



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 605/2014, de 1 de octubre de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2326/2013

SUMARIO:

Apropiación indebida. Subtipo agravado. Vivienda. Bien de primera necesidad. Responsabilidad civil subsidiaria. Los supuestos de distracción por el vendedor de cantidades anticipadas en la venta de viviendas suelen tipificarse como apropiación indebida tanto si la vivienda no se construye y la devolución del dinero anticipado no se ha garantizado como exige la ley. Si emplea las cantidades recibidas, incumpliendo su obligación de garantía, las está distrayendo, aun cuando las dedique a la construcción, pues la ley le obliga a ingresarlas en una cuenta especial, y le prohíbe disponer de ellas si no están garantizadas en la forma que imperativamente establece la normativa legal. Cualquier vivienda no se encuentra comprendida en el ámbito de la circunstancia 1.^a del art. 250.1, que agrava el delito de estafa, sino solo aquella que puede considerarse bien de «primera necesidad» o «de reconocida utilidad social», esto es, la primera vivienda que tenga una persona para la satisfacción de esa fundamental necesidad. El subtipo agravado por tanto no será de aplicación, en los casos en que la víctima dispone de dinero para adquirir otra vivienda, distinta de aquella en la que habita, como inversión, recreo o para aumentar su patrimonio, o incluso en los casos de cambio de domicilio, si no se acredita la venta de la primera vivienda y la realidad del traslado, pues siendo esta condición de primera vivienda elemento del tipo agravado, la carga de la prueba de tal circunstancia comprenderá a la acusación. Los acusados carecen de legitimación para denunciar la falta de declaración de responsabilidad civil subsidiaria a la sociedad de la que eran administradores, responsabilidad civil subsidiaria que no fue solicitada por las acusaciones.

PRECEPTOS:

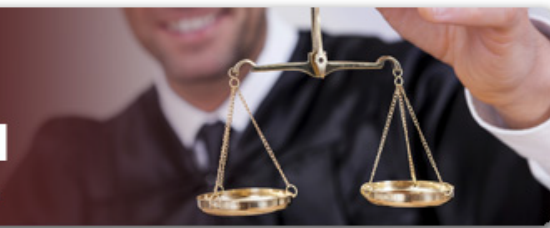
Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 250.1.º y 252.
Código Civil, arts. 3 y 1.720.
Código de Comercio de 1885, arts. 244 y 252.
Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 741.
Constitución Española, arts. 18, 24, 47 y 162.1 b).
Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), art. 46.1 b).
Ley 38/1999 (Ordenación de la Edificación), disp. adic. primera.

PONENTE:

Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Octubre de dos mil catorce.



www.civil-mercantil.com

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Guillermo y Leovigildo contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de apropiación indebida; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y como parte recurrida la Acusación Particular en representación de Romulo , representado por la Procuradora Sra. López Barreda, y dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. Bufala Balmaseda..

I. ANTECEDENTES

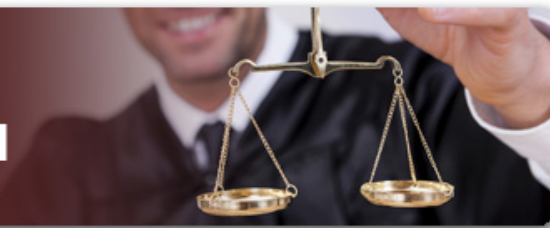
Primero.

El Juzgado de Instrucción número 6 de Córdoba, incoó Procedimiento Abreviado con el número 354 de 2013, contra Guillermo y Leovigildo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba, cuya Sección Tercera, con fecha 4 de noviembre de 2013, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS Apareciendo 'conjuntamente y en conciencia la prueba practicada, se declaran probados los siguientes hechos: A mediados del año 2007, a través de la publicidad de la agencia inmobiliaria "Oasis", Romulo tuvo conocimiento de que la empresa "Familia Castro Construcciones, S.L.", de la que el acusado Leovigildo es administrador de derecho y el acusado Guillermo administrador de hecho y verdadero gestor, estaba realizando la promoción de veintitrés viviendas con garaje y trastero en la localidad de La Victoria (Córdoba).

Puesto en contacto con los acusados, que le entregaron cuatro planos de la futura construcción, el 6 de julio de 2007 el Sr. Romulo y el acusado Leovigildo , como administrador de la indicada compañía mercantil, firmaron un contrato de compraventa de una vivienda en construcción sita en la planta NUM000 , letra NUM001 , el garaje nº NUM002 y los trasteros nº NUM003 y NUM004 del EDIFICIO000 ", de la citada localidad de La Victoria (Córdoba), por precio total de 154.616 euros, IVA incluido; el cual se encontraba en fase de construcción de la estructura. En dicho contrato figuraba expresamente que las entregas a cuenta pactadas en el mismo se garantizaban mediante aval suscrito con "Cajasur", el cual no llegaron a contratar.

En el momento de la firma del contrato, el Sr. Romulo entregó a cuenta del precio 6.000 euros (IVA incluido) y aceptó quince letras de cambio libradas por la vendedora a su propia orden, por importe de 1.661,55 euros cada una de ellas, con vencimientos de periodicidad mensual hasta septiembre de 2008. Uno o dos meses después de la firma del contrato, los acusados, como responsables de la sociedad vendedora, decidieron paralizar la ejecución de la obra, al no haber obtenido financiación para su continuación; pese a lo cual no devolvieron al Sr. Romulo la cantidad recibida en metálico y siguieron presentando al cobro las letras de cambio aceptadas, hasta que finalmente dejaron de hacerlo en febrero de 2008, ante los requerimientos del comprador. Como consecuencia de ello, el Sr. Romulo abonó otros 11.630,85 euros, como importe les letras vencidas y abonadas; cantidad que tampoco ha sido restituida al comprador, desconociéndose quien es tenedor de las demás cambiales, pese a estar libradas a la propia orden de la entidad vendedora, sin que conste su negociación. Efectos cambiarlos que, en cualquier caso, hasta la fecha no han sido reclamados al aceptante.



www.civil-mercantil.com

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que debemos condenar y condenamos a los acusados Leovigildo y Guillermo , como autores criminalmente responsables de un delito de apropiación indebida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante igual tiempo, y multa de seis meses, a razón de 6 euros día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. En concepto de responsabilidad civil, los condenamos a que indemnicen solidariamente a D. Romulo en la cantidad de 17.630,85 euros, más el interés legal de dicha cantidad incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia. Condenando igualmente a los acusados al pago de las costas, incluyendo las de la acusación particular.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Guillermo y Leovigildo 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 de los recurrentes, basan su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

Primero.

Al amparo del art. 849.1 LECrim ., al aplicar de forma errónea el tipo delictivo de apropiación indebida del art. 252 CP .

Segundo.

Vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

Tercero.

Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia, consagrados en el art. 24 CE , de conformidad con el art. 852 LECrim , y el art. 5.4 LOPJ .

Cuarto.

Al amparo del art. 849.1 LECrim . al aplicar de forma errónea y no motivada, el agravante del art. 250.1 CP .

Quinto.



Al amparo del art. 850.2 LECrim . en concepto de omisión de la citación al responsable civil subsidiario.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de todos los motivos a excepción del motivo cuarto que se apoya en su caso, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día diecisiete de septiembre de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El motivo primero por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim , al aplicar de forma errónea el tipo delictivo de la apropiación indebida del art. 252 CP , por cuanto no se ha dado al dinero recibido, en pago de la vivienda, destino diferente al pactado en el contrato, en ningún momento la sociedad mercantil Familia Castro Construcciones SL, ha destinado el dinero recibido como pago aplazado del precio pactado en compra-venta, a conceptos ajenos a su actividad promotora, tampoco se ha podido acreditar que los ahora recurrentes distrajeran importe alguno y menos en su propio beneficio. Por el contrario quedó acreditado que la entidad mercantil al momento de paralizar la obra, al negar la entidad Cajasur la financiación que tenía ya comprometida, el bien objeto de compraventa ya se encontraba edificado al 22% del total de la obra y los importes que el querellante había entregado en pago de la vivienda, en total de 17.630,85 ER, suponían un 11,86% del total del precio, por lo que resulta evidente que las cuantías obtenidas por los pagos a cuenta realizados por el Sr. Romulo fueron destinados al abono de los trabajos y materiales necesarios en la edificación de la vivienda, no concurriendo, en definitiva, los requisitos del art. 252 CP .

1º.- Como cuestión previa, dada la vía casacional elegida, art. 849.1 LECrim , debemos recordar, respecto a los motivos articulados por este motivo de infracción de Ley, la doctrina de esta Sala, por todas SSTs. 434/2014 de 3.6 , y 311/2014 de 16.4 , que establece los siguientes requisitos:

1) Respeto a los hechos probados.- la casación, por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado (STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". (



STS 18-12-92). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil , cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " (STS 3-2-92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una ampliación de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación. Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero , "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim . El recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . Ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia.

2º.- En el caso presente, tal como destacan las acusaciones publica y privada al impugnar el motivo, los recurrentes no respetan el relato fáctico declarado probado que recoge como el 6.7.2007, Romulo y el acusado Leovigildo , como administrador de la sociedad "Familia Castro Construcciones SL", firmaron un contrato de compraventa de una vivienda en construcción, un garaje y dos trasteros por precio total de 154.616 E, figurando en dicho contrato " que las entregas a cuenta pactadas en el mismo se garantizaban mediante aval suscrito con Cajasur, el cual no llegaron a contratar". En el momento de la firma el Sr. Romulo entregó a cuenta del precio 6000 E y aceptó 15 letras de cambio libradas por la vendedora por importe cada una de ellas, de 1661,55, con vencimientos semanales hasta septiembre 2008.- Añadiendo a continuación que "uno o dos meses después de la firma del contrato, los acusados, como responsables de la sociedad vendedora, decidieron paralizar la ejecución de



la obra, al no haber obtenido financiación para su ejecución, pese a lo cual no devolvieron al Sr. Romulo la cantidad recibida en metálico y siguieron presentando al cobro las letras de cambio aceptadas, hasta que finalmente dejaron de hacerlo en febrero de 2008, como consecuencia de ello, el Sr. Romulo abonó otros 11.639,85 E, importe de letras vencidas y abonadas, que no han sido restituidos.

Con tal resultancia fáctica la comisión del delito de apropiación indebida debe ser mantenida. Así en reciente STS. 163/2014 de 6.3, hemos declarado como ordinariamente los supuestos de distracción por el vendedor de cantidades anticipadas en la venta de viviendas suelen tipificarse como apropiación indebida. El precedente de la Ley 57/1968 de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (modificada por la DA 1ª de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación), que establece en su art. 1º la obligación de que las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas garanticen la devolución de las cantidades entregadas, más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución, mediante contrato de seguro, o por aval solidario prestado por Banco o Caja de Ahorros, "para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido", y que en su artículo sexto, hoy derogado, sancionaba la no devolución de las cantidades percibidas y no aseguradas como delito de apropiación indebida, sigue determinando la doctrina jurisprudencial mayoritaria.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, se promulgó, como señala su Exposición de Motivos, como consecuencia de que "La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto."

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

Ha de recordarse que la disposición adicional primera de la LOE mantiene expresamente la vigencia de las obligaciones legales establecidas imperativamente en la Ley 57/68, disponiendo que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones: a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley. c) La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución. d) Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del



artículo 6 de la citada Ley , se impondrán por las Comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.

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

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

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

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

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

En realidad, y sin necesidad de recurrir a figuras contractuales específicas, como el mandato, lo esencial de la norma establecida en el art. 1º de la Ley 57/68 , que como se ha recordado está vigente, es la necesidad de establecer un patrimonio separado y garantizado con las cantidades recibidas. Este es el contenido específico, con repercusión penal, de dicho precepto. El delito de apropiación indebida lo cometerá, conforme al art. 252 del CP quien, habiendo recibido cantidades que, conforme al art. 1º de la Ley 57/68 , tenía obligación de



garantizar y de no confundir con el patrimonio propio afectándolas a un destino específico , se apropiare de tales cantidades o las distrajera de su destino, no entregando la vivienda ni devolviendo las cantidades percibidas anticipadamente.

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

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

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

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

Siendo así el motivo no resulta viable, máxime cuando la Sala de instancia en su fundamento jurídico tercero razona como las cantidades recibidas por los acusados y su empresa, no sólo no fueron destinadas a los fines cautelares previstos en la legislación sobre construcción de viviendas, sino que tampoco se destinaron a su finalidad primordial, que era la construcción del edificio, ya que la obra quedó paralizada al poco tiempo de entregarse la primera cantidad en metálico y estaba ya totalmente parada cuando se siguieron cobrando las letras de cambio previamente aceptadas por el comprador; sin que los acusados hayan dado razón cierta del paradero de dichas sumas, ni las hayan reintegrado. A tal efecto, no puede considerarse justificado el empleo de la suma recibida conforme a los documentos obrantes en las actuaciones, pues aparte de que se refieren a la parte de obra ya ejecutada en el momento de firmarse el contrato, en ningún caso cubrirían la parte relativa a las cambiales cobradas con posterioridad a la paralización definitiva de la obra. En resumen, consta documental y testificalmente, e incluso por propio reconocimiento de los acusados, que su empresa recibió 17.630,85 euros a cuenta del precio final de la construcción y venta de una vivienda (con plaza de garaje y trasteros anexos), e igualmente consta que la obra no se ha realizado y que no se ha justificado el destino de tal cantidad, ni su aplicación a los fines legal y contractualmente previstos, ni se ha reintegrado al comprador.

El motivo, por lo expuesto se desestima.

Segundo.

El motivo segundo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al no quedar desvirtuado el principio de presunción de inocencia, y el de "in dubio pro reo", consagrado en el art. 24 CE , de conformidad con los arts. 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , ya que la única certeza contrastada en la sentencia es que el querellante no ha recuperado el



importe de lo satisfecho en el inicial contrato de compraventa y en sus pagos a cuenta posteriores. Extremo que nos conduciría a una reclamación o procedimiento civil pero no debe ser determinante a la hora de condenar penalmente a los recurrentes por un delito de apropiación indebida. Por el contrario, resulta evidente que no ha quedado suficientemente acreditado que aquellos distrajeran las cuantías percibidas por la entidad Familia Castro Construcciones SL, a fines distintos de la propia construcción de las viviendas.

El motivo deviene improsperable.

Como hemos dicho en SSTs. 95/2014 de 20.2 y 758/2013 de 24.10 la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso. Por ello, siendo la Constitución norma jurídica suprema de aplicación directa e inmediata (máxime en materia de derechos y garantías fundamentales) obliga a los distintos órganos de jurisdicción ordinaria a reinterpretar, conforme al principio de constitucionalidad de las normas jurídicas, los preceptos que afecten o pueden afectar a la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia, de modo que aquellos preceptos resulten compatibles con aquella Super Ley, por tanto, atendiendo el derecho constitucional a la presunción de inocencia presente en el art. 24.2 CE, se impone reinterpretar el "dogma" de la libre valoración con las pautas ofrecidas por el Tribunal Constitucional, singularmente en la ya histórica sentencia de 27.8.81, complementada en la de 26.7.82, lo que en definitiva, impone un modelo constitucional de valoración de la prueba e implica que para que se de un Fallo condenatorio es preciso deslindar como fases perfectamente diferenciadas dentro del proceso de análisis de las diligencias, las dos siguientes:

1.ª) Una primera de carácter objetivo que podría calificar de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

- a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas; y
- b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.

2.ª) Una segunda fase de carácter predominante subjetivo, para la que habría que reservar «strictu sensu» la denominación usual de «valoración del resultado o contenido integral de la prueba», ponderado en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal. En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio «in dubio pro reo». Así, la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone (ver STC 31 mayo 1985) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien la mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo, y por su parte, el principio «in dubio pro reo», presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal a quien compete su valoración en conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECrim). La importancia de esta distinción es fundamental en la práctica dado que al juzgador de instancia compete realizar en toda su extensión el íntegro proceso de análisis de las diligencias probatorias practicadas comprensivo, por tanto, de las dos fases indicadas. De igual manera estimamos obvio afirmar que compete al



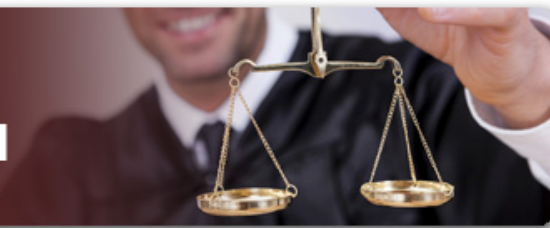
Tribunal de la apelación, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, concretar si en las resoluciones judiciales impugnadas se ha realizado escrupulosamente el análisis o examen que aquella primera fase «objetiva» impone, y en caso negativo es de su propia incumbencia el corregir los posibles errores judiciales que se hayan cometido, con las diversas consecuencias jurídicas inherentes en una y otra forma de control. Ello es aplicación ineludible del derecho constitucional a la presunción de inocencia, como asimismo el escrupuloso respeto por el Juzgador de instancia de tal principio, debe llevar a éste, cuando de tal examen resultare la inexistencia de «pruebas de cargo» obtenidas con las garantías procesales, a la libre absolución del acusado. No hacerlo así sería un «error judicial» revisable por las vías indicadas. Sin embargo, respecto de la segunda fase, dentro de lo que hemos calificado como predominantemente subjetiva, en la que el Juez de instancia valora el resultado de la prueba, ponderando en conciencia los distintos elementos probatorios presentes en las actuaciones y formando ya en base a tales datos objetivos libremente su convicción, con la importante precisión de que también en esta segunda fase sigue operando, respecto del juzgador de instancia, el derecho constitucional analizado, pero ahora ya con la clásica formulación de «in dubio pro reo».

En este sentido habrá que señalar que dicho principio es una condición o exigencia subjetiva del consentimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso (sTC. 44/89) de forma que si no es plena la convicción judicial se impone el fallo absolutorio.

Por tanto debe distinguirse el principio "in dubio pro reo" de la presunción de inocencia. Esta supone el derecho constitucional imperativo de carácter público, que ampara al acusado cuando no existe actividad probatoria en su contra y aquel es un criterio interpretativo, tanto en la norma como de la resultancia procesal a aplicar en la función valorativa, o lo que es lo mismo, si a pesar de toda la actividad probatoria, no le es dable al Tribunal subsumir los hechos acaecidos en el precepto, no queda convencido de la concurrencia de los presupuestos negativos y positivos del juicio de imputación el proceso penal debe concluirse, por razones de seguridad jurídica, con una declaración negativa de culpabilidad, al ser menos gravoso a las estructuras sociales de una país la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente (sTS. 20.3.91).

Es decir, que la significación del principio "in dubio pro reo" en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación derogada al sentenciador que debe tener en cuenta al pondera todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal (sTS. 15.5.93 y 30.10.95) por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el art. 741 LECrim ., llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de una bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones inculpatórias llevadas a la resolución. Como precisa la sTS. 27.4.98 el principio "in dubio pro reo", no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abriga dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido inculpatório, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, esto es, en las condiciones de un proceso justo.

En definitiva, a pesar de la última relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser



www.civil-mercantil.com

confundido. El principio in dubio pro reo solo entre en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia.

Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (ssTS. 1.3.93 , 5.12.2000 , 20.3.2002 , 18.1.2002 , 25.4.2003). Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas -como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole- a la que nazca en el ánimo del Juez, cuando oídas por el directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que solo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio pro reo, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de los denunciados cual acontece en el caso que nos ocupa.

Y en cuanto a la presunción de inocencia, la doctrina de esta Sala en orden a su vulneración, precisa, sTS. 16.4.2003 , que se debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si esta pruebas son de contenido incriminatorio; si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es si accedió lícitamente al juicio oral; si ha sido practicada con regularidad procesal; si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sancionador: Mas allá no se extiende nuestro control cuando de vulneración de presunción de inocencia se trata. El intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso (sTS. 28.2.2003).

Por ello, el derecho a la presunción de inocencia alcanza sólo a la total carencia de prueba y no a aquellos casos en los que en los autos se halle reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las sabidas garantías procesales (sTS. 26.9.2003).

El recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen este acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas) sino que, cuando se alega, como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal casacional únicamente debe verificar los controles anteriores, pero no puede efectuar una nueva valoración de la prueba al faltarse el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Únicamente el vacío probatorio o la falta de racionalidad en dicho proceso valorativo, puede tener trascendencia casacional.

En el caso presente la sentencia de instancia, fundamento jurídico tercero, consideró acreditados los hechos que plasmó en el factum a partir de la documental obrante en las actuaciones, las propias declaraciones de los acusados y la testifical del comprador de la vivienda, plaza de garaje y trasteros, llegando a la convicción de que las cantidades recibidas por los acusados no fueron destinadas a la construcción del edificio, ya que la obra quedó paralizada al poco tiempo de la primera entrega a la firma del contrato -6.000 E-, y con posterioridad siguieron cobrando letras aceptadas por el comprador, 11.639,85 E-, precisando incluso que los documentos justificativos de gastos se referían a parte de la obra ya ejecutada en el momento de firmarse el contrato.

Motivación suficiente que no puede calificarse de arbitraria, ilógica o irracional y que conlleva la desestimación del motivo.



Tercero.

El motivo tercero por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia consagrados en el art. 24 CE , de conformidad con los arts. 852 LECrim , y 5.4 LOPJ , ya que la sentencia de instancia obvia cualquier argumentación que justifique de forma razonada que Guillermo era en realidad el "administrador de hecho y verdadero gestor" de la empresa "Familia Castro Construcciones SL", siendo, en todo caso, la persona que contrato con el querellante Leovigildo , administrador único de la citada entidad.

El motivo no debe prosperar.

Previamente habrá que recordar que tiene la cualidad de administrador de hecho, quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizados por otra persona que figura como su administrador (STS. 59/2007 de 26.1), que insiste en que en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección.

Efectuada esta precisión previa, el desarrollo argumental del motivo -que termina solicitando la nulidad de la sentencia en cuanto al pronunciamiento condenatorio del acusado Guillermo por falta de motivación en tal extremo-, implica partir de que ciertamente la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales forma parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE .

Las SSTS. 425/2014 de 28.5 y 24/2010 de 1.2 , recoge la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en SS. 160/2009 de 29.6 , 94/2007 de 7.5 , 314/2005 de 12.12 subrayando que el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción; pero el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener en la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC. 14/91 , 175/92 , 105/97 , 224/97), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella (STC. 165/79 de 27.9) y en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC. 147/99 de 4.8 y 173/2003 de 19.9), bien entendido que la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales , sino que es necesario examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC. 2/97 de 13.1 , 139/2000 de 29.5 , 169/2009 de 29.6).

Del mismo modo el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de alcanzar una respuesta razonada y fundada en Derecho dentro de un plazo prudente, el cual



se satisface si la resolución contiene la fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico, permitiendo saber cuáles son los argumentos que sirven de apoyatura a la decisión adoptada y quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad, pero no comprende el derecho a obtener una resolución favorable a sus pretensiones.

En definitiva, como precisa la STS. 628/2010 de 1.7 , podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho , lo cual ocurrirá en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión . Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2 , 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93 , 158/95 , 46/96 , 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9 , 1009/96 de 30.12 , 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4 , han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1 , 199/96 de 4.6 , 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan



www.civil-mercantil.com

manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento "

En el caso presente la sentencia de instancia, fundamentos jurídicos 1º y 3º, considera acreditado que los dos acusados, en colaboración o cooperación necesaria, pues uno, el padre Guillermo - llevaba realmente el negocio como administrador de hecho y gestor efectivo de la empresa familiar, y otro, en su calidad de administrador único de dicha sociedad era imprescindible para la realización y plasmación jurídica del contrato, y ello en base a la documental, testifical del comprador y las propias declaraciones de los acusados, siendo particularmente relevante la del propio Sr. Guillermo quien en el juicio dijo "que lo paró todo", referido a la paralización de la obra, lo que revela que era él quien llevaba de hecho el negocio de promoción y construcción de las viviendas.

Consecuentemente la Sala si ha expuesto los criterios que han fundamentado la decisión judicial en orden a la participación del acusado Guillermo .

Cuarto.

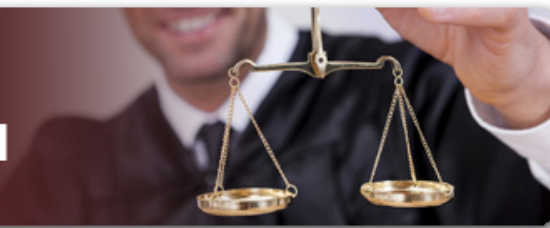
El motivo cuarto por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim , al aplicar de forma errónea y no motivada, la agravante del art. 250.1 CP . al no existir prueba alguna que acredite que la vivienda adquirida estuviera destinada a vivienda habitual del comprador o de su familia.

El motivo, que es apoyado por el Ministerio Fiscal deberá ser estimado.

En efecto en relación al subtipo agravado del art. 250.1.1. esta Sala, por ejemplo SSTs. 372/2006 de 31.3 y 581/2009 de 2.6 , dado que se trata de una circunstancia de agravación específica (o tipo cualificado), viene realizando una interpretación restrictiva en cuanto a su posible aplicación, refiriéndola no a toda vivienda, sino a las que constituyen el domicilio, la primera o única residencia del comprador e integran, por tanto, bienes de primera necesidad o de reconocida utilidad social, que son los otros objetos sobre los que ha de recaer el delito de estafa para que pueda aplicarse este art. 250.1.1º, pero no a las llamadas de "segundo uso" o a las adquiridas como "segunda vivienda" como "inversión" o con finalidad recreativa (SSTs. 1174/97 de 7.1 , 658/98 de 19.6 , 620/2009 de 4.6 , 297/2005 de 7.3 , 302/2006 de 10.3 y 568/2008 de 22.9).

En efecto, es claro que cualquier clase de vivienda no es apta para merecer la especial consideración penal que le proporciona este art. 250. 1.1, que persigue la protección de los consumidores en aquellos contratos que tienen por objeto las cosas de primera necesidad u otros bienes de reconocida utilidad social, entre los que incluye las viviendas, sin duda porque el uso de éstas satisface una necesidad tal elemental como es que se puede disponer de un espacio apto para que en él sea posible el desarrollo de nuestra propia intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

El art. 47 de esta misma ley Fundamental recoge como uno de los principios rectores de la política social y económica el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Y aunque cualquier espacio cerrado utilizado para el desarrollo de la intimidad merece la especial protección que la Constitución y las Leyes reconocen al domicilio (art. 18.2 CE .), sin embargo cualquier vivienda no se encuentra comprendida en el ámbito de la aquí estudiada circunstancia 1ª del art. 250.1, sino solo aquella que puede considerarse bien de " primera necesidad" o " de reconocida utilidad social" , esto es, la primera vivienda que tenga una persona para la satisfacción de esa fundamental necesidad de disponer de un albergue que le permita atender sus propias exigencias personales, y en su caso, familiares, excluyendo las que no sirven para este derecho prioritario. El subtipo agravado no será de aplicación, por tanto, en los casos en que la víctima dispone de dinero para adquirir otra vivienda, distinta de aquella en la que habita, como inversión, recreo o para aumentar su patrimonio, o incluso en



los casos de cambio de domicilio, si no se acredita la venta de la primera vivienda y la realidad del traslado, pues siendo esta condición de primera vivienda elemento del tipo agravado, la carga de la prueba de tal circunstancia comprenderá a la acusación por aplicación de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

Insiste en esta doctrina la STS. 551/2012 de 27.6 , al declarar como hemos dicho de forma reiterada que la aplicación de la circunstancia agravatoria prevista en el art. 250.1 del CP , no puede realizarse, desde luego, con arreglo a una concepción puramente objetiva, ajena a los esquemas de culpabilidad que inspiran el derecho penal. Dicho con otras palabras, no basta con que el objeto del delito sea una vivienda, pues este precepto no es de automática aplicación siempre y por el solo dato de que aparezca en la dinámica de los hechos una vivienda, sino que debe limitarse a los casos en los que el perjudicado ve frustradas sus expectativas de adquirir una vivienda como bien de primera necesidad (SSTS 188/2002, 8 de febrero , 1094/2006, 20 de octubre). En el supuesto de hecho que es objeto de enjuiciamiento, nada se dice que esa vivienda fuera a constituir el domicilio habitual del recurrente. Se incumple así uno de los presupuestos que ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta misma Sala para la aplicación del subtipo agravado, a saber, que esa vivienda constituya el domicilio habitual del perjudicado, la morada del comprador, no dispensándose la protección reforzada a las denominadas segundas viviendas o a aquellas otras adquisiciones inmobiliarias concebidas como inversión (cfr. SSTS 932/2010, 20 de octubre ; 997/2007, 21 de noviembre ; 57/2005, 26 de enero ; 62/2004, 21 de enero y 559/2000, 4 de abril).

En el caso presente en los hechos probados solo se hace constar que el querellante tuvo conocimiento de que la empresa "Familia Castro Construcciones SL", había realizado la promoción de 23 viviendas con garaje y trastero en la localidad de la Victoria (Córdoba) y puesto en contacto con los acusados, que le entregaron cuatro planos de la futura construcción, firmó con el acusado Leovigildo , como administrador de la indicada compañía mercantil, un contrato de compraventa de una vivienda en construcción sita en la planta NUM000 , letra NUM001 , el garaje nº NUM002 y los trasteros nº NUM003 y NUM004 del EDIFICIO000 " de la citada localidad de la Victoria por precio total de 154.616 E, IVA incluido, el cual se encontraba en fase de construcción de la estructura, y en el fundamento jurídico cuarto in fine se limita a señalar que "asimismo, concurre el subtipo agravado del art.... 250.1.1 del CP , por afectar la apropiación a un bien de primera necesidad, como es la vivienda".

La sentencia de instancia, por tanto, no dedica una sola línea a justificar -ni siquiera llega a proclamarlo, que la vivienda para cuya adquisición había entregado el dinero, estuviera concebida para servir de domicilio habitual del querellante- en los autos consta, por el contrario que la vivienda habitual del comprador esta en la c/ DIRECCION000 nº NUM005 de la Victoria. La quiebra con ello el necesario respaldo fáctico a un supuesto agravado que ha sido aplicado sin contar con la necesaria apoyatura probatoria.

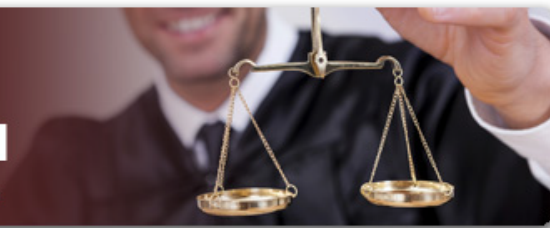
Por cuanto antecede procede la estimación parcial del recurso, con la supresión del tipo agravado previsto en el art. 250.1.1 CP .

Quinto.

El motivo quinto por quebrantamiento de forma del art. 850.2 LECrim , en concepto de omisión de la citación del responsable civil subsidiario.

El motivo debe ser desestimado por varias razones.

En primer lugar es cierto que el principio constitucional de que nadie puede ser condenado sin ser oído constituye la base o fundamento de este motivo casacional, de manera que la ausencia de citación y de comparecencia produce una omisión esencial y en consecuencia, debe ser anulado el juicio y la sentencia para que sea citado y pueda acudir a



las sesiones del juicio oral, pero este medio del art. 850.2 LECrim , hemos dicho en STS. 1126/2011 de 2.11 , no puede ser utilizado para pedir la declaración de responsabilidad de quien no fue llamado al proceso en tal concepto. Por ello no puede utilizarse este recurso para conseguir la anulación de la sentencia y a continuación instar la declaración de la responsabilidad (penal o civil, directa o subsidiaria) de quien no habría sido previamente declarado responsable. En este sentido la STS 22-5-2008 recuerda que "el motivo descrito en el art. 850-2 LECr ., cuando considera vicio in procedendo el omitir la citación del responsable civil subsidiario, no se está refiriendo a cualquier persona a la que las partes, sin más, quieran atribuir esa condición en el momento del juicio oral. La llamada al plenario del responsable civil es obligada, pero siempre respecto de quien, a lo largo de las fases de investigación e intermedia, haya sido jurisdiccionalmente declarado como tal. El responsable civil subsidiario es una parte pasiva del procedimiento, de ahí que su presencia en el juicio oral no pueda ser el fruto de una extemporánea y tardía petición en tal sentido por la acusación particular"- y menos aún por el acusado y responsable civil directo-.

En segundo lugar, en cuanto a la falta de declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de aquella mercantil "Familia Castro Construcciones SL", la doctrina de esta Sala, STS. 643/2007 de 3.7 , ha precisado "que el procesado no se haya legitimado para impugnar cuestiones relativas a la responsabilidad civil subsidiaria, cuyo alcance le ha de ser indiferente. Es parte pasiva de la causa, al atribuírsele la comisión de un delito y derivadamente unas responsabilidades civiles, no pudiendo pues ejercitar una pretensión civil tendente a la declaración de determinada responsabilidad civil subsidiaria".

En tercer lugar y relacionado con lo anterior, es doctrina reiterada de esta Sala, por todas SSTs. 987/2011 de 5.10 y 84/2010 de 18.2 , y del Tribunal Constitucional SS. 13.5.88 , 6.4.89 , y 181/92 de 3.2, que la casación se concibe únicamente para defender y ejercitar derechos propios pero no ajenos.

Tal conclusión encuentra su fundamento en que el derecho a impugnar la sentencia de instancia, es un derecho individual e intransferible, no pudiendo ser asumido por terceros, ni siquiera bajo el pretexto del beneficio indirecto que le reportaría la estimación de su responsabilidad o la falta de la misma.

En esta dirección la STS 1920/92 de 22-9 recordó que aquí se trata de defender derechos ajenos y los recursos se conciben y trazan para la defensa de los derechos propios y personalísimos (STS 20-12-90).

Más recientemente el Tribunal Constitucional en sentencia 123/2004 de 19.4 , señaló que: "...este tribunal ha reiterado que el recurso de amparo tiene por objeto la defensa de derechos fundamentales propios y no ajenos (por todas STC. 132/97 de 15.7), por lo que, merced a la necesidad de una interpretación integradora del art. 46.1 b LOTC . con el art. 162.1 b, CE el requisito de haber sido parte en el proceso judicial previo no es siempre suficiente para poder determinar con carácter general la existencia de legitimación".

En definitiva no hay posibilidad de admitir la defensa de derechos ajenos cuya titularidad corresponde a personas cuya representación no se ostenta. Por tanto, cuando se interpone un recurso tiene que ser la condición y limitación impuesta por la ley "ab initio". Otra solución impondría una invasión de facultades reservadas a otras partes, defendiendo derechos que no lo son propios, ni personales, ni representados por él a lo largo del mismo.

No otra cosa acaece en el supuesto analizado en el que los acusados carecen de legitimación para denunciar la falta de declaración de responsabilidad civil subsidiaria a la sociedad familiar de la que respectivamente eran administradores de derecho y hecho, responsabilidad civil subsidiaria que no fue solicitada por las acusaciones, únicas partes legitimadas para ello.



www.civil-mercantil.com

Sexto.

Estimándose parcialmente el recurso las costas se declaran de oficio, art. 901 LECrim .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación, interpuesto por la representación de Guillermo y Leovigildo contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de apropiación indebida , y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS parcialmente meritada sentencia dictando nueva sentencia con declaración de oficio costas recurso; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Antonio del Moral Garcia D. Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Octubre de dos mil catorce.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número Seis de Córdoba, fallada posteriormente por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) y que fue seguida por delito de apropiación indebida contra Guillermo y Leovigildo , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo , integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Tal como se ha razonado en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia precedente no concurre el tipo agravado del art. 250.1 CP .



www.civil-mercantil.com

Segundo.

En orden a la individualización penológica en el marco del art. 249 CP , se asumen los argumentos de la sentencia recurrida en orden a la inexistencia de circunstancias que hagan necesaria una exasperación punitiva, por lo que la pena será impuesta en su límite mínimo.

III. FALLO

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, debemos condenar y condenamos a Guillermo y Leovigildo , como autores de un delito básico de apropiación indebida sin concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de 6 meses prisión.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Antonio del Moral Garcia D. Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.