

Roj: **STS 599/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:599**Id Cendoj: **28079120012016100101**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/02/2016**Nº de Recurso: **1175/2015**Nº de Resolución: **100/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SG 108/2015,**
STS 599/2016

SENTENCIA

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

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1175/2015 interpuesto por **Cipriano** representado por la procuradora D.ª Irene Gutiérrez Carrillo y bajo la dirección letrada de D. Francisco Caballero y Garrido contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Segovia, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida y recaído en la causa PA 6/2015 dimanante de diligencias previas nº 696/2008 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Segovia. Ha sido parte recurrida JUAFERMAR SL y otros representada por la procuradora D.ª Ana Rayón Castilla y bajo la dirección letrada de D. Juan Gómez Álvarez y D. Gonzalo Ruiz García. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Segovia instruyó diligencias con el nº 696/2008, contra **Cipriano**. Una vez concluidas las remitió a la Audiencia Provincial de Segovia (Sección Primera) que con fecha veintisiete de abril de dos mil quince dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

*<< I. De la prueba practicada en el acto del juicio oral resulta probado y así se declara que en el año 2004 la entidad mercantil "Gescisa Promociones S.L." cuyo administrador único era el acusado **Cipriano**, DNI NUM000, mayor de edad y sin antecedentes penales, decidió iniciar la promoción de un grupo de viviendas individuales en un solar en el PASEO000, NUM001 de la localidad de San Ildefonso. Para adquirir el solar, llegó a un acuerdo de permuta con sus propietarios, en fecha 27 de abril de 2004, a los que ofreció a cambio del terreno dos viviendas unifamiliares terminadas y libres de cargas, procediendo a la segregación y creación de siete parcelas en la finca, poniendo a la venta las cinco restantes proyectadas.*

En concreto, el 5 de agosto de 2004 suscribió contrato privado de compraventa con la mercantil JUAFERMAR S.A. en relación con la vivienda identificada como 1 -A; el 18 de agosto de 2004 hizo lo propio con Da. Rosa y D. Luciano en relación con la vivienda NUM006; el 8 de septiembre de 2004 suscribió sendos contratos de compraventa con D. Santos y Da. Ascension, por un lado, así como con Da. Gabriela y D. Pedro Jesús, por otro, en relación, respectivamente, con las viviendas identificadas como NUM002 y NUM003; y, finalmente, el 18 de septiembre de 2004, hizo lo propio con D. Casimiro y Da. Salome en relación con la vivienda NUM004, los cuales la adquirieron con la intención de que constituyese su vivienda habitual. Todos los citados contratos de compraventa fueron elevados a público el 10 de septiembre de 2007, con cuya ocasión se dejó constancia de la subrogación de D. Heraclio y Da. Candelaria en los derechos y obligaciones derivados del contrato



privado de compraventa en su momento suscrito con D^a Rosa y D. Luciano en relación con la vivienda NUM006 .

A resultas de los tales contratos, fueron entregadas a la vendedora de forma sucesiva diversas cantidades a cuenta del precio, que ascendieron, respectivamente para cada uno de los indicados contratos, a 94.578,65 €, 58.598,68 €, 64.608,79 €, 70.618,68 € y 76.629,04 € (Impuesto sobre el Valor Añadido al margen), tanto en concepto de entrada, como en varios casos mediante el abono de letras de cambio.

La promotora no garantizó en forma alguna la posible devolución de las cantidades anticipadas en caso de que la obra no llegase a buen fin, lo que era desconocido por los propietarios puesto que en los contratos de compraventa se hacía figurar expresamente que las cantidades anticipadas quedaban avaladas. Estas cantidades por otra parte, fueron ingresadas en una cuenta en el banco Pastor en la que se gestionaban los ingresos del crédito hipotecario concedido para la promoción, no constando que dicha cuenta se dedicase exclusivamente a la citada promoción.

No queda constancia de que Gescisa dedicase la totalidad de las cantidades percibidas a esta promoción.

II. Para llevar a efecto la promoción, en fecha 27 de abril de 2004, seguidamente a la permuta, Gescisa procedió a suscribir un crédito hipotecario con el Banco Pastor, por una cuantía máxima de 1.082.000 €, en el que se estipulaba que las cantidades prestadas debían dedicarse exclusivamente a la promoción, se autorizaba la disposición inicial de 285.000 € (de los que el acusado, como administrador de la promotora, dispuso), y estableciendo un límite máximo de 635.000 € contra la presentación de certificaciones de obra, hasta una cuantía máxima del 80% de su importe. En base a dichas disposiciones, la promotora dispuso de un total de 793.815 € del crédito.

Consecuencia de dicho crédito y como individualización de las cuantías de las que respondería cada parcela, el acusado procedió a hipotecar por una cuantía de 150.000 € las dos viviendas que se habrían de entregar a los permutantes, con los que había pactado tanto la entrega libre de cargas así como una condición resolutoria si las viviendas no eran entregadas en las condiciones pactadas. Para garantizar esa entrega libre de cargas, la promotora libró dos avales por dicho valor, constituyendo a su vez en el Banco Pastor una cuenta a plazo fijo que respondería del pago de los avales. Lo cierto es que en fecha 23 de abril de 2007, Gescisa obtuvo del banco un crédito, destinado a hacer frente a las deudas con la constructora por valor de 167.300 €, para lo que pignoró la cantidad a plazo fijo antes citada.

III. Cuando se alcanzó el límite de disposición del crédito hipotecario al nivel referido, la entidad bancaria dejó de hacer frente a las certificaciones emitidas por la constructora, la mercantil Dideconsa, con la que se había contratado la ejecución de las viviendas por un presupuesto de 825.000 €, aunque el desarrollo de la obra había elevado notablemente el presupuesto inicial, de forma que tras reiterados impagos, dicha entidad suspendió la obra en julio de 2007, alcanzando la cantidad debida a dicha constructora la cifra de 596.273,64 €, que aún está sin abonar. La totalidad de certificaciones abonados a Dideconsa alcanzó la cantidad de 732.354 €, IVA incluido.

A la suspensión de la ejecución de las obras por la constructora las viviendas estaban construidas de forma parcial, de modo que la urbanización de la parcela estaba construida en un 40%, las viviendas NUM005 , NUM006 y NUM002 lo estaban en torno al 90%, la vivienda NUM004 sobre el 80%, mientras que la vivienda NUM003 estaba sin comenzar, sin que se haya construido hasta la actualidad.

Ante la paralización de las obras y la ausencia de fondos, por los compradores se iniciaron gestiones con la promotora para tratar de solucionar la situación, que culminaron con un contrato privado, de fecha 6 de septiembre de 2007, y luego elevado a escritura pública, por la que aquéllos asumían la finalización de las obras, tomaban posesión de las respectivas viviendas y retenían la parte del precio pendiente de pago para hacer frente a los gastos pendientes y concluir la obra.

Unido a ello y derivado del posterior incumplimiento por Gescisa de su compromiso del contrato privado de levantar las hipotecas respecto de las viviendas que se atribuirían a los permutantes y cancelar la condición resolutoria, los compradores se vieron obligados además a pactar la renuncia de los permutantes a la cláusula resolutoria por 25.000 €.

El acuerdo adoptado entre Gescisa y los compradores ha hecho que éstos hayan asumido el coste de la terminación de las obras, tanto de las viviendas como de urbanización, a excepción de la vivienda NUM003 , debiendo asumir asimismo el crédito hipotecario, para lo cual acordaron con el banco Pastor, hoy Popular, la cesión del crédito a los compradores previo pago de la cantidad reclamada en el juicio hipotecario por el banco ascendiente a 820.000 €, subrogándose en la posición del cedente.

No se ha acreditado suficientemente el mayor precio que hayan tenido que abonar en relación con el precio pactado en el contrato privado ni la cuantía del mismo>>.



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

<<Que debemos condenar y condenamos al acusado Cipriano como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida ya definido a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, MULTA DE NUEVE MESES, pago de costas y a que indemnice a Gabriela y Pedro Jesús en 8.169 € y a la mercantil Juafermar S.A. en 4.093,20 €, con responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil Gescisa Promociones Inmobiliarias S.L.

La pena privativa de libertad lleva aparejada las accesorias de inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. La pena de multa conllevará una cuota diaria de nueve euros y un arresto sustitutorio de un día por cada dos cuotas impagadas>>.

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

Motivos aducidos en nombre de Cipriano .

Motivo primero .- Por infracción de ley al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim por error en la apreciación de las pruebas, basado en documentos que obran en los autos.

4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, **impugnando el único motivo del recurso** ; la Acusación Particular igualmente lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día dieciséis de febrero de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El único motivo del recurso invoca el art. 849.2º LECrim (error en la apreciación de la prueba), pero su desarrollo guarda una muy remota relación con la naturaleza y morfología de tal motivo casacional: ni se invocan documentos obrantes en autos; ni se señala dónde radica el error; ni se insta modificación alguna en el hecho probado; ni se articula un motivo por infracción de ley del art. 849.1º del que aquél debiera ser instrumental. Ambas partes recurridas -Fiscal y acusación particular- destacan estas ideas.

El art. 849.2 es en definitiva usado como mera percha de la que colgar un pedimento que en realidad no tiene cabida en casación.

Se expresa que tras la celebración del juicio oral se ha interpuesto querrela por falso testimonio basada en las declaraciones prestadas por un testigo en este proceso. Se arguye que la mendacidad de esas declaraciones podría probarse a través de cierta prueba documental. Tal testimonio habría influido en la condena. Finalmente solicita que se ordene al Tribunal a *quo* valorar esos documentos y esta incidencia.

Posteriormente en el escrito de contestación a las impugnaciones (art. 882.2 LECrim), reclama la suspensión de la tramitación del recurso en tanto se ventila ese proceso penal por falso testimonio.

No existe prejudicialidad penal devolutiva en el proceso penal. La admitía solo de manera potestativa y en términos que nada tienen que ver con la situación aquí planteada el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (art. 7.2 : "... el Tribunal podrá suspender el procedimiento cuando el hecho punible a enjuiciar dependa del resultado de otro proceso penal que constituya su antecedente y cuya acumulación por conexión no sea posible").

Para una situación como la descrita por el recurrente nuestro ordenamiento vigente ofrece una vía a la que debe atenerse: el recurso de revisión previsto en el art. 954 LECrim . Una de las causales de revisión es precisamente la condena por falso testimonio del testigo cuyas declaraciones hayan tenido un influjo determinante en la condena (art. 954.1. a) tras la última reforma, aunque en este punto existe coincidencia con el anterior art. 954.3 LECrim). Pero resulta inviable -si fuese de otra manera bastaría una querrela por falso testimonio para paralizar la ejecución de toda condena- tanto anular una sentencia firme por el simple hecho de haberse interpuesto una querrela por falso testimonio (infracción no acreditada: también el supuesto testigo falso está amparado por la presunción de inocencia); como suspender el recurso en tanto se dilucida ese proceso; o reabrir la fase probatoria ya precluida en virtud de pruebas que no fueron propuestas en tiempo.

SEGUNDO.- Ha de condenarse al recurrente al pago de las costas del recurso al ser totalmente rechazadas sus peticiones (art. 901 LECrim).



III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta sala ha decidido:

Declarar **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Cipriano** contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Segovia, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida; condenando al recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ