



Roj: **STS 771/2019 - ECLI:ES:TS:2019:771**

Id Cendoj: **28079120012019100192**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2019**

Nº de Recurso: **48/2018**

Nº de Resolución: **129/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 14704/2017,**
STS 771/2019

RECURSO CASACION núm.: 48/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 129/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 12 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 48/2018, interpuesto por D. Mario representado por el procurador D. Antonio Rodríguez Nadal bajo la dirección letrada de Dª Virginia Martínez Casillas contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección Vigésimo Tercera, de fecha 23 de octubre de 2017. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y Dª Soledad representada por la Procuradora Dª Carolina Pérez-Sauquillo Pelayo bajo la dirección letrada de D. Fernando García-Capelo Villalva.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 12 de Madrid instruyó Procedimiento Abreviado 6612/2011, por delito de apropiación indebida contra Mario, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección 23 dictó en el Rollo de Sala 1704/2016 sentencia en fecha 23 de octubre de 2017 con los siguientes hechos probados:

"Primero.- Dª Soledad, junto con su esposo (hoy fallecido), suscribieron con fecha 27 de diciembre de 2007, contrato privado de compraventa de inmueble con la mercantil "Singular 2005 Proyectos y Gestiones S.L",



siendo los primeros, compradores y vendedora, la promotora cuyo representante legal y administrador único es el acusado: Mario , mayor de edad y sin antecedentes penales.

La promotora era propietaria de una parcela urbana sita en el municipio de Fresno de la Fuente (Segovia) sobre la que se construirían 142 viviendas unifamiliares, siendo el objeto de la venta, la vivienda sita en Urbanización " DIRECCION000 ", que se construiría con el nº NUM000 de la Manzana nº NUM001 , con superficie construida aproximada de 95,98 m2 y parcela de 200 m2.

Segundo.- Se convino como precio total el de 162.500 euros más IVA que ascendía a 11.375 euros, y la forma negociada del pago fue la siguiente: un primer abono de 3.000 euros que el 26 de abril de 2007 entregaron los compradores en concepto de reserva y 14.387,50 euros que se entregaron en el momento de la firma del contrato, total: 17.387,50 euros que no se han recuperado.

El resto se fraccionaría en seis letras por importe de 2.897,92 euros cada una de ellas, venciendo la primera el 30 de marzo de 2008, y la última el 30 de junio de 2009, pactando que la cantidad restante: 139.100 euros, (incluido el IVA al 7%), se satisfaría en el momento de escriturar la compraventa.

En cuanto al plazo de ejecución de las obras, se pactó que comenzarían durante el primer trimestre del año 2008, con terminación y entrega prevista para el segundo trimestre de 2010. Igualmente se negoció en la cláusula séptima del contrato que, si el incumplimiento no era imputable al comprador, la vendedora le devolvería el 100% de la cantidad que hasta ese momento hubiese entregado.

Y en su cláusula novena, se estipuló que las cantidades entregadas a cuenta quedarían avaladas por la entidad bancaria "La Caixa" mediante ingreso en la cuenta corriente nº 2100 5806 10 0200012678.

Tercero.- Las obras no llegaron a iniciarse, exigiéndole los compradores la devolución de su dinero al acusado y promotor de las mismas, a lo largo del plazo proyectado para su ejecución, hasta que a finales del mes de septiembre de 2009, el acusado les manifestó que nunca comenzarían por lo que se comprometió a devolverles mediante pagaré la cantidad entregada en concepto de reserva: 17.387,50 euros, pagaré expedido el 24 de septiembre de 2009 y con fecha de vencimiento: 25 marzo 2011, el cual, presentado al cobro, fue devuelto por impago.

Cuarto.- El 25 de marzo de 2008 se escrituró acuerdo de ampliación de capital de la mercantil promotora, cuyo administrador único es el acusado, por 498.620 euros, mediante la creación de 498.620 participaciones sociales y el 27 de mayo de 2008 se escrituran acuerdos relativos a una reducción de capital por 495.600 euros, con restitución de aportaciones dinerarias y no dinerarias a los socios, por lo que el capital social vuelve a ser el mismo con el que se constituyó la sociedad: 3.020 euros.

La entidad bancaria: "la Caixa", concedió a la promotora, de entre otros préstamos, dos por importe respectivamente de: 400.000 euros y 100.000 euros que se cancelaron respectivamente, los días 2 de febrero de 2009 y el 21 de diciembre de 2008.

El 27 de octubre de 2010, la mercantil promotora presentó escrito de comunicación de solicitud de estado de insolvencia, el 28 de febrero de 2011 instó concurso de acreedores y el 16 de junio de 2011, el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de los de Madrid dictó Auto de declaración de concurso voluntario.

Quinto.- No hubo ningún acto de ejecución material de obras, tan solo se colocó un cartel anunciador de la futura urbanización y una caseta de información, sin que se presentase proyecto de ejecución ni pago de licencia de obras al Ayuntamiento de Fresno de la Fuente y tampoco se aseguró con un aval la devolución de las cantidades entregadas a cuenta.

No consta en la cuenta corriente de "la Caixa" que se abrió por la promotora para ingresos de futuros adquirentes, los dos pagos abonados por D^a Soledad y su difunto esposo, y dicha cuenta fue cancelada a instancia de la sociedad el 15 de octubre de 2008.

Sexto.- No consta que las cantidades entregadas por la querellante a la mercantil vendedora, cuyo administrador único era el acusado, se destinasen a las finalidades pactadas, cantidades de las que dispuso el acusado, sin separarlas del patrimonio de su sociedad, con el propósito de conseguir beneficio patrimonial".

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

Absolvemos al acusado D. Mario del delito de estafa por el que también se ha seguido el presente procedimiento contra él, con declaración de oficio de la mitad de las costas de este juicio, incluyendo la mitad de las costas de la acusación particular.

Condenamos al acusado D. Mario , como autor penalmente responsable de un Delito de Apropiación Indebida ya definido y sin concurrir circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a la pena de: siete



meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación para el ejercicio de industria o negocio inmobiliario durante el tiempo de la condena y pago de la mitad de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

En orden a la responsabilidad civil, el acusado indemnizará a D^a Soledad en concepto de perjuicios causados, en la cantidad de diecisiete mil trescientos ochenta y siete euros con cincuenta céntimos de euro: 17.387,50 euros, cantidad que se incrementa con el devengo de los intereses legales del artículo 576 de la LEC desde la fecha de comisión hasta su total abono.

Notifíquese la sentencia las partes, observando lo prevenido en el Art. 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85 de 1º de julio haciéndoles saber que cabe interponer contra la misma Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Mario 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 de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849. 1º por infracción de preceptos penales sustantivos o análogos que deben ser observados en la aplicación de la Ley Penal . SEGUNDO.- Infracción de precepto constitucional conforme al artículo 852 LECrim . por vulneración del principio de presunción de inocencia del artículo 24.2 CE .

QUINTO.- Instruidas las partes, la procuradora Sra Pérez-Sauquillo Pelayo en representación de Soledad presentó escrito impugnando el recurso; el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 6 de febrero de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. 1. En la sentencia dictada por la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, el 23 de octubre de 2017 , fue condenado el acusado D. Mario , como autor penalmente responsable de un delito de apropiación indebida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a la pena de: siete meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación para el ejercicio de industria o negocio inmobiliario durante el tiempo de la condena, y al pago de la mitad de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

En orden a la responsabilidad civil, el acusado indemnizará a D^a Soledad en concepto de perjuicios causados, en la cantidad de 17.387,50 euros, cantidad que se incrementa con el devengo de los intereses legales del artículo 576 de la LEC desde la fecha de comisión hasta su total abono.

De otra parte, fue absuelto el mismo acusado del delito de estafa por el que también se ha seguido el presente procedimiento contra él, con declaración de oficio de la mitad de las costas de este juicio, incluyendo la mitad de las costas de la acusación particular.

2. Contra la referida condena recurrió en casación la defensa del acusado, recurso al que se opuso el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

PRIMERO. 1. Razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición nos llevan a reordenar los motivos del recurso a los efectos de su examen en esta instancia. De modo que se comenzará por el motivo que corresponde al apartado probatorio de la sentencia, para examinar después el motivo de derecho penal sustantivo que suscita la parte recurrente.

Iniciando, pues, el examen del recurso por el análisis del **segundo motivo** , en él invoca la defensa, por el cauce del art. 852 de la LECrim , la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** (art. 24. CE), al condenarse al procesado sin fundamento probatorio alguno, o con base en simples conjeturas, siendo además manifiestamente arbitraria e irracional la motivación en la que se funda el fallo condenatorio.

2. En la sentencia recurrida se acogen como **hechos probados** nucleares que D^a Soledad , junto con su esposo (hoy fallecido), suscribieron con fecha 27 de diciembre de 2007 un contrato privado de compraventa de un inmueble con la mercantil "Singular 2005 Proyectos y Gestiones S.L", siendo los primeros compradores y vendedora la promotora cuyo representante legal y administrador único es el acusado: Mario .



La promotora era propietaria de una parcela urbana sita en el municipio de Fresno de la Fuente (Segovia) sobre la que se construirían 142 viviendas unifamiliares, siendo el objeto de la venta la vivienda sita en Urbanización " DIRECCION000 ", que se construiría con el n° NUM000 de la Manzana n° NUM001 , con superficie construida aproximada de 95,98 m2 y una parcela de 200 m2.

Se convino como precio total el de 162.500 euros más IVA, que ascendía a 11.375 euros, y la forma negociada del pago fue la siguiente: un primer abono de 3.000 euros, que el 26 de abril de 2007 entregaron los compradores en concepto de reserva y 14.387,50 euros que fueron abonados en el momento de la firma del contrato, total: 17.387,50 euros, que no se han recuperado.

El resto se fraccionaría en seis letras por importe de 2.897,92 euros cada una de ellas. Venció la primera el 30 de marzo de 2008, y la última el 30 de junio de 2009, pactando que la cantidad restante: 139.100 euros, (incluido el IVA al 7%), se satisfaría en el momento de escriturar la compraventa.

En cuanto al plazo de ejecución de las obras, se pactó que comenzarían durante el primer trimestre del año 2008, con terminación y entrega prevista para el segundo trimestre de 2010. Igualmente se negoció en la cláusula séptima del contrato que, si el incumplimiento no era imputable al comprador, la vendedora le devolvería el 100% de la cantidad que hasta ese momento hubiese entregado.

Y en su cláusula novena, se estipuló que las cantidades entregadas a cuenta quedarían avaladas por la entidad bancaria "La Caixa" mediante ingreso en la cuenta corriente n° 2100 5806 10 0200012678.

Las obras no llegaron a iniciarse, exigiendo los compradores al acusado la devolución de su dinero a lo largo del plazo proyectado para su ejecución, hasta que a finales del mes de septiembre de 2009, el acusado les manifestó que nunca comenzarían, por lo que se comprometió a devolverles mediante pagaré la cantidad entregada en concepto de reserva: 17.387,50 euros, pagaré expedido el 24 de septiembre de 2009 y con fecha de vencimiento el 25 marzo 2011. Presentado al cobro, fue devuelto por impago.

El 27 de octubre de 2010, la mercantil promotora presentó escrito de comunicación de solicitud de estado de insolvencia; el 28 de febrero de 2011 instó concurso de acreedores; y el 16 de junio de 2011, el Juzgado de lo Mercantil n° 6 de los de Madrid dictó auto de declaración de concurso voluntario.

No hubo ningún acto de ejecución material de obras, tan solo se colocó un cartel anunciador de la futura urbanización y una caseta de información, sin que se presentase proyecto de ejecución ni pago de licencia de obras al Ayuntamiento de Fresno de la Fuente y tampoco se aseguró con un aval la devolución de las cantidades entregadas a cuenta.

No constan en la cuenta corriente de "la Caixa" que se abrió por la promotora para ingresos de futuros adquirentes, los dos pagos abonados por D^a Soledad y su difunto esposo. Dicha cuenta fue cancelada a instancia de la sociedad el 15 de octubre de 2008.

No se ha probado, dice la sentencia, que las cantidades entregadas por la querellante a la mercantil vendedora, cuyo administrador único era el acusado, se destinasen a las finalidades pactadas, cantidades de las que dispuso el acusado, sin separarlas del patrimonio de su sociedad, con el propósito de conseguir beneficio patrimonial.

A partir de los hechos declarados probados que se acaban de describir, argumenta la Audiencia que concurren cinco datos incuestionables sobre la constatación de la conducta punible del acusado: 1°/ La obra no llegó a ejecutarse; 2°/ queda acreditada la existencia del contrato; 3°/ acreditadas las entregas del dinero por la querellante; 4°/ la inexistencia de póliza individual que asegurase la devolución de las cantidades entregadas; y 5°/ la falta de ingreso de las mismas en una cuenta especial.

Y también destaca el Tribunal como datos relevantes que la obra no llegó a iniciarse, manifestando el acusado que las cantidades de otros compradores se ingresaron en una cuenta especial y se les avaló la devolución, cosa que no se hizo con los ahora recurrentes. Y añade a ello que no consta ni la presentación del proyecto de ejecución de las citadas viviendas, ni el pago de licencia de obras para poder proceder a su ejecución. Sin que, para el Tribunal, pueda justificarse el acusado con el argumento de la situación de crisis económica, que no le influyó para pagar a intermediarios o varias minutas de abogados para tramitar una operación de ampliación y consecutiva reducción de capital.

3. La *defensa contraargumenta* en su recurso que, siendo cierto que la entidad Singular 2005 Proyectos y Gestiones S.L. recibió por parte de la querellante las cantidades referidas en el contrato y que las mismas debieron ser avaladas y por tanto reintegradas en el momento en que se tuvo conocimiento de que no se iba a llevar a cabo la construcción, ello no significa que realmente haya existido en algún momento una conducta de apropiación con ánimo de lucro por parte del del acusado.



En virtud de lo anterior, resulta llamativo para la parte recurrente que se condene a D. Mario por un delito de apropiación indebida aunque se haya acreditado que la querellante entregó las cantidades que constan en la causa al querellado y que éste se comprometió a devolverlas; pero sin que, sin embargo, se haya podido acreditar que dichas cantidades no se emplearon para las finalidades pactadas, esto es la construcción, ni que fueron destinadas a otras finalidades distintas, descartando la constatación de que existiera ánimo de lucro o que se haya obtenido algún beneficio por parte de D. Mario .

Según la defensa del acusado, en el contrato de compraventa se hacía constar que se había solicitado un préstamo con garantía hipotecaria a la Caixa y que las cantidades aportadas por los clientes quedarían avaladas, pero lamentablemente, por las circunstancias relativas a la crisis que azotó el país en 2008, no se pudo cumplir con lo estipulado. Precisamente este hecho ha sido corroborado tanto por el Administrador Concursal D. Serafin en el acto del juicio oral, al afirmar que compran terrenos, venden sobre plano y al final no consiguen la financiación a consecuencia de la crisis que azotaba el país. El empleado de banca Teofilo corroboró la afirmación de que en 2008 "la situación era complicada para las entidades de crédito" toda vez que no concedían préstamos al promotor.

Por tanto, dice la parte que a pesar de que la sentencia que ahora se recurre alega que "no se hizo ninguna previsión ni se formalizó ninguna garantía", ello no es prueba suficiente para dictar sentencia condenatoria, si tenemos en cuenta que no puede considerarse constitutivo de un delito de apropiación indebida el mero incumplimiento de las previsiones de la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación , si el dinero recibido se ha utilizado en la construcción, es decir, en la finalidad para la que se recibió. Y cita al respecto el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 23 de mayo de 2017, en el que se acordó que el hecho de que no se hubieran avalado las cantidades, no puede ser determinante para apreciar la comisión de un delito de apropiación indebida, sino que habrá que acreditar que las cantidades se destinaron a finalidades distintas.

Señala la defensa que nos encontramos ante una reclamación de 17.387,50 € y que los gastos acreditados de la promoción superan el millón de euros. En concreto, no ha podido existir enriquecimiento alguno dado que la adquisición de los terrenos para la construcción ascendió a 1.107.342 € (folios 350-407) y los honorarios correspondientes a los arquitectos que intervinieron ascendieron a unos 225.000 € (folios 438, 492); es decir, que junto con los terrenos, arquitectos y la necesaria mediación comercial para captar clientes, como sucedió con los propios querellantes, superó con creces los importes abonados hasta ese momento por los compradores.

Arguye la parte que, tal y como se acreditó en el acto del juicio a través de la documentación aportada y la obrante en la causa, tan solo el importe de la compra del suelo ascendió a 767.068, 82 €; los gastos de arquitectos supusieron 207.070 €; los gastos administrativos y jurídicos 29.620, 23 €; y los gastos de intermediación 147.850 €, lo que supuso un total de 1.151.604,81 €, sin tener en cuenta otros gastos; y por parte, las aportaciones de los clientes ascendieron a 1.153.412,85 €.

Señala también el recurrente que en la construcción de un desarrollo urbanístico se llevan a cabo una amplia serie de tareas y procesos tales como las relacionados con los terrenos, selección y negociaciones para la adquisición de los mismos (que conllevan estudios de viabilidad y jurídicos, reuniones y negociaciones con propietarios y organismos públicos, etc.); redacción de los proyectos de cambio de uso de los terrenos exigida por diversos organismos tales como cultura y patrimonio, confederaciones hidrográficas, comisiones de urbanismo, ayuntamientos, etc.; gestiones financieras tanto para la obtención de los préstamos promotor (que a veces exigen la elaboración de complejos informes financieros, ampliaciones de capital, etc.) como para las hipotecas de los compradores de la viviendas; las relativas a gestión comercial, para la atención e información a los compradores, tanto para los que ya han comprado como para los que están interesados en hacerlo. Hay que destacar esta tarea como una de las esenciales puesto que normalmente las disposiciones del préstamo a promotor están condicionadas al cumplimiento tanto de ejecución de obra como de objetivos de comercialización alcanzados.

Recalca que en el momento en que sucedieron los hechos se desconocía que iba a estallar en España una importante crisis que iba a determinar que se cerraran los créditos hipotecarios y los préstamos al promotor. Por tanto, no se puede decir que se vendió humo, sino que para iniciar la edificación era preciso haber obtenido el préstamo hipotecario, al igual que este último era necesario para avalar las cantidades depositadas por los clientes.

Debemos recordar -dice el recurrente- que en el acto del juicio oral manifestó que la licencia de obras estaba aprobada y concedida (folio 551), pero no pagada, ya que dicho pago era requisito necesario para iniciar la construcción, pero al encontrarse con problemas de financiación, decidieron posponer el abono de la misma (139.300 €) hasta confirmar que podrían iniciar la construcción. Igualmente, ocurre con el proyecto



de edificación, documento que tan solo sirve para informar de los materiales que se van a emplear en la construcción, sin que el abono de la licencia ni la falta de dicho proyecto determine un dolo y la intención de cometer un delito de apropiación indebida.

Objeta la defensa que parece dar a entender la querellante que al no haber colocado ladrillos en el terreno, no se ha llevado ninguna actuación, cuando lo cierto es que cuando se deniega la financiación la empresa Singular 2005 Proyectos y Gestiones S.L. había realizado las siguientes actuaciones: compra terreno rústico; proyectos de urbanización; proyecto urbanizable; proyecto de edificación; licencia de obras; aprobación del proyecto de edificación (...).

Con respecto a las nóminas, cabe decir que nos encontramos ante unos salarios que rondan los 3.000 € brutos, es decir, que bajo ningún concepto se trata de cantidades desorbitadas y que el acusado, como trabajador que desempeñaba una labor en Singular 2005 Proyectos y Gestiones S.L., debía cobrar un salario por su labor. Además, hay que tener en cuenta que se refieren a nóminas cobradas desde 2005 a 2008, cuando no es hasta finales de 2008 cuando tienen conocimiento de que las entidades financieras no concedían préstamos al promotor y cuando entre los años 2005 y 2007 ni siquiera los querellantes habían realizado aportación alguna y a pesar de que aún, en 2008 ningún cliente había solicitado la devolución.

Al igual ocurre con las facturas supuestamente abonadas a IURE abogados, a pesar de que las acusaciones pretendían hacer ver que se trataba de supuestos desvíos de dinero, cuando la realidad es que tal y como se acredita en el folio 231 de la causa, las mismas no fueron abonadas por Singular 2005 Proyectos y Gestiones y que constan como crédito ordinario en el concurso.

Si realmente hubiera querido apropiarse del dinero el acusado, advierte su defensa, no hubiera comprado los terrenos, pues tan solo habría recibido las cantidades sin invertirlas en ningún concepto. Así, y con respecto a las empresas destinadas a la mediación comercial (Teofilo , Lajuser, Medcom e Ilusiones Patrimoniales), estas han acreditado que el trabajo no solo se realizó, sino que era necesario y del mismo cobraban una comisión del 3% solo en el caso de que aportaran clientes. Resultaba necesaria dicha mediación toda vez que para la concesión del préstamo promotor, era necesario que estuvieran el 100 % de las viviendas vendidas. Tanto es así, que como la propia querellante reconoció, tuvo conocimiento de la promoción de viviendas a través de D. Luis Angel , que trabajaba en la empresa LAJUSER, encargada de la mediación comercial.

Además de ello, incide especialmente en que la vendedora devolvió a la querellante 6 letras por importe de 2.708 € cada una, cantidad que no tuvo problema en devolver, precisamente porque no se llegó nunca a construir y, además, firmó un documento de rescisión reconociendo las cantidades debidas. Es más, la querellante figura en el concurso, como se puede acreditar en el folio 222 de las actuaciones, con un crédito ordinario por importe de 17.448 € y el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid ha aprobado el Convenio y el concurso ha sido declarado fortuito, por lo que de ninguna manera se puede entender cumplidos los elementos objetivos del delito de apropiación indebida, principalmente porque no ha existido enriquecimiento alguno. Los acreedores del citado concurso tienen a su disposición los terrenos donde se iban a construir las viviendas, valorados en más de 6.000.000 euros.

Fueron varios compradores los que solicitaron la devolución, de tal manera que la mercantil Singular 2005 Proyectos y Gestiones S.L. carecía de capacidad económica para hacer frente a las mismas y lo adecuado era instar un concurso de acreedores, no devolver de manera arbitraria ciertas cantidades a algunos compradores y a otros no.

Por esta razón, entiende que, independientemente de que no se cumplieran todos los requisitos exigidos por la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y no se avalaran las cantidades, no puede estimarse desvirtuado el principio de presunción de inocencia y por tanto acreditada la comisión de un delito de apropiación indebida. La realidad es que en definitiva, se carecía de recursos para devolver las cantidades recibidas, se llevó a cabo inversión en la construcción y por tanto debe primar el principio de presunción de inocencia.

4. Todas estas alegaciones de la defensa del acusado apenas tienen respuesta en la sentencia recurrida, a pesar de que la parte aportó una documentación que apoyaba en gran medida sus argumentos.

El Tribunal sentenciador, tal como se plasmó en el apartado 2 de este fundamento, sustentó su convicción condenatoria en los siguientes argumentos capitales: el hecho de que la obra no llegó a iniciarse; no consta ni la presentación del proyecto de ejecución de las citadas viviendas, ni el pago de licencia de obras para poder proceder a su ejecución; y como razón más reiterada la inexistencia de una póliza individual que asegurase la devolución de las cantidades entregadas y la falta de ingreso de las mismas en una cuenta especial.

Frente a ello, llama poderosamente la atención que el Tribunal de instancia, a pesar de los contraindicios que opuso a la tesis de la acusación la defensa del acusado, no analizara una prueba de descargo que



no sólo se componía de diferentes alegaciones de peso, sino que además aparecía apoyada de numerosa documentación, que figura en los folios 343 a 633 de la causa, y que en gran medida contrarrestaban los razonamientos que fue desglosando la Audiencia para refrendar la hipótesis acusatoria.

En concreto, y tal como ya se especificó en el apartado 2, el acusado aportó en su momento a la causa documentación destinada a verificar los gastos que tuvo que hacer para preparar el inicio de la construcción. Y especificó que tan solo el importe de la compra del suelo ascendió a 767.068, 82 €; los gastos de arquitectos supusieron 207.070 €; los gastos administrativos y jurídicos 29.620, 23 y los gastos de intermediación 147.850 lo que supuso un total de 1.151.604,81 €, sin tener en cuenta otros gastos; y por parte, las aportaciones de los clientes ascendieron a 1.153.412,85 €.

Señaló también el recurrente que en la construcción de un desarrollo urbanístico se llevan a cabo una amplia serie de tareas y procesos tales como las relacionados con los terrenos, selección y negociaciones para la adquisición de los mismos (que conllevan estudios de viabilidad y jurídicos, reuniones y negociaciones con propietarios y organismos públicos, etc.); y otros que ya se han relacionado en el apartado 3 de este fundamento.

Explicó que normalmente la obtención de los préstamos a los promotores están condicionadas al cumplimiento tanto de ejecución de obra como de objetivos de comercialización alcanzados, por lo que es importante acreditar la perspectiva de ventas mediante los precontratos ya firmados.

Recalcó que en el momento en que sucedieron los hechos se desconocía que iba a estallar en España una importante crisis que iba a determinar que se limitaran de forma muy rigurosa los créditos hipotecarios y los préstamos al promotor.

Argumentó que la licencia para la obra le fue concedida, pero no la pagó porque tenía un precio muy elevado (139.000 €) y percibió, por los graves problemas de financiación que estaba generando la crisis, que iba a tener dificultades para la concesión de los préstamos financieros que necesitaba para llevar a cabo la obra. Y en cuanto al proyecto de la obra, acreditó los pagos efectuados a los arquitectos, aunque finalmente no se aportara el definitivo y sí solo el básico, debido a la frustración de la financiación de la obra.

Otro factor importante en que incidió especialmente la defensa, y que ni siquiera es mencionado en la sentencia recurrida, al seguir una línea argumental claramente descompensada en perjuicio del reo a la hora de examinar y ponderar la prueba de cargo y la de descargo, es el hecho de que la entidad vendedora devolvió a la querellante 6 letras por importe de 2.708 € cada una, sin que fueran pasadas al cobro precisamente porque no se llegó a construir la vivienda vendida, firmando además el acusado un documento de rescisión reconociendo las cantidades debidas. La acusadora particular figura además en el concurso con un crédito ordinario por importe de 17.448 €.

Al llamativo e inexplicado silencio con que se responde en la sentencia recurrida -tanto en los hechos probados como en la fundamentación- a casi todos los puntos de la prueba de descargo que se acaban de exponer, debe sumarse que el grueso de la prueba de cargo lo centra la Audiencia en el incumplimiento de la formalización del aval o de la póliza de seguro que garantizara la devolución del dinero adelantado, como si esa omisión fuera por sí sola suficiente para fundamentar una condena penal. Criterio que, como se verá a continuación, no es el que se sigue por la jurisprudencia de esta Sala.

5. Los problemas que ha venido generando la interpretación de las cláusulas contractuales mediante las que se garantizan la devolución del dinero adelantado por los compradores con motivo de la adquisición de una vivienda en construcción, se han incrementado en los últimos años, una vez que ha vuelto a reverdecer el mercado inmobiliario al apaciguarse la crisis económica. Las reformas legales posteriores a la ley 57/1968, de 27 de julio, y el cuestionamiento de la respuesta que ha de darse al incumplimiento de las cláusulas garantizadoras ha focalizado de nuevo el debate en la cuestión de la calificación jurídico-penal aplicable a esa clase de conductas.

En la **sentencia 131/2018** , de 20 de marzo , se resume la evolución jurisprudencial y los parámetros que se vienen aplicando en los últimos tiempos, destacando en ella como precedentes relevantes las SSTS 89/2016, de 12 de febrero , y 406/2017, de 5 de junio , en la que se aplicó por primera vez el Acuerdo del Pleno de esta Sala de 23 de mayo de 2017.

Se argumenta en la sentencia 131/2018 , citando a su vez las sentencias SSTS 739/2017, de 16 noviembre , y 42/2018, de 25 enero , que esta Sala en supuestos similares al que se contempla tenía consolidada una doctrina cuyo contenido principal, así como las discrepancias y objeciones, se pueden apreciar en las SSTS 89/2016, de 12 febrero , y

151/2017, de 10 marzo.



En la **sentencia 89/2016** , frente a las alegaciones de un imputado afirmando que el dinero entregado por el comprador lo ha dedicado a diferentes gastos previos para la construcción del edificio donde adquirió su vivienda la parte denunciante, contraargumenta la Sala de Casación que conforme a lo alegado por el recurrente bastaría a los promotores de viviendas con incumplir la ley e ingresar las cantidades recibidas anticipadamente en una cuenta genérica de su empresa, sin garantizarlas como están obligados, prescindiendo de la cuenta específica legalmente imperativa, para que estas cantidades se confundan con su patrimonio y no sea posible acreditar en qué las han gastado, eludiendo totalmente su responsabilidad. Uniendo a esta argumentación la exigencia de que, pese a que es el promotor el que ha dispuesto de las cantidades entregadas burlando manifiestamente sus obligaciones legales de garantía y separación, sean por el contrario los perjudicados los que estén obligados a acreditar que el promotor se ha gastado su dinero en atenciones diferentes de la construcción de las específicas viviendas a las que estaban destinados los anticipos. Prueba que resulta prácticamente imposible cuando las cantidades anticipadas se ingresan ilegalmente en una cuenta común de la empresa, con lo que se 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.

Y prosigue después argumentando la sentencia 89/2016 que la doctrina de esta Sala -como señalan, entre otras, 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 , núm. 163/2014 , 253/2014 , 286/2014 , 309/2014 , 605/2014 , 269/2015 , y 345/2015 - establece que los supuestos de distracción por el vendedor de cantidades anticipadas en la venta de viviendas deben tipificarse como apropiación indebida cuando la vivienda no se construye y la devolución del dinero anticipado no se ha garantizado como exige la ley.

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

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

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

Prosigue diciendo la referida sentencia 89/2016 que la redacción actual de la LOE, conforme a la modificación introducida por la reciente Ley 20/2015, de 14 de julio , de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, 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 (DA 1ª), 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 habrá de depositarse las cantidades anticipadas por los adquirentes. Estas cantidades sólo se podrán percibir a través de entidades de crédito, y únicamente podrá disponer de ellas el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, siempre que previamente se ingresen en dicha cuenta separada y esté garantizada su devolución en la forma prevenida por la Ley. Norma imperativa que no puede dejarse sin efecto por disposición de las partes.

Este es el contenido específico, con repercusión penal, de dicho precepto. El delito de apropiación indebida - señala la sentencia 89/2016 - 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" (SSTS 513/2007, de 19 de junio ; 938/1998, de 9 de julio ; 374/2008, de 24 de junio ; y STS 228/2012, de 28 de marzo , entre otras), es decir cuando el promotor incumpla definitivamente la doble alternativa prevista por la ley, entregar la vivienda o devolver el dinero que debería haber garantizado.

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

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

Ahora bien, el Legislador, con buen criterio, remarca la sentencia 89/2016, es consciente de que mantener los fondos inactivos resulta disfuncional desde la perspectiva económica y financiera. Por ello introduce una segunda norma, adicional a la que constituye el patrimonio separado, permitiendo al promotor disponer de dichos bienes exclusivamente para las atenciones de la construcción, siempre que se ingresen inicialmente en la cuenta especial y se garantice su devolución para el caso de que la vivienda no se llegue a construir o a entregar, mediante el correspondiente aval. De esta forma el Legislador equilibra ambos intereses. Los del consumidor garantizando que el dinero anticipado para la compra de una vivienda no está sujeto a las vicisitudes del negocio del promotor, a sus dificultades financieras, a su habilidad constructiva y comercial o a las eventuales crisis económicas, porque la voluntad contractual del adquirente de la vivienda no es la de constituirse en socio inversor de la promoción. Para ello el Legislador establece una modalidad contractual que legalmente prohíbe al promotor disponer de los fondos salvo que esté garantizada su devolución.

En caso de incumplimiento de estas obligaciones legales, el promotor incurre, por este solo hecho, en las sanciones administrativas legalmente previstas. Pero, además, si dispone de las cantidades recibidas anticipadamente sin ingresarlas en la cuenta separada y sin garantizar su devolución en la forma imperativamente prevenida por la ley, el promotor, que conoce perfectamente la Ley de Ordenación de la Edificación, que es la regulación básica de su actividad, está disponiendo dolosamente de unos fondos que sabe que no están a su disposición, con independencia del fin al que los destine, por lo que si finalmente la



utilización ilícita de los fondos se hace definitiva, porque el promotor no entrega la vivienda ni devuelve el dinero anticipado, se cumplen los requisitos típicos del delito de apropiación indebida.

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

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

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

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

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

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

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



a que se había comprometido el empresario cuando recibió el dinero anticipado, de manera que el grado de cumplimentación del contrato llegue a excluir la aplicación del tipo penal.

Ante estas divergencias se celebró por esta **Sala 2ª el Pleno no jurisdiccional el 23 mayo de 2017** en el que se aprobó el siguiente acuerdo:

" 1.- *En el caso de cantidades anticipadas a los promotores para la construcción de viviendas, el mero incumplimiento, por sí solo, de las diligencias previstas en la Disposición Adicional primera de la Ley 38/1999 de 5 noviembre, de ordenación de la Edificación, en la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, consistentes en garantizar mediante un seguro la devolución de dichas cantidades para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, y de percibir esas cantidades a través de cuenta especial en cantidades de crédito, no constituye delito de apropiación indebida.*

2.- *Cuando las cantidades entregadas no se hayan destinado a la construcción de las viviendas comprometidas con los adquirentes, podrá apreciarse un delito de estafa si concurren los elementos del tipo, entre ellos un engaño determinante del acto de disposición, o bien un delito previsto en los arts. 252 o 253 CP, si concurren los elementos de cada tipo".*

Acuerdo que fue desarrollado por la **STS 406/2017**, de 5 de junio, que tras analizar un exhaustivo estudio de la evolución de la doctrina jurisprudencial en esta materia, establece que para aplicar el tipo penal es necesario que el autor, una vez que ha recibido una cantidad de dinero con una finalidad establecida por el título de recepción, proceda dolosamente a darle otra distinta con vocación definitiva, superando lo que se ha llamado el *punto de no retorno*, y causando de esta forma un perjuicio al titular de ese patrimonio. Esta conducta tiene así un significado apropiativo equivalente al de la apropiación clásica de cosas muebles y distinto de las conductas de mero uso perjudicial, características de la administración desleal recogida en el artículo 295 del C. Penal, aunque exclusivamente para el ámbito societario.

Cuando se trata de cantidades entregadas de forma anticipada por los compradores para la construcción de las viviendas que adquieren, la jurisprudencia ha entendido reiteradamente que si se emplean en otras finalidades distintas a la construcción de esas viviendas y con ello se causa un perjuicio, los hechos constituirían un delito de apropiación indebida. Dejando a un lado problemas probatorios, lo que importa es si se declara probado que el autor ha recibido el dinero para emplearlo en la construcción, y que no lo ha destinado a esa finalidad, sin que importe cuál ha sido la utilización concreta del mismo. Pues resulta, a estos efectos, indiferente si lo ha gastado en atenciones personales, si lo ha ocultado, si lo ha regalado a un tercero, si lo ha empleado en otras promociones inmobiliarias o en otros negocios o si lo ha utilizado para sanear su empresa. La finalidad exclusiva de esas cantidades era la construcción de las viviendas de los compradores, y cualquier otro destino dado a las cantidades recibidas implica una distracción de las mismas.

Sin embargo, no puede considerarse constitutivo de un delito de apropiación indebida el mero incumplimiento de las previsiones de la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, si el dinero recibido se ha utilizado en la construcción, es decir, en la finalidad para la que se recibió. Así lo acordó esta Sala en Pleno no jurisdiccional de fecha 23 de mayo de 2017.

SEGUNDO. Las alegaciones de la defensa sobre la **presunción de inocencia** nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia pruebas de cargo válidas (desde la perspectiva constitucional y legal) y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011; y SSTS 544/2015, 822/2015, 474/2016 y 948/2016, entre otras).

Pues bien, de todo lo argumentado en el fundamento anterior se colige, en primer lugar, que la Sala de instancia ha considerado que concurría el sustrato fáctico del delito de apropiación indebida ponderando, principalmente, el hecho de que el acusado no hubiera formalizado las garantías que asegurarían la devolución del dinero anticipado en el caso de que la ejecución de la obra no se llevaba a cabo, como así fue. Estimó pues de facto que tal incumplimiento era ya de por sí suficiente para sostener la tesis condenatoria, puesto que no entró prácticamente a examinar los restantes factores que pudieran indicar que el dinero fue invertido en la obra comprometida, despreciando de forma clara todos los datos objetivos y argumentos probatorios que aportó la defensa encauzados a constatar cuál fue el destino de la cantidad anticipada, 17.387,50 euros. Factores que se han especificado en el apartado 3 del fundamento anterior, y que, tal como se razonó, albergan indicios serios de una elevada plausibilidad de que el dinero fuera invertido en los preparativos de la ejecución de la obra y en la compra del terreno.



Es cierto que consta probado que la querellante entregó la referida suma de dinero para la adquisición de la vivienda (17.387,50 €) y también que el acusado la percibió y no constituyó el aval o el contrato de seguro que garantizara su devolución. Pero no puede decirse lo mismo con respecto al requisito de la apropiación del dinero con ánimo de un lucro ilícito.

En contra de tal hipótesis fáctica inculpativa figuran la justificación de gastos que aportó la defensa, la circunstancia relevante de la crisis económica y las dificultades con que se encontró el acusado para que le fueran concedidos los préstamos financieros, así como el hecho significativo de que, una vez que el acusado se apercebó de forma clara de que no era factible proseguir con la ejecución de la obra, le devolviera a la querellante las seis letras de cambio que ésta le había entregado para pagar la segunda parte del pago que faltaba por abonar con anterioridad al importe de la suma final a pagar cuando se le entregara la vivienda.

Toda esa prueba de descargo y los argumentos de la defensa que la sustentan y refuerzan, nos introduce en el conflictivo e incierto terreno de la duda razonable o de la razonabilidad de la duda, mediante el que aquí se abre un grado de incertidumbre incompatible con el grado de certeza exigible en el derecho penal para evidenciar los hechos que sostienen una versión fáctica condenatoria.

El Tribunal de instancia opera en exceso con el argumento del incumplimiento de la falta de formalización por parte del acusado de las garantías legales para la devolución del dinero anticipado a que se hallaba obligado, según la normativa señalada en su momento, sin que por el contrario haga referencias a los elementos objetivos que favorables al reo que afloran en la prueba de descargo, que permiten introducir indicios serios favorables a la tesis de la defensa, de que el dinero entregado tuvo como destino la inversión en los bienes inmuebles vendidos a los compradores, entre ellos a la querellante. En el caso la duda razonable la solventa el Tribunal de instancia aplicando en exceso una interpretación de la disposición adicional de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, hoy derogada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, que no es la interpretación seguida actualmente por esta Sala.

En cuanto al elemento subjetivo del delito de apropiación indebida, centrado en el ánimo de lucro ilícito, no emerge en el presente caso con la claridad exigible a tenor de lo argumentado sobre los elementos objetivos indiciarios que apuntan en favor de la inversión del dinero aportado por la querellante en el proyecto de la vivienda adquirida. Ya dijimos en el fundamento anterior que para apoyar una condena el acusado tiene que saber que está trasladando al patrimonio de la víctima un riesgo patente y elevado de que la obra no se puede realizar, de forma que conociera esa probabilidad del peligro para el bien jurídico tutelable por la norma y pese a ello utilizara en la obra el dinero del comprador sin prestar las garantías que impone la ley. Y en este caso esos elevados factores de riesgo y su conocimiento *ex ante*, además del ánimo de lucro ilícito, no se han constatado, pues, como se viene a indicar en el recurso, el hecho de devolver las letras de cambio en lugar de pasarlas al cobro y las pruebas documentales referentes a los gastos efectuados por la empresa vendedora, son datos relevantes -ni siquiera contemplados, analizados y sopesados por el Tribunal en su sentencia- que ubican de pleno en el ámbito de la duda razonable las conclusiones extraíbles de la prueba.

Se estima así vulnerada la presunción de inocencia del acusado, al no haberse practicado prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, lo que aboca a dictar en la segunda sentencia un fallo absolutorio.

Ello determina la estimación del recurso, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de norma constitucional y ordinaria interpuesto por la representación de **D. Mario** contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23, de 23 de octubre de 2017, que condenó al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida, sentencia que queda así anulada.

2º) Se declaran de oficio las costas del recurso de casación.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



RECURSO CASACION núm.: 48/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 12 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 48/2018 contra la sentencia de fecha 23 de octubre de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23 en el Rollo de Sala 1704/2016 dimanante del Procedimiento Abreviado 6612/2011 del Juzgado de instrucción nº 12 de Madrid, seguida por delito de apropiación indebida contra Mario , con DNI NUM002 , nacido en Palencia el NUM003 de 1968, hijo de David y de Vicenta ; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, excepto en los extremos que se especifican en la fundamentación de la sentencia de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A tenor de lo argumentado en los fundamentos de la sentencia de casación, procede modificar la sentencia recurrida en el sentido de absolver en casación al acusado del delito de apropiación indebida que se le imputa, con declaración de oficio de las costas devengadas ante la Audiencia Provincial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Modificarla sentencia dictada la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23, de 23 de octubre de 2017 , en el sentido de **absolver al recurrente del delito de apropiación indebida** que se le atribuye, declarándose de oficio las costas devengadas ante la Audiencia.

2º) Dejar sin efecto las medidas cautelares personales y reales que, en su caso, se hubieran adoptado con respecto al acusado.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina