

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065825

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 832/2021, de 29 de octubre de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 4778/2019

SUMARIO:**Delito de estafa. Delito de apropiación indebida. Primera vivienda.**

Entrega de cantidades a cuenta de la construcción y venta de una vivienda que servirá de domicilio para el comprador, sin que se entregue ni el piso ni se devuelva el dinero, sin asegurar la devolución de las cantidades entregadas, y sin haberse empleado el dinero en su construcción. Los acusados, conocedores de su negocio, como profesionales de la construcción, ignoraron las leyes que rigen el mismo, y obraron con una total falta de diligencia, utilizando una sola cuenta para verificar la obra de varias construcciones, y otro conjunto de actividades extrañas a su actividad, no pudiéndose exigir al querellante una prueba diabólica, ya que, una vez que se abre una sola cuenta para las diversas construcciones que acomete la sociedad, es imposible saber si las cantidades que entregaba a cuenta y con una específica finalidad, se empleaban, o no, en la construcción de su vivienda, argumentación que no puede ser admitida por esta Sala Casacional, so pena de despenalizar de facto tal comportamiento delictivo para todo caso y situación.

Producido el perjuicio del querellante, por la entrega de cantidades a cuenta de la construcción, cuando ésta no concluye, por propia regulación legal, ya desde 1968, produce la obligación de devolución pero por sí solo, no constituye delito de apropiación indebida. Cuando las cantidades entregadas no se hayan destinado a la construcción de las viviendas comprometidas con los adquirentes, podrá apreciarse un delito de estafa solo si concurren los elementos del tipo, entre ellos un engaño determinante del acto de disposición, o bien un delito previsto en los artículos 252 o 253 CP si concurren los elementos de cada tipo. 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. Votos particulares

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6ª y 250.1.1º.

Ley 38/1999, (Ordenación de la Edificación) disp. adic. primera.

Constitución española, art. 24.2.

PONENTE:*Don Julián Artemio Sánchez Melgar.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 832/2021

Fecha de sentencia: 29/10/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4778/2019

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 26/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 2ª A.P. Alicante

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4778/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 832/2021

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 29 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones legales de los acusados DON Isaac, DON Jenaro y DON Joaquín, contra Sentencia 358/2019, de 3 de octubre de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, dictada en el Rollo de Sala PA núm. 2/2018 dimanante del PA núm. 87/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Novelda, seguido por delito de apropiación indebida contra mencionados recurrentes. Los Excmos. Sres.

Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal; como recurrentes los acusados Don Joaquín representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Irene Arnes Bueno y defendido por el Letrado Don Fernando del Cacho Millán, Don Isaac representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Mercedes Romero González y defendido por el Letrado Don Rafael Joaquín Mira Zaplana y Don Jenaro representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Mercedes Romero González y defendido por la Letrada Doña María Concepción Salamanca Cobeña.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Novelda (Alicante) incoó PA núm. 87/2014 por delito de apropiación indebida contra DON Isaac, DON Jenaro y DON Joaquín , y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, que con fecha 3 de octubre de 2019 dictó Sentencia núm. 358/2019, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"ÚNICO.- El día 16 de marzo de 2007, los acusados Jenaro y Joaquín como administradores mancomunados de la mercantil "CERFAMI-4 S.L" celebraron con Silvio, un contrato de compra-venta de una vivienda de nueva construcción, siendo una vivienda TIPO planta NUM002, tipo NUM003 del único núcleo de escalera con frente a AVENIDA000, de la localidad de Aspe. En dicho contrato se formalizó la finalización de la obra a finales del año 2008 y se fijó como precio 139.237,76 euros más 9.676, 64 euros.

Silvio, abonó a la firma del contrato la cantidad de 6.000 euros y el 23-4-2007 ingresó en la cuenta de CERFAMI-4, SL en BANCAJA con nº NUM000 otros 9.000 euros, a cuenta del precio de la vivienda. Posteriormente efectuó ingresos a cuenta en la misma entidad y cuenta bancaria por importe de 900 euros mensuales desde el mes de mayo de 2008 hasta abril de 2009 y un pago mensual de igual importe en septiembre de 2009, siendo el total del dinero ingresado a cuenta 37.500 euros.

Los acusados, de común acuerdo y con intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito, junto con el también acusado, Isaac, que actuaba como administrador de hecho de "CERFAMI-4 S.L", no avalaron las cantidades entregadas por Silvio a cuenta del precio de la vivienda, no le entregaron la vivienda al quedar paralizada la obra durante el año 2009, ni le devolvieron las sumas ingresadas. Los acusados no abrieron ninguna cuenta bancaria de la que fuera titular CERFAMI 4 SL, separada del resto de sus ingresos y pagos, en donde los compradores ingresaran las sumas a cuenta para que fueran destinadas únicamente a la construcción de la edificación mencionada".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"LA SALA ACUERDA: Que debemos condenar y condenamos a Isaac, a Jenaro y a Joaquín, como autores de un delito de apropiación indebida, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, a las penas, a cada uno de ellos, de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN y MULTA de SIETE MESES con cuota diaria de 6.- euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y a que indemnicen conjunta y solidariamente a Silvio en la cantidad de 37.500.- euros más los intereses legales del art. 576 de la LEC, así como al pago de las costas procesales por terceras partes, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese esta sentencia a las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de cinco días, haciendo constar en su escrito de anuncio de dicho recurso si desea Letrado y Procurador del turno de oficio para su actuación en el Tribunal Supremo.

Así por ésta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó frente a la misma recurso de casación por las representaciones legales de los acusados DON Isaac, DON Jenaro y DON Joaquín , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso formulado por la representación legal del acusado DON Isaac, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Motivo primero.- Recurso de casación por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por aplicación indebida del artículo 253.1 del código penal, por ausencia del elemento "en perjuicio de otro" "ausencia de título que produzca la obligación de entregar o devolver los bienes.

Motivo segundo.- Por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva artículo 24.1 de la CE, por infracción del principio acusatorio y la prohibición de indefensión y por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia artículo 24.2 de la CE y ello con fundamento en el artículo 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ no habiendo estado representada ni defendida la mercantil CERFAMI 4 SL. pese a ser acusada por la acusación particular de los delitos de estafa apropiación indebida y alzamiento de bienes y en cuanto a la no aplicación de la atenuante del art. 21.6 CP, como muy cualificada.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Jenaro, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primer motivo.- Por vulneración de precepto constitucional, a tenor de lo dispuesto en el artículo 852 de la LECRIM y en el artículo 5.4 de la LOPJ y artículo 24 de la CE relativo a la tutela judicial efectiva, dilaciones indebidas y la presunción de inocencia.

Segundo y tercer motivo.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ y 849. 1 de la LECRIM por aplicación indebida de los artículos 252 del Código Penal en la redacción anterior a la modificación operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo (en la actualidad artículo 253, 1 del Código Penal) en relación con el artículo 250, 1 1ª del Código Penal y normas jurídicas de igual carácter así como la jurisprudencia aplicable al respecto. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849, 2 de la LECRIM. por error en la valoración de la prueba en relación con los documentos que obran en auto.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Joaquín, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primer motivo.- Al amparo del artículo 849.2 de la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos que después se señalan, que demuestran la equivocación del Tribunal de instancia, sin haber quedado contradichos por otros elementos probatorios.

Segundo motivo.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar se ha infringido, por improcedente aplicación, el artículo 252 del Código Penal en la redacción anterior a la LO 1/2015 de 30 de marzo (actual artículo 253.1 del Código Penal)

Tercer motivo.- Por indebida aplicación del artículo 250.1 en su párrafo primero en relación con el artículo 21.6 del mismo Cuerpo legal a los efectos de apreciación de atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

Quinto.

El recurrente DON Isaac se adhiere a los recursos interpuestos, por escrito de fecha 19 de febrero de 2020

Sexto.

Es recurrido en la presente causa la acusación particular DON Silvio , que por escrito de fecha 17 de febrero de 2020 impugna la admisión del recurso.

Séptimo.

Instruido el MINISTERIO FISCAL del recurso interpuesto interesó la inadmisión del mismo, por las razones expuestas en sus informes de fechas 28 de febrero y 12 de marzo de 2020; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.

Por Providencia de esta Sala de fecha 29 de septiembre de 2021 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 26 de octubre de 2021; prolongándose los mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante condenó a Isaac, Jenaro y Joaquín, como autores, criminalmente responsables, de un delito de apropiación indebida, agravado por tratarse de primera vivienda, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han recurrido en casación los aludidos acusados en la instancia, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Recurso de Isaac.

Segundo.

Comenzando por el estudio del segundo motivo, se articula el mismo por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, infracción del principio acusatorio y la prohibición de indefensión y por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por el cauce autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando que "no habiendo estado representada ni defendida la mercantil CERFAMI 4 S.L. pese a ser acusada por la acusación particular de los delitos de estafa apropiación indebida y alzamiento de bienes y en cuanto a la no aplicación de la atenuante del art. 21.6 CP, como muy cualificada, tras más de siete años y medio de instrucción".

Desde el plano del primer punto impugnativo, la mercantil no se encuentra personada, pues en el Auto de apertura del juicio oral no se la tuvo como parte, ni ha sido acusada, de tal manera que no ha tenido participación alguna en el juicio oral ni ha sido condenada en la sentencia recurrida, la cual no declara responsabilidad penal alguna por su parte. Ciertamente, en la instrucción sumarial estuvo representada, pero ello no le confiere derecho alguno para ser imputada, ni lo ha sido, ni ha sido condenada, ni como responsable penal principal, ni como responsable civil subsidiaria, de manera que este reproche casacional no puede prosperar.

Tampoco puede prosperar la conceptualización de la atenuante de dilaciones indebidas como cualificada, como quiere el recurrente, en tanto que la Sala sentenciadora de instancia relata que en el procedimiento enjuiciado, la querrela se interpuso en marzo de 2012 y se admitió a trámite por auto de 28-5-2012, practicándose diligencias de instrucción. El 18-9-2014 se dictó auto de incoación de procedimiento abreviado, interesando el Ministerio Fiscal diligencias complementarias en diciembre de 2014 que se acordaron por providencia de 21-1-2015. A los efectos de practicar las diligencias complementarias y conforme a lo solicitado por la perito designada, por providencia de 16-10-2015 se acordó requerir a CERFAMI 4 para que aportara documentación, sin que se llevara a efecto, formulando escrito de calificación provisional el Ministerio Fiscal el 26-4-2016 y la acusación particular el 27-7-2016, dictándose auto de apertura de juicio oral el 22-12-2016, presentando las defensas sus escritos entre esa fecha y diciembre de 2017, elevándose seguidamente las actuaciones, dictándose auto el 23-3-2018 de admisión de pruebas y señalamiento de juicio para el 17-12-2018, que se suspendió señalándose nuevamente para el 27-5-2019, en que se celebró el acto de juicio.

Conforme a la jurisprudencia constante de esta Sala, a la hora de interpretar esta atenuante concurren dos elementos relevantes "el plazo razonable" y las "dilaciones indebidas". Al primero se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable". Al segundo, el artículo 24.2 de la CE que garantiza un proceso sin "dilaciones indebidas". En realidad, son conceptos que confluyen en la idea de un enjuiciamiento ágil y sin demora, pero que difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas implican retardos injustificados en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales "muertos" en la secuencia de los distintos actos procesales. El "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio y más orientado a la duración total del proceso, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices de referencia la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de misma naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010 de 15 de febrero; 269/2010 de 30 de marzo; 338/2010 de 16 de abril; 877/2011 de 21 de julio; 207/2012 de 12 de marzo; 401/2014 de 8 de mayo; 248/2016 de 30 de marzo; ó 524/2017 de 7 de julio, entre otras, entre otras).

Ciertamente, la causa de atenuación que nos ocupa, aparece regulada, a partir de la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, en el artículo 21. 6ª del CP, que exige que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan tal consideración, y además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

En efecto, han existido periodos de retraso en la tramitación de esta causa que han supuesto una dilación en el enjuiciamiento, si bien el periodo transcurrido no puede calificarse de privilegiado o muy cualificado, conforme a nuestra doctrina casacional, por lo que concurre la atenuante simple y no la muy cualificada de dilaciones indebidas del art. 21.6ª del Código Penal.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Tercero.

En el primer motivo, se articula por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 253.1 del Código Penal, por ausencia del elemento "en perjuicio de otro", o el de "ausencia de título que produzca la obligación de entregar o devolver los bienes".

En realidad, el recurrente repite de nuevo su queja anterior, expresando también algunas consideraciones sustantivas, que estudiaremos más adelante.

Por lo demás, se cumple sin duda el requisito de que el comportamiento sancionado se ha producido en perjuicio del querellante, en los términos que han sido concretados en la sentencia recurrida, y por supuesto que la entrega de cantidades a cuenta de la construcción, cuando ésta no concluye, por propia regulación legal, ya desde 1968, produce la obligación de devolución y consiguientemente el nacimiento del delito de apropiación indebida conforme a los parámetros de nuestro acuerdo plenario y de la jurisprudencia que lo interpreta, en los términos jurídicas que seguidamente estudiaremos.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Recurso de Jenaro.

Cuarto.

El primer motivo se articula por la vía autorizada en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y denuncia la infracción de la presunción de inocencia, constitucionalmente proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna.

En el desarrollo del motivo se queja de haber sido condenado sin pruebas.

Es doctrina reiterada de esta Sala Casacional:

1º) Se trata de una presunción "iuris tantum" que queda desvirtuada en cuanto existen pruebas de culpabilidad.

2º) El recurso extraordinario de casación no es asimilable a una instancia más; su función es verificar la sumisión de la sentencia del Tribunal "a quo" a la legalidad constitucional y ordinaria, quedando limitada, ante esta alegación, a constatar si existe en la causa prueba legalmente practicada con resultado inculpatario suficiente para apoyar la convicción de aquél.

3º) Existiendo tal prueba, su valoración es atribución exclusiva del Tribunal de instancia, conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respaldado por el 117-3º de la Constitución. Tal valoración no puede ser sustituida por la valoración respetable pero interesada de cualquiera de las partes interesadas en el proceso.

4º) Esa convicción exige apoyatura en la prueba practicada en el juicio oral bajo las garantías de inmediación, oralidad y contradicción, sin perjuicio del valor que puedan tener excepcionalmente las pruebas sumariales, siempre que se sometan a contradicción en el juicio oral.

Señala la sentencia recurrida que con respecto a Joaquín y Jenaro, su actuación es la de ser administradores mancomunados de CERFAMI 4 SL (con las precisiones que después haremos), que debían haber actuado garantizando las sumas entregadas por el comprador y no haber destinado las mismas a cosa distinta de la obra concreta a realizar. Y la de Isaac, por tratarse de administrador de hecho, posición jurídica que no ha sido reprochada en ningún momento por este recurrente.

El Tribunal sentenciador ha tomado en consideración las pruebas practicadas en el juicio oral, interrogatorio de los acusados, testifical y documental, en donde queda claramente acreditado, e incluso admitido, que el perjudicado adquirió un piso que iba a ser construido, pagando las correspondientes cantidades a cuenta, y sin que tales cantidades fueran garantizadas para su devolución, en caso de no poderse entregar el piso, ni se llevara a cabo una cuenta separada, sino a una cuenta común, en donde el dinero se empleaba en toda clase de conceptos, tanto los correspondientes a esta propia promoción inmobiliaria, como a otras, razón por la cual no puede decirse que no existiera prueba bastante para llegar a la convicción judicial, más allá no se extiende nuestro control cuando de la presunción de inocencia se trata, en el ámbito del recurso de casación.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Quinto.

Lo propio ocurre respecto al motivo segundo, en donde se invoca la existencia de "error facti", a los efectos dispuestos en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin

necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

El informe pericial y el reportaje fotográfico no son documentos literosuficientes, pues lo verdaderamente sustancial en esta causa es el destino de las cantidades entregadas a cuenta del piso, a otras finalidades, lo que analizaremos seguidamente, y para ello el Tribunal sentenciador se ha valido de un conjunto de actividad probatoria que no se encuentra en contradicción con tal informe pericial, basándose en prueba documental y testifical.

Las fotografías en modo alguno acreditan que la construcción que se predica de parte del edificio se realizó con las aportaciones dinerarias del querellante, y este es el dato esencial.

Los acusados, conocedores de su negocio, como profesionales de la construcción, ignoraron las leyes que rigen el mismo, y obraron con una total falta de diligencia, utilizando una sola cuenta para verificar la obra de varias construcciones, y otro conjunto de actividades extrañas a su actividad (lo que analizaremos pormenorizadamente en el fundamento jurídico siguiente), no pudiéndose exigir al querellante una prueba diabólica, ya que, una vez que se abre una sola cuenta para las diversas construcciones que acomete la sociedad, es imposible saber si las cantidades que entregaba a cuenta y con una específica finalidad, se empleaban, o no, en la construcción de su vivienda, argumentación que no puede ser admitida por esta Sala Casacional, so pena de despenalizar de facto tal comportamiento delictivo para todo caso y situación.

Sexto.

Desde la óptica del "error iuris", a los efectos dispuestos en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se cumplen todos los requisitos que exige el delito de apropiación indebida por el que ha sido condenado este recurrente.

En efecto, los hechos probados señalan al respecto que el día 16 de marzo de 2007, los acusados, como administradores de la mercantil "CERFAMI-4 S.L", celebraron con Silvio, un contrato de compra-venta de una vivienda de nueva construcción, siendo una vivienda TIPO planta segunda, tipo 8 del único núcleo de escalera con frente a AVENIDA000, de la localidad de Aspe. En dicho contrato se formalizó la finalización de la obra a finales del año 2008 y se fijó como precio 139.237,76 euros más 9.676, 64 euros.

Silvio, abonó a la firma del contrato la cantidad de 6.000 euros y el 23-4-2007 ingresó en la cuenta de CERFAMI-4, SL en BANCAJA con nº NUM000 otros 9.000 euros, a cuenta del precio de la vivienda. Posteriormente efectuó ingresos a cuenta en la misma entidad y cuenta bancaria por importe de 900 euros mensuales desde el mes de mayo de 2008 hasta abril de 2009 y un pago mensual de igual importe en septiembre de 2009, siendo el total del dinero ingresado a cuenta 37.500 euros

Los acusados no avalaron (ni aseguraron) las cantidades entregadas por Silvio a cuenta del precio de la vivienda, no le entregaron la vivienda al quedar paralizada la obra durante el año 2009, ni le devolvieron las sumas ingresadas. Los acusados no abrieron ninguna cuenta bancaria de la que fuera titular CERFAMI 4 SL, separada del resto de sus ingresos y pagos, en donde los compradores ingresaran las sumas a cuenta para que fueran destinadas únicamente a la construcción de la edificación mencionada.

Es lo cierto que en el año 2009 la obra se paralizó, tal como manifestó Isaac en su declaración ante el Juzgado de Instrucción, afirmando tanto él como Jenaro que la obra no se pudo terminar por falta de financiación, pues no llegaron a obtenerla. Con posterioridad, el 29-3-2012, la obra se vendió a terceros como consta de la copia de la escritura pública de compraventa de solar y subrogación de la finca NUM001 del Registro de la Propiedad de Santa Pola (folios 219 vuelto y ss. del Rollo de Sala). Este aspecto es relatado por la Sala sentenciadora de instancia en sus razonamientos jurídicos. No obstante esta venta, nada consta sobre el pago del precio entregado a cuenta por parte del perjudicado, a pesar de contar con tal liquidez.

Como resultado final al querellante ni se le entregó la vivienda ni se le han devuelto las cantidades que entregó a cuenta para la adquisición de aquella, como admiten todas las partes.

En la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, se explica esta confusión de conceptos; primeramente, constan los extractos bancarios y los justificantes de las transferencias realizadas los ingresos a cuenta efectuados por Silvio.

Está completamente fuera de toda duda que las cantidades no fueron avaladas, ni aseguradas, ni consta que CERFAMI 4 SL tuviese una cuenta bancaria separada donde los compradores ingresaran las cantidades a cuenta.

Sin embargo, se aprecia del examen de los extractos bancarios (folios 173 y ss. del Tomo I) que en la cuenta en donde el querellante y otros compradores hacían los pagos a cuenta, se ingresaban otras cantidades distintas a las aportadas por los adquirentes, tales como disposiciones de préstamo, transferencia de Angelica el 27-4-2009 (otra mercantil de los acusados hermanos Jenaro Isaac), etc. También constan cargos en la cuenta que no obedecen

a la propia construcción, así constan cargos y pagos a una asociación cultural (Onda 9), por telefonía móvil (France Telecom, Vodafone España), pagos de la cuota de "autónomos", por gastos notariales, por cancelaciones de fincas, por recobro de deuda de avales y por pago de "nóminas" a Jenaro. Hay otro pago efectuado al acusado Joaquín e ingresos de este último a la cuenta. Las disposiciones de préstamo no constan a qué préstamo se refiere y si se dio para la construcción del edificio, cosa que por otro lado niegan los acusados Jenaro y Isaac, que afirmaron que no obtuvieron financiación bancaria para la construcción de ese edificio.

Lo anterior evidencia -como con todo acierto razona la Audiencia- que existía una confusión en los ingresos y gastos de la cuenta bancaria proporcionada al querellante para efectuar los ingresos y que las sumas así entregadas no se destinaron específicamente a la construcción de la edificación, además de no haber asegurado mediante aval las cantidades entregadas a cuenta.

Por ello, los jueces "a quibus", redactaron en el factum que no hubo una cuenta "separada del resto de sus ingresos y pagos, en donde los compradores ingresarán las sumas a cuenta para que fueran destinadas únicamente a la construcción de la edificación mencionada".

En consecuencia, ha de estarse al Acuerdo Plenario de esta Sala Casacional, de 23 de mayo de 2017, sobre Promotores de viviendas y Cantidades anticipadas, del siguiente tenor:

1. En caso de cantidades anticipadas a los promotores para la construcción de viviendas, el mero incumplimiento, por sí solo, de las obligaciones previstas en la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de 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 entidades 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 artículos 252 o 253 CP si concurren los elementos de cada tipo.

El referido Acuerdo Plenario se refiere a que las cantidades citadas no se hayan destinado a la construcción de las viviendas comprometidas con los adquirentes, lo que puede constituir el delito de apropiación indebida por el que han sido condenados los recurrentes, lo que tiene su fundamento para 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 es consciente de que mantener los fondos inactivos resulta disfuncional desde la perspectiva económica y financiera. Por ello introduce una segunda norma, adicional a la que constituye el patrimonio separado, permitiendo al promotor disponer de dichos bienes exclusivamente para las atenciones de la construcción, siempre que se ingresen inicialmente en la cuenta especial y se garantice su devolución para el caso de que la vivienda no se llegue a construir o a entregar, mediante el correspondiente aval.

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

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

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

Esta tutela penal de los compradores de viviendas que entregan cantidades anticipadas a promotores que incumplen la normativa legal y finalmente les privan de la vivienda y del dinero, cumple el triple requisito del principio de intervención mínima porque tutela un bien jurídico digno de protección penal, susceptible de protección penal a través del delito de apropiación indebida y, sobre todo, necesitado de protección penal. Esta necesidad procede de

que, como muestra la experiencia, la tutela civil es absolutamente ineficaz en estos casos, dado que, si los promotores han gastado el dinero y no construyen la vivienda, ordinariamente la empresa promotora desaparece o resulta insolvente, siendo inviable la recuperación del dinero, que en muchas ocasiones constituyen los ahorros destinados a la obtención de un bien de primera necesidad, como es la vivienda, y resultan imposibles de reponer para las familias afectadas.

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

Esta línea es seguida por las siguientes Sentencias de esta Sala Casacional:

147/2016, 89/2016, 309/2014, 587/2019, 255/2019, 129/2019, 131/2018, 739/2017, 151/2017, por solamente citar las más recientes, dentro de un amplio cuerpo jurisprudencial, y la última, 339/2020. Precisamente en esta Sentencia se mantiene que la utilización, al menos parcial, de los cheques para fines distintos de la promoción, constituye delito de apropiación indebida.

Ya hemos visto, que esto mismo sucede en nuestro caso, razón por la cual el motivo no puede prosperar.

La explicación y el complemento del factum en la fundamentación jurídica, ha sido aceptada por esa Sala en numerosas ocasiones.

Recurso de Joaquín.

Séptimo.

Analizaremos el motivo esgrimido por error de hecho, al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en donde se invoca como documento literosuficiente la escritura pública otorgada en Aspe, el día 5 de octubre de 2010, ante el notario don Luis Barnés Romero.

A los folios 109 y siguientes del segundo tomo de la instrucción, consta copia de la escritura pública de 5 de octubre de 2010, por medio de la cual Joaquín vende sus participaciones a Isaac, quedando la sociedad en manos de Isaac (participaciones 1-12.000 y 18.001-24.000) y Jenaro (12.001 a 18.000), y totalmente desvinculado de la misma el primero.

Acreditado este hecho, mediante este documento literosuficiente, y al no constar en los hechos probados si en esta fecha ya se había llegado al denominado punto de no retorno, genera una duda razonable sobre su participación, que debe ser resuelta a favor de reo.

En consecuencia, procede su absolución.

Octavo.

En lo referente a las costas procesales, al proceder la desestimación de los recursos de Isaac y Jenaro, es procedente su condena en costas, lo contrario que en el caso de Joaquín, cuyas costas procesales se declaran de oficio (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

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 interpuesto por la representación legal del acusado DON Joaquín contra Sentencia 358/2019, de 3 de octubre de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

2º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los acusados DON Isaac y DON Jenaro, contra Sentencia 358/2019, de 3 de octubre de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

3º.- CASAR y ANULAR, en la parte que le afecta, la referida Sentencia 358/2019, de 3 de octubre de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García
Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION NÚM.: 4778/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 29 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones legales de los acusados DON Isaac, DON Jenaro y DON Joaquín (cuyos datos identificativos constan en la causa) contra Sentencia 358/2019, de 3 de octubre de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante. Sentencia que ha sido recurrida en casación por las representaciones legales de los acusados, y que ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, al estimarse el recurso del acusado Don Joaquín, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala anotados al margen, y bajo idéntica Presidencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

Segundo.

HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, a excepción de la participación de Joaquín, que se deja sin efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de absolver a Joaquín de los delitos por los que fue acusado, con declaración de oficio de las costas procesales, manteniendo los demás extremos del fallo de instancia en sus propios términos.

FALLO

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

Que debemos absolver y absolvemos a Joaquín del delito acusado, con declaración de oficio de las costas procesales, manteniendo los demás extremos del fallo de instancia en sus propios términos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián

2

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA A LA SENTENCIA 832/2021 DE FECHA 29 DE OCTUBRE DE 2021 QUE RESUELVE EL RECURSO 4778/2019.

I.

Exteriorizo la tesis que defendí en solitario -lo que es un buen indicador de que probablemente, como otras veces, no me acompaña la razón-. Me empuja a ello mantener la coherencia con lo que ha sido mi posición en este punto aflorada en ponencias y también en algunos votos particulares. No lo haría si pensase que en la jurisprudencia se ha consolidado la tesis opuesta. Pero -y puedo igualmente andar errado y no haber sabido leer el mensaje del acuerdo al que me referiré- entiendo que a partir del acuerdo no jurisdiccional de fecha 23 de mayo de 2017 -yo apoyé incondicionadamente la exégesis que se asumía como criterio de la Sala- la jurisprudencia se ha decantado, dentro de las dos líneas interpretativas contradictorias que convivían en su seno, por la que siempre ha gozado de mi adhesión. Creo que in casu esa tesis debiera haber conducido a la estimación del motivo.

II.

Los hechos, en lo que ahora interesa, pueden sintetizarse así: una promotora recaba cantidades de un futuro adquirente a cuenta para la adquisición de una vivienda en construcción sin atenderse a los requisitos de la legislación especial (garantías, cuenta específica...). La construcción se inicia. Fracasa, al parecer por falta de financiación. El adquirente no recibe ni la vivienda ni el dinero anticipado.

Eso es lo proclamado por el hecho probado. La sentencia mayoritaria -creo entender- conviene que con ese relato, tal y como aparece redactado no es posible la subsunción en el delito de apropiación indebida. Estoy de acuerdo. Necesita algo más.

Ese plus imprescindible lo encontrará la mayoría en los fundamentos de derecho. No me entretengo ahora en la admisibilidad de esa metodología -validación de las afirmaciones fácticas contenidas en los fundamentos de derecho- tradicional en la jurisprudencia y usada tantas veces; aunque desde finales del siglo pasado la Sala tiende a anatematizarla a veces sin la más mínima contemplación.

Se me antoja que la posición mayoritaria actual está necesitada de algunas matizaciones que de hecho aparecen en la práctica en ocasiones. Así sucede aquí. Ahora lo paso por alto. No es esa la razón nuclear ni principal de mi disidencia.

Veamos qué es eso que aparece en la fundamentación jurídica y se usa para integrar el hecho probado hasta considerar que quedan perfilados todos los componentes de un delito de apropiación indebida.

La Audiencia, en el fundamento al que acude la sentencia mayoritaria como muleta imprescindible para sustentar la condena, se basa en la cuenta donde se ingresaron esas cantidades anticipadas. En ella aparecen, junto a esos y otros muchos ingresos, algunas salidas que nada tienen que ver con la construcción; y otras que no necesariamente se refieren a ella (al menos no está probado). Eso, combinado con las incumplidas obligaciones extrapenales, le lleva a deducir que las cantidades entregadas por el adquirente no se destinaron a la construcción.

Al mismo tiempo la Audiencia no oculta -y lo dice expresamente- que en esa cuenta se constatan ingresos realizados por alguno de los querellados; así como otros no vinculados a las cantidades entregadas a cuenta para esa construcción. Es una cuenta que se nutre no solo de los fondos recabados para esa promoción.

III.

Esos son los parámetros en los que se mueve la sentencia de instancia y la de casación que la refrenda.

Entiendo frente a ello:

a) Que de forma indirecta -convirtiendo en una presunción el incumplimiento de las obligaciones específicas- se está rescatando clandestinamente la tesis de derecho penal sustantivo -ese incumplimiento unido a la no devolución es por sí constitutivo de delito- abandonada oficialmente por esta Sala en el acuerdo citado. Desde un punto de vista puramente teórico no sería delito. Pero si no se atendieron escrupulosamente las obligaciones de la ley hay que presumir que el dinero recibido no se dedicó a los fines establecidos.

b) Si lo que se mantiene es que hay prueba, aunque indiciaria, suficiente para entender que esa cantidad recibida (en absoluto desmesurada y, además, de uno solo de los adquirentes) no se destinó a la construcción -lo que no viene afirmado en el hecho probado, omisión tras la que se intuye más que un simple defecto de ubicación sistemática, un estado de incertidumbre o sombras y vacilaciones sobre la realidad de ese aserto-, entiendo que

queda francamente mal parada la presunción de inocencia. La red de indicios dista mucho de ser concluyente. Es extremadamente débil e inconsistente.

c) Si se viene a sostener que desde el momento en que se confunden los patrimonios cualquier gasto ajeno a la construcción entra en el territorio del art. 253 CP, no se estaría guardando fidelidad a ese acuerdo de pleno.

IV.

En un plano probatorio es claro que el incumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley es compatible -la experiencia lo demuestra- con que las cantidades recibidas como anticipo sean efectivamente invertidas en la construcción. Por tanto, la ecuación incumplimiento de las obligaciones más no construcción ni devolución es igual a desvío de las cantidades a fines ajenos carece de la más mínima lógica. Si se entendiese así estaríamos reintroduciendo la tesis proscrita en ese acuerdo de 2017.

En sentido contrario, nada impide valorar como un indicio ese incumplimiento. Puede, en combinación con otros elementos, alimentar la prueba de un dolo antecedente -propósito de no cumplir- que nos llevaría a la estafa. Desde la óptica de la apropiación indebida tampoco es totalmente neutro ese dato. Pero desde luego no conduce inexorablemente a la tipicidad del art. 253 (anterior 252) que consiste en desviar los fondos recibidos de otro del destino que se les asignó. Es necesario probar el desvío; su destino a materias ajenas a la construcción.

La prueba aducida en la sentencia hace pensar en una especie de presunción contra reo casi indestructible cuando no se cumplen las obligaciones extrapenales.

Veamos:

a) En la cuenta en la que mediante sucesivos ingresos se depositaron hasta 37.500 euros como cantidades anticipadas a cuenta del precio final, aparecen muchas salidas. Algunas -no están cuantificadas pero son muy pocas- son ajenas a la promoción de esas viviendas.

b) Esa cuenta era abastecida también con otros fondos ajenos a esa promoción. Algunos ingresos fueron efectuados por los querellados.

c) Se invirtió dinero en la construcción; y no cantidades insignificantes como demuestra la obra construida (basta ver las fotografías que son invocadas por la vía del art. 849.2º) o el alto precio en que fue tasada cuando ya la promotora no podía seguir su actividad y se procedió a su venta.

d) Presumir que los 37.500 euros abonados por el adquirente son justamente los destinados a esas pocas salidas ajenas a la actividad promotora, que se destacan, y no otros fondos provenientes de fuentes distintas de ingresos reconocidas; o concluir que la obra construida, que necesariamente exigió una muy alta inversión -muy superior a lo que se declara defraudado- no cubría esos 37.500 euros es una presunción contra reo que no solo no es concluyente sino que parece más bien fruto de un bienintencionado y forzado voluntarismo alentado por razones victimológicas. Es casi imposible que el fracaso de la promotora llegase por el supuesto desvío de esos 37.500 euros. Hay muchas pruebas que acreditan -y el tribunal no lo niega- que en la construcción se invirtió mucho, muchísimo más de esos 37.500 euros.

Basta asomarse a los extractos bancarios de la cuenta corriente (folios 173 a 197) para constatar que el monto total de movimientos dinerarios multiplica en mucho esa cantidad; que hay ingresos hechos por los promotores; y que hay infinidad de salidas de cantidades, globalmente muy altas, destinadas específicamente a la construcción. Son más de mil movimientos bancarios. Muchos de ellos inequívocamente invertidos en material de construcción, hormigones, contenedores... Si de esos cientos y cientos de salidas elegimos una docena de cuantía más bien reducida para mostrar que la cuenta se destinaba también a otros fines, solo demostramos eso; pero no que esos específicos 37.500 euros se desviaron de la actividad de construcción.

Queda la sensación de que, incumplida la obligación de crear una cuenta separada, estaremos ante una apropiación indebida siempre que haya fracasado la construcción y en esa cuenta dedicada a otros menesteres, personales o sociales, se hayan cargado algunos abonos cualquiera que sea su cuantía ajenos a la promoción. Eso ha de ser normal y lo ordinario desde el momento en que la cuenta se nutre de remanentes no vinculados a la construcción.

Debiera haber sido estimado en mi opinión el motivo por infracción de ley del art. 849.1º LECrim pues los hechos recogidos como probados no satisfacen las exigencias del art. 252; o, los motivos por presunción de inocencia (quizás debiera haberse reconvertido también a ese formato agrupándolo el articulado a través del art. 849.2º LECrim) en tanto no existe prueba concluyente de que el dinero recibido no hubiese sido destinado a la construcción. No lo es que se detecten unas pocas salidas de escaso monto desde la cuenta con finalidades diferentes, cuando se cuentan por docenas y docenas las claramente destinadas a la construcción con importes muy superiores.

V.

Queda así plasmada sintéticamente mi opinión. Encuentro no obstante conveniente de manera adicional recordar y precisar algunos de los antecedentes y concepciones que me empujan a ese entendimiento. Los he dado por supuestos en los razonamientos anteriores. En particular me interesa destacar que de los precedentes cuidadosamente invocados en la sentencia mayoritaria que he repasado (era mi obligación hacerlo por si se había producido alguna evolución o modulación del Acuerdo que me hubiese pasado inadvertida y que determinase una

posición distinta de la Sala) no se deduce nada contrario a la tesis expuesta. Antes bien, entiendo que abonan, también en el marco de la valoración probatoria, lo que en mi opinión hubiese sido la decisión ajustada.

La STS 406/2017, de 5 de junio fue la primera que se hizo eco del acuerdo tantas veces citado. Desarrollaba prolijamente las dos tesis enfrentadas con cita de antecedentes, y acababa negando relevancia penal a los hechos que examinaba en tanto, pese al incumplimiento de esas obligaciones, constaba la realización de obra en dimensiones tales que hacía plausible que las cantidades recibidas se hubiesen invertido allí en su totalidad. En el asunto que ahora se ventila un superficial examen de las fotografías de la construcción disipa cualquier duda.

La STS 335/2019, de 28 de junio se entretiene en describir las dos líneas que existían en la jurisprudencia de la Sala antes del mentado Acuerdo y cómo la discrepancia fue resuelta mediante el acuerdo del tan citado Pleno:

"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 ó 253 CP, si concurren los elementos de cada tipo".

Es de destacar que el punto 2 del acuerdo parte de que las cantidades no se hayan destinado a la construcción. Es un hecho que debe quedar probado.

La STS 321/2019, de 19 de junio llega también a un pronunciamiento absolutorio revocando la condena pese a que en el hecho probado se afirmaba paladinamente que las cantidades anticipadas habían sido transferidas a cuentas particulares. Y dice en argumentación que podría haberse trasladado a este caso:

"La sentencia de instancia no ha hecho esfuerzo argumental alguno para esclarecer si el dinero recibido de los compradores se invirtió en la construcción de las viviendas o en otras atenciones distintas.

Aunque en el relato fáctico se afirme que las cantidades recibidas " fueron dispuestas por el acusado mediante transferencias a otras cuentas particulares o destinándolas a usos distintos de tal garantía", tal afirmación no refleja la realidad de lo acreditado y que no es congruente con la justificación argumental del delito que se atribuye al acusado. No consta que las cantidades fueran empleadas en atenciones particulares o en usos distintos de la construcción y desde luego la sentencia de instancia no ha hecho esfuerzo alguno en justificar esa afirmación y apoyarla en las pruebas practicadas durante el juicio.

Si se considera que el relato fáctico contiene una verdadera declaración del destino dado al dinero habría de estimarse el segundo motivo del recurso, articulado a través del artículo 852 de la LECrim y en el que se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia dado que la conclusión probatoria de la sentencia a que nos venimos refiriendo no se apoya en prueba de cargo lícita, suficiente y razonablemente valorada. La sentencia no hace mención de prueba alguna que justifique esa conclusión".

La STS 339/2020, de 22 de junio, confirma la condena por apropiación indebida, pero con una base fáctica esencialmente distinta: entre otras conductas, el importe de unos cheques recibidos como pago se habían destinado a otras finalidades.

La STS 587/2019, de 27 de noviembre es aquí de cita especialmente pertinente por el paralelismo que guarda con el supuesto que se analiza. La sentencia de instancia se limitaba a afirmar en el hecho probado que los acusados no han justificado el empleo dado a las cantidades anticipadas. Por tanto, -se argumentará- no se describe el tipo de apropiación, que no exige acreditar dónde fueron específicamente destinadas esas cantidades, pero sí que no se emplearon en la construcción de las viviendas. A partir de ahí se razona que no podía concluirse de forma inequívoca que las cantidades entregadas no se emplearon en la construcción: "en sede de infracción de ley, afirmado meramente la falta de justificación del destino dado al dinero recibido por anticipado, como expresa la citada sentencia 346/2019, de 4 de julio, en consonancia con la doctrina de esta Sala Segunda, si no se prueba, y esta prueba corre a cargo de las acusaciones, que el promotor se ha apropiado o ha desviado para sí o para sus empresas los fondos que nutren las aportaciones de los compradores de viviendas, no se darán los elementos fácticos necesarios para condenar al acusado, lo que se verificará igualmente en caso de duda.

Hasta ahí puede llegar la jurisdicción penal en la tutela de los legítimos intereses de los adquirentes de viviendas en relación con las cantidades entregadas anticipadamente. Más allá, es el ámbito administrativo y civil, quienes atienden a su necesaria tutela".

Y es que "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.

Correlativamente, 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.

La STS 346/2019, de 4 de julio, a modo de resumen de la doctrina de la Sala, reitera: "Cuando el promotor incumple tales obligaciones de abrir la cuenta especial y dedicarla a la obra comprometida, y la dedica o la confunde con otros patrimonios de otras promociones, y ante la petición de devolución de lo recibido a cuenta, o acredita el destino de ese dinero a la ejecución de la obra comprometida -aunque no acabada-, puede concurrir el delito por el que se ha condenado por la Audiencia. 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".

"Por el contrario, si en el proceso penal no se prueba, y esta prueba corre a cargo de las acusaciones, como todos los elementos constitutivos del delito imputado a un acusado, que el promotor se ha apropiado o ha desviado para sí o para sus empresas los fondos que nutren las aportaciones de los compradores de viviendas, no se darán los elementos fácticos necesarios para condenar al acusado, lo que se verificará igualmente en caso de duda".

La STS 175/2019, de 2 de abril recoge iguales ideas. El criterio subyace también en la sentencia núm. 585/2018, de 23 de noviembre, donde se absuelve al promotor que no cumple dichas obligaciones, ni devuelve las cantidades, en tanto la construcción se había llevado a cabo, aunque quedaba una hipoteca sobre ella.

No es contradictoria con lo expuesto la STS 255/2019, de 22 de mayo, que aunque no cita directamente el acuerdo de 2017 (tan solo en boca de los recurrentes), no se aparta de sus lineamientos. El hecho probado negaba con sustento probatorio suficiente que las cantidades anticipadas por los compradores se hubiesen destinado específicamente a la construcción.

La STS 800/2017, de 11 de diciembre, profundiza en el tratamiento probatorio explicando que la falta de entrega de la vivienda o devolución de las cantidades y la omisión de las obligaciones puede ser un indicio poderoso del desvío de las mismas a fines distintos, pero no permite establecer una presunción generalizada o invertir la carga de la prueba de forma que la falta de demostración por parte del promotor de esa inversión llevaría a la sentencia condenatoria. Ni la presunción de inocencia ni el principio in dubio pueden ser ni desplazados ni relajados en este ámbito por criterios victimológicos.

Baste como último eslabón de esta cadena de pronunciamientos el recordatorio de la STS 42/2018, de 25 de enero. También presenta analogías con el presente caso. El hecho probado declaraba que las cantidades anticipadas a cuenta de las respectivas viviendas adquiridas en un proyecto, fueron incorporadas al haber social de la entidad, confundidas con su patrimonio y destinadas indistintamente tanto a fines de construcción como a otros gastos y necesidades inherentes al objeto social. Considera asimismo acreditado que "ninguna de las viviendas contratadas llegó a ser enteramente construida". Pese a ello se casa la sentencia en tanto la construcción había avanzado y la Sala no había valorado la prueba documental, testifical y pericial de la defensa sobre el estado final de la obra y las causas de la paralización. No podía deducirse de forma clara que no se hubiesen invertido en la obra todas las cantidades recibidas, tal y como sucede en este caso respecto de una cuantía -no lo olvidemos- muy baja en comparación con el coste total que ha de presumirse de lo construido.

VI.

Me siento autorizado a prescindir del examen de precedentes, también invocados, anteriores al referido acuerdo de mayo de 2017. Muchos de ellos se construían -valga la expresión- sobre unos presupuestos dogmáticos diferentes abandonados a partir de ese acuerdo, que permitían reconducir el debate desde el terreno probatorio (presunción de inocencia: dudas sobre el destino dado las cantidades) al sustantivo (tipicidad: había delito con independencia de cuál fuese ese destino).

Algunos de esos precedentes iban acompañados de un voto particular también suscrito por mí.

Si, como entiendo, solo surge antijuricidad de naturaleza penal (otra cosa es la ilicitud en ámbitos extrapenales y las específicas sanciones gubernativas) cuando el promotor destina las cantidades recibidas a otros fines -personales o empresariales- entonces el desvío debe estar acreditado (la prueba indiciaria será habitualmente el método relativamente sencillo para alcanzar esa convicción). Aquí apuntar unas pocas salidas de ese denso extracto bancario (folios 173 a 197 con miles de movimientos, más de cien en cada página) como base indiciaria acreditativa de que los 37.500 euros han ido a esos pagos y no a los abundantísimos derivados de la construcción que se observan, no se compadece bien con las exigencias de la prueba indiciaria.

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

El derecho penal vendrá llamado a desempeñar un papel cuando exista desviación de los fondos (apropiación o distracción); no cuando las cantidades recibidas han sido íntegramente invertidas en la promoción para la que se reclamaron. Otro entendimiento extiende de forma desmesurada los tentáculos del derecho penal y equipara anómalamente conductas muy diferentes. Se condena legítimamente por apropiación indebida cuando no solo no se satisfacen esas garantías sino además se emplean los fondos recibidos total o parcialmente en otros destinos (otras promociones, gastos propios, abono de previas deudas empresariales...). La prueba dista mucho de ser concluyente en este caso respecto de un elemento esencial del delito: el desvío de los fondos.

El incumplimiento de las obligaciones más no devolución es igual a apropiación indebida, parece entender el Tribunal a quo -asumiendo esa simplificadora asimilación-. Elude o esconde la refutación de la hipótesis blandida por los acusados: que todo ese dinero fue invertido en gastos de la promoción. La documentación bancaria y la fotografía de la construcción apuntan de forma poderosa en esa dirección. No es una hipótesis inverosímil; antes bien al contrario. Lo poco razonable es espigar entre los cientos de movimientos del extracto bancario para entresacar no mucho más de una docena de salidas no relacionadas con la construcción y colegir de ahí, despreciando los demás centenares de salidas (muchas claramente destinadas a tareas de construcción) que los 37.500 euros reclamados no fueron de los invertidos en la construcción.

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

Fdo.: Antonio del Moral García

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.