

Roj: **STS 2591/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2591**Id Cendoj: **28079120012015100339**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/06/2015**Nº de Recurso: **2221/2014**Nº de Resolución: **345/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP GR 1643/2014,**
STS 2591/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de dos mil quince.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Octavio**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de apropiación indebida; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Rosendo y María Virtudes, representados por el Procurador Sr. Palma Crespo, y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Ruigómez Muriedas.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 8 de Granada, incoó Procedimiento Abreviado con el número 86 de 2013, contra Octavio y otros, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada, cuya Sección Primera, con fecha 6 de octubre de 2014, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- De las pruebas practicadas en el acto de juicio oral, valoradas en conciencia, resulta probado y así se declara que la entidad mercantil SABIKA VIVIENDAS y PROMOCIONES S.L. (en adelante SBK), con CIF nº B- 18667659 y domicilio social en avenida de la Constitución nº 42 bajo de Granada, en el ejercicio de su objeto social, la promoción inmobiliaria, inicia gestiones para el desarrollo urbanístico del Sector PP-E1, Haza Grande, del P.G.O.U., adquiriendo la propiedad de dos fincas registrales, las nº 58.690 y 80.669, ubicadas en dicho Sector, las cuales grava con sendas hipotecas a favor del Banco Popular y la Caja Rural de Granada, respectivamente, quedando así como propietario mayoritario del Sector. Junto con el resto de propietarios, Inmuebles Álamo S.L. y Molina Olea Promociones S.L. se inició el sistema (expediente nº 12.047/2005) que obtuvo la aprobación por el Pleno del Ayuntamiento el 27 de enero de 2006 (publicado en BOP el 29 de mayo de 2006); a continuación, se aprobó el Proyecto de Estatutos y Bases de Actuación de la Junta de Compensación que formaban las citadas empresas y el Ayuntamiento de Granada, por la Junta de Gobierno Local en fecha 28 de septiembre de 2006 (BOP el 23 de febrero de 2007). Los propietarios y sus respectivas participaciones en el PPE1 eran los siguientes: SBK con un 57,68%, Molina Olea Inmobiliaria, S.L. con un 18,201%, Inmuebles Álamo S.L. con un 18,201%, y por último, el Excmo. Ayuntamiento de Granada, con un 5,91%. SBK aportaba al PP-E1, 40.539,03 metros cuadrados de la finca registral nº 58.690 y la totalidad de la superficie de la finca nº 80.669, 2.674,27 metros cuadrados. La Junta de Compensación del PP-E1 quedó constituida mediante escritura pública de 30 de septiembre de 2009, aprobada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local el 22 de enero de 2010 e inscrita en el registro de entidades urbanísticas (Delegación Provincial de Consejería de Vivienda y Ordenación



del Territorio), el 29 de abril de 2010. Se realizaron diversos borradores para el Proyecto de Reparcelación, pero existiendo algunas diferencias y dificultades entre los miembros de la Junta de Compensación en el reparto de los aprovechamientos, definitivamente, no llegó a aprobarse, estando en la actualidad, paralizado el Proyecto por falta de financiación. Igualmente se realizó un avance del Proyecto de Urbanización del PP-E1 que tampoco fue objeto de aprobación definitiva por idéntica causa.

La administración de la empresa SBK, constituida como sociedad unipersonal siendo su única socia La Sabika Promociones S.A., desde el día 5 de diciembre de 2007, correspondía al Consejo de Administración del que formaban parte los seis acusados, todos socios de la entidad con idéntica participación (doce participaciones), teniendo como consejeros delegados mancomunados a Octavio , Benedicto y Cayetano , debiendo de actuar al menos dos de ellos conjuntamente, y apoderados, Domingo , Eusebio , Florentino , quienes podían representar a la empresa conjuntamente con cualquiera de los consejeros delegados. Cada uno de los citados, con independencia de su cargo formal en la sociedad, desarrollaba su actividad dentro de la misma, en una de las tres parcelas en las que se dividía la actividad conforme a su profesión: áreas comercial, técnica y de administración económica; ésta última estuvo siempre atribuida, con carácter exclusivo, a Octavio .

El día 3 de noviembre de 2009 se apartan definitivamente de la sociedad SBK, así como de otras empresas del Grupo, La Sabika Promociones S.A. y La Sabika Gestión Patrimonial S.L., los Sres. Florentino Cayetano (padre e hijo) y Eusebio , quedando únicamente como miembros del consejo de administración los Sres. Octavio , Benedicto y Domingo . Situación que se mantiene hasta el otoño del año 2012.-

SEGUNDO.- El matrimonio formado por Rosendo y María Virtudes , alentados por el buen fin que habían tenido otras adquisiciones de inmuebles a La Sabika S.L., sociedad integrada y dirigida por las mismas personas que SBK, y con parte del producto de una venta realizada de un inmueble adquirido a la citada empresa, deciden realizar una nueva inversión en la promoción que se proyectaba por SBK en el PP-EI. Para la adquisición futura de un nuevo inmueble en la misma, realizan cuatro transferencias bancarias a la cuenta n° 00750010020604007551 de la entidad Banco Popular, a nombre de SBK, por un total de 100.000 euros (12.000 euros el 4 de enero de 2008, 60.000 euros el 18 de abril de 2008, 20.000 euros el 28 de abril de 2008 y 8.000 euros el 30 de abril del mismo año); la información con la que cuenta el matrimonio sobre la promoción, a fecha de las citadas transferencias, era un dossier comercial, un plano de situación y algunas infografías que indicaban de manera muy básica las características de la promoción y de la vivienda misma.

La cuenta corriente en que se realizaron los abonos fue la cuenta designada para el pago de las amortizaciones del préstamo hipotecario sobre la finca registral n° 58.690, la cual era de uso común y frecuente por la mercantil para la realización de operaciones de debe y haber en el conjunto de la administración de la empresa y su actividad. De las cantidades transferidas se dispuso por la promotora al poco tiempo se su ingreso.

El 21 de agosto de 2008 Octavio , en nombre y representación de SBK y Rosendo , suscriben un documento en el que el primero recibe del segundo "en concepto de depósito para reserva de una vivienda en planta ático, con una superficie construida incluidas zonas comunes de 62,89 metros cuadrados y 18,59 metros cuadrados de terraza aproximadamente, que proyecta promover dicha sociedad mercantil, en solar sito en Granada, en PP-E1, en la parcela que se asigne a esta promotora, estando urbanísticamente en fase de definición y tramitación". En el acuerdo no se consignaba precio de la vivienda, la reserva de la misma tenía la duración de un mes desde la concesión de la licencia de obras, momento en que SBK fijaría el precio y, en caso de disconformidad sobre el mismo, la sociedad procedería a la devolución del importe entregado, sin interés ni compensación. La promotora asumía la obligación de dejar la cantidad recibida depositada en la cuenta n° 00750010030500408048, sin posibilidad de realizar disposición sobre la misma, hasta la firma del contrato de compraventa o el afianzamiento de cantidades entregadas. En el mismo acto, se hacía entrega al Sr. Rosendo de un pagaré con fecha de vencimiento 20 de agosto de 2009 por importe de 100.000 euros, para garantizar la operación. Por último, la entrega del dinero se realizaba por un año, prorrogable por idénticos periodos hasta la obtención de la licencia de obras, en cuyo momento, el dinero se destinaría al pago de parte del precio de la compra. Transcurrido el plazo, el acuerdo también podía quedar sin efecto por falta de voluntad de renovación de alguna de las partes, por lo que en caso de no querer prorrogar el Sr. Rosendo , la empresa quedaba obligada a devolver el importe recibido.

El referido acuerdo se prorrogó, por voluntad de las partes, el 30 de septiembre de 2009, con entrega de un nuevo pagaré contra la cuenta n° 00750010020604007551, a favor de Rosendo , por importe de 100.000 euros y fecha de vencimiento de 30 de septiembre de 2010, sin firma de acuerdo o documento. El día uno de octubre de 2010 se suscribe un nuevo documento que renovaba el plazo de un año, nuevamente, en similares términos al suscrito en 2008, si bien, se consignaban algunas modificaciones: Junto con el Sr. Octavio , actuaba en representación de la mercantil, Domingo ; igualmente se aludía a las entregas de dinero realizadas por el Sr. Rosendo y su esposa, María Virtudes en el año 2008 a las que se denomina "depósito para reserva"; respecto del objeto de la futura compraventa, se añadía una plaza de aparcamiento y un trastero; se concedía al matrimonio la posibilidad de inscribir la edificabilidad adquirida, una vez constara inscrito en el Registro de la Propiedad el



Proyecto de Reparcelación de PP-EI ; y por último, en esta renovación, no se entregó pagará alguno en garantía de la devolución del dinero entregado, ni se hacía mención a la cuenta donde debía quedar depositado el dinero, no consignándose de manera expresa la indisponibilidad de la cantidad entregada por la empresa promotora aunque sí su obligación de devolver la cantidad recibida en caso de no renovación "del depósito". Por último, el 22 de septiembre de 2011, se produce una nueva prórroga del acuerdo, en idénticos términos al suscrito el día 1 de octubre de 2010, por un año más.

Entre enero y abril de 2012 se producen diversas comunicaciones telefónicas y por correo electrónico entre los Sres. Rosendo y María Virtudes con Octavio y Benedicto , por la inquietud de los primeros sobre la falta de noticias de la promoción en la que habían invertido su dinero, reclamando información sobre el estado de gestión del desarrollo urbanístico necesario para conseguir la ejecución de las obras. Pese a su insistencia, no obtuvieron respuesta al respecto, por lo que a principios de verano del año 2012, encargan a un despacho de abogados realicen lo procedente para obtener la devolución del dinero entregado, 100.000 euros, no teniendo voluntad de renovar por un nuevo año el acuerdo suscrito. Las comunicaciones que al efecto se realizan, burofax, no llegan a su destinatario, pese a ser remitidas a diversos domicilios (Avd/ Constitución n° 42, sede social, c/ DIRECCION000 n° NUM000 , c/ DIRECCION001 - EDIFICIO000 -, c/ DIRECCION002 y c/ DIRECCION003 n° NUM001 de Maracena -Granada-). Finalmente, la comunicación conteniendo la petición de devolución del dinero entregado por ausencia de voluntad de renovar el acuerdo un año más, es entregada a Octavio , en c/ DIRECCION001 - EDIFICIO000 -, mediante acta notarial extendida por D. Jesús de la Fuente Galán, Notario del Ilustre Colegio de Andalucía, el día 8 de noviembre de 2012. Pese al requerimiento notarial, la devolución del dinero no se realizó por la promotora, interponiendo Rosendo y María Virtudes , la querrela que encabeza las actuaciones el día 10 de diciembre de 2012.-

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

FALLO: Que, debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Octavio , como autor penalmente responsable de un delito de apropiación indebida previsto y penado en el art. 252 en relación con el art. 250.5° del CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de DOS AÑOS de prisión, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de SIETE MESES y MEDIO con una cuota diaria de SEIS EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

Se le condena al pago de una doceava parte de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

El condenado, abonará a Rosendo y María Virtudes , el importe de cien mil euros (100.000 euros), en concepto de responsabilidad civil, con devengo de los intereses establecidos en la Ley 57/1968 de 27 de julio (art. 2° y 3°). De la citada cantidad responde, subsidiariamente, la entidad SBK Viviendas y Promociones, S.L.

Que debemos de ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente del delito de estafa objeto de acusación a Octavio .

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente de todo cargo a los acusados Benedicto , Domingo , Eusebio , Florentino y Cayetano , declarando de oficio once doceavas partes de las costas causadas.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Octavio 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.

Cuarto.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

PRIMERO .- Infracción de Ley del Art. 849.1° de la LECRIM por error en no aplicación del artículo 131 -prescripción- en relación con la aplicación indebida del tipo agravado del artículo 250.5° del CP .

SEGUNDO .- Infracción de Ley al amparo del Art. 849.1° LECRIM por indebida de los Arts. 252 en relación con el Art. 250.5 del C. P .

TERCERO .- Infracción de Ley del Art. 849.2° LECRIM al haber incurrido el Tribunal en error al valorar la prueba documental aportada por la Defensa

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día tres de junio de dos mil quince.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo primero por infracción de Ley al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 LECrim , denuncia error iuris, al infringirse normas penales de carácter sustantivo, en la no aplicación de la prescripción del delito de apropiación indebida por el que ha sido condenado el recurrente, establecida en el art. 131 CP , puesto en relación con la apreciación por el Tribunal del apartado 5 del art. 250 CP , que de manera errónea ha estimado su apreciación.

Entiende el recurrente que no es aplicable la agravante recogida en el apartado 5 del art. 250 -defraudación superior a 50.000 E- al no existir en la fecha de los hechos y no poder ser aplicada retroactivamente, y del mismo modo no es apreciable la nº 6 de la anterior redacción "revestir especial gravedad" porque dicha circunstancia exige no solo una cierta gravedad del perjuicio, sino además que deja a la víctima en una difícil situación económica, lo que no se ha acreditado en este caso.

Por lo que siendo los hechos, a efectos dialécticos, constitutivos del delito básico de prescripción del art. 252, cuya pena máxima era de tres años prisión, el plazo de prescripción era de 3 años conforme a la redacción del art. 131 CP , antes de la reforma LO. 5/2010 de 22.6.

El motivo se desestima.

Ciertamente el subtipo agravado del nº 6 del art. 250.1 CP , vigente en el momento de los hechos tiene en cuenta no solo el valor de la defraudación, sino también otros módulos, como la entidad del perjuicio y la situación económica en que queda la víctima o su familia como consecuencia de la infracción delictiva.

El primer problema que se plantea es el de si los diferentes módulos a que hace referencia el art. 250.1.6, deben ser valorados conjuntamente para la apreciación de este subtipo atenuado o si, por el contrario, cada uno de ellos, por separado, es suficiente para configurar el mismo.

No obstante el poco afortunado empleo, por parte del legislador de la conjunción copulativa, no parece haber duda de que los distintos módulos comprendidos en el nº 6 art. 250.1 CP , deben ser tenidos en cuenta independientemente, pues no tendría sentido alguno la exigencia conjunta de los tres supuestos contemplados por el citado precepto, como además se deduce claramente de la interpretación histórica del mismo. En definitiva, bastará para la aplicación de éste subtipo agravado de apropiación indebida con que el mismo revista especial gravedad, ya sea por el valor de la defraudación, por la entidad del perjuicio causado o bien por la situación económica en que haya quedado la víctima, SSTS. 22.2.2001 , 8.4.2003 , 23.2.2004 , 13.10.2004 , 10.3.2006 , 28.4.2006 , 7.2.2008 , 24.4.2008 , 27.10.2009 , que en síntesis señalan que conforme a lo que esta norma penal nos dice, podemos afirmar que nos encontramos ante una cualificación del delito de estafa o apropiación indebida determinada por la "especial gravedad" del hecho, una sola cualificación para cuya determinación la ley penal impone tener en cuenta tres criterios: 1º. El valor de la defraudación. 2º. La entidad del perjuicio, que puede considerarse el reverso del mencionado criterio, 1º es decir, que este criterio 2º no es un criterio más a añadir al 1º. 3º. La situación económica en que el delito deje a la víctima o a su familia. Nos hallamos pues, ante un una sola agravación específica definida por revestir el hecho "especial gravedad" y para conocer si en el caso concreto existe "especial gravedad" el legislador impone tres criterios, que en esencia, como acabamos de exponer, son solo dos.

Vamos a distinguir dos casos:

a) Desde luego si la cantidad defraudada es por sí sola importante nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de "especial gravedad". En estos casos no es necesario atender a la situación en que quedó la víctima o su familia tras el delito. Aunque el defraudado fuera, por ejemplo, un banco, una cantidad importante por sí misma confiere a la estafa o apropiación indebida "especial gravedad". Con frecuencia se alega por las defensas, en esta clase de hechos, que el uso de la conjunción copulativa "y" en el art. 250.1.6ª en contraposición a la disyuntiva "o" del 235.3, ha de tener como consecuencia la eliminación de la cualificación en casos de cantidades defraudadas importantes cuando no se ha dejado en mala situación a la víctima. Entendemos sin embargo, que con la conjunción "y" o con la "o" la agravación es única: la "especial gravedad". En definitiva una cantidad por sí sola importante permite la aplicación de esta cualificación.

b) Cuando tal cantidad importante no se alcance, entonces debe entrar en juego el otro factor de medición de la especial gravedad, el de la situación económica, en que el delito dejó a la víctima o a su familia.

Siendo la especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación encuentra su fundamento, sin duda alguna, en el mayor desvalor de la acción, con independencia del perjuicio realmente sufrido por la víctima o de la situación económica en que la misma o su familia queden como consecuencia de la infracción penal. Así pues, para su apreciación habrá de estarse únicamente la cuantía de lo defraudado, ya que, de no entenderse de



este modo, la apreciación de la agravación dependería de circunstancias totalmente ajenas a la acción del sujeto activo del delito.

Como no podía ser de otro modo, teniendo en cuenta los términos legales de la antigua circunstancia 6ª, la agravación derivada del valor de la defraudación resultaba un tanto indefinida y representaba un concepto jurídico indeterminado. Por ello su fijación y aplicación dependía del momento en que se producían los hechos puestos en relación con el valor del dinero en dicho momento para poder determinar, de este modo, si existía o no un notable empobrecimiento de la víctima del delito correlativo al enriquecimiento en el sujeto activo. Se trata, pues, de un valor relativo que deberá ponderarse en relación con los indicadores económicos que establecen la capacidad adquisitiva del dinero (SSTS 8.4.2003 ; 24.4.2002).

La jurisprudencia, lógicamente, fue modificando un criterio orientativo de cuantía del valor de la defraudación en orden a la aplicación de esta agravación, fijándose en un principio y su aplicación del CP anterior en un millón de pesetas, para pasar, a partir del año 1991, a la cantidad de dos millones de pesetas, y alcanzar en el año 2002, la cuantía de 36.000 euros, cantidad en la que la fecha referida se sitúa el umbral de este subtipo agravado, llevado en el actual art. 250.5, LO. 5/2010 , a 50.000 E, 100.000 E, la concurrencia de la referida agravación no debe ser cuestionada.

Ello determina, a efectos de la prescripción, que la penalidad a considerar sea la concretamente señalada al subtipo agravado y no la del tipo básico, porque no es padificable a una circunstancia modificativa genérica.

En efecto los denominados tipos agravados por la concurrencia de elementos típicos que se incorporan a un hecho básico, forman una tipicidad distinta con una distinta consecuencia jurídica. Es decir, que si bien debe partirse de la pena abstracta señalada para el tipo de que se trata, no debe olvidarse que junto al tipo básico o genérico, existen otros que la doctrina y sentencias de esta Sala llaman tipos específicos, complementarios o accidentales, y que no por ello dejan de ser delictivos a los efectos de realizar el computo prescriptivo, sin que deban confundirse con la determinación penológica que resulta del juego de las reglas de aplicación de la pena por la naturaleza y número de las circunstancias concurrentes (SSTS. 509/2007 de 13.6 , 414/2008 de 7.7).

En el caso concreto el subtipo agravado del art. 250 CP , está castigado con pena de prisión de 1 a 6 años y su plazo prescriptivo es el de 10 años (art. 131.1, pár. 3), que en modo alguno ha transcurrido.

SEGUNDO: El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción del art. 252 CP , en relación con el art. 250.5 al aplicar indebidamente el ilícito penal de apropiación indebida.

Considera el motivo que no concurre en el recurrente el elemento subjetivo del tipo de apropiación indebida "animus rem sibi habiendo", encontrándonos ante un supuesto de incumplimiento civil, dado que la no devolución del dinero entregado no implica necesariamente la comisión de dicho delito, habida cuenta de las dificultades surgidas en el Proyecto de Urbanización por causas ajenas a SBK y las dificultades económicas en las que se vió inmersa la promotora ante la crisis inmobiliaria y la asfixia bancaria, lo que impidió la devolución del dinero.

Previamente, es necesario recordar la irrelevancia a estos concretos efectos que las partes atribuyan a las cantidades entregadas anticipadamente el carácter de precio de la compraventa, porque dichas cantidades entregadas como anticipo del precio vienen a tener la consideración de depósito irregular, pues quien recibe el dinero no tiene libertad de disposición sobre el mismo ya que está obligado a depositarlo en una cuenta bancaria con garantía de devolución para el caso de no llegar a buen fin la construcción de las viviendas y solo está facultado para depositar dicho dinero con un único fin y taxativamente determinado, cual es la atención derivada de la propia construcción de las viviendas con lo que comete el delito de apropiación indebida si dispone de tal dinero (STS. 29/2006 de 16.1). En este sentido es doctrina de esta Sala, SSTS. 163/2014 de 6.3 , 605/2014 de 1.10 , como ordinariamente los supuestos de distracción por el vendedor de cantidades anticipadas en la venta de viviendas suelen tipificarse como apropiación indebida. El precedente de 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), que establece 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", y que en su artículo sexto, hoy derogado, sancionaba la no devolución de las cantidades percibidas y no aseguradas como delito de apropiación indebida, sigue determinando la doctrina jurisprudencial mayoritaria.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, se promulgó, como señala su Exposición de Motivos, como consecuencia de que "La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos que, de una parte,



*constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas **que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto.***"

Pese a la renovada vigencia de la norma por la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999, su aplicación ha sido más bien escasa durante la época de bonanza económica en el ámbito de la construcción, pues aunque generalmente los promotores inmobiliarios introducían en los contratos de compraventa la referencia a los preceptos de la ley, estos compromisos no siempre se traducían en la formalización efectiva del aval o contrato de seguro previsto en dicha norma.

Ha de recordarse que la disposición adicional primera de la LOE mantiene 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, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones: **a)** La expresada normativa será 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. **b)** La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley. **c)** La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución. **d)** Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del artículo 6 de la citada Ley, se impondrán por las Comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.

La llegada de la crisis económica ha vuelto a reproducir los abusos que justificaron la aprobación de la Ley 57/68, pionera en la defensa de los derechos de los consumidores, y a resaltar la necesidad de garantizar su cumplimiento, con la exigencia de las responsabilidades correspondientes, administrativas o penales, en caso de incumplimiento.

La derogación expresa del art. 6 de la Ley por el CP 95, que asimilaba la no devolución de las cantidades anticipadas al delito de apropiación indebida, carece en realidad de gran trascendencia, pues ya con anterioridad a dicha derogación la doctrina jurisprudencial había establecido que la aplicación del delito de apropiación indebida no podía efectuarse de modo automático, sino únicamente cuando se constatare la concurrencia de los requisitos exigidos por el tipo.

Por ello, la doctrina de esta Sala, pese a la derogación expresa del art 6º de la Ley 57/68, sigue manteniendo la subsunción de estos comportamientos de los promotores en el delito de apropiación indebida cuando distraen las cantidades recibidas para la construcción de las viviendas, estableciéndose que esta conducta se subsume en la amplia y abierta fórmula del actual art. 252 C.P. cuando la vivienda no se construye y la devolución del dinero anticipado no se ha garantizado como exige la ley (SS.T.S. de 23 de diciembre de 1.996, 1 de junio de 1.997, 22 de octubre de 1.998, 27 de noviembre de 1.998 y núm. 29/2006, de 16 de enero).

Como recuerda la reciente STS 228/2012, de 28 de marzo, la doctrina de esta Sala considera que después de la derogación del art sexto de la Ley 57/68, la entrega de cantidades a cuenta del precio no invertidas en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el constructor o promotor debe ser subsumida en la alternativa típica de la distracción de dinero del art. 252 Código Penal, cuando concurren los elementos integradores de esta figura delictiva (SSTS de 29 de Abril del 2008 y 2 de diciembre de 2009, 18 de marzo y 15 de septiembre de 2010, entre otras).

En la STS de 2 de diciembre de 2009, se contiene incluso una fundamentación adicional que no se ha reiterado en otras ocasiones diciendo que "cuando se trata de dinero adelantado como parte del precio de una vivienda, la jurisprudencia ha sostenido que, incluso después de la derogación del art sexto de la L 57/68, la entrega de cantidades a cuenta del precio no invertidas en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el constructor o promotor pueden ser objeto de la alternativa típica de la distracción de dinero del art. 252 CP (SSTS 17.7.1998). El fundamento de esta jurisprudencia es claro. En el contrato de compraventa de una vivienda de futura construcción financiada en parte por los adquirentes la relación jurídica entre comprador y vendedor tiene unas características especiales. Por lo tanto la interpretación de las normas que rigen la compraventa debe ser completada por los principios aplicables al mandato y particularmente por lo dispuesto en los arts. 244 y 252 C. Com. y 1720 del C. Civil, de tal manera que el vendedor queda constituido, en realidad, en un administrador



cuya remuneración es la ganancia que puede obtener de la diferencia entre la cantidad recibida como precio y la empleada en la construcción. Consecuentemente, en el presente caso la aplicación del art. 252 CP realizada por la Audiencia es correcta".

En realidad, y sin necesidad de recurrir a figuras contractuales específicas, como el mandato, lo esencial de la norma establecida en el art. 1º de la Ley 57/68, que como se ha recordado está vigente, **es la necesidad de establecer un patrimonio separado y garantizado con las cantidades recibidas**. Este es el contenido específico, con repercusión penal, de dicho precepto. El delito de apropiación indebida lo cometerá, conforme al art. 252 del CP quien, habiendo recibido cantidades que, conforme al art. 1º de la Ley 57/68, **tenía obligación de garantizar y de no confundir con el patrimonio propio afectándolas a un destino específico**, se apropiare de tales cantidades o las distrajere de su destino, no entregando la vivienda ni devolviendo las cantidades percibidas anticipadamente.

El promotor tiene la obligación legal de garantizar la devolución de dichas cantidades, y la prohibición de gastarlas si no están garantizadas. Si la emplea, incumpliendo su obligación de garantía, las está distrayendo, aun cuando las dedique a la construcción, pues **la ley le obliga a ingresarlas en una cuenta especial, y le prohíbe disponer de ellas si no están garantizadas en la forma que imperativamente establece la normativa legal**.

Así lo ha entendido este Tribunal Supremo en sentencias como las citadas de 21 de marzo de 1992, 5 de abril de 1995, 29 de Abril de 2008, 2 de diciembre de 2009, 18 de marzo y 15 de septiembre de 2010, entre otras.

El efecto específico de la ley especial es que el dinero recibido, como dice la primera de estas sentencias, *" se transfiere al promotor, pero ope legis no puede entrar, como en los demás casos, en el patrimonio del vendedor de manera incondicionada, sino que ha de constituirse sobre él una garantía, vía legal, para impedir que a consecuencia de la disociación temporal entre el dinero que se entrega y la vivienda que se promete entregar, porque todavía no está construida, pueda el dinero desaparecer "*. Por ello el incumplimiento de las obligaciones legales de garantía y de ingreso de los fondos en una cuenta especial, constituye un indicio determinante de la voluntad de distracción.

La subsunción de tales hechos en el delito de apropiación indebida continúa manteniéndose (SSTS de 23 de diciembre de 1996, 1 de julio de 1997, 22 de octubre de 1998, 27 de noviembre de 1998, 29 de Abril de 2008, 2 de diciembre de 2009, 18 de marzo y 15 de septiembre de 2010, entre otras), ya que la derogación del artículo 6 de la Ley 57/1968 en la disposición derogatoria 1 f) del CP 95 obedeció a la redundancia con el tipo general.

TERCERO: Siendo así el motivo no resulta viable. La sentencia impugnada, fundamento jurídico 5º, afirma, en cuanto al destino dado a los 100.000 E ingresados en la cuenta 007500100604007551, a la vista del extracto obrante al folio 27 del Rollo, que la promotora dispuso de tal cantidad, siendo constantes los asientos de debe y haber de la misma, fluctuando el saldo en función de las numerosas operaciones que se realizan. Y de la misma forma señala que no se ha practicado prueba alguna que acredite que los importes fueron destinados a la promoción, ni que la cuenta donde se ingresaron estuviera exclusivamente destinada a pagos/reembolsos relacionados con la promoción, o, al menos, con el desarrollo urbanístico del PP-E1, esto es, a gastos e ingresos generados en la fase de gestión urbanística en que se encontraban.

Y concluye La aplicación de la expuesta doctrina jurisprudencial al supuesto de autos, parece no exigir demasiado esfuerzo de interpretación, Rosendo y María Virtudes, entregan a SBK el importe de 100.000 euros para la reserva y compra de un inmueble, debiendo de ser destinado el importe a pagar parte del precio de la vivienda, una vez se formalizara el contrato privado (concluida toda la fase de gestión urbanística), con opción incluso a inscribir edificabilidad una vez aprobado el Proyecto de Reparcelación. Por el contrario, la cantidad entregada es destinada por la empresa promotora a atender la administración general de la sociedad sin que el importe fuera ingresado en una cuenta específica para la promoción en la que los perjudicados estaban interesados, ni se adoptara medida de aseguramiento alguna, aval o contrato de seguro, sobre el importe para el supuesto de que el proyecto, por cualquier circunstancia, incluidas las de carácter económico de la propia empresa y del sistema en general, no llegara a buen fin, tal y como sucedió.

Ante la voluntad de no renovar el acuerdo, los cesionarios, estando en ese momento vigente la prórroga de septiembre de 2011, deciden recuperar su dinero y para ello, con algo de esfuerzo por cuanto la localización de una sede social donde realizar el requerimiento fue ardua, ponen en conocimiento de SBK su voluntad de no prorrogar, produciéndose en ese momento el incumplimiento de la obligación de devolver el importe recibido por cuanto el mismo fue distraído a otros fines y necesidades de la empresa o de sus socios.

Consecuentemente si consta que la empresa del recurrente recibió 100.000 E, con un fin determinado, que la construcción no se realizó, y que no se ha justificado el destino de aquella cantidad a los fines legal y contractualmente previstos, ni se ha reintegrado a los querellantes, la comisión del delito de apropiación



indebida debe ser mantenida, pues como con acierto destaca la acusación particular en su escrito de impugnación del motivo.

El acusado recibió el dinero como representante de SBK con un destino fijado en el contrato, la compra de una futura vivienda en virtud de contrato de compraventa que debería efectuarse al respecto, esto es con un destino específico y lejos de ello el dinero fue directamente destinado a otras finalidades lo que supo y consintió el recurrente (conducta dolosa) como administrador económico y financiero-contable de la sociedad siendo intrascendente si ha existido o no lucro personal por cuanto esto no excluye su responsabilidad actuando por cuenta de la mercantil de la que era consejero del Consejo de Administración (actuando como administrador de hecho) que sí se lucró.

El condenado era el único según la sentencia que tenía la facultad de disposición del dinero entregado por los querellantes y lo recibió en nombre y representación de la sociedad con la obligación de darle un destino específico, de depositarlo en cuenta específica a los fines de la promoción y de devolverlo en caso de requerirlo los querellantes, lo que no hizo ni en cuanto al destino pactado ni en cuanto a su depósito en la cuenta designada ni en cuanto a su devolución. Como dice la sentencia que se recurre por Octavio solo él disponía de los designios de la situación económica de la empresa, y solo él pudo y debió establecer u ordenar las garantías de devolución del importe recibido, y por último, solo a él le competía, en nombre de la empresa por la que actuaba, devolver la cantidad a los Sres. Rosendo y María Virtudes, cuando fue requerido al efecto y sin embargo no lo hizo causando un perjuicio a mis mandantes que no han podido recuperar su dinero.

CUARTO: El motivo tercero por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 LECrim, error de hecho en la valoración de la prueba, por cuanto la documental aportada por la defensa al inicio del juicio demuestra la falta de animo de distracción por parte del recurrente de las cantidades entregadas por los Sres. Rosendo María Virtudes a SBK

Designa en concreto:

- Certificado de la entidad Cohispania de fecha 5.5.2009 sobre valoración de terreno urbanizable y programado regular con plan parcial aprobado.
- Escritura de Hipoteca de máximo otorgada por el Banco Popular Español SA. y la entidad SBK viviendas y promociones SL, de 4.6.2009
- Demanda de ejecución hipotecaria y Decreto del Juzgado 1ª Instancia nº 13 de Granada de 23.4.2013, dictado en proceso de ejecución hipotecaria 445/2013 de dicho Juzgado.
- Escritura otorgada por el Banco Popular y la entidad SBK de préstamo garantizado con hipoteca por 5.100.000 E de fecha 1.7.2005.
- Escritura de novación del préstamo con garantía hipotecaria otorgada por el Banco Popular y SBK de fecha 2.12.2008.
- Escritura de novación del préstamo con garantía hipotecaria otorgada por el Banco Popular y SBK de fecha 4.6.2009.

Ha señalado esta Sala en numerosas sentencias (1340/2002 de 12.7 y 445/2009 de 17.4 entre otras), que este motivo de casación exige, como requisitos, los siguientes: *en primer lugar* ha de fundarse en una verdadera prueba documental, quedando excluidas las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; *en segundo lugar*, que el documento sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones; *en tercer lugar*, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables; y, finalmente, *en cuarto lugar*, que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

En definitiva, son exigencias propias de un documento casacional el que goce de literosuficiencia y autonomía probatoria, es decir, que por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas.

Y los requisitos que se dejan expresados para que pueda prosperar este motivo de casación no concurren en el presente caso.



En efecto el hecho de que la entidad SBK tuviese problemas financieros e incluso que el recurrente garantizase con sus propios bienes los préstamos hipotecarios pendientes con los Bancos, no empece la comisión del delito de apropiación indebida, desde el momento que el dinero entregado por los querellantes que debió destinarse a lo pactado entre las partes en los sucesivos contratos de prorroga: parte del precio de la futura compraventa y depositarse en una cuenta especial que garanticen, en su caso, su devolución, lo que no sucedió, por cuanto según el factum la cuenta corriente en que se realizaron los abonos fue la cuenta designada para el pago de las amortizaciones del préstamo hipotecario sobre la finca registral nº 58690, la cual era de uso común y frecuente por la mercantil para la realización de operaciones de debe y haber en el conjunto de la administración de la empresa y su actividad, disponiendo la promotora de las cantidades transferidas al poco tiempo de su ingreso.

QUINTO: Desestimándose el recurso se imponen las costas al recurrente, art. 901 LECrim .

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Octavio** , contra sentencia de 6 de octubre de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera , que le condenó como autor de un delito de apropiación indebida; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Andres Palomo Del Arco** D. Carlos Granados Perez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.