.2 del Código Penal .

Los dos encausados son autores directos y materiales del delito de estafa, conforme a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 párrafo primero del Código Penal , concurriendo la circunstancias agravante de reincidencia del art. 22-8º del Código Penal .

Procede imponer al encausado Pablo , las penas de SIETE AÑOS de PRISIÓN, con la pena accesoria legal de inhabilitación para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, MULTA de VEÍNTIDOS MESES con una cuota diaria de DIEZ EUROS con la responsabilidad personal subsidiaria que corresponda en caso de impago conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal y al pago de las costas.

Procede imponer a la sociedad encausada RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ OLEGARIO S.L., las penas de MULTA de TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA EUROS (372.240 €), así como también la pena de DISOLUCIÓN DE SU PERSONALIDAD JURÍDICA, conforme a lo dispuesto en los artículos 33 b) y 66 bis regla la, ambos del Código Penal en su redacción anterior a la vigencia de la reforma de la L. 0. 1 12015) y al pago de las costas.

Y como responsabilidad civil ambos encausados deberán ser también condenados a indemnizar, conjunte y solidariamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 116. 1 y 2 del Código Penal :

- A Isaac en la cantidad de 20.060€.

- A Verónica y Esteban en la cantidad de 73.000 euros.

A estas cantidades se les aplicará el interés legal previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de Enero"

TERCERO.- La representación procesal de la acusación particular **Verónica y Esteban** , en su escrito de acusación, calificó los hechos como "constitutivos de un delito continuado de estafa previsto y penado en los artículos 248 y 250.1, 1º, 5º y 6º, en relación con apartado 2 del art.250 y art. 74, todos ellos, del Código Penal .

Alternativamente, los hechos relatados son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida previsto y penado en el artículo 252 del Código Penal , en relación con el artículo 250. 1, 1º, 5º y 6º y art.250.2 y 74 del mismo texto legal .

Resulta autor de los hechos el acusado, Pablo , en virtud de lo previsto en los artículos 27 y 28 del Código Penal y la sociedad Rodriguez Fernandez Olegario SL de conformidad con lo dispuesto en el art. 31 bis del Código Penal .

Cuarta.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, sin perjuicio de las modificaciones que puedan realizarse una vez obrante en autos hoja historico penal del acusado.

Procede imponer al acusado, Pablo , la pena de prisión de 8 años y multa de 24 meses a razón de una cuota diaria de 25 euros -a sustituir por responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago- la pena accesoria



de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, accesorias legales y costas, para el supuesto de que resulte condenado tanto por el de delito continuado de estafa como, alternativamente, por el delito continuado de apropiación indebida.

Procede imponer a la sociedad Rodriguez Fernandez Olegario SL la pena del multa de 219.000 euros, de conformidad con lo dispuesto en el art. 251 bis a) del Código Penal , así como decretarse su disolución conforme art. 251 bis y 33.7.b) del Código Penal .

En concepto de responsabilidad civil, el acusado y la sociedad indemnizarán conjunta y solidariamente a Verónica y Esteban con la cantidad de 73.000 € entregada por los mismos más la cantidad correspondiente al interés legal.

Se les condenará también al pago de las costas judiciales, incluyendo las de la acusación particular".

CUARTO.- La representación procesal de la acusación particular **Isaac** , en su escrito de conclusiones provisionales, calificó los hechos "como constitutivos de un delito continuado de ESTAFA previsto y penado en el artículo. 248 y 250. 1. 1º y 6º del Código Penal , en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo legal .

Alternativamente, los hechos son constitutivos de un delito continuado de APROPIACION INDEBIDA previsto y penado en el artículo 252 del Código Penal , en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo legal , sin perjuicio de otros delitos que resulten de las actuaciones.

De los hechos narrados responden los acusados en concepto de AUTORES, artículo 27 , 28 y 31 bis del Código Penal .

No concurren circunstancias modificativas de la pena, sin perjuicio de las que pudiesen surgir una vez se aporte a autos I certificado de Antecedentes Penales del acusado.

Procede imponer al acusado Don Pablo la pena de 6 años de prisión, junto con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18 meses a razón de 20 euros diarios a sustituir por responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago por la comisión del delito continuado de estafa y alternativamente, por el delito continuado de apropiación indebida, tipificados en el artículo 250.2.

Procede imponer a la entidad acusada Rodríguez Fernández Olegario, S L., la pena de multa de 60.000 euros por la comisión del delito tipificado en el artículo 251 bis a) del Código Penal .

En cuanto a la responsabilidad civil por razón de los mencionados hechos, ha de declararse la obligación de los acusados de indemnizar a Don Isaac , en la cantidad de 20.000 euros en concepto de cantidad entregada a los acusados y no recibida mas el interés legal, así como la imposición de costas".

QUINTO.- Por la defensa del acusado se solicitó la libre absolución de su patrocinado al no haber tenido participación alguna en los hechos presuntamente delictivos.

SEXTO.- En el acto del juicio oral **El Ministerio Fiscal, modificó el escrito de acusación**, presentando escrito en los siguientes términos:

"PRIMERA: Se añade que el acusado fue condenado, entre otras ocasiones, en sentencia de 17/1/2007 por delito de estafa a la pena de 4 años de prisión.

Se añade: los acusados desde el primer momento no tuvieron intención de cumplir su parte del contrato, apoderándose, con ánimo de lucro, de las cantidades percibidas. Se plantea una **calificación alternativa** añadiendo a la primera el siguiente texto: los acusados se apropiaron, con ánimo de lucro, las cantidades percibidas sin darles el destino previsto contractualmente.

SEGUNDA: La referencia a los números 5º y 6º del artículo 250.1 es tras la reforma de la LO 1/15 , a la fecha de los hechos serían los números 6º y 7º.

Se plantea como **calificación alternativa** la siguiente: los hechos son constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 252 en relación con el 250.1.1º , 6º , 7º , y 74.1.2 CP .

TERCERA: es autor del **delito alternativo** D. Pablo .

CUARTA: concurre la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP .

QUINTA: procede imponer por el **delito alternativo** de apropiación indebida la misma pena que la solicitada por el delito de estafa, así como la misma responsabilidad civil, no obstante en este supuesto la responsabilidad civil de Rodríguez Fernández Olegario SL será subsidiaria".

Asimismo la acusación particular Verónica y Esteban , modifican el escrito de conclusiones provisionales en los siguientes términos:



"PRIMERA: El acusado, Pablo con antecedentes penales computables por las siguientes ejecutorias:

1) Condenado por el Juzgado de lo Penal núm 1 de Santiago, por sentencia de Fecha 16/06/2000 a la pena de prisión de 2 años y 6 meses, en el PA 2112/98, Ejecutoria 48/2001, por un delito de apropiación indebida, pena que fue extinguida en fecha de 20/04/2014

2) Condenado por el Juzgado de lo Penal núm 1 de Santiago, por sentencia de fecha 15/12/2004 a la pena de prisión de 1 año y 9 meses, en el PA 297/03, Ejecutoria 293/2005, por un delito de estafa, pena que fue extinguida el 20/04/2014

3) Condenado por la Sección Sexta de la AP de Santiago por sentencia de fecha 30/12/2004 a la pena de prisión de 4 años y 1 día, en el PA 54/2003, Ejecutoria 3/2007, por un delito de estafa, pena que fue extinguida el 20/04/2014.

Por el encausado sólo se hizo el bajo sobre el que tendría que ir asentada la casa, que según contrato ascendería a 11.660€ con IVA(106m2x100€:10.600, más 10% IVA:11.660€) más el proyecto básico del arquitecto por importe de 3.979€ con IVA. Total 15.639€.

En el resto se mantiene la conclusión

CUARTA Concorre en el acusado la agravante de REINCIDENCIA del artículo 22.8CP

QUINTA Para modificar en el siguiente sentido, procede imponer al acusado, Pablo , la pena de prisión de 9 años y multa de 30 meses a razón de una cuota de 25 euros/día, manteniéndose en el resto la conclusión.

SEXTA En concepto de Responsabilidad civil, el acusado y la sociedad indemnizarán conjunta y solidariamente a mis representados Verónica y Esteban con la cantidad de 57.360€, manteniéndose en el resto.

La acusación particular Isaac **modifica el escrito de conclusiones provisionales** en los siguientes términos:

Conclusión primera en el sentido de manifestar que Don Pablo :

-Fue condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Santiago, por sentencia de fecha 16/06/2000 a la pena de prisión de 2 años y 6 meses, en el PA 2112/98, Ejecutoria 48/2001, por un delito de apropiación indebida, pena que fue extinguida el 20/04/2014.

-Fue condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Santiago, por sentencia de fecha 15/12/2004 a la pena de prisión de 1 año y 9 meses, en el PA 297/03, Ejecutoria 293/2005, por un delito de estafa, pena que fue extinguida el 20/04/2014.

-Fue condenado por la Sección Sexta de la AP de Santiago, por sentencia de fecha 30/12/2004 a la pena de prisión de 4 años y 1 día, en el PA 54/2003, Ejecutoria 3/2007, por un delito de estafa, figurando como fecha de extinción de la pena el 20/04/2014.

Conclusion cuarta en el sentido de manifestar que concurre en el encausado Don Pablo la circunstancia modificativa de agravante de reincidencia, del art. 22.8 del CP .

Por consiguiente, se modifica la conclusion quinta, en base al articulo 66.5 del CP , en el sentido de manifestar que procede imponer al encausado Don Pablo la pena de prision de 9 años y multa de 30 meses a razón de una cuota diaria de 20 €, manteniéndose en el resto las conclusiones.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Probado y así se declara que el encausado Pablo , con DNI. Nº NUM000 , mayor de edad, ejecutoriamente condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de los de Santiago de Compostela, por delito de apropiación indebida, por sentencia firme de fecha 08/02/2001 , cumplida en fecha 20/04/1014 , ejecutoriamente condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de los de Santiago de Compostela, por sentencia firme de fecha 30/06/2005 , por delito de estafa, cumplida en fecha 20/04/14 , ejecutoriamente condenado por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela, por sentencia firme de fecha 17/01/2007 por delito de estafa, cumplida el 18/01/2011; fue nombrado administrador único de la sociedad "RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ OLEGARIO S.L.", siendo ésta última válidamente constituida por medio de escritura pública de fechada el 09/09/2010, sociedad con sede en el lugar de DIRECCION000 nº NUM002 de la localidad de Viascón, término municipal de Cotobade y cuyo objeto era, entre otros, la construcción, fabricación, exportación, compra y venta de todo tipo de casas prefabricadas; y así las cosas, aprovechándose aquél del ejercicio de dicha actividad, y con la finalidad de obtener un beneficio a costa del patrimonio ajeno, siendo así que aquel constituyó la sociedad encausada con éste último fin, llevó a cabo los siguientes hechos:



A) El día 14/01/2013, Verónica y Esteban suscribieron en la sede de la entidad "RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ OLEGARIO S.L.", juntamente con el encausado (éste en calidad de gerente de la citada empresa) un contrato para la compra por parte de aquéllos de una vivienda prefabricada de madera modelo "Salamanca", de 106 metros cuadrados, con una terraza anexa de 25 metros, por un precio que se pactó en 72.200 € con IVA incluido, estableciéndose como medio de pago 25.277 € a la firma del contrato, 25.277 € en el momento en que se comience la instalación de la casa y 21.666 € en el momento de la entrega de llaves; y así, en cumplimiento de lo estipulado en el contrato, Esteban efectuó el 17/01/2013 una primera transferencia de 25.000 € (destinada a la compra de la madera) a la cuenta de la empresa del encausado de la cual éste era titular en la sucursal del Banco Pastor en Pontevedra, efectuando más tarde Esteban, en fecha 11/03/2013, otro ingreso de 16.000 € en la misma cuenta, una vez iniciadas las obras de excavación del terreno donde iba a asentarse la casa, a requerimiento del encausado (supuestamente por gastos imprevistos surgidos después de la firma del contrato), efectuando el comprador, de la misma manera, otras tres transferencias, en fechas 23/04/2013, 18/06/2013 y 31/07/2013, por importe, respectivamente, de 10.000, 15.000 y 7.000 €, sin que el encausado, posteriormente encargase el material a la empresa suministradora de las piezas de madera necesarias para la construcción de la casa, y sin que tampoco el encausado hubiese devuelto a sus clientes, en ningún momento posterior, las cantidades que éstos pagaron al encausado para la compra de la casa, pues nunca tuvo intención de hacerlo (ni personalmente ni como gerente de la sociedad encausada), incorporando aquél de manera ilícita dichas cantidades al patrimonio de la sociedad encausada.

Por el encausado sólo se hizo el bajo sobre el que tendría que ir asentada la casa, que según el contrato ascendería a 11.660 € con el IVA., más el proyecto básico del arquitecto por importe de 3.979 € con IVA, todo ello con un importe total de 15.639 €.

Se da la circunstancia de que Esteban y Verónica efectuaron la compra de la citada vivienda para instalarla en la zona de Mourente - Pontevedra y destinarla a primera vivienda tanto de ellos mismos como de sus dos hijos menores de edad, y como consecuencia de este hecho tuvieron que alojarse provisionalmente en casa de unos familiares al no construirse la casa de madera que habían comprado a la empresa del encausado a pesar de haber pagado a éste último un total de 73.000 €, reclamando la suma de 57.360 €.

B) En fecha 8/11/2013, Isaac realizó un contrato de compraventa con la empresa "Rodríguez Fernández Olegario, SL" a través de su gerente (el encausado), celebrado en Viascón, en la sede de dicha mercantil, consistiendo dicha operación en la compra por aquél de una vivienda unifamiliar de madera valorada en 50.000 € y que el comprador iba a instalar en la localidad de Campo Lameiro e iba a destinar a primera vivienda. En dicho contrato se estableció como forma de pago la siguiente:

- 20.000 € en el momento de la firma del contrato con el fin de encargar la compra del kit de las piezas de madera a la factoría suministradora.
- 20.000 € a la entrega del kit de madera en el punto de construcción.
- 10.000 € en el momento de la entrega de las llaves.

Así de esta manera, en cumplimiento de lo pactado, Isaac llevó a cabo el 11/11/2013 una transferencia en la cuenta de "Rodríguez Fernández Olegario SL" en el Banco Pastor por valor de 20.000 €, cantidad que el encausado, en vez de transferirla, a su vez, a la empresa suministradora de la madera para la casa que le había encargado su cliente, la destinó a otros fines, incorporándola de manera ilegal al patrimonio de la empresa encausada.

Posteriormente, al ver Isaac que el tiempo pasaba y la casa no se estaba construyendo, así como que el encausado no había cumplido sus compromisos, decidió rescindir el citado contrato, exigiendo al encausado la devolución del dinero que previamente le había entregado, suscribiendo ambos en la localidad de Padrón (A Coruña) un documento de reconocimiento de deuda en fecha 30/09/2014 en virtud del cual el encausado reconocía haber contraído con Isaac una deuda de 20.000 € para cuyo pago se pactó la entrega por el deudor de cuatro pagarés al acreedor por valor de 5.000 € cada uno de ellos, haciéndolo así el encausado, entregando a Isaac los cuatro pagarés con fechas de vencimiento 7, 14, 21 y 28 de Octubre de 2014, los cuales, llegadas dichas fechas, no fueron pagados debido a que no existían fondos suficientes para su pago en la cuenta del emisor, siendo devueltos a la persona que los presentó al cobro (Isaac), generándosele a éste, como consecuencia, además unos gastos bancarios de 60 € (es decir, 15 € de comisión de penalización por cada pagaré no atendido al cobro en su fecha de vencimiento), no teniendo en ningún momento intención el encausado Pablo (ni personalmente ni como gerente de la empresa encausada) de devolver tales cantidades a su cliente.

Pablo se apropió con ánimo de lucro, de las cantidades percibidas sin darles el destino previsto contractualmente, y sin devolver el dinero cuando fue requerido para ello.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de apropiación indebida del art. 252 en relación con el art. 250 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos. Dicho delito como decimos aparecía castigado a la fecha de los hechos en el artículo 252 del Código Penal , (actualmente, tras la reforma del Código Penal operada por la Ley 1/2015, en el artículo 253 del citado cuerpo legal) en dicho precepto se tipifica la conducta de los que en perjuicio de otros se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros. En términos muy similares se pronuncia el actual artículo 253 del Código Penal tras la redacción dada por la Ley 1/2015 de 30 de marzo.

Como explica la STS 588/2014 de 25 de julio , de manera reiterada ha entendido el Tribunal de casación, a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorpora el citado artículo 252 del Código Penal , que el mismo sanciona dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo:

- a) Que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; 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;
- b) 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.

En relación con el título de recepción la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, precisamente por el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

c) Como elementos de tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona. En el delito de apropiación indebida , cronológicamente existen dos momentos, uno inicial, consistente en la recepción válida de ciertos bienes, donde el futuro perjudicado hace entrega de dinero, efectos o alguna cosa mueble para que se le dé algún destino, y otro subsiguiente, donde el que los recibió, contraviniendo las obligaciones asumidas en el pacto, y quebrantando la confianza del que hizo la entrega de los bienes, deja de darles la aplicación y destino pactados, los distrae y se los apropia.

Por otra parte y con respecto a la cuestión que se plantea en el presente juicio es interesante destacar lo recogido por la reciente sentencia del T. Supremo de fecha 10 de marzo de 2017: "...se hace preciso empezar recordando que esta Sala, en supuestos similares al que ahora se contempla, tiene consolidada una doctrina, cuyo contenido principal, así como las discrepancias y objeciones, se pueden apreciar en la sentencia 89/2016, de 12 de febrero .

En ese precedente jurisprudencial, frente a las alegaciones de un imputado afirmando que el dinero entregado por el comprador lo ha dedicado a diferentes gastos previos para la construcción del edificio donde adquirió su vivienda la parte denunciante, contra argumenta la Sala de Casación que conforme a lo alegado por el recurrente bastaría a los promotores de viviendas con incumplir la ley e ingresar las cantidades recibidas anticipadamente en una cuenta genérica de su empresa, sin garantizarlas como están obligados, prescindiendo de la cuenta específica legalmente imperativa, para que estas cantidades se confundan con su patrimonio y no sea posible acreditar en qué las han gastado, eludiendo totalmente su responsabilidad.



Uniendo a esta argumentación la exigencia de que, pese a que es el promotor el que ha dispuesto de las cantidades entregadas burlando manifiestamente sus obligaciones legales de garantía y separación, sean por el contrario los perjudicados los que estén obligados a acreditar que el promotor se ha gastado su dinero en atenciones diferentes de la construcción de las específicas viviendas a las que estaban destinados los anticipos. Prueba que resulta prácticamente imposible cuando las cantidades anticipadas se ingresan ilegalmente en una cuenta común de la empresa, con lo que se consume el esperpento que pretende la parte recurrente, al incumplir primero la Ley y después emplazar a la víctima a una prueba diabólica, no exigida por el tipo, haciendo prácticamente inviable la sanción por apropiación indebida en estos supuestos.

Y prosigue después argumentando la sentencia 89/2016 que la doctrina de esta Sala -como señalan, entre otras muchas, las SSTs de 23 de diciembre de 1996 , 1 de junio de 1997 , 22 de octubre de 1998 , 27 de noviembre de 1998 , núm. 29/2006, de 16 de enero , 29 de abril de 2008 , 2 de diciembre de 2009 , 18 de marzo y 15 de septiembre de 2010 , núm. 163/2014, de 6 de marzo , núm. 253/2014, de 18 de marzo , núm. 286/2014, de 8 de abril , núm. 309/2014, de 15 de abril , núm. 605/2014, de 1 de octubre , núm. 269/2015, de 12 de mayo y núm. 345/2015 , de 17 de junio- establece que los supuestos de distracción por el vendedor de cantidades anticipadas en la venta de viviendas deben tipificarse como apropiación indebida cuando la vivienda no se construye y la devolución del dinero anticipado no se ha garantizado como exige la ley.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (modificada por la DA 1ª de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación , y hoy derogada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, que mantiene sus criterios esenciales en la DA 1ª de la LOE , estableció en su art. 1º la obligación de que las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas garanticen la devolución de las cantidades entregadas, más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución, mediante contrato de seguro, o por aval solidario prestado por Banco o Caja de Ahorros, "para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido".

La disposición adicional primera de la LOE (Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación , mantenía expresamente la vigencia de las obligaciones legales establecidas imperativamente en la Ley 57/68, disponiendo que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, conforme a la DA 1ª de la LOE de 5 de noviembre de 1999, es de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa.

Prosigue diciendo la referida sentencia 89/2016 que la redacción actual de la LOE, conforme a la modificación introducida por la reciente Ley 20/2015, de 14 de julio, ha clarificado el régimen vigente, sin modificarlo sustancialmente, al derogar expresamente la Ley 57/1968 de 27 de julio, a la que se remitía expresamente la redacción anterior de la DA 1ª de la LOE , e incluir directamente las obligaciones legales de los promotores que perciban cantidades anticipadas en el propio texto de la Ley de Ordenación de la Edificación (DA 1ª).

Dispone actualmente dicha norma, reiterando lo que viene estableciendo el legislador de modo imperativo desde hace casi 50 años, lo siguiente: "Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción: Uno. Obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas. 1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas , incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes: 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 suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, 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 . b) 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, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas . Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior. 2. La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero".



Lo esencial de la norma establecida en el art. 1º de la Ley 57/68, que se ratificó en la redacción inicial de la LOE, y se vuelve a ratificar en la última reforma de 14 de julio de 2015, es la necesidad de establecer un patrimonio separado y garantizado con las cantidades recibidas. Un patrimonio separado de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, custodiado en una cuenta especial en la que necesariamente habrán de depositarse las cantidades anticipadas por los adquirentes. Estas cantidades sólo se podrán percibir a través de entidades de crédito, y únicamente podrá disponer de ellas el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, siempre que previamente se ingresen en dicha cuenta separada y esté garantizada su devolución en la forma prevenida por la Ley. Norma imperativa, que no puede dejarse sin efecto por disposición de las partes.

Este es el contenido específico, con repercusión penal, de dicho precepto. El delito de apropiación indebida lo cometerá, conforme al art. 252 del Código Penal quien, habiendo recibido cantidades que por imperativo legal sólo puede percibir a través de una cuenta especial con garantía expresa de devolución, no las entregue (o ingrese) en dicha cuenta separada, e incumpliendo esta obligación las confunda con el patrimonio propio, disponiendo de ellas como si fueran suyas, bien para sí, bien para las necesidades de sus negocios. De este modo está disponiendo ilícitamente de ellas, incumpliendo una prohibición legal clara y explícita, aunque sea una utilización temporal y con la intención de entregar la vivienda comprometida, comportamiento que inicia, pero no consuma, el delito de apropiación indebida. El delito se consuma cuando se llega al denominado "punto sin retorno" (SSTS 513/2007, de 19 de junio ; 938/1998, de 9 de julio ; 374/2008, de 24 de junio ; y STS 228/2012, de 28 de marzo, entre otras), es decir cuando el promotor incumpla definitivamente la doble alternativa prevista por la ley, entregar la vivienda o devolver el dinero que debería haber garantizado.

En conclusión, el delito se consuma cuando se produce la definitiva desaparición del valor objeto de apropiación del patrimonio del perjudicado, ya que el delito de apropiación indebida es un delito de resultado contra el patrimonio, y se consuma cuando este resultado perjudicial se produce de modo ya irreversible.

Por todo lo cual, considera la sentencia 89/2016 que el Legislador diseña, con carácter imperativo, una modalidad contractual especial para los contratos de cesión de las viviendas en construcción en los que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas. En esta modalidad contractual específica, las cantidades anticipadas por los adquirentes deben percibirse (o entregarse por el promotor si las ha recibido directamente) a través de una Entidad Bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor.

Con ello pretende el Legislador evitar que el adquirente de la vivienda se convierta en socio inversor del promotor; es decir, que quien únicamente desea adquirir una vivienda sea utilizado para financiar la construcción, de forma que su anticipo se convierta en un préstamo, sin interés y sin garantía, para la financiación de la vivienda, corriendo el adquirente con los riesgos derivados del negocio de la construcción. Por ello obliga a que estos fondos se consideren como un depósito, se ingresen en una cuenta especial y se separen necesariamente del patrimonio del promotor o constructor.

Ahora bien, el Legislador, con buen criterio, es consciente de que mantener los fondos inactivos resulta disfuncional desde la perspectiva económica y financiera. Por ello introduce una segunda norma, adicional a la que constituye el patrimonio separado, permitiendo al promotor disponer de dichos bienes exclusivamente para las atenciones de la construcción, siempre que se ingresen inicialmente en la cuenta especial y se garantice su devolución para el caso de que la vivienda no se llegue a construir o a entregar, mediante el correspondiente aval. De esta forma el Legislador equilibra ambos intereses. Los del consumidor garantizando que el dinero anticipado para la compra de una vivienda no está sujeto a las vicisitudes del negocio del promotor, a sus dificultades financieras, a su habilidad constructiva y comercial o a las eventuales crisis económicas, porque la voluntad contractual del adquirente de la vivienda no es la de constituirse en socio inversor de la promoción. Para ello el Legislador establece una modalidad contractual que legalmente prohíbe al promotor disponer de los fondos salvo que esté garantizada su devolución.

En caso de incumplimiento de estas obligaciones legales, el promotor incurre, por este solo hecho, en las sanciones administrativas legalmente previstas. Pero, además, si dispone de las cantidades recibidas anticipadamente sin ingresarlas en la cuenta separada y sin garantizar su devolución en la forma imperativamente prevenida por la ley, el promotor, que conoce perfectamente la Ley de Ordenación de la Edificación, que es la regulación básica de su actividad, está disponiendo dolosamente de unos fondos que sabe que no están a su disposición, con independencia del fin al que los destine, por lo que si finalmente la utilización ilícita de los fondos se hace definitiva, porque el promotor no entrega la vivienda ni devuelve el dinero anticipado, se cumplen los requisitos típicos del delito de apropiación indebida.

Remarca la referida sentencia que la tutela civil es absolutamente ineficaz en estos casos dado que si los promotores han gastado el dinero y no construyen la vivienda, ordinariamente la empresa promotora



desaparece o resulta insolvente, siendo inviable la recuperación del dinero, que en muchas ocasiones constituyen los ahorros destinados a la obtención de un bien de primera necesidad, como es la vivienda, y resultan imposibles de reponer para las familias afectadas.

Y acaba afirmando la sentencia 89/2016 que la Ley se dicta para ser cumplida, y a los Tribunales les compete hacerla cumplir. Hora es, ya, de que esta normativa legal que el Legislador mantiene vigente y ha reiterado tres veces desde hace casi cincuenta años, se cumpla de manera efectiva. Y que su incumplimiento, conlleve las sanciones penales procedentes cuando determine la definitiva disminución del patrimonio del perjudicado, por la ilegal disposición por el promotor del dinero entregado, sin necesidad de imponer al perjudicado la carga de acreditar el destino de las cantidades indebidamente dispuestas. Porque el desvalor de la conducta penada no está ligado al destino del dinero indebidamente apropiado, sino al hecho de haber dispuesto el acusado de bienes ajenos que la Ley le impedía expresa e imperativamente disponer, y haber ocasionado con ello un perjuicio patrimonial definitivo al perjudicado, titular de los bienes objeto de apropiación.

2. Frente a esta doctrina jurisprudencial, que después ha sido repetida en algunas sentencias posteriores de la Sala (STS 147/2016, de 25-2 , se alza un criterio que se plasma en algún voto particular y también en otros precedentes jurisprudenciales.

En esta segunda línea jurisprudencial se ubica el voto particular discrepante emitido en la precitada sentencia 89/2016 , en el que se argumenta que no es suficiente con el incumplimiento de las garantías establecidas en favor de los compradores de viviendas respecto de las cantidades anticipadas para convertir automáticamente la disposición de esos fondos en actos incardinables en la conducta apropiativa que define el art. 252 Código Penal (actual 253); de modo que no puede estimarse que el delito surja inevitablemente si finalmente no se devuelven las cantidades ni se entrega la vivienda, con independencia absoluta de cuál sea el destino que les haya dado el promotor incumplidor. Se rechaza por tanto que haya responsabilidad penal aunque no exista constancia de que las cantidades han sido destinadas a otros fines; o incluso aunque haya quedado plenamente demostrado que hasta el último euro se invirtió en la promoción para la que se aportaron. Pues la antijuricidad penal sólo aparece como tal cuando el promotor destina las cantidades recibidas a otros fines - personales o empresariales-, desvío que deberá estar acreditado.

Se cuestiona en esta segunda corriente jurisprudencial la tesis de que desde el instante en que el promotor, haciendo caso omiso de la legislación especial, eluda las obligaciones que se le imponen para garantizar los intereses de los compradores, quede inhabilitado para disponer legítimamente de esas cantidades. Se refuta así que el simple ingreso en una cuenta no independiente ni separada de otros movimientos monetarios, ni asegurada o avalada como establece esa normativa, suponga ya un acto encajable en los verbos típicos del anterior art. 252. Y también se refuta que la inversión efectiva de esas cantidades anticipadas en la construcción de las viviendas a cuyo pago anticipado estaban destinadas sean también actos típicos, tipicidad que sólo se excluiría si la vivienda se hubiera entregado o se devolvieran las cantidades percibidas.

Asimismo se opone esta segunda orientación jurisprudencial a que se aplique el tipo penal de apropiación indebida cuando se hayan invertido todas las cantidades en la cumplimentación de lo convenido contractualmente, considerándose indiferente que se ponga o no a disposición de los compradores lo hasta ese momento construido; e igualmente se cuestiona que, una vez incumplidas las obligaciones de garantía que marca la ley, se considere indiferente que el hecho del fracaso del proyecto empresarial obedezca a causas meramente imprudentes o incluso fortuitas. De modo que, a pesar de la concurrencia de las circunstancias referidas, si el acusado no asegura o avala las cantidades ni constituye con ellas un patrimonio separado afecto a un fin, no podría admitirse que estemos necesariamente ante un delito de apropiación indebida.

Se manifiestan en esta segunda corriente diferentes sentencias de la Sala que consideran que si concurre prueba acreditativa de que el acusado invirtió el dinero o gran parte del mismo en ejecutar la obra convenida con el adquirente de la vivienda que anticipó parte del pago, debe excluirse el ilícito penal y habría que encauzar la reclamación del perjuicio económico por la vía de la jurisdicción civil, no considerando suficiente para aplicar el tipo penal el incumplimiento de la formalización de las garantías bancarias que aseguraran la devolución del dinero anticipado como requisito imprescindible para que el acusado pudiera invertirlo en la obra convenida. Son sentencias por tanto que entran a verificar cuál ha sido el destino del dinero aportado por la víctima que no le ha sido reintegrado en los casos en que la vivienda tampoco fuera puesta a disposición del comprador (SSTS 417/2015, de 30-6 ; y 537/2014, de 24-6).

De todas formas, debe quedar claro que en la mayoría de las sentencias de esta Sala, al margen de la concepción más o menos apegada a redacción de la ley 57/1968 que se siga en el caso concreto, se suele entrar a examinar las alegaciones de las defensas relativas al destino final del dinero anticipado por los compradores de las viviendas .



Además, en algunas sentencias se advierte que el delito de apropiación indebida no es consecuencia automática del incumplimiento de las obligaciones impuestas al promotor en la legislación citada en garantía de los derechos del futuro adquirente, sino que debe constatarse la concurrencia de los elementos vertebradores del delito de apropiación indebida adaptados a la peculiaridad de la situación analizada. Es claro que el principio de culpabilidad que inspira todo nuestro sistema de justicia penal, impide/impediría todo automatismo punitivo sin la existencia del reproche de la acción al autor, es decir de su culpabilidad como se exige en el art. 10 del Código Penal (SSTS 933/2016, de 15-12).

3. Un análisis global de la jurisprudencia de esta Sala permite, pues, percibir una corriente propicia a la aplicación del tipo penal de la apropiación indebida cuando el acusado incurre en la omisión de establecer un patrimonio separado de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, custodiado en una cuenta especial en la que necesariamente habrán de depositarse las cantidades anticipadas por los adquirentes. Estas cantidades sólo se podrán percibir a través de entidades de crédito, y únicamente podrá disponer de ellas el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, siempre que previamente se ingresen en dicha cuenta separada y esté garantizada su devolución en la forma prevenida por la Ley. Incumplidos estos requisitos, y una vez que se constate que el inculpado ha dejado de cumplimentar de forma definitiva la entrega de la vivienda o, en su caso, el reintegro del dinero adelantado, se considera que el encausado -al infringir la ley especial- ha trasladado el riesgo empresarial al comprador de la vivienda , y como el riesgo se ha materializado después en un claro perjuicio económico para la víctima y en beneficio del vendedor del inmueble en construcción, ha de aplicarse el tipo penal de la apropiación indebida.

En cambio, la segunda línea jurisprudencial de que se ha hablado abre importantes cauces probatorios para que el acusado acredite que el dinero entregado a cuenta por los compradores ha sido destinado a las inversiones a que se había comprometido con el fin de adquirir el terreno y construir la vivienda . Ya dentro de esta orientación jurisprudencial son distintos los niveles de exigencia de prueba con que opera la Sala en cada caso a la hora de acabar estimando que el dinero ha sido invertido en su integridad en las contraprestaciones a que se había comprometido el empresario cuando recibió el dinero anticipado, de manera que el grado de cumplimentación del contrato llegue a excluir la aplicación del tipo penal.

Llegados a este punto, y antes de descender al caso que se juzga, conviene advertir ya de inicio que si bien es a la acusación a quien le corresponde aportar la prueba de cargo acreditativa de los hechos integrantes del tipo penal de la apropiación indebida, debe tenerse también muy presente que, una vez que la parte acusadora acredita una conducta con las connotaciones propias del tipo de la apropiación indebida y con la dosis de antijuricidad indiciaria que lo impregna, es claro que la persona que sabe cuál es el destino dado al dinero que no ha sido devuelto a los querellantes es el propio acusado que lo ha percibido. De modo que habría que hablar de "prueba diabólica", como han apuntado ya varios precedentes de esta Sala en supuestos similares, si se les obligara a los perjudicados a probar cuál es el destino que le ha dado al dinero el acusado una vez que se puso a su disposición y ni se ejecutó la obra ni fue reintegrada la suma anticipada. Las posibilidades de disposición del dinero por parte del acusado son múltiples, debiendo por tanto ser el disponente quien desvirtúe los graves indicios delictivos aportados por las acusaciones contra él, para lo cual ha de aportar una contraprueba que le favorezca y que además, generalmente, sólo él puede conocerla y controlarla.

Ello significa que cuando la acusación ha acreditado unos hechos que contienen la antijuricidad indiciaria propia o consustancial a la tipicidad del art. 252 del Código Penal (actual 253), en el que se regula el delito de apropiación indebida, constatando para ello que los querellantes han anticipado una importante cantidad de dinero que han puesto a disposición del acusado, sin que éste a su vez cumplimentara todas las garantías legales a que estaba obligado, y después ni entrega la vivienda ni devuelve el dinero anticipado, no han de ser los perjudicados los que investiguen el destino de un dinero que, merced a indicios sólidos y evidentes, ha sido distraído por la persona que lo percibió y no garantizó su devolución ni lo reintegró después, sin que tampoco pusiera a disposición de los compradores la vivienda comprometida.

Ante la constatación de una situación de esa índole, no cabe excluir la antijuricidad indiciaria de la conducta del acusado con meras alegaciones retóricas o con una prueba documental ad hoc que acabe incrementando la confusión y la opacidad inicialmente generadas por el acusado al omitir la obligación legal de establecer una cuenta especial separada con las aportaciones de los anticipos de los adquirentes de una vivienda, obligación que tiene como fin neutralizar cualquier clase de riesgos relacionados con la adquisición de un bien de primera necesidad (la vivienda).

El grave riesgo generado dolosamente para el patrimonio de los compradores de viviendas con el incumplimiento de las obligaciones establecidas por el legislador con el fin de dejar indemnes a las presuntas víctimas, constituye un indicio de un peso y una enjundia incuestionables en orden a acreditar la responsabilidad penal del empresario vendedor que incumple las leyes garantizadoras y no entrega la vivienda ni devuelve el dinero. No cabe, pues, cualquier prueba aparente sobre el destino del dinero para excluir



la tipicidad de los perjuicios ocasionados al patrimonio de los compradores, perjuicios que constituyen la materialización de un riesgo doloso que el legislador ordenó excluir mediante unas garantías bancarias de obligado cumplimiento..."

TERCERO.- Pues bien, cualquiera que sea la línea jurisprudencial que asumamos, de las dos expuestas en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, resulta claro, que del examen de la prueba practicada en el presente procedimiento, se infiere que concurren todos los requisitos del tipo penal de apropiación indebida.

Y así, no se cuestiona y se asume sin queja ni protesta por el acusado, ni la existencia de los contratos, ni las entregas del dinero y cheques por parte de los compradores a la empresa "Rodríguez Fernández Olegario SL", por el importe reflejado en los hechos probados, ni la inexistencia de las pólizas individuales que aseguraban las cantidades entregadas ni tampoco la falta de ingreso de las mismas en una cuenta especial, todo lo que además aparece acreditado y corroborado a través de la documental obrante en las actuaciones.

Tampoco se cuestiona que la obra no llegó a ejecutarse en el caso de la obra contratada por Isaac y así es un hecho incontrovertido también que la obra se paralizó al poco tiempo de su inicio en el caso de la denuncia de Verónica y Esteban, resultando igualmente asumido por los acusados que no fueron entregadas las viviendas adquiridas, sin que tampoco se devolviera a los perjudicados las cantidades anticipadas.

Siendo ello así, la cuestión objeto de estudio queda muy limitada, y el caballo de batalla por lo que respecta a la apropiación ha sido fundamentalmente el destino de las cantidades percibidas, manteniendo el acusado que el dinero obtenido de Isaac se lo gastó en su vida privada y el dinero abonado por Verónica y Esteban fue invertido en la obra.

Sin embargo no ha llegado la Sala a dicha convicción.

La prueba fundamental que se ha presentado para acreditar ello, ha sido la documental obrante a los folios 152 a 464, sin embargo dicha prueba ha sido insuficiente para tal fin.

Respecto a la acusación formulada por Verónica y Esteban, el acusado, en su declaración en el plenario afirmó respecto a la construcción de la vivienda encargada por Verónica y Esteban, que los primeros 2.000 € los invirtió en la licencia de obra y en la base de la construcción, si bien cuando inició los trabajos de acondicionamiento de la base se dio cuenta de que necesitaba realizar una base distinta a la presupuestada, afirmando sin lugar a dudas que este inconveniente surgió dado la inexperiencia que el acusado en este tipo de trabajos, el acusado no presente justificación documental alguna sobre lo invertido en estos trabajos, sin embargo la propia acusación particular formulada por estos perjudicados reconocen que se realizaron ciertos trabajos aportando justificación documental de lo que ellos mismos pagaron para proceder a la realización de estos trabajos; en efecto el acusado afirma que cuando empezaron a acondicionar el terreno se encontró un manantial de agua, por lo que hubo que proceder a realizar trabajos de drenaje del lugar, hecho este que la acusación particular no niega sin embargo alega que dichos trabajos fueron realizados y abonados por Verónica y Esteban.

De todas estas incidencias el acusado no aporta documento alguno al respecto, solo tenemos la declaración en el plenario de Jorge, que fue el albañil que hizo el trabajo por cuenta del acusado, y que afirmó en el plenario que trabajó en las obras de acondicionamiento de Tomeza, que el presupuesto para la base se fijó en 30.000 €, y que él no cobró ese importe, que los denunciantes Verónica y Esteban le encargaron ciertas modificaciones sobre el proyecto inicial y que él las realizó, pero que el fueron abonadas por los denunciantes, no por el Sr. Pablo.

Por el contra resulta esclarecedora la declaración de Verónica cuando afirmó que contrataron con el Sr. Pablo para que les construyera una vivienda de madera que estaba destinada a ser su vivienda habitual del matrimonio y sus dos hijos. Que el acusado les dijo que el dinero inicial que abonaron era para la compra de la madera, les dijo que la fábrica tenía problemas, que había problemas con el transporte, incluso llegó a decirles que la fábrica de madera había ardido. Ellos creyeron su versión hasta que habiendo abonado el importe de la casa y sin que el acusado realizara ninguna actuación tendente a seguir con la construcción, se pusieron en contacto con la entidad " DIRECCION001 . C.B" y se les dijo que el acusado no había abonado ninguna cantidad en concepto de reserva de la madera.

En referencia al incidente que se presentó en la construcción del bajo la Sra. Verónica reconoció que efectivamente cuando el acusado empezó los trabajos de excavación apareció en la finca un pozo, por lo que el acusado les dijo que tenían que contratar a una empresa que hiciera los trabajos de desvío de agua, cosa que así hicieron abonando ellos el importe de los trabajos a la citada empresa, sin que el Sr. Pablo interviniera para nada en estos trabajos.



Frente a la afirmación que hace el acusado de haber realizado costosos trabajos de acondicionamiento de la parcela no se han justificado ni los pagos que se dicen, ni se ha traído al juicio a los respectivos acreedores para que corroboren haberlos cobrado.

Y es que a mayor abundamiento, lo único que podríamos estimar acreditado como gasto, a la vista de lo obrante la folio 359 es el abono de 3.979,69 € en concepto de abono de honorarios correspondientes al proyecto básico, que si bien no consta abonado por el acusado, lo cierto es que esta acusación particular reconoce el abono y no reclama por este concepto.

También procede estimar como abonado por el acusado el importe de 11.660 €, cantidad que no se reclama por estos perjudicados, si bien el acusado nada ha acreditado al respecto.

La prueba de ello correspondía a la parte acusada, pues solo ella sabe cuál es el destino dado al dinero que no ha sido devuelto a los perjudicados, habría que hablar de "prueba diabólica", como dice la S.T. Supremo de fecha 10 de marzo de 2017 antes reseñada, "si se les obligara a los perjudicados a probar cuál es el destino que le ha dado al dinero el acusado una vez que se puso a su disposición y ni se ejecutó la obra ni fue reintegrada la suma anticipada. Las posibilidades de disposición del dinero por parte del acusado son múltiples, debiendo por tanto ser el disponente quien desvirtúe los graves indicios delictivos aportados por las acusaciones contra él, para lo cual ha de aportar una contraprueba que le favorezca y que además, generalmente, sólo él puede conocerla y controlarla".

Lo hasta aquí expuesto es suficiente pues para integrar los hechos el delito de apropiación indebida que se imputa, toda vez que en ninguno de los dos casos la construcción no llega a realizarse ni se cumplió el compromiso asumido en el contrato de compraventa de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas y el dinero recibido para ese específico fin no fue devuelto jamás a los perjudicados, y se incorporó al patrimonio de la empresa vendedora como propio, sin que conste que las sumas entregadas por los compradores fueran empleadas en las obras que correspondía realizar, hecho este expresamente reconocido por el acusado en el caso de Isaac , si bien alegó que hubo problemas con la licencia de obras, lo cierto es que en el plenario declaró el arquitecto Jesús Carlos que fue la persona a la que se le encargó el proyecto y fue claro y terminante cuando dijo que lo cierto es que no hubo tales problemas sino algunas trabas que él solucionó fácilmente y que las modificaciones que le pidió en Concello no eran relevantes, y que el acusado no le abonó el proyecto, que fue abonado directamente por Isaac .

Y más contundente aún fue la declaración de Agustín , representante legal de la entidad " DIRECCION001 . C.B" cuando afirmó que el acusado le encargó la construcción de dos casas que se hicieron correctamente, pero en el caso de la casa contratada por Verónica y Esteban , el Sr. Pablo no abonó cantidad alguna para la construcción de esa casa, pese a que les decía a estos que el dinero que habían entregado lo había pagado a la entidad " DIRECCION001 . C.B", para la compra de la madera.

En el mismo sentido, el testigo afirmó que Isaac construyó la casa de madera, encargándola directamente a ellos, que el precio de dicha casa fue de 61.040 €, de manera que el precio fijado en el contrato que era de 50.000 €, era inferior al del valor real de la casa; el acusado argumentaba que a él le hacían descuentos por lo que pudo ofrecer un precio menor, pero el representante legal de la entidad " DIRECCION001 . C.B", desmintió esta afirmación alegando una serie de especificaciones técnicas sobre las calidades de la madera que ponen de manifiesto que la versión del acusado es totalmente falsa.

Así pues a juicio de la Sala, la empresa vendedora desvió a fines distintos de la construcción de las viviendas las cantidades recibidas de los compradores, y es precisamente este destino a una finalidad distinta a la pactada la que le hace incurrir en el delito de apropiación indebida , en la modalidad de "distracción" del que se le acusa.

No nos encontramos ante un simple incumplimiento contractual y los hechos como decíamos, constituyen un delito de apropiación indebida , pues se produce una entrega de dinero al vendedor con un fin concreto y determinado por escrito y la empresa se apropia del importe y ni llevan a cabo su contraprestación ni lo devuelven a los compradores.

La empresa vendedora no asumió la obligación de constituir las garantías legalmente exigibles conforme a lo estipulado en la Ley 57/1968, es decir la obligación de devolver a los compradores el dinero para el caso de que la construcción no se iniciara o no llegara a buen fin en el plazo convenido, pero se presentaba como una empresa distribuidora de la entidad " DIRECCION001 . C.B", el acusado tenía una oficina en Visacón, unos catálogos y se anunciaba en internet, dando por tanto una apariencia de plena seguridad, estableciendo una ficticia garantía de la construcción sin que procediera al ingreso del dinero en una cuenta especial que formalmente asegurara la recuperación del pago parcial inicial para el supuesto de fracaso de la operación o el seguro de caución. Pero esta cautela no se cumple en ningún momento, pues el vendedor ni ingresó las cantidades en una cuenta especial, pues en la cuenta abierta a tal fin no se ingresaron los 20.000 € abonados



por Isaac , ni los 73.000 € abonados por Verónica y Esteban , ni se otorgaron las pólizas individuales que garantizaran la devolución de las cantidades entregadas. Y es que aun admitiendo que las pólizas no se hubiesen llevado a cabo por problemas con la compañía de seguros, es lo cierto que ello no desvirtúa la existencia del delito, pues sabiendo la empresa vendedora que no tenía garantizada la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, dispuso de las mismas, sin facultades legales para ello, pues la Ley solo autoriza dicha disposición en caso de que la devolución de dichas cantidades esté absolutamente garantizada en los términos legales.

Y es que a mayor abundamiento cabe decir, que no sería preciso formalizar ese aval. Simplemente se trataba de establecer lo que la jurisprudencia ha venido denominando "un patrimonio separado", depositando el dinero en una cuenta que tuviese fondos suficientes e intangibles como para poder realizar el reintegro del dinero ingresado y que quedase a salvo de las eventuales dificultades que pudiese atravesar la empresa vendedora.

Que la empresa "Rodríguez Fernández Olegario, SL" funcionaba de forma irregular lo atestigua la declaración del propio acusado que reconoció que no tenía preparación alguna para este tipo de trabajos, en concreto y respecto al contrato con Verónica y Esteban reconoció que cuando redactó el contrato, él mismo fue a ver el terreno, que no tenía experiencia y les hizo un presupuesto sin conocer el terreno, también reconoció que no tenía conocimientos de este tipo de negocios, que no tenía trabajadores en nómina en su empresa y que no tenía una línea de crédito bancario.

En referencia a la acusación particular formulada por Isaac afirmó que éste le entregó 20.000 € para la construcción de una casa, que ingresó el dinero en la cuenta de la empresa y se gastó el dinero en sus gastos particulares.

Concurren pues todos los elementos del delito de apropiación indebida , pues en cuanto al elemento subjetivo, cabe decir que "no consiste solo en el ánimo de apoderarse de la cantidad dineraria recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas y el derecho del sujeto pasivo en orden a darle al dinero el destino que se había acordado, o a la recuperación del mismo en otro caso; es decir, en la deslealtad consciente y querida con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008 , 27 de enero y 9 de octubre de 2009 , entre otras).

No aprecia tampoco la Sala, el delito de estafa que se imputa por la Acusación Particular, pues no se advierte la existencia del elemento típico de la misma "el engaño". Y así, no está acreditado que se celebrase el contrato de venta con la intención de incumplirlo, estimándose que el incumplimiento se produjo a posteriori por una serie de incidencias que impidieron la construcción del edificio.

CUARTO.- La Sala considera que concurren las circunstancias previstas en el art. 250.1, 1ª y 6ª y 7ª que, puestas en relación con lo dispuesto por el art. 252, que configuran el subtipo agravado de este ilícito.

Del mencionado delito de apropiación indebida es responsable en concepto de autor el acusado Pablo , y la entidad "Rodríguez Fernández Olegario, SL" (art. 31 bis del Código Penal) dada su condición de Socio y Administrador único de la entidad "Rodríguez Fernández Olegario, SL", teniendo por tanto el dominio del hecho, lo que además no ha sido discutido.

QUINTO.- Concorre la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22-8º del Código Penal toda vez que el acusado ha sido ejecutoriamente condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de los de Santiago de Compostela, por delito de apropiación indebida, por sentencia firme de fecha 08/02/2001 , cumplida en fecha 20/04/1014 ; ejecutoriamente condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de los de Santiago de Compostela, por sentencia firme de fecha 30/06/2005 , por delito de estafa, cumplida en fecha 20/04/14 , ejecutoriamente condenado por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela, por sentencia firme de fecha 17/01/2007 por delito de estafa, cumplida el 18/01/2011,

No concurren la circunstancias modificativa atenuante de la responsabilidad criminal pues no cabe apreciar la atenuante de Dilaciones Indebidas alegada por vía de informe por la Defensa de Pablo , toda vez que ni tan siquiera se concretan periodos de paralización que supongan una dilación extraordinaria y examinando la causa se pone de manifiesto que las actuaciones nunca estuvieron paralizadas y la dilación entre la fecha de la recepción de la causa en esta Audiencia Provincial de Pontevedra y la celebración del juicio ha sido debida a las circunstancias personales del acusado.

Así pues en cuanto a la pena imponer, y teniendo en cuenta el marco punitivo del art. 250 así como la importancia de la cuantía apropiada y el hecho de que las casas contratadas estaban destinadas a ser la vivienda habitual de los denunciados, como el propio acusado reconoció en su declaración en el plenario, atendiendo al hecho de que concurre la circunstancia 4ª y 5ª como ha quedado acreditado en el plenario por las declaraciones de Verónica y Esteban , que tenían ese dinero destinado a la construcción de su vivienda



habitual y que necesitaron ser ayudados por su familia para poder terminar la vivienda, y en todo caso perdieron más de 50.000 €, que el acusado les pidió y que no les devolvió, así como que tanto estos perjudicados, como Isaac, fueron engañados aprovechando el acusado su credibilidad empresarial y profesional, teniendo también en cuenta la circunstancia agravante de reincidencia, se estima proporcionada la pena de 7 años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y 20 meses de multa con una cuota diaria de 20 €/día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Procede imponer a la entidad "Rodríguez Fernández Olegario, SL" la multa de 309.444 € (cuádruple de la cantidad defraudada) y procede acordar la disolución de su personalidad jurídica, conforme a lo establecido en los arts. 33 b) y 66 bis-1º ambos del Código Penal.

SEXTO.- Todo responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, por ello Pablo deberá indemnizar a Verónica y Esteban en la cantidad apropiada de 57.360 €, cantidad que devengará el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y a Isaac en la cantidad reclamada de 20.000 €, cantidad que devengará el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SÉPTIMO.- Las costas se imponen por ministerio del artículo 123 del Código Penal al acusado incluidas las de las acusaciones particulares.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución, en nombre de S.M. el Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español,

FALLAMOS

Que **debemos condenar y condenamos** a Pablo en concepto de autor de un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252, 250-1, 1º y 6º y 74-1 y 2 todos ellos del Código Penal, concurre la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22-8º del Código Penal, procede imponerle la pena de **7 años de prisión** con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y **20 meses de multa** con una cuota diaria de 20 €/día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Procede imponer a la entidad "Rodríguez Fernández Olegario, SL" **la multa de 309.444 €**, y procediendo acordar la disolución de su personalidad jurídica, conforme a lo establecido en los arts. 33 b) y 66 bis-1º ambos del Código Penal.

En concepto de **responsabilidad civil** Pablo deberá indemnizar a Verónica y Esteban en la cantidad apropiada **de 57.360 €**, cantidad que devengará el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y a Isaac en la cantidad reclamada de **20.000 €**, cantidad que devengará el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad "Rodríguez Fernández Olegario, SL".

Asimismo deberá abonar el pago de las costas procesales incluidas las de las acusaciones particulares.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DIAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. a **no** todos del margen, que la firman y leída por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en el día de la fecha. Doy fe.