

Roj: **STS 373/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:373**Id Cendoj: **28079120012016100086**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/02/2016**Nº de Recurso: **1781/2014**Nº de Resolución: **89/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil dieciséis.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por **Abel y Calixto , y FERRERA DESARROLLO Y PROMOCIONES** , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, que condenó a Abel y Calixto como autores responsable de un delito de apropiación indebida, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, estando dichos recurrentes representados por las Procuradoras Sras. Bravo Toledo y Cabañas Álvarez. Siendo parte recurrida Bárbara representada por la Procuradora Sra. Vaca Marín. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO .- El Juzgado de Instrucción núm. Cuatro de Badajoz inició Procedimiento Abreviado número 22/2012, contra Abel y Calixto , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección Primera) que, con fecha seis de mayo de dos mil catorce dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Primero.- Probado y así se declara que:

Dª Bárbara suscribió contrato de compraventa con fecha 18 de septiembre de 2007 con la entidad mercantil FERRERA DESARROLLO PROMOCIONES SL, con CIF B06458038, domiciliada en Badajoz, sobre un Duplex 01, de la planta primera de la Promoción Edificio Alcazaba de la C/ Encarnación de Badajoz y para ello entregó, a cuenta, las siguientes cantidades:

- 1.- La cantidad de 6.420 euros entregados en 12 de septiembre de 2007, efectivo, como reserva.
- 2.- La cantidad de 23.000 euros al momento de fecha del contrato privado de compraventa.

Con posterioridad, en 16 de marzo de 2009, entregó nuevamente la cantidad de 14.000 euros como señal por la compra de una plaza de garaje y trastero en el edificio Alcazaba de Badajoz, firmando como receptor del dinero D. Abel , documentándose nuevamente al día siguiente contrato de la señal.

D. Abel y D. Calixto eran, al momento de recepcionar dichas cantidades, administradores solidarios de la entidad mercantil "FERRERA DESARROLLO Y PROMOCIONES, SL".



La entidad de referencia no ha iniciado las obras a las que se hallaba obligada conforme a las cláusulas de la compraventa. Tampoco han devuelto las cantidades entregadas ni acreditan que la emplearon al fin para el que las misma se entregaron.

Los acusados no ofrecieron aval para la devolución de las cantidades entregadas y tampoco ingresaron aludidas cantidades en cuentas separadas de las restantes propias o del grupo o de las asignadas a otras promociones.

La adquirente era titular dominical de otra vivienda al momento de la entrega de aludidas cantidades...".

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

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los denunciados Abel y Calixto , como autores criminalmente responsables de un delito de apropiación indebida, anteriormente tipificado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de dos años prisión a cada uno de ellos; inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo y para el ejercicio de la profesión de gerentes, directivos o administradores de empresas constructoras o de intermediación inmobiliaria durante el tiempo de la condena y al reintegro, por mitad, de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular; siéndole de abono para el cumplimiento de la expresada pena el tiempo que ha estado privado de libertad en la presente causa.

Indemnizarán conjunta y solidariamente, junto a la entidad "FERRERA DESARROLLO y Promociones, S.L". a D^a Bárbara en la cantidad de 43.420 euros, cantidad que devengará los intereses a que hace referencia el artículo 576 del Código Penal .

Y se aprueba , por sus propios fundamentos, los autos de solvencia e insolvencia que el Juzgado instructor dictó y consulta en el ramo separado correspondiente.

Contra esta resolución cabe recurso de casación , (Artículos 847, b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), para ante la Sala II del Tribunal Supremo, debiendo prepararse ante esta Audiencia Provincial (Sección Primera), (Artículo 855 de la Lecrim , mediante escrito presentado en el término improrrogable de cinco días contados desde el siguiente al de la última notificación de la misma, autorizado por Abogado y Procurador, (art. 856 de la ley procesal), debiendo la parte requerir testimonio de la sentencia de esta Sala y manifestar la clase o clases de recurso que trate de utilizar".

TERCERO .- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

CUARTO.- La representación de Abel y Calixto , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 24.2 CE por vulneración de la presunción de inocencia. SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 252 CP . TERCERO . - Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 inciso tercero de la LECrim .

La representación de "Ferrera Desarrollo y Promociones S.L.", formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 24.2 CE por vulneración de la presunción de inocencia. SEGUNDO : Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 252 CP . TERCERO . - Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 inciso tercero de la LECrim .

QUINTO .- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando por turno correspondiera

SEXTO. - Por providencia de fecha 10 de julio del corriente se acuerda de conformidad con lo establecido en el apartado c) de su Disposición transitoria tercera pasar de nuevo el recurso a los recurrentes por término de ocho días a los efectos allí previstos, procediéndose a continuación en la forma establecida en el indicado precepto.

SÉPTIMO.- Por providencia de catorce de diciembre de 2015, se señala el presente recurso para su deliberación y fallo en fecha 14 de enero de 2.016, continuando la deliberación de la Sala hasta el pasado 9 de febrero, habiendo declinado el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia la redacción de la sentencia para formular voto particular, siendo asumida la ponencia por el Presidente de la Sala de enjuiciamiento Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz con fecha 6 de mayo de 2014 , condena a los recurrentes como autores de un delito de apropiación indebida a la pena de dos años de prisión. Frente a ella se alza el presente recurso, fundado en tres motivos por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, quebrantamiento de forma e infracción de ley, recurriendo también la empresa declarada responsable civil.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que la perjudicada D^a Bárbara suscribió un contrato de compraventa el 18 de septiembre de 2007 para la compra de una vivienda con una entidad mercantil cuyos administradores solidarios eran los acusados Abel y Calixto , entregando a cuenta inicialmente la cantidad de 6.420 euros como reserva, posteriormente 23.000 euros en el momento de firmar el contrato privado de compraventa, y finalmente, en marzo de 2009, 14.000 euros como señal por la compra de una plaza de garaje y trastero.

La entidad de referencia no ha iniciado las obras a las que se hallaba obligada conforme a las cláusulas de la compraventa. Tampoco ha devuelto la cantidad entregada ni acredita que la empleara al fin para el que la misma se entregó.

Los acusados no suscribieron aval para la devolución de las cantidades entregadas y tampoco las ingresaron en cuentas separadas de las restantes propias o del grupo o de las asignadas a otras promociones.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, alega, en síntesis, que no puede considerarse delictivo haber recibido cantidades a cuenta de la compra de una vivienda que no han podido ser devueltas porque se emplearon en la construcción de la vivienda. Seguidamente considera el recurrente que no es su obligación probar su inocencia, y que la prueba de cargo es insuficiente para acreditar que los declarantes utilizaron el dinero recibido en finalidades ajenas a la promoción y construcción de viviendas.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia exige a este Tribunal **constatar si los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, y que sirven de apoyo a la condena**, se fundamentan en una prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada, pero **la cuestión de si los hechos, tal y como se declaran probados, constituyen o no el delito objeto de acusación debe ser analizada en un motivo por infracción de ley, respetando escrupulosamente el relato fáctico**.

En el caso actual la parte declarante cuestiona que pueda considerarse delictiva la apropiación de las cantidades anticipadas para la compra de viviendas en el caso de que en lugar de ser ingresadas en la cuenta imperativamente establecida por la Ley, previamente garantizada la devolución, se dediquen por el promotor a sus gastos de promoción y construcción. Esta afirmación implica una denuncia de infracción de ley, ya que afecta a la interpretación del tipo delictivo de la apropiación indebida en estos supuestos, pero no de presunción de inocencia. **En la sentencia impugnada no se declara acreditado que el dinero se hubiese empleado en gastos ajenos a la construcción, por lo que resulta vacío de contenido el debate sobre la suficiencia de la prueba de cargo concurrente para acreditar un hecho que el Tribunal no ha declarado acreditado**.

En definitiva, si en el relato fáctico no se declara probado un hecho que el recurrente considera que debe integrar el tipo delictivo objeto de acusación, la vulneración denunciada es infracción de ley y no presunción de inocencia.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

TERCERO.- Por razones sistemáticas procede analizar a continuación el motivo por quebrantamiento de forma, que contiene tres apartados y se fundamenta en el art 851 1º de la Lecrim , última parte, es decir denuncia predeterminación del fallo.

Según reiterada doctrina jurisprudencial, para que constituya un vicio determinante de la nulidad, la predeterminación del fallo requiere los siguientes requisitos: **a)** que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; **b)** que sean, por lo general, sólo asequibles a juristas y no compartidas en el lenguaje común; **c)** que tengan valor causal respecto del fallo; **d)** que suprimidos tales conceptos jurídicos predeterminantes, dejen el hecho histórico sin base suficiente para la subsunción (SS.T.S. 17 de abril de 1996 y 18 de mayo de 1999, entre otras muchas).

En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo pues, si no fuese así, la absolución o condena carecería del imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino impedir que se suplante el relato fáctico por su



significación jurídica, es decir que se determine la subsunción no mediante un relato histórico, sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados.

En el caso actual no concurren los referidos requisitos.

En efecto en el apartado a) la parte recurrente cuestiona la expresión en el relato fáctico de que " *la entidad de referencia no ha iniciado las obras a las que se hallaba obligada conforme a las cláusulas de la compraventa*". Considera el recurrente que esta expresión constituye " *una falaz interpretación de la realidad* ", porque para proceder a la construcción de una vivienda hay muchísimos trabajos previos, preparatorios y coetáneos, que obligatoriamente requieren pagos.

Con independencia de la consideración del recurrente, que no invalida la conclusión del Tribunal sentenciador pues la afirmación de haberse realizado pagos en trabajos preparatorios **no excluye la constatación del Tribunal de que las obras no se habían iniciado**, lo cierto es que las expresiones utilizadas en el relato fáctico no constituyen, en absoluto, una predeterminación jurídica del fallo, pues ni son expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado, ni son sólo asequibles a juristas sino compartidas por lenguaje común.

En el apartado b) se impugna la expresión del relato fáctico " *tampoco han devuelto las cantidades entregadas* ", alegando que en los contratos de compraventa el Código Civil no establece entre las obligaciones del vendedor la de devolver el dinero entregado. Se trata evidentemente de una consideración jurídica del recurrente, que no discutimos con carácter general, pero que es completamente ajena al cauce casacional empleado de quebrantamiento de forma.

En el apartado c) se cuestiona el apartado del relato fáctico en el que se expresa que los acusados " *no acreditan que las emplearon al fin para el que estaban destinadas* ", afirmando que no constituye una carga de los recurrentes acreditar este hecho. Nuevamente nos encontramos ante una cuestión ajena al cauce casacional empleado, que se analizará en el motivo por infracción de ley.

El motivo, en consecuencia debe ser desestimado.

CUARTO.- El segundo motivo de recurso, último en nuestro análisis por razones sistemáticas, alega vulneración del art 252 CP por estimar que los acusados no se apropiaron del dinero recibido en concepto de anticipo por la compra de una vivienda, porque no fue entregado en concepto de depósito sino como parte del precio de un bien, por lo que estiman que podían emplearlo libremente en la construcción. Insisten en que no han recibido el dinero en un concepto que les obligue a entregarlo o devolverlo y nunca han negado haberlo recibido, por lo que no concurren los elementos típicos del delito de apropiación indebida.

Han de analizarse también en este motivo, como ya se ha expresado, las alegaciones realizadas en el motivo por presunción de inocencia, en el que la parte recurrente considera acreditado que el dinero recibido como anticipo de la recurrente, y no ingresado en la cuenta especial imperativamente establecida en la LOE, fue empleado en pagos diversos de las promociones realizadas por la empresa de los recurrentes (nóminas, impuestos y tributos, minutas de Notarios y/o Registradores, gastos financieros, licencias municipales, pagos a profesionales, etc.), alegando que destinar estas cantidades anticipadas a dichos gastos de la empresa de los recurrentes (incluidos sus propios impuestos) es perfectamente lícito, por lo que no han incurrido en apropiación alguna.

Alega la parte recurrente que su empresa ha empleado concretamente 101.077,52 euros en gastos previos para la construcción del edificio donde adquirió su vivienda la denunciante, y que no puede acreditarse que el dinero de la recurrente se haya utilizado en otras promociones que la empresa estaba realizando simultáneamente, porque el dinero se ingresaba en una cuenta común, sin diferenciación alguna entre las diversas promociones, según la prueba aportada por la propia parte recurrente. En consecuencia, ingresado el dinero de la recurrente en una cuenta común de la empresa, dedicada a sus diversos negocios, se ha confundido con el conjunto de su patrimonio, y no puede acreditarse que se haya destinado a gastos de otras promociones, ni a gastos ajenos a la construcción del edificio donde se encontraba la vivienda vendida, porque el dinero se dedicaba indistintamente a todas las promociones que se estaban desarrollando simultáneamente.

El motivo debe ser desestimado. Conforme a lo alegado por el recurrente bastaría a los promotores de viviendas con incumplir la ley e ingresar las cantidades recibidas anticipadamente en una cuenta genérica de su empresa, sin garantizarlas como están obligados, prescindiendo de la cuenta específica legalmente imperativa, para que estas cantidades se confundan con su patrimonio, y no sea posible acreditar en que las han gastado, eludiendo totalmente su responsabilidad. Uniendo a esta argumentación la exigencia de que, pese a que es el promotor el que ha dispuesto de las cantidades entregadas burlando manifiestamente sus obligaciones legales de garantía y separación, sean por el contrario los perjudicados los que estén obligados



a acreditar que el promotor se ha gastado su dinero en atenciones diferentes de la construcción de las específicas viviendas a las que estaban destinados los anticipos. Prueba que, como el propio recurrente señala, es prácticamente imposible cuando las cantidades anticipadas se ingresan ilegalmente en una cuenta común de la empresa, con lo que se consuma el desperdicio que pretende la parte recurrente, al incumplir primero la Ley y después emplazar a la víctima a una prueba diabólica, no exigida por el tipo, haciendo prácticamente inviable la sanción por apropiación indebida en estos supuestos.

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

La doctrina de esta Sala puede extraerse, en forma resumida y legalmente actualizada, de la STS núm. 309/2014, de 15 de abril , extensamente citada por la sentencia de instancia, y que analiza los precedentes legislativos relativos a las condiciones legales a las que se somete la disposición por los promotores de viviendas de las cantidades percibidas anticipadamente.

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

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

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

QUINTO.- La redacción actual de la LOE, conforme a la modificación introducida por la reciente Ley 20/25, de 14 de julio, ha clarificado el régimen vigente, sin modificarlo sustancialmente, al derogar expresamente la Ley 57/1968 de 27 de julio, a la que se remitía expresamente la redacción anterior de la DA 1ª de la LOE , e incluir directamente las obligaciones legales de los promotores que perciban cantidades anticipadas en el propio texto de la Ley de Ordenación de la Edificación (DA 1ª).

Dispone actualmente dicha norma, **reiterando lo que viene estableciendo el legislador de modo imperativo desde hace casi 50 años** , lo siguiente:

"Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción: Uno. Obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas . 1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes: a) Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda. b) Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas . Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo



su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior. 2. La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero".

Lo esencial de la norma establecida en el art. 1º de la Ley 57/68, que se ratificó en la redacción inicial de la LOE, y se vuelve a ratificar en la última reforma de 14 de julio de 2015, es la **necesidad de establecer un patrimonio separado y garantizado con las cantidades recibidas**.

Un patrimonio separado de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, custodiado en una cuenta especial en la que necesariamente habrán de depositarse las cantidades anticipadas por los adquirentes. Estas cantidades solo se podrán percibir a través de entidades de crédito, y únicamente podrá disponer de ellas el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, siempre que previamente se ingresen en dicha cuenta separada y esté garantizada su devolución en la forma prevenida por la Ley. Norma imperativa, que no puede dejarse sin efecto por disposición de las partes.

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

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

SEXTO.- En definitiva, el Legislador diseña, con carácter imperativo, **una modalidad contractual especial para los contratos de cesión de las viviendas en construcción en los que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas.**

En esta modalidad contractual específica las cantidades anticipadas por los adquirentes deben percibirse (o entregarse por el promotor si las ha recibido directamente) a través de una Entidad Bancaria o Caja de Ahorros en las que **habrán de depositarse** en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor.

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

Ahora bien, el Legislador, con buen criterio, es consciente de que mantener los fondos inactivos resulta disfuncional desde la perspectiva económica y financiera. Por ello introduce una segunda norma, adicional a la que constituye el patrimonio separado, permitiendo al promotor disponer de dichos bienes exclusivamente para las atenciones de la construcción, **siempre que se ingresen inicialmente en la cuenta especial y se garantice su devolución para el caso de que la vivienda no se llegue a construir o a entregar, mediante el correspondiente aval.**

De esta forma el Legislador equilibra ambos intereses. Los del consumidor garantizando que el dinero anticipado para la compra de una vivienda no está sujeto a las vicisitudes del negocio del promotor, a sus dificultades financieras, a su habilidad constructiva y comercial o a las eventuales crisis económicas, porque la voluntad contractual del adquirente de la vivienda no es la de constituirse en socio inversor de la promoción. **Para ello el Legislador establece una modalidad contractual que legalmente prohíbe al promotor disponer de los fondos salvo que esté garantizada su devolución.**

Por otra parte el Legislador proporciona al promotor un medio financiero que le permite obtener cantidades anticipadas para financiar la construcción, sin intereses, con la limitación de garantizar su separación patrimonial y devolución en la forma legalmente establecida.



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

Esta tutela penal de los compradores de viviendas que entregan cantidades anticipadas a promotores que incumplen la normativa legal y finalmente les privan de la vivienda y del dinero, cumple el triple requisito del principio de intervención mínima porque tutela un bien jurídico digno de protección penal, susceptible de protección penal a través del delito de apropiación indebida y, sobre todo, **necesitado de protección penal. Esta necesidad procede de que, como muestra la experiencia, la tutela civil es absolutamente ineficaz en estos casos dado que si los promotores han gastado el dinero y no construyen la vivienda, ordinariamente la empresa promotora desaparece o resulta insolvente, siendo inviable la recuperación del dinero, que en muchas ocasiones constituyen los ahorros destinados a la obtención de un bien de primera necesidad, como es la vivienda, y resultan imposibles de reponer para las familias afectadas.**

Por ello, desde hace casi cincuenta años, la Ley establece con claridad cuáles son las obligaciones de los promotores que constituyen un requisito ineludible para poder disponer de los fondos anticipados por los compradores. Si los incumplen, decía la ley de 1968 expresamente, incurren en apropiación indebida, **lo que pone de relieve que desde el primer momento legislativo, la norma buscaba la tutela penal de los consumidores defraudados en estos supuestos específicos.** El Código Penal de 1995 derogó esta penalización especial por innecesaria, pues la conducta de disposición indebida de los fondos incumpliendo los requisitos legales puede ser subsumida en el delito de apropiación indebida, sin necesidad de remisión específica, al concurrir en ella, como se ha expresado, los elementos integradores del tipo (STS 1893/97 de 23 de diciembre , recordada recientemente por la STS 286/2014, de 8 de abril).

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

Procede, por todo ello, la desestimación del motivo, y con él de la totalidad del recurso interpuesto por los dos recurrentes condenados.

SEPTIMO .- El recurso interpuesto por la representación de la empresa Ferrera Desarrollo y Promociones SL, se articula en tres motivos por infracción constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, que son idénticos a los motivos de recurso formulados por los anteriores recurrentes, sin efectuar ninguna alegación específica respecto de la responsabilidad civil que se le ha atribuido en la sentencia, por lo que estos motivos deben ser desestimados por las mismas razones ya expuestas, sin que proceda entrar en el análisis de otras cuestiones por no haberse planteado y encontrarnos en el ámbito de la responsabilidad civil, en la que rige el principio dispositivo.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de ambos recursos, con imposición de las costas a los recurrentes, por ser preceptivas.

OCTAVO .- En providencia de 8 de julio del pasado año 2015 se acordó pasar la causa a las partes a los efectos de que pudiesen adaptar su recurso de casación a las modificaciones legales introducidas por la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 1/2015.

Las partes recurrentes informan expresamente que mantienen íntegramente sus motivos de recurso, sin añadir consideraciones adicionales en función de la reforma del delito de apropiación indebida (antes art. 252, hoy art. 253). El Ministerio Fiscal considera que la reforma no tiene incidencia en el presente recurso, en la medida en que solo modifica el número de precepto penal que tipifica la apropiación indebida, que pasa a ser el art. 253, en lugar del art. 252.



La modificación de la redacción del antiguo artículo 252, hoy 253, podría llevar a efectuar algunas consideraciones más complejas, pero en las que estimamos que no procede entrar al no haberse planteado argumentación adicional alguna por las partes recurrentes y que por tanto tampoco se han sometido a contradicción.

La apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales, por su naturaleza fungible, pero sin entrar ahora en debates más profundos, es necesario constatar, como ya lo hemos hecho en la reciente sentencia núm. 18/2016, de 26 de enero, que el Legislador zanja la cuestión de la posibilidad de admitir la apropiación indebida de dinero en sentido propio, manteniendo específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el art. 253. Lo cual no excluye que algunos supuestos cuya naturaleza anterior era la de distracción y no apropiación, se puedan remitir ahora a la tipificación de la administración desleal (art. 252), sancionada con idéntica penalidad.

En el caso actual, como ya hemos señalado, nos encontramos en realidad más en un supuesto de apropiación, en sentido propio, que de simple desvío de dinero de la finalidad con la que se ha recibido, pues ya hemos razonado que lo penalmente relevante es que el promotor dispone como suyo de un dinero que no ha recibido en propiedad sino que por expresa disposición legal imperativa debe ingresarse "en depósito" en una cuenta especial separada, con prohibición de disponer de él, **para cualquier destino**, salvo que se cumplan determinadas condiciones legales previas que, en el caso actual, no se han cumplimentado.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de los recursos interpuestos con imposición a los recurrentes de las costas por ser preceptivas.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional, interpuestos por **Abel y Calixto, y FERRERA DESARROLLO Y PROMOCIONES**, contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, que condenó a Abel y Calixto por delito de apropiación indebida. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:12/02/2016

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. Antonio del Moral Garcia A LA SENTENCIA 89/2016, DE FECHA DOCE DE FEBRERO DE 2016 QUE RESUELVE EL RECURSO 1781/2014.

I.

Plasmo por escrito la tesis que defendí sin éxito en la deliberación, lo que me llevó a declinar la ponencia. Propuse la estimación de los motivos del recurso que denunciaban vulneración de la presunción de inocencia. La sentencia mayoritaria con un inteligente *dribling*, argumentalmente sólido y con base jurisprudencial (vid STS 163/2014, de 6 de marzo), soslaya esa cuestión reconduciendo el debate desde el terreno probatorio (presunción de inocencia) al sustantivo (tipicidad). Es obligado deslindar ambos estratos sin entremezclarlos. Son dos cuestiones diferenciables y diferenciadas. Solo si resolvemos en un determinado sentido la que se mueve en el plano del derecho penal sustantivo (aunque no exclusivamente: hay temas de derecho civil y mercantil implicados como sucede frecuentemente al enfrentarnos al delito de apropiación indebida), aparecerá la segunda cuestión. Si se estima que el incumplimiento de las garantías establecidas en favor de los compradores de viviendas respecto de las cantidades anticipadas convierte automáticamente la disposición de esos fondos en actos incardinables en la conducta *apropiativa* que define el art. 252 CP (actual 253), y que el delito surge inevitablemente si finalmente no se devuelven las cantidades ni se entrega la vivienda, con independencia absoluta de cuál sea el destino que les haya dado el promotor incumplidor, se evapora el problema probatorio. Habrá responsabilidad penal aunque no exista constancia de que las cantidades han sido destinadas a otros fines; o incluso aunque haya quedado plenamente demostrado que hasta el último euro se invirtió en la promoción para la que se aportaron. Si en cambio, como entiendo, solo aparece antijuricidad penal (otra cosa es la ilicitud en ámbitos extrapenales y con específicas sanciones gubernativas) cuando



el promotor destina las cantidades recibidas a otros fines -personales o empresariales- entonces tal desvío deberá estar acreditado (la prueba indiciaria será habitualmente el método relativamente sencillo para alcanzar esa convicción).

II.

Empecemos, pues, por los temas sustantivos. Margino ahora la cuestión -no sencilla y precisada de estudio y reflexión- de las consecuencias que pudieran derivarse de la poco meditada y posiblemente fruto de un tejer y destejer el texto prelegislativo sin mantener la coherencia en sus sucesivos retoques y correcciones, desaparición del verbo *distraer* del art. 253 CP (justamente la conducta donde la Sala de instancia con exquisito razonamiento y muy pertinentes apoyos jurisprudenciales encajaba los hechos). No quiero en todo caso dejar de puntualizar que la referencia a un depósito en la normativa especial no es decisiva en este punto sustantivo: es un depósito bancario y por tanto irregular. Ni el comprador es el depositante; ni el promotor el depositario.

Si no he entendido mal -y creo que no pues la deliberación fue profunda y detenida- según la tesis mayoritaria desde el instante en que el promotor, haciendo caso omiso -en conducta cuya ilicitud es patente- de la legislación especial, elude las obligaciones que se le imponen para garantizar los intereses de los compradores, queda inhabilitado para disponer legítimamente de esas cantidades: el simple ingreso en una cuenta, no independiente ni separada de otros movimientos monetarios, ni asegurada o avalada como establece esa normativa -que fue calificada de pionera con justicia (SSTS Sala Primera 778/2015, de 20 de enero , de 9 de junio de 1986 ó 23 de mayo de 2014) cuya secuencia histórica reproduce impecablemente la sentencia de la mayoría-, supondría ya un acto encajable en los verbos típicos del anterior art. 252. La inversión efectiva de esas cantidades anticipadas en la construcción de las viviendas a cuyo pago anticipado estaban destinados serían también actos típicos: desde el momento en que ha prescindido de la legalidad, nada sanará su actuación ni le permitirá eludir la amenaza penal.

Rectifico: nada, no. Solo una alternativa: o la entrega de las viviendas; o, la devolución de todas las cantidades recibidas, hasta el último euro (si lo no reintegrado no supera los cuatrocientos euros, la responsabilidad será inferior, pero subsistirá). Si se produce alguna de esas dos hipótesis no habrá responsabilidad penal, no porque no hayan existido actos incardinables en el art. 252/253 CP , sino porque faltará el perjuicio como resultado: no se habrá llegado al *punto de no retorno*.

No comparto tal tesis que a mi juicio resucitan un tipo penal que fue expresamente derogado y cuyo ámbito solo parcialmente era coincidente con el de la apropiación indebida. Si se incumplen las obligaciones impuestas al promotor, es indiferente que haya invertido todas las cantidades en lo convenido; es indiferente que ponga a disposición de los compradores lo hasta ese momento construido; es indiferente que el fracaso del proyecto empresarial obedezca a causas meramente imprudentes (no calculó costes; no previó dificultades financieras; la campaña comercial no arrojó los frutos esperados y a mitad de construcción se quedó sin financiación..) o incluso fortuitas (una imprevisible huelga; el incremento de los precios de unos materiales; un robo de cuantía significativa; o el defalco llevado a cabo por uno de los empleados que se fuga con el dinero destinado a unos pagos). Como no aseguró o avaló las cantidades ni constituyó con ellas un patrimonio separado afecto a un fin, estaremos ante un delito de apropiación indebida.

En esos casos el promotor deberá responder frente a los compradores sin ninguna duda. Y podrán activarse todos los mecanismos extrapenales para dar respuesta a ese incumplimiento de una clara normativa legal, incluidas las sanciones previstas. Pero no creo que sea la amenaza penal la fórmula exclusiva para conseguir el deseable cumplimiento de esas felices previsiones legales.

En su origen el legislador de 1968 lo quiso así: art. 6.2 de la Ley 57/1968 . Tempranamente la doctrina advirtió que la remisión de tal precepto al delito de apropiación indebida (arts. 587 y 535 CP 1973) no era material. El art. 6.2 de la ley 57/68 ampliaba el ámbito de lo punible: tipificaba un delito no totalmente coincidente con la apropiación indebida pues llevaba al campo penal conductas no encajables en el antiguo art. 535. La opción era legítima: no era la simple criminalización de un incumplimiento civil o la exclusiva protección de un derecho de crédito. Hay un plus: el desprecio de unas garantías legales. No faltaron pese a ello algunas críticas.

El art. 6.2 en efecto sancionaba con las penas señaladas para la estafa en su grado máximo la no devolución por el promotor de la totalidad de las cantidades anticipadas si no se había atendido a las obligaciones del art. 1. El verbo nuclear del tipo era *no devolver*. Los comentaristas insistieron en que tal disposición extendía el radio de acción de la apropiación indebida. La obligación de devolver no nacía del título de entrega, sino de la rescisión por incumplimiento llegados los plazos. Por eso se convenía en la especificidad del tipo del art. 6.2 derogado: añadía algo al art. 535 CP , aparte de la penalidad agravada. (SSTS de 20 de marzo de 1978 ó 23 de abril de 1977).



La previsión legal fue derogada expresamente en 1995 (apartado 1 f) de la Disposición Derogatoria Única de la ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). La conducta a partir de entonces es delictiva solo si se cubren todos los requisitos del delito del art. 252 CP .

No obstante ya con anterioridad e incluso vigente tal precepto en la jurisprudencia se abrió paso una tesis - que no estimo ajustada a la legalidad entonces imperante- según la cual no bastaba con cubrir las exigencias de ese tipo de la ley especial, sino que debía constatarse en todo caso la concurrencia de los requisitos de la apropiación indebida lo que llevaba a afirmar que si se acreditaba que todas las cantidades se habían destinado a la promoción específica no surgía responsabilidad penal: significativamente STS de 25 de abril de 1994 (vid. igualmente SSTS de 23 de febrero de 1988 , ó 16 de mayo de 1990). Derogada la legislación especial, ese entendimiento me parece el único ajustado a la legalidad (de hecho se ha perpetuado aunque no de manera unánime en la jurisprudencia: SSTS 562/1997, de 21 de mayo y 886/2003, de 20 de junio).

III.

No creo que la represión penal otorgue indefectiblemente mayor protección a los intereses económicos de los perjudicados actuales (si el promotor es insolvente es indiferente que la responsabilidad civil venga afirmada en una sentencia penal o en una de carácter civil); aunque es justo reconocer que sí encierra un mecanismo preventivo por cuanto refuerza la tutela a víctimas potenciales.

El derecho penal vendrá llamado a desempeñar un papel cuando exista desviación de los fondos (apropiación o distracción) pero no cuando las cantidades recibidas han sido íntegramente invertidas en la promoción para la que se reclamaron. Otro entendimiento extiende de forma desmesurada los tentáculos del derecho penal y equipara anómalamente conductas muy diferentes.

Se condena legítimamente por apropiación indebida cuando no solo no se satisfacen esas garantías sino además se emplean los fondos recibidos total o parcialmente en otros destinos (otras promociones, gastos propios, abono de previas deudas empresariales...).

Podrá igualmente existir de estafa si se ha hecho creer a los compradores que esas garantías estaban cumplimentadas y concurren los demás requisitos del art. 248 CP (dolo antecedente, aunque sea meramente eventual, perjuicio...).

Sin embargo no nacerá a mi juicio responsabilidad penal a) ni si las cantidades anticipadas recibidas a cuenta son íntegramente invertidas en gastos de esa concreta promoción ateniéndose por tanto a lo pactado; b) ni si los compradores por las razones que sea entregan esas cantidades consintiendo con esa relajación de las obligaciones establecidas por la legislación especial (que sean de *ius cogens* - art. 7, Ley 57/68 - no lleva inexorablemente la acción al ámbito penal al margen de la voluntad de los titulares menos en un ámbito como el patrimonial donde el consentimiento suele tener relevancia exoneradora).

Según la sentencia mayoritaria esos supuestos también son reconducibles al delito de apropiación indebida. Por eso le resulta irrelevante que se haya acreditado o no el desvío de las cantidades recibidas como anticipación del pago del precio. Penalmente no existiría diferencia (al margen de la que arbitra el art. 66 en el arco penológico) entre el desalmado promotor que sabiendo de las dificultades que empiezan a surgir, extrae todo el dinero recibido a cuenta y se lo embolsa desentendiéndose de la obra y de los compradores; y aquél otro poco previsor y sin duda incumplidor (no se atuvo a las exigencias tantas veces aludidas) que, pese a invertir todas las cantidades en la promoción, acaba arruinado y se ve impedido de sacar adelante el proyecto por razones financieras poniendo a disposición de los compradores el terreno y lo hasta ese momento construido. Es más, probablemente en este segundo supuesto la penalidad habría de ser superior como consecuencia de las previsiones del art.74 CP .

IV.

Desde el planteamiento que considero correcto adquiere trascendencia en el plano probatorio dilucidar si está o no acreditado que el dinero transmitido por la perjudicada en este caso fue empleado en usos propios o destinado a fin diferente a la inversión en la construcción para la que fue específicamente entregado. Eso puede quedar acreditado fácilmente por prueba indiciaria soportada en dos premisas: **a)** la constancia de que el dinero ha sido gastado; combinada con **b)** la incapacidad del promotor de acreditar que ha sido invertido precisamente en esa obra. Si no demuestra que en esa promoción se ha gastado más dinero del recibido (o al menos, la misma cifra) podrá deducirse de forma concluyente que se han producido desvíos a través de esa sencilla fórmula muy lejos de una *probatio diabólica* . Pero hay que proclamarlo y razonarlo expresamente. No basta despachar la cuestión con la afirmación de que no se ha demostrado, al tiempo que se exteriorizan dudas que se solventan en contra del reo. Menos aún cabrá como, hace en este caso la Audiencia, eludir en los hechos probados una afirmación rotunda de tener por acreditado eso. Limitarse a decir que los acusados



no han podido demostrar que todas las cantidades se han destinado a esa promoción dejando entrever que esa era una hipótesis factible y plausible, no puede fundar la condena sin lesión de la presunción de inocencia.

La prueba no ha sido concluyente en este caso respecto de un elemento esencial del delito: el desvío de los fondos. Lo pone de manifiesto el bucle argumentativo de la sentencia: los acusados no habrían demostrado fehacientemente esa aplicación. El incumplimiento de las obligaciones estatuidas por la Ley de 1968 sobre cantidades recibidas a cuenta para la construcción de viviendas, arrastraría, según la sentencia de instancia, una inversión de la carga de la prueba. Si no han formado ese patrimonio separado a que les obliga la ley, ni han avalado las cantidades, ni han constituido la cuenta especial, surgiría una especie de presunción: si no se devuelven las cantidades y no se demuestra su destino, habrá apropiación indebida. Eso significa rescatar la tipicidad especial expresamente derogada del art. 6 de la ley especial en que la conducta típica no era la apropiación o la distracción sino la **no devolución**, presupuesto el incumplimiento de las garantías de la ley.

El propio hecho probado: no llega a afirmar concluyentemente que el dinero fue desviado; se limita a proclamar que *no ha iniciado las obras a las que se hallaba obligada conforme a las cláusulas de la compraventa ni han devuelto ni acreditan que la emplearon al fin para el que las mismas se entregaron*.

No es correcta la ecuación *incumplimiento de las obligaciones más no devolución es igual a apropiación indebida*, que parece la pauta del Tribunal *a quo* que elude o esconde la refutación de la hipótesis blandida por los acusados: que todo ese dinero fue invertido en gastos de la promoción. Se cuidaron de aportar documentación contable tendente a avalarla. El examen de esa documentación, sus explicaciones y la cuantía del dinero entregado, permiten constatar que no es una hipótesis inverosímil; antes bien al contrario.

Tiene razón el Fiscal cuando señala que eso no enturbia los derechos de los compradores que han de permanecer a resguardo de las previsiones financieras fracasadas de los promotores o de su desorden contable. Es verdad. Pero de ahí no se llega automáticamente al ámbito del derecho penal, sino exclusivamente a salvaguardar sus derechos de naturaleza civil. Y por supuesto el incumplimiento de esas obligaciones debe acarrear las correspondientes sanciones gubernativas.

Era exigible de la sentencia una mínima reflexión sobre esos datos que fuese más allá del mero "recibieron-no han devuelto-no cumplieron garantías ley", *ergo*, "ha habido apropiación de las cantidades". En esa ecuación ha omitido jugar con otras variables que la defensa legítimamente introdujo (vid STS 358/2014, de 28 de abril).

Antonio del Moral García.

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Candido Conde-Pumpido Touron, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.