



Roj: **STS 4604/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4604**

Id Cendoj: **28079120012013100703**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2013**

Nº de Recurso: **2075/2012**

Nº de Resolución: **712/2013**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 5151/2012,**
STS 4604/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Septiembre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 3ª, de fecha 13 de julio de 2012, dictada en el Rollo de Procedimiento Abreviado 15/2008. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes Higinio y la Mercantil Ediparque, S.L., representados por la procuradora Sra. Ibáñez de la Cadiniere. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de instrucción número 5 de Alicante instruyó Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado con el número 56/2005, por un delito continuado de apropiación indebida y de estafa contra Higinio, y como responsable civil subsidiario la Mercantil Ediparque S.L., lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante cuya Sección 3ª dictó sentencia en fecha 13 de julio de 2012 con los siguientes hechos probados:

"Primero.- El Sr. Higinio, en calidad de administrador único de la sociedad mercantil Ediparque S.L., dedicada a la promoción y venta de viviendas, desde el año 1998 y hasta el 2001, suscribió una suma de contratos privados de compraventa con las personas que después se relacionan, mediante los cuales vendía a éstas, por un precio que también luego se indica, un chalé con su correspondiente parcela, a construir en las que serían las fases H, F e Y de la urbanización conocida como " DIRECCION000 ", situada en el término municipal de Muchamiel.

Segundo.- Para el pago de la citada vivienda, según quedó estipulado en la mayor parte de los contratos firmados, los compradores hicieron entrega de una cantidad inicial en metálico y, en ocasiones, también a través de efectos cambiarios. La cantidad restante a abonar para satisfacer el precio total de la vivienda se cubriría mediante la subrogación por éstos -los adquirentes- en las obligaciones de pago derivadas de un préstamo hipotecario que, según lo previsto en las cláusulas 2ª y 3ª de las condiciones generales de tales contratos, la empresa vendedora venía autorizada a contratar con una entidad crediticia o del préstamo que, tras la entrega de llaves, podría ser formalizado privadamente por los compradores con una entidad bancaria de su elección.

Las sumas entregadas por los compradores a cuenta del precio total de la vivienda que, en su inmensa mayoría, éstos pensaban destinar a ser su domicilio habitual, fueron de muy distinta índole; así, el Sr. Higinio recibió cantidades que oscilan entre los 2.500.000 y 8.000.000 de pesetas, y hubo incluso personas que abonaron íntegro el precio fijado a la vivienda que adquiriría.

Tercero.- En el mes de marzo del año 2001, la empresa Ediparque S.L. formalizó con el entonces Banco Mapire y en la actualidad integrado en la entidad Caja Madrid, un préstamo promotor ampliatorio de otro anterior pendiente



de pago, por un importe de 144 millones de pesetas, fijando como garantía la hipoteca de las fases H, F e Y de la promoción en las que debían construirse las viviendas enajenadas en la forma descrita.

Cuarto.- Uno de los múltiples compradores que hicieron efectivo el pago de la totalidad del precio asignado a la vivienda adquirida es el Sr. Balbino , cuyo contrato de compraventa, a diferencia del resto, no incluía cláusula alguna que autorizara a la mercantil vendedora a contratar un préstamo hipotecario para financiar el pago de cantidades que, por razón de lo dicho, no restaban por cubrir. No obstante ello y -se insiste- cuando había recibido ya íntegro el precio correspondiente, el Sr. Higinio , en nombre de Ediparque SL., hipotecó la parcela sobre la que había de ser construida la vivienda del Sr. Balbino , de la que ni era ya propietario, ni podía disponer.

Quinto.- Los contratos de compraventa suscritos por el Sr. Higinio con los adquirentes de las viviendas pertenecientes a las fases H, F e Y fueron, entre otros, los siguientes:

En fecha 18 de abril de 2000, vendió a Balbino Balbino y a su esposa Delia la vivienda situada en la fase F parcela NUM000 , por 21.000.000 de pesetas (126.212,14 euros), precio que éstos, en el mes de abril del año 2001, habían pagado en su totalidad. El clausulado de este contrato no incluía la autorización al vendedor para gravar o hipotecar la parcela que ocuparía la vivienda a construir, obrante en las cláusulas 2º y 3º de la mayor parte de los contratos de compraventa suscritos por el Sr. Higinio con los compradores de los chalés pertenecientes a las fases H, F e Y de esta promoción urbanística.

En fecha 18 de octubre de 1999 vendió a Nuria la vivienda a construir en la parcela NUM001 de la fase F, por el precio de 18.295.000 pesetas, recibiendo en pago una entrada inicial y distintos efectos cambiarios, que suman la cantidad de 3.500.000 pesetas. Este contrato fue rescindido por la compradora, a la que fue restituida la cantidad de 1.500.000 pesetas.

En fecha 20 de mayo de 1998 vendió a Juan Ramón la vivienda a construir en la parcela NUM002 de la fase F, por el precio de 18.710.000 pesetas, recibiendo en pago una entrada inicial y distintos efectos que suman la cantidad de 5.029.000 pesetas.

En fecha 5 de agosto de 1999, vendió a Benito la parcela NUM003 y vivienda a construir en ella, de la fase F, por el precio de 19.484.000 pesetas, recibiendo del comprador, entre la entrada inicial y el pago aplazado, la cantidad de 5.350.000 pesetas.

En fecha 23 de noviembre de 1999, vendió a Angustia , por un importe 20.894.000 pesetas, la parcela NUM004 y vivienda a construir en ella de la fase F, recibiendo en pago de la compradora la cantidad de 4.299.156 pesetas.

En fecha 10 de noviembre de 1998, vendió a Federico , y a su esposa Fidela , la parcela NUM005 y vivienda a construir en ella, de la fase F, por el precio de 20.134.000 pesetas, recibiendo de la compradora, una entrada inicial y efectos cambiarios que alcanzan la cantidad de 3.729,000 pesetas.

En fecha 10 de noviembre de 1998, vendió a Leon , casado con Patricia , la parcela NUM006 y vivienda a construir en ella, de la fase F, por el precio de 18.684.00 pesetas, habiendo recibido de éstos entra la cantidad inicial y efectos aceptados, la cantidad de 14.218.711 pesetas.

En fecha 25 de octubre de 1999 vendió a Sabino y Ana María , la parcela NUM007 y vivienda a construir en ella, de la fase Y, por el precio de 23.920.000 pesetas + IVA, recibiendo en pago una cantidad inicial y efectos que suman la cantidad de 5.127.098 pesetas.

En fecha 11 de octubre de 1999 vendió a Pedro Miguel y Eulalia , la parcela NUM008 y vivienda a construir en ella, de la fase Y, por el precio de 27.694.000 pesetas, recibiendo en pago una cantidad inicial y efectos que suman la cantidad de 6.247.500 pesetas.

En fecha 2 de marzo de 2000 vendió a Felipe y Valle la parcela NUM009 parcela y vivienda a construir en ella, de la fase Y, por el precio de 23.400.000 pesetas, sin IVA, recibiendo en pago una cantidad inicial y efectos que suman la cantidad de 6.099.000 pesetas.

En fecha 22 de junio de 1999 vendió a Catalina y Marcos , la parcela NUM001 y vivienda a construir en ella, de la fase H, por el precio de 17.700.000 pesetas, recibiendo en pago una cantidad inicial y efectos que suman la cantidad de 4.494.000 de pesetas.

En fecha 21 de septiembre de 1999 vendió a Víctor , la parcela NUM010 y vivienda a construir en ella, de la fase F, por el precio de XXX, recibiendo en pago la cantidad 4.315.310 pesetas.

En fecha 23 de noviembre de 2000 vendió a Amadeo , la parcela NUM011 y vivienda a construir en ella, de la fase Y, por el precio de 23.600.000 pesetas, recibiendo en pago la cantidad 4.315.310 pesetas.



En Fecha 11 de octubre de 2000 vendió a Ernesto y Verónica , la parcela NUM012 y la vivienda a construir en ella, de la fase Y, por un precio de 23.500.000 pesetas, recibiendo en pago, entre la cantidad de efectivo y efectos cambiarlos, la suma de 9.095.000 pesetas.

En fecha 23 de octubre de 2000, vendió a Landelino y Remigio , la parcela NUM010 y vivienda a construir en ella, de la fase Y, por un importe de Ç pesetas, por la que recibió en pago una cantidad inicial y efectos que suman la cantidad de 7.560.000 pesetas.

En fecha 15 de septiembre de 1999, vendió a Dolores y Juan Miguel , la parcela NUM006 y vivienda a construir en ella, de la fase Y, por un importe de 22.000.000 de pesetas, por la que recibió en pago la cantidad de 5.885.000 pesetas.

En fecha 22 de febrero de 2000, vendió a Calixto y Petra , la parcela NUM013 y vivienda a construir en ella, de la fase Y, por un importe de 31.754.000 pesetas, por la que recibió en pago una cantidad inicial y efectos cambiarios que suman la cantidad de 9.268.782 pesetas.

En fecha 8 de noviembre de 1999, vendió a Gerardo y Ángeles , vendió la parcela NUM014 y vivienda a construir en ella, de la fase F, por un precio de 19.884.000 de pesetas, por la que recibió en pago la cantidad de 5.082.500 pesetas.

En fecha 29 de octubre de 1999, vendió a Felicidad y a Octavio la parcela NUM015 y la vivienda a construir en ella, de la fase F, por un precio de 23.025.332 pesetas, por las que recibió en pago una cantidad inicial de 2.675.000 pesetas y la aceptación de distintos efectos cambiarios de 111.458 pesetas, a los que se dejó de hacer frente desde el 5 de mayo de 2001 por no haberse dado inicio a las obras.

En fecha 7 de octubre de 1999, vendió a Luis Antonio , la parcela NUM003 y la vivienda a construir en ella, de la fase F, por el precio de 20.205.880 pesetas, recibiendo en pago la entrega de una cantidad inicial de 5.082.500 pesetas.

En fecha 9 de julio de 1999 vendió a Marí Luz y Casiano (que adquirirían en proindiviso), la parcela NUM010 y la vivienda a construir en ella, de la fase H, por el precio de 18.091.000 pesetas, recibiendo en pago la entrega de una cantidad inicial de 2.222.925 pesetas y 24 cambiales por valor de 92.593 pesetas.

En fecha 21 de septiembre de 1999, vendió a Genaro y Emma la parcela NUM016 y la vivienda a construir en ella, de la fase F, por el precio de 20.998.000 pesetas, recibiendo en pago una cantidad inicial de 5.294.000 pesetas.

En fecha 14 de octubre de 1999, vendió a Nicolasa y Pedro la parcela NUM007 y la vivienda a construir en ella, de la fase F, por el precio de 18.671.500 pesetas, recibiendo en pago una cantidad inicial de 2.162.500 pesetas y distintos cambiales por valor de 86.000 pesetas.

En fecha 23 de agosto de 1999, vendió a Alejandra y Carlos Daniel , la parcela NUM017 y la vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago la cantidad inicial de 5.082.500 pesetas.

En fecha 14 de diciembre de 1999, vendió a Augusto , casado con Florencia , la parcela NUM012 y la vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago la cantidad inicial de 5.270.000 pesetas.

En fecha 21 de octubre de 1999, vendió a Rebeca y Fermín , la parcela NUM018 y la vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago la cantidad inicial de 7.711.490 pesetas.

En fecha 27 de julio de 1999, vendió a Andrea y Luis , la parcela NUM019 y la vivienda a construir en ella, de la fase H, recibiendo en pago la cantidad inicial de 4.280.000 pesetas.

En fecha 23 de julio de 1999, vendió a Valeriano la parcela NUM008 y la vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago la cantidad inicial de 5.100.000 pesetas.

En fecha 22 de julio de 1999, vendió a Laura y Agustín la parcela NUM020 y la vivienda a construir en ella, de la fase H, recibiendo en pago la cantidad inicial de 4.413.510 pesetas.

En fecha 14 de octubre de 1999, vendió a Dimas y Zaida , la parcela NUM021 y la vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago la cantidad inicial de 5.350.000 pesetas.

En fecha 1 de diciembre de 1999, vendió a Jaime , casado con Dulce , la parcela NUM022 y la vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago la entrega de una cantidad inicial de 5.697.750 pesetas.

En fecha 7 de octubre de 1999, vendió a Marta y Saturnino la parcela NUM023 y la vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago la cantidad inicial de 4.280.000 pesetas.

En fecha 10 de septiembre de 1999, vendió a María Purificación y su esposo Pedro Enrique , la parcela NUM006 y la vivienda a construir en ella, de la fase H, recibiendo en pago la cantidad inicial de 5.825.080 pesetas.



En fecha 15 de marzo de 2000, vendió al matrimonio formado por Eva y Damaso (en régimen de separación de bienes), la parcela NUM013 y la vivienda a construir en ella, de la fase H, recibiendo en pago la cantidad inicial de 825.080 pesetas.

Asimismo, vendió al matrimonio formado por Raquel y Imanol, la parcela NUM024 y vivienda a construir en ella, de la fase H, recibiendo en pago una cantidad inicial de 4.991.015 pesetas.

En fecha 26 de enero de 2000, vendió a Sebastián, la parcela NUM011 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad inicial de 5.392.800 pesetas.

En fecha 20 de marzo de 2000, vendió a Sebastián, la parcela NUM011 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad inicial de 5.654.950 pesetas.

En fecha 10 de agosto de 1999, vendió a los cónyuges Enriqueta y Alexis, la parcela NUM007 y vivienda a construir en ella, de la fase H recibiendo en pago una cantidad inicial de 5.143.496 pesetas

En fecha 26 de octubre de 1999, vendió a Rosario y Ezequias, la parcela NUM025 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 6.420.000 pesetas.

En fecha 28 de julio de 1998, vendió a Nicanor, la parcela NUM026 y vivienda a construir en ella, de la fase H, recibiendo en pago una cantidad inicial de 3.916.200 pesetas.

En fecha 7 de octubre de 1999, vendió a los cónyuges Elisa y Jose Pablo la parcela NUM013 y vivienda a construir en ella de la fase F, recibiendo en pago una cantidad inicial de 5.00.000 pesetas.

En fecha 19 de agosto de 1999, vendió a los cónyuges Otilia e Baltasar la parcela NUM021 y vivienda a construir en ella, de la fase H, recibiendo en pago una cantidad inicial de 4.226.500 pesetas.

En fecha 1 de junio de 1999, vendió al matrimonio compuesto por Araceli y Franco parcela NUM027 y vivienda a construir en ella, de la fase H, recibiendo en pago una cantidad inicial de 4.226.500 pesetas.

En fecha 31 de agosto de 1999, vendió al matrimonio compuesto por Inocencia y Modesto, la parcela NUM000 y vivienda a construir en ella de la fase H, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 5.250.000 pesetas.

En fecha 10 de noviembre de 1999, vendió al matrimonio compuesto por Vicenta y Carlos Francisco, la parcela NUM028 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 4.400.000 pesetas.

En fecha 30 de agosto de 1999, vendió a los cónyuges Eloisa y Bruno, la parcela NUM029 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 4.601.000 pesetas.

En fecha 25 de enero de 2000, vendió al matrimonio compuesto por Palmira y Gines, la parcela NUM011 y vivienda a construir en ella, de la fase H, recibiendo en pago cantidad a cuenta del precio total de 5.669.000 pesetas.

En fecha 26 de octubre de 1999, vendió a Rosario y Ezequias, la parcela NUM025 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 5.280.450 pesetas.

En fecha 29 de diciembre de 1999, vendió a Elvira y Jose Carlos, la parcela NUM030 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 5.280.450 pesetas.

En fecha 17 de septiembre de 1999, vendió a Raimunda y Argimiro, la parcela NUM024 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 4.400.000 pesetas.

En fecha 21 de septiembre de 1999, vendió a Fabio la parcela NUM031 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 4.808.500 pesetas.

En fecha 11 de octubre de 1999, vendió a Consuelo, la parcela NUM008 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 5.082.500 pesetas. La Sra. Consuelo renunció al ejercicio de acciones civiles en esta causa.

Al matrimonio formado por Rosaura y Silvio la parcela NUM032 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 5.564.000 pesetas. La Sra. Rosaura renunció al ejercicio de acciones civiles en esta causa.

En fecha 20 de diciembre de 2000, vendió a Milagrosa y Geronimo, la parcela NUM033 y vivienda a construir en ella, de la fase H, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 5.266.540 pesetas.

En fecha 1 de diciembre de 1999, vendió a Pascual y Azucena, la parcela NUM017 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 4.698.600 pesetas.



En fecha 2 de marzo de 1999, vendió Jesús Manuel casado con Maite , las parcelas NUM001 y NUM012 y vivienda a construir en ellas, de la fase G, recibiendo de éstos en pago, entre la entrega inicial y las cantidades posteriores que incluyen las correspondientes a ciertas mejoras acordadas, la suma de 28.586.920 pesetas, que suman el precio total.

En fecha 27 de julio de 1999, vendió a Antonieta , casada con Diego , la parcela NUM033 y vivienda a construir en ella, de la fase G, recibiendo en pago la cantidad de 18.109.827 pesetas.

En fecha 11 de octubre de 1999, vendió a Irene y Leovigildo , la parcela NUM019 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 4.648.080 pesetas.

En fecha 25 de agosto de 1999, vendió a Virgilio , la parcela NUM009 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 5.136.000 pesetas. R por procurador, sin que conste ratificada por adquirente.

En fecha 25 de agosto de 1999, vendió a Amador , casado con Adriana , la parcela NUM026 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 5.136.000 pesetas. R por procurador, sin que conste ratificada por adquirente.

En fecha 10 de abril de 2001, vendió a Florencio y a Josefa , la parcela NUM001 y vivienda a construir en ella, de la fase F, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 4.000.000 pesetas y 24 efectos aceptados, de 111.000 pesetas. R por procurador, sin que conste ratificada por adquirente.

En fecha 10 de julio de 1998, vendió a Rafael y a María Inés , la parcela NUM020 y vivienda a construir en ella, de la fase J, recibiendo en pago una cantidad a cuenta del precio total de 3.400.000 pesetas.

Sexto.- En fecha 1 de enero de 2000, suscribió un contrato de compraventa con Bartolomé , por el que este último recibía la parcela NUM000 y vivienda a construir en ella, de la fase J, sin hacer entrega efectiva de cantidad dineraria alguna, sino como dación en pago de las deudas contraídas con él por la mercantil Ediparque SL, cubriendo así el precio total de la vivienda que se cifró en 31.500.000 pesetas. El Sr. Bartolomé renunció en el plenario al ejercicio de acciones contra dicha sociedad mercantil y su representante, el Sr. Higinio .

En la misma fecha, 1 de enero de 2000, suscribió un contrato de compraventa con Cristina , por el que ésta recibía la parcela NUM003 y vivienda a construir en ella, de la fase Y, también sin hacer entrega de una cantidad dineraria que cubriera todo o parte del precio total, sino como dación en pago de obligaciones derivadas de negocios habidos con la mercantil que representaba el Sr. Higinio . La cantidad que consta en el contrato como precio de la vivienda enajenada es 32.500.000 pesetas.

Séptimo.- Los contratos suscritos, en nombre de la mercantil, por el Sr. Higinio con los compradores marcaban un plazo para la construcción de veinticuatro meses a contar desde el momento de la concesión de la preceptiva licencia municipal; sin embargo, las viviendas integradas en las referidas fases H, F e Y nunca llegaron a ser construidas; para la última de ellas, la fase F, no fue siquiera solicitada licencia de construcción, y transcurrido el plazo legal de vigencia sin acometer las obras, la que fuera obtenida para la fase H caducó en el mes de abril de 2001, sin ser renovada, mientras la solicitada para la fase Y fue denegada en el mes de mayo del mismo año.

La mercantil Ediparque SL, tampoco ejecutó las obras de urbanización del conjunto formado por las fases H, F e Y a las que pertenecían las parcelas sobre las que debieron ser construidas las viviendas adquiridas en la forma descrita.

Octavo.- En el mes de diciembre del año 2002, el Juzgado de Primera instancia núm. 5 de Alicante declaró la quiebra necesaria de la sociedad "Ediparque SL" por auto de fecha 19 de diciembre de 2002 , con retroacción de efectos a 1 de enero de 2000, en la que muchos de los adquirentes de las viviendas a construir vieron reconocido su crédito frente a la mercantil por la entrega de las cantidades a cuenta antedichas. Por sentencia de 13 de septiembre de 2005 , la referida quiebra fue declarada culpable, quedando aprobado por auto de fecha 17 de octubre de 2005 el convenio alcanzado entre la Sindicatura y los acreedores de Ediparque SL, al que se procedió a dar cumplimiento por auto de fecha 2 de noviembre de 2006.

En el marco de este proceso de quiebra, un amplio grupo de los adquirentes de las viviendas a construir en las fases H, F e Y recibió el reintegro de las cantidades entregadas a cuenta a la empresa promotora con una reducción proporcional, la pactada en el referido convenio, en cuya cláusula décima viene además a señalarse que, tras su aprobación, los acreedores titulares de los créditos sometidos al mismo verán éstos extinguidos, y también "las acciones y derechos que pudieran ostentar hasta ese momento contra Ediparque S.L, por lo que no podrán reclamar contra dicha compañía por concepto o título alguno".



Satisfecho el pago del total de los créditos que, reducidos en la proporción convenida, correspondió a los entonces reconocidos como acreedores de la sociedad quebrada, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alicante, archivó las actuaciones, según obra en certificación extendida por su Secretario.

Un grupo de adquirentes de las viviendas a construir, sin embargo, no vinieron reconocidos como acreedores de Ediparque S.L., en el expediente de quiebra seguido contra esta mercantil, ni consta que obtuvieran reintegro alguno de las cantidades entregadas a cuenta de! precio total del inmueble que adquirieron. [sic].

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

"Que debemos condenar y condenamos al acusado en la presente causa, Higinio , como autor de un delito continuado de apropiación indebida de especial gravedad, previsto y penado en el art. 250 en relación con los art. 250.1, 1 ° y 6 ° CP , y del delito de estafa previsto y penado por el art. 251.1 del mismo texto legal , a las penas siguientes:

- por el primero de los delitos -apropiación indebida- a la pena de seis años de prisión y accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 18 meses con cuota diaria de (10 días).

- por el segundo de los delitos -estafa impropia- a la pena de un año de prisión, y accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil, condenamos al acusado, Don. Higinio , al pago de las cantidades siguientes a las personas que también a continuación se relacionan:

A Benito , con 32.102 euros, a Marí Luz y cónyuge con 26.672 euros, a Sebastián con 32.358 euros, a Enriqueta y cónyuge con 30.862 euros, a Nicanor con 23.499 euros, a Elisa y cónyuge con 30.000 euros, a Otilia y cónyuge con 25.360 euros, a Araceli y cónyuge con 25.681 euros, a Inocencia y cónyuge con 31.501 euros, a Vicenta y cónyuge con 26. 401 euros, a Eloisa y cónyuge con 27.607 euros, a Palmira y cónyuge con 34.015 euros, a Rosario y cónyuge con 38.522 euros, a Fabio con 28.252 euros, a Milagrosa y cónyuge, con 31.601 euros, a Antonieta y cónyuge con 108.663 euros, a Irene y cónyuge con 27.893 euros, a Augusto con 31.622 euros, a Angustia con 8,135 euros, a Federico y cónyuge con 6.377 euros, a Leon y cónyuge con 24.317 euros, a Sabino y cónyuge con 14.832 euros, a Pedro Miguel con 11.526 euros, a Amadeo con 15.737 euros, a Ernesto con 14.004 euros, a Dolores y cónyuge con 20.443 euros, a Alejandra con 12.592 euros, a Jaime y cónyuge con 9.744 euros, a Pascual y cónyuge con 8.045 euros, a Virgilio , con 8.600 euros, a Amador y cónyuge con 8.600 euros, y a Florencio y cónyuge con 11.021 euros.

Se declara responsable civil subsidiario a la mercantil Ediparque SL.

Se condena al Sr. Higinio al pago de las costas procesales habidas en esta causa.

Notifíquese esta resolución conforme lo establecido en el artículo 248-4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Conforme al artículo 789-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , notifíquese la presente resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se hayan mostrado parte en la causa." [sic]

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Higinio y la mercantil Ediparke, S.L., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca error en la apreciación de la prueba designándose como referencia documental los contratos suscritos dejando sin efecto la respectiva compraventa por aquellos, así como la sentencia sobre la calificación de la quiebra de la mercantil Ediparke, S.L y los autos de declaración de la quiebra aprobando el convenio de acreedores y su ejecución.

Segundo.- Por el cauce del artículo 852 de la Ley de enjuiciamiento Criminal se invoca vulneración del derecho fundamental a la imparcialidad del Tribunal reconocido en el artículo 24.2 de la constitución Española en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías al haber intervenido en el enjuiciamiento de la causa y redacción de la sentencia el Ilmo. Sr. Magistrado don José María Mercos Fernández actuando en la actividad instructora de aquella.

5.- Instruido el Ministerio fiscal impugna los motivos del recurso, solicitando su inadmisión; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 17 de septiembre de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero . Invocando el art. 849,2º Lecrim se ha denunciado error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que acreditarían la equivocación del juzgador, sin haber sido desmentido por otras pruebas.

En apoyo de esta afirmación, en lo que hace al delito de apropiación indebida, se argumenta haciendo notar que los contratos suscritos por los denunciados -nunca con Higinio , se dice, sino con el agente de la propiedad inmobiliaria- fueron de compraventa de parcela y encargo de construcción de vivienda, de naturaleza mixta, por lo que aquellos entregaron el dinero en tres conceptos: el coste de la parcela, la construcción de la vivienda y la ejecución de la urbanización; y concurre la circunstancia de que, dado el valor de la parcela (7.500.000 ptas.), lo abonado en cada caso no alcanzaría siquiera para cubrirlo. Por otro lado, Ediparque tuvo que hacer frente a toda una serie de pagos; de lo que, se concluye, el dinero recibido se dedicó a la realización del proyecto, y solo se habría incumplido el compromiso de construir, pero dándose la circunstancia de que nunca se recibió dinero para este fin.

Se razona que todos los compradores, como acreedores, firmaron con posterioridad algún documento (a los que se hace precisa referencia), que deja sin efecto el contrato de compraventa y las relaciones obligacionales con Ediparque, la empresa del recurrente. Al respecto, se señala el contrato del folio 308, de cesión de derechos y extinción de la relación contractual con saldo, finiquito y renuncia a las acciones civiles.

Luego, en relación con el delito de apropiación indebida, se opone que hubo un incumplimiento sobrevenido, no solo frente a los compradores, también frente a los proveedores; pero que en el procedimiento de quiebra todos los compradores firmaron un convenio, convalidado por el Juzgado, y recibieron las cantidades especificadas en el. Además, se habría demostrado que Higinio empleó la totalidad de lo obtenido de los primeros en la promoción de las fases, y no existe el más mínimo indicio de que se haya enriquecido. La quiebra, se dice, fue calificada de culpable solo porque no llevaba correctamente los libros.

Se señala que en la causa consta el auto ordenando el cumplimiento del convenio, con cuya aprobación se habrían extinguido los créditos que los acreedores pudieran haber tenido frente a Ediparque, que es lo que les impediría reclamar. De este modo, no hubo quiebra fraudulenta y, como efecto del convenio de la quiebra, todas las responsabilidades de Higinio están saldadas.

En apoyo de este planteamiento se invocan los seis autos de sobreseimiento dictados en la causa, que contaron con el asentimiento del Fiscal.

A propósito del delito de estafa (en el caso de uno solo de los denunciados, Balbino), se sostiene que no concurrió el elemento de engaño, porque el comprador, a la firma del contrato, habría adquirido por eso solo una parcela, cuyo valor consta al folio 389; sabiendo que la casa no estaba construida y que ni siquiera se tenía licencia para la construcción; y conociendo que se habilitaba a la vendedora para constituir una hipoteca. Además -se dice- en este caso, la parcela no fue hipotecada, porque la hipoteca afectó a la finca en su conjunto, y no sería hasta la individualización de las parcelas cuando se haría efectiva en concreto sobre la del citado, al que, al haber pagado, se le otorgaría la escritura de obra nueva y división horizontal sin carga.

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849,2º Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde "documento" es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

A tenor del planteamiento, técnicamente muy poco riguroso, del que se ha dejado constancia, es claro que el motivo no podría ser acogido, pues no se ajusta a las exigencias del precepto del art. 849,2º Lecrim . En efecto, ya que en el no se cuestiona un preciso enunciado de los hechos que pudiera haber quedado desvirtuado, simplemente, por hallarse en contradicción con otro probatoriamente inobjetable de algún documento; sino que se opone toda una serie de complejas vicisitudes de hecho (relativas a las particularidades del contrato y al procedimiento de la quiebra), con algunas referencias documentales, para, a partir de ellas, argumentar jurídicamente en sentido contrario al de la Audiencia que da fundamento a la condena.



Por eso, el motivo, tal como aparece formulado, tendría un cierto atípico carácter mixto, debido a que en el se avanza un cuestionamiento de la sentencia relacionado con la posible vulneración de la presunción de inocencia como regla de juicio; y una objeción de infracción de ley en lo que hace al tratamiento de la responsabilidad civil, que la sala deriva del delito, que el recurrente considera no cometido.

Pues bien, visto que la impugnación no tiene encaje en la previsión del art. 849,2º Lecrim , por lo que acaba de decirse, se examinará bajo ese otro doble punto de vista.

Estando a la vertiente fáctica del asunto, resulta que los compradores contrataron con Ediparque SL, que en todos esos actos estuvo representada por Higinio , su administrador único. Aquí importa poco si la gestión fue mediada o no por un agente de la propiedad inmobiliaria, ya que, es claro, no solo jurídicamente, sino *de facto* , Higinio personificaba materialmente, a todos los efectos, a la entidad que gestionaba de manera efectiva; de ahí que, como acreditó en el juicio, y subraya la Audiencia, demostrara un preciso conocimiento de las distintas operaciones, hasta el punto de que concretar personas y cantidades; del mismo modo que "conocía y detalló las fechas y razones por las que caducó, fue denegada o no fue siquiera solicitada licencia de construcción para las [...] fases H, F e Y".

Por lo que hace al objeto de la venta, el mismo fue, en todos los casos, una parcela, sí, pero que incluía un chalé a construir, en las que iban a ser las fases H, F e Y de la DIRECCION000 , en el municipio de Muchamiel. Los términos de los contratos son, al respecto, bien expresivos: "compraventa del componente (casa-parcela)"; "Ediparque vende el componente (casa-parcela)". A tal punto de que, podría muy bien decirse, nadie habría suscrito un contrato para únicamente acceder a la titularidad de una parte de un solar.

También resulta acreditado que, en la inmensa mayoría de los casos, los adquirentes pensaban hacer de la vivienda proyectada la suya habitual.

Igualmente consta que Higinio , como Ediparque, recibió las cantidades que figuran reseñadas en cada caso; y que, asimismo, en virtud de lo estipulado con los compradores, obtuvo un préstamo de 144 millones de pesetas (ampliación de otro anterior) con garantía hipotecaria de las fases H, F e Y de la promoción.

Ediparque se obligó contractualmente a entregar los chalés en el plazo de veinticuatro meses a partir de la concesión de la licencia municipal. Pero lo cierto es que nunca fueron construidos; dándose la circunstancia de que para la fase F no fue siquiera solicitada la licencia, la de la fase H caducó sin que llegara a renovarse, y la de la fase Y resultó denegada. Por otro lado, Ediparque no ejecutó las obras de urbanización de ninguna de ellas.

Por lo que se refiere a este último extremo, es cierto que Higinio sostiene haber empleado una parte de los fondos en cubrir determinados gastos necesarios, a los que se alude en los folios 16 y 17 del escrito del recurso, sugiriendo que los datos contenidos en ellos ilustrarían de manera bastante sobre la seriedad empresarial del comportamiento de aquel; pero, sin embargo, un examen de cierta minuciosidad de los datos de los documentos a los que se alude y de algunos otros del contexto de los mismos, si algo prueba, es más bien lo contrario.

Así, al folio 156 (rollo de sala) hay una referencia a ciertos avales, pero que tienen que ver con la reparación de daños en la calzada, en algunas aceras y en el alcantarillado.

A los folios 436 y 437 y 702 consta la petición de algunas licencias, que en sí misma es poco lo que justifica, más a la luz de otros datos a los que se aludirá.

Al folio 438, es cierto, hay una carta de pago por algo más de siete millones de pesetas.

Al folio 1253 figura un acuerdo del ayuntamiento aprobando el plan parcial que haría posible la construcción de las viviendas. Una posibilidad legal que tampoco daría fe de la regularidad del comportamiento de Higinio que se pretende.

A los folios 3364-3368 constan unos avales.

A los folios 4976 y 4977 aparecen un certificado del ayuntamiento sobre las obras de las fases que aquí interesan. Pero comienza advirtiendo del "grave riesgo derivado de la no adecuación de las obras de urbanización a lo previsto en el proyecto original por lo que se hacen hasta doce advertencias relativas a incumplimientos y errores".

Al folio 5141 ss., es verdad, consta un certificado del secretario del ayuntamiento, fechado el 9 de febrero de 2004 , pero se da la circunstancia de que en el se informa asimismo de diversos incumplimientos, relativos, por ejemplo, a las fases B y C, determinantes de la suspensión de los trámites correspondientes; y en lo relativo a las fases de esta causa resulta que de la F no había siquiera solicitud de licencia; de la H estaba pendiente el depósito de la fianza por las obras de urbanización también pendientes, el abono de la tasa por licencias y el impuesto de construcción, etc., determinantes de la incoación, ya en 2001, de un expediente de caducidad; y



en cuanto a la fase Y, consta asimismo pendiente de presentar cierta documentación relevante. Pero es que, además, el certificado da cuenta de la incoación a Ediparque de un expediente de infracción, por ampliaciones in consentidas en las fases B, C, D; de un requerimiento para la subsanación de deficiencias en las obras de urbanización, con la advertencia de que no se expedirían nuevas licencias hasta que la misma se hubiera llevado a cabo; y de la incoación de otro expediente del mismo género por la infracción de compromisos suscritos en el convenio como adjudicataria del programa de actuación integrada del plan parcial de que se trata.

Pues bien, el examen de los documentos que acaban de reseñarse, que, desde luego, como se ha expuesto, no servirían en modo alguno a los efectos del art. 849,2º Lecrim , si algo ponen de manifiesto es un contexto masivo de irregularidades en la ejecutoria de Ediparque, de las que algunas dieron lugar a la incoación de expedientes ya en los años 2000 y 2001, es decir, durante la fase de suscripción de los contratos con los que aparecen como perjudicados en esta causa.

De otra parte, también en contra de la pretensión del recurrente, la documentación aludida tampoco sirve para acreditar la inversión de los fondos obtenidos para las fases H, F e Y, directamente y a través del crédito hipotecario, pues todo lo que consta, y de forma bien poco precisa, es la obtención de algunos avales y la producción de algunos daños en alcantarillado, calzada y aceras, que lo más que sugieren es alguna obra de urbanización, de ignorado alcance. Una inversión cuya cuantía, en el supuesto hipotético de haberse dado, tampoco podría acreditarse por la contabilidad de la empresa. En efecto, pues aunque el recurrente dice en su escrito que la sentencia civil de 13 de septiembre de 2005 , ilustraría del destino de los fondos percibidos de los compradores, lo que en ella se lee es algo bien distinto: a saber, que "el balance no especifica una imagen fiel del patrimonio [de Ediparque] por defectos en la contabilidad" y que "no se ha podido acceder a los libros obligatorios de todo comerciante".

De este modo, es correcta la conclusión de la sentencia en el sentido de que "no hubo, por parte del acusado, inversión de cantidad alguna en las urbanización de las concretas fases H, F e Y", y que, en consecuencia, no se sostiene su afirmación de que "las sumas entregadas por los adquirentes de las futuras viviendas fueran empleadas en las obras que correspondía realizar". Porque nada resulta acreditado al respecto, cuando habría sido fácil hacerlo a partir de una documentación contable del mínimo de seriedad empresarial exigible; y el contexto resultante de lo que acaba de decirse evidencia todo lo contrario.

Así las cosas, resulta que, vista la primera parte del motivo desde el punto de vista del invocado derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, no existen datos de la mínima consistencia sugestivos de que Higinio -Ediparque hubiera empleado los fondos obtenidos de sus clientes en la realización de las prestaciones a que se comprometió con ellos; y sí todo un cúmulo de muy potentes indicios de todo lo contrario y, por tanto, de que el masivo incumplimiento fue debido a que esos fondos recibieron otra dedicación.

Se ha dicho antes que, dado el atípico planteamiento del motivo, se examinaría también el asunto desde el prisma de la infracción de ley. Pues bien, es un tópico jurisprudencial plenamente consolidado (en múltiples sentencias de esta sala, como ya la de 25 de febrero de 1991 , importante por su claridad) que lo denotado como "apropiación indebida", ahora en el art. 252 Cpenal , son dos distintas formas de comportamiento antijurídico. Una primera, que se ajusta al tenor más literal del sintagma, es la que, de forma paradigmática, se produce cuando quien ha recibido una cosa mueble por un título que comporta la obligación de entregarla o devolverla, llegado el momento, no lo hace, por haber dispuesto de ella ilícitamente como dueño, por propia decisión. La otra, también en su versión más emblemática, tiene lugar cuando lo entregado, con determinado fin, es una cantidad de dinero que, bien fungible por excelencia, no se está obligado a conservar en su identidad física, sino a darle, como valor, el destino pactado; lo que finalmente no se produce, también por una decisión autónoma del receptor, que lo adscribe a otra finalidad. Siempre, en ambos casos, es obvio, con pérdida y en perjuicio de otro.

Pues bien, en supuestos como el de este caso, el dinero, como valor, entra, cierto que de forma condicionada, en el patrimonio de quien lo recibe, ya en el momento de la entrega; por eso, lo determinante para la existencia del delito no es el desplazamiento patrimonial, como tal, sino la posterior disposición por el receptor para un fin distinto del acordado. Y no puede ser más claro que esa disposición para otros fines se produjo, en neto perjuicio de quienes contrataron con Higinio -Ediparque en los supuestos a que se refieren los hechos.

En lo relativo al delito de estafa, el argumento que ahora se opone a la decisión de la sala es doble: la ausencia del esencial elemento de engaño y que la parcela de que se trata (la de Balbino) nunca estuvo hipotecada, al haberlo sido el terreno de ubicación de las fases en su conjunto y no haber llegado a producirse el otorgamiento de la escritura de obra nueva y división horizontal.

Pero tiene razón la sala, pues lo cierto es que aquel contrató no sobre una cuota sino para adquirir una parcela en la que habría de construirse una vivienda, pagándola íntegramente, por lo que, en su caso no había razón



contractual para hacer pesar sobre ella el gravamen hipotecario en el que sí habían aceptado subrogarse los demás adquirentes. Por tanto, no puede ser más clara la concurrencia de un supuesto de la llamada estafa impropia (del art. 251,2º *in fine* Cpenal), en la que el engaño no se produce en el momento del desplazamiento patrimonial, sino en otro posterior, cuando el bien ya vendido como libre se grava, como fue el caso, para obtener un crédito. Y no es argumento el de que la precisa fracción de terreno correspondiente a Balbino no hubiera sido hipotecada como tal, cuando lo cierto es que el se vio concreta e ilegítimamente afectado por la hipoteca.

Se ha objetado, en fin, que los compradores, al aprobar como acreedores titulares de créditos el convenio correspondiente en el marco del procedimiento seguido por la quiebra de Ediparque, renunciaron en ese momento a todos los derechos y acciones que pudieran corresponderles frente a la misma, por lo que carecerían ahora de título para reclamar en concepto de responsabilidad civil en estas actuaciones, por aquello en lo que, al fin, hubieran podido resultar materialmente perjudicados.

Pero también en esto está en lo cierto la sala de instancia. Por la razón jurídico-formal de que la renuncia se dio frente a la entidad, y aquí se ventilan las responsabilidades personales de Higinio, al haber actuado como lo hizo sirviéndose de la misma que el gestionaba directamente. De ahí que se trate de dos ámbitos de responsabilidad plenamente diferenciados, dándose la circunstancia de que esas renunciaciones se produjeron exclusivamente en el ámbito civil, y no lo habrían desbordado si no hubiese concurrido el carácter delictivo de las acciones descritas en los hechos objeto de esta causa, que en ese aspecto no fueron juzgadas en el proceso de quiebra. Es decir, si la conducta de Higinio como gestor de Ediparque hubiera sido solo *civilmente relevante*, su responsabilidad frente a los perjudicados por la quiebra se habría movido exclusivamente en ese marco, esto es, el del contrato con cada uno de los adquirentes, como exclusiva fuente de obligaciones. Pero al ser también *penalmente relevante*, por la emergencia en ese contexto de un modo criminal de operar, la parte del perjuicio no resarcido se convierte en objeto de una responsabilidad *ex delicto*, ajena al procedimiento de quiebra, que, como tal, debe ser indemnizada al amparo de lo previsto en los arts. 109 ss. Cpenal.

En definitiva, y por todo, el motivo no puede ser estimado en ninguno de sus aspectos.

Segundo. Con apoyo en el art. 852 Lecrim, se ha denunciado vulneración del derecho fundamental a la imparcialidad del tribunal, del art. 24,2 CE, porque uno de los magistrados, habría tenido intervención en la instrucción de la causa. El motivo es que habría dictado algunas providencias.

El recurrente se limita a aludir a una serie de providencias dictadas en el rollo de sala, y en los de apelación y queja dimanantes del procedimiento abreviado 56/2005, del que procede esta causa, sin entrar para nada en el análisis del contenido ni razonar acerca del porqué esas intervenciones podrían haber afectado a la imparcialidad objetiva de uno de los magistrados de la sala.

La imparcialidad del juicio es una exigencia que viene impuesta por la propia naturaleza de la función jurisdiccional, en tanto que actividad dirigida a la adquisición de conocimiento tendencialmente objetivo sobre hechos que sean (aquí) penalmente relevantes, y a la equilibrada y rigurosa valoración jurídica de los mismos, todo y solo a tenor de lo que resulte del juicio. Es por lo que se trata de una actitud que reclama del juez y en el enjuiciamiento una posición ideal de equidistancia respecto de los intereses y las opciones de las partes en conflicto.

Según esto, la imparcialidad podría perderse tanto por razón de proximidad o identificación interesada con las pretensiones de cualquiera de aquellas; como por haber tenido, antes y fuera del ámbito estricto del enjuiciamiento, un contacto relevante o de cierta intensidad con informaciones o materiales que después pudieran ser de prueba o relevantes para el mismo.

A fin de evitar la incidencia de esta segunda forma de afectación negativa de la imparcialidad judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir, sobre todo, de los casos Piersak y De Cubber) ha entendido que habrá de evitarse que integren el tribunal que ha de juzgar un caso quienes hubiesen tenido, durante la fase de investigación, un tipo de intervención o implicación que haga razonable temer que hubieran podido ya formar criterio sobre lo que sólo debería ser objeto del juicio verdadero y propio. Pues, de darse tal circunstancia esas impresiones previamente concebidas ocuparían el lugar del resultado de la racional valoración del cuadro probatorio formado contradictoriamente en la vista pública y/o de apreciación conforme a derecho.

Como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y esta sala han tenido múltiples ocasiones de declarar, tal planteamiento general del asunto debe ser trasladado a cada supuesto, para evaluar el posible grado de incidencia sobre la imparcialidad objetiva del juez. Así, existe abundante jurisprudencia al respecto, de la que se hacen eco de forma sistemática sentencias de esta sala como las de n.º 274/2001, de 27 de febrero de 2001 y la 267/2001, de 22 de marzo.



A tenor del contenido de estas resoluciones, es claro, se trata de valorar el grado de intensidad de la implicación de un tribunal en la actividad procesal de la causa precedente al juicio. Para ello es obligado deslindar dos tipos de casos. Primero, el de aquellos en los que lo conocido fue un recurso que pudiera haberse decidido sin necesidad de entrar en contacto directo con el material fáctico aportado por la investigación, sin menoscabo, pues, de la imparcialidad objetiva para juzgar. Y, en segundo término, el de esos otros en los que el órgano juzgador hubiera acordado un procesamiento o formulado una imputación *ex novo*, o realizado alguna actuación capaz de comprometer efectivamente su juicio sobre los hechos objeto de persecución y sobre la implicación en ellos del imputado. Así como los supuestos en los que el tribunal hubiese entrado en el examen de la cuestión de derecho y tomado en relación con ella, esto es, con sus elementos constitutivos, alguna decisión relevante.

Es obvio que en los supuestos de esta última clase la resolución habrá estado precedida de un análisis de lo aportado por la investigación, del mismo género que el necesario para verificar la concurrencia o no de datos hábiles para formular ulteriormente una hipótesis acusatoria. Lo que supone emitir una suerte de juicio anticipado que, dado el momento del trámite, de resultar favorable a la imputación, se inscribiría funcional y teleológicamente en el contexto de la actividad propia de la parte acusadora. Con ello, el resultado inevitable es que en tales ocasiones se produce cierto desplazamiento del juzgador del simbólico centro neutral del proceso que le corresponde, hacia el propio de una de las partes. Que es lo que sucede asimismo cuando se decide de idéntica forma anticipada sobre un aspecto nuclear de la cuestión de derecho, con el resultado de que, ya antes del juicio, aquel se habría decantado (no importa con qué grado de razón) por una de las posiciones enfrentadas.

En el caso a examen -como señala el Fiscal-las actuaciones en las que intervino el magistrado al que se refiere el motivo son: la providencia de fecha 11 de septiembre de 2009 (folio 64), comunicando a las partes el lugar y fecha de celebración del juicio oral; la de 8 de septiembre (por 9 de septiembre) (folio 62) del mismo año, ordenando la comunicación a las partes el nombramiento ponente la de 16 de octubre de 2009 (folio 125), disponiendo la notificación de la apertura del juicio oral a la entidad Ediparque, así como su emplazamiento y subsanando, en la providencia del día 13 de noviembre de 2009, defectos advertidos en el proceso, como el relativo a la hora de inicio de las sesiones del juicio oral. A propósito de la providencia de fecha 17 de julio de 2008, de la que no se tiene más dato que la simple mención de su fecha por el recurrente, hay que decir que no aparece en el tomo 22 de la causa ni en el tomo I del rollo de la Audiencia, en el que únicamente figura la providencia de fecha 11 de julio de 2008, en la que se da cuenta de diversas actuaciones de mera ordenación del procedimiento.

Por otro lado, en relación con las providencias dictadas en el rollo de apelación nº 26/2008 dimanante del procedimiento abreviado 56/2005, se advierte, por un lado, que la de 5 de febrero de 2008 se limitó a ordenar su registro y la devolución al juzgado de procedencia para la numeración de sus folios; mientras que, por otro lado, la de 19 de febrero del mismo año, en la que ni siquiera participa el magistrado de referencia, no tuvo otro fin que el de ordenar el traslado de las actuaciones al ponente, magistrado Sr. Mira Perceval, así como tener por comparecidos y parte a procuradores, en nombre de Pascual .

Por último y en relación con el rollo de queja 6/2007 dimanante del mismo procedimiento abreviado 56/2005, la providencia de fecha 20 de noviembre de 2007, tuvo por objeto disponer su registro y dar por comparecido al recurrente Higinio ; la segunda, de fecha 10 de enero de 2008, dispuso dar traslado al Fiscal para informe; y la tercera de fecha 28 del mismo mes y año, se dictó con objeto de pasar las actuaciones al magistrado ponente antes citado, para instrucción y posterior deliberación y votación del recurso.

Pues bien, lo que acaba de exponerse, acredita que las actuaciones reseñadas no tuvieron nada que ver con lo que es el núcleo de la decisión en esta causa; y, así, por su intervención en ellas, la imparcialidad del magistrado al que se refiere el motivo, no pudo en modo alguno resultar comprometida. Algo que, en fin, explica también la absoluta falta de rigor técnico-jurídico de la impugnación, que, en consecuencia, solo puede desestimarse.

III. FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Higinio y la Mercantil Ediparque, S.A., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 3ª, de fecha 13 de julio de 2012, dictada en la causa seguida por delito de apropiación indebida y delito de estafa, y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de los antecedentes remitidos a esta sala para la resolución del recurso, solicítense acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Firmado y Rubricado.- Joaquin Gimenez Garcia .-Andres Martinez Arrieta .-Perfecto Andres Ibañez.- Jose Manuel Maza Martin .- Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.-

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Perfecto Andres Ibañez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ