

Roj: **STS 4068/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4068**Id Cendoj: **28079120012017100750**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/11/2017**Nº de Recurso: **2416/2016**Nº de Resolución: **739/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2416/2016, interpuesto por **DON Bienvenido**, representado por el Procurador Sr. D. Ignacio Argos Linares, bajo la dirección letrada de D. Jose Ignacio Santos Marcos, contra sentencia de fecha 7 de octubre de 2.016, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santander, que condenó por un delito de apropiación indebida. Y como parte recurrida la Acusación Particular en representación de Francisco, representado por el Procurador Sr. D. Jose Luis Martin Jaureguibeitia, bajo la dirección letrada de Dª Maria Jose Gurruchaga Basurto. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrelavega instruyó Procedimiento Abreviado nº 680/2014 contra DON Bienvenido por un delito de apropiación indebida y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Santander, Sección Tercera, que dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

**<<hechos .-PRIMERO.-** Ha resultado probado y así se declara que DON Bienvenido, mayor de edad, con DNI número NUM000, y sin antecedentes penales, el 22 de noviembre de 2006 actuando como administrador único y en representación de la mercantil «Prado y Orlando S.L.» suscribió un contrato privado con DON Francisco para la compra de las parcelas a edificar números NUM001, NUM002 y NUM003 de la Unidad de Actuación SVP1A1 «San Jorge-Fuente Mingo-La Escalera» en la localidad de Vispieres (Santillana del Mar), por precio estipulado 1.063.800 euros, entregando anticipadamente 36.000 euros, más 2.520 euros de IVA a la firma del contrato; 176.760 euros, más 12.373,20 euros de IVA el 9 de enero de 2007, habiendo entregado a cuenta en total 212.760 euros más 14.893 euros en concepto de IVA. Llegada la fecha de entrega de las viviendas en diciembre de 2009, no lo hizo y, sin embargo, el acusado con ánimo de enriquecimiento injusto dispuso de las cantidades entregadas en su beneficio, sin destinarlas al fin para el que le fueron entregadas ya que ni entregó las viviendas adquiridas ni devolvió las cantidades percibidas.

**SEGUNDO.-** Como la mercantil no entregó las viviendas al querellante DON Francisco, éste interpuso demanda en juicio ordinario contra «Prado y Orlando S.L.», ejercitando acción de resolución de contrato que correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Torrelavega, procedimiento registrado con el número 543/2011, en el que se dictó Sentencia en rebeldía número 22, de fecha 10 de febrero 2012, resolviendo el contrato de compraventa condenando a la demandada a abonar la cantidad de 227.653 euros más el interés legal y costas, comprobando posteriormente en la ejecución de dicho procedimiento que el único bien de la sociedad era la parcela que se había adjudicado el Banco Popular Español S. A. con fecha 21 de julio de 2011, dado que dichas parcelas habían sido hipotecadas el 2 de julio de 2007 y 15 de julio de 2008, con posterioridad a la reserva y promesa de venta anteriormente detallada.

**TERCERO.-** DON Bienvenido no cumplió, primero como administrador solidario y después como administrador único, su obligación legal de garantizar la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales



del dinero ingresando las cantidades recibidas en una cuenta especial abierta en un banco para la realización de las viviendas, ni de proporcionarle contrato de seguro o aval por las cantidades entregadas, conforme Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas.

CUARTO.- Mediante certificado de fecha 24 de marzo de 2012 del Registro Mercantil de Cantabria consta que en virtud de escritura otorgada en 17 de julio de 2009, en la que se ejecutaban acuerdos sociales adoptados en Junta General extraordinaria y universal, en que se aceptó la dimisión presentada por el Administrador solidario don Jose Ramón , modificando el órgano de administración, pasando a ser de un único Administrador Único, quedando nombrado en dicha de 17 de julio de 2009 para dicho cargo DON Bienvenido . Según dicha certificación el cargo de DON Bienvenido como Administrador Único se halla vigente en dicha fecha de 24 de marzo de 2012.

QUINTO.- El 12 de mayo de 2011 se celebró acto de conciliación en el que «PRADO Y ORLANDO, S. L.» reconoce que debido a la paralización de las obras en la promoción a la que pertenecen las viviendas adquiridas por el conciliante, por causas ajenas a su voluntad y ante la falta de liquidez suficiente para poder seguir haciendo frente a las mismas, y a la imposibilidad de hacer frente a la devolución al conciliante de las cantidades entregadas a cuenta del precio total de las viviendas adquiridas por él, la entidad conciliada ofrece en este acto al conciliante la posibilidad de alcanzar un acuerdo por el que se sustituyan las viviendas adquiridas por el por otras de similares características por un precio total inferior que se encuentran situadas en otra promoción de otra de las empresas de la cual es gerente el propio conciliado...».

SEXTO.- Las parcelas sobre las que se iban a construir las viviendas fueron hipotecadas en préstamo contraído mediante escrituras de fechas 2 de julio de 2007 y 15 de julio de 2008 que terminó en adjudicación al Banco Popular por Decreto de fecha 28 de mayo de 2011.

SÉPTIMO.- El día 11 de noviembre de 2011 DON Bienvenido mediante Escritura pública vendió las 3000 participaciones sociales por el precio total de un euro a DON Baldomero .

OCTAVO.- La tramitación de la presente causa ha sufrido paralizaciones y retrasos que se consideran excesivos atendida su complejidad.>>

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

**<<Fallo.** Que debemos condenar y condenamos a DON Bienvenido , como autor directo y responsable de un delito de apropiación indebida, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de dilaciones indebidas, a las penas de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, MULTA DE SEIS MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE CINCO EUROS, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a que indemnice al perjudicado DON Francisco , en la cantidad de 227.653 euros más los intereses legales correspondientes, así como al pago de las costas procesales causadas.

Asimismo, debemos absolver y absolvemos a DON Bienvenido , del delito de estafa del artículo 248 del Código Penal .>>

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por Bienvenido que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de Bienvenido

**Motivo primero** .- Por el cauce del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción de ley, por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 252.1.6 del Código Penal , en relación con el art. 250. **Motivo segundo** .- Por la vía del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba. invocándose como referencia documental: a/ La sentencia del Procedimiento Ordinario del Juzgado de Primera Instancia e instrucción nº 1 de Torrelavega nº 543/2011, b/ El acto de conciliación de fecha 12 de mayo de 2011, c/ Resolución dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Santander en las Diligencias Previas 746/2012 y d/ Demanda ejecutiva dimanante del Procedimiento Ordinario nº 543/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Torrelavega. **Motivo tercero** .- Por el cauce del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española , en relación con el derecho a la presunción de inocencia.



**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, se opone a la admisión del motivo tercero del recurso, -anteriormente omitido en nuestro escrito de fecha 14-03-2017-; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día dos de noviembre de dos mil diecisiete.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- El motivo primero al amparo del artículo 849.1 LECrim , por infringir a la aplicación del artículo 252.1.6 en relación con el artículo 250 CP , en el momento de los hechos.**

Solicita, en primer lugar, que se aplique la redacción del Código Penal vigente a la fecha de comisión del supuesto hecho delictivo-años 2006-2007-, fecha en que las cantidades fueron recibidas y no aplicadas a la cuenta especial y/o entregado el aval que las garantizase.

Redacción que considera más beneficiosa, a la vista del contenido del subtipo agravado del artículo 250.1.6 " **cuando la estafa... reviste especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia**" y entender el recurrente que tal agravación requiere la conjunción de los supuestos recogidos en el texto legal.

Siendo así y como el querellante había recibido por la expropiación de unos terrenos 6.000.000 E y lo invertido en la adquisición de las tres viviendas ascendió a un total de 223.000 €, no le ha supuesto su pérdida una situación de desamparo alguno por lo que deberá en su caso, aplicarse la figura básica de apropiación indebida, la cual dada la pena máxima de prisión prevista en el artículo 249 CP - al que se remite el artículo 252 CP - tres años, estaría prescrita, conforme los artículos 130.6 y 131.1 CP .

Pretensión inaceptable.

1º La sentencia recurrida analiza tal cuestión, de forma extensa y detallada, en el fundamento de derecho tercero, recogiendo la doctrina jurisprudencial de nuestra sentencia 345/2015 de 17 junio , a la que nos remitimos en aras a la brevedad, debiendo sólo añadir que el artículo 250.1.6, vigente en el momento de los hechos, contemplaba la aplicación del subtipo de especial gravedad, que se contemplaba en el antiguo art. 529.7 CP. 1973 , desapareciendo la posibilidad de la apreciación como muy cualificada, y articulando la antigua agravante que era de naturaleza estrictamente objetiva, introduciendo ahora, de alguna manera, elementos subjetivos, sobre la referencia a tres parámetros: a) valor de la defraudación, b) entidad del perjuicio y c) situación económica de la víctima.

En realidad - como decíamos en la S. 635/2006 de 14.6- se trata, por tanto de dos agravaciones: una de naturaleza totalmente objetiva que tiene por referencia el importe apropiado – especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación y a la entidad del perjuicio, pues vienen a ser equivalente–, y otro de naturaleza subjetiva que tiene en cuenta "la situación económica en que deje a la víctima o a su familia", conceptos similares a los que se encuentran en los números 3 y 4 del art. 235, "valor de los efectos sustraídos" o " los perjuicios de especial consideración, y de otra la grave situación en que se ponga a la víctima o a su familia", si bien en este caso la previsión de resultados en distintos apartados, unidos además con la disyuntiva "o", lo que obliga a entender que basta la producción de uno de estos resultados para que surja el tipo agravado de hurto, no siendo, en principio, tan diáfana la lectura del art. 250.1.6, en que los resultados están unidos por la copulativa "y".

Pero aunque sea manifiesta la diferencia entre la forma gramatical con que ha sido legalmente expresado el tipo agravado del hurto y el de la estafa o apropiación indebida, las SSTs. 173/2000 , 2381/2001 , 696/2002 y 180/2004 , consideran lógico entender que el segundo debe ser interpretado a la luz del primero.

En primer lugar, porque no es fácil imaginar las razones que haya podido tener el legislador para dar un distinto tratamiento punitivo, desde la misma perspectiva, a uno y otro delito.

En segundo lugar, porque el diverso tratamiento privilegiaría a los culpables de delitos, como la estafa o la apropiación indebida, que en sus tipos básicos están castigados con mayor severidad que el tipo correspondiente de hurto.

En tercer lugar, porque el núm. 6º del art. 250 del Código Penal de 1995 parece ser una refundición puramente estilística de los núms. 5º y 7º del art. 529 CP 1973 , con independencia de que, como ya hemos dicho, el "valor de la defraudación" y la "entidad del perjuicio" no son sino anverso y reverso de la misma realidad.

Y por último, porque la interpretación según la cual es suficiente para la apreciación del tipo agravado la producción de uno solo de los resultados indicados en el art. 250.1.6º del Código Penal , parece la más



congruente con el segundo inciso del art. 249 en que, para la fijación de la pena en el delito de estafa se han de tener en cuenta una pluralidad de circunstancias -entre las que se encuentran "el importe de lo defraudado" y "el quebranto económico causado al perjudicado"- que se expresan como independientes unas de otras".

En definitiva, decíamos en la precitada STS 345/ 2015 de 17 junio , e pueden distinguir dos supuestos:

1º si la cantidad defraudada es por sí solo importante -en el caso presente 223.000 €- no se puede dudar que nos encontramos ante un hecho de "especial gravedad". En estos casos no es necesario atender a la situación en que quedó la víctima o su familia tras el delito. Aunque el defraudado fuera, por ejemplo, un banco, una cantidad importante por sí misma confiere a la estafa hubo apropiación indebida "especial gravedad". Con frecuencia se alega por las defensas, en esta clase de hechos, que el uso de la conjunción copulativa "y" en el art. 250.1.6ª en contraposición a la disyuntiva "o" del 235.3, ha de tener como consecuencia la eliminación de la cualificación en casos de cantidades defraudadas importantes cuando no se ha dejado en mala situación a la víctima. Entendemos sin embargo, que con la conjunción "y" o con la "o" la agravación es única: la "especial gravedad". En definitiva una cantidad por sí sola importante permite la aplicación de esta cualificación.

2º Cuando tal cantidad importante no se alcance, entonces debe entrar en juego el otro factor de medición de la especial gravedad, el de la situación económica, en que el delito dejó a la víctima o a su familia.

Criterio interpretativo consolidado, tras la reforma LO. 5/2010, por la que el subtipo agravado del valor de la defraudación se trasladó al nº 5º del art. 250.1 , que fijó ese valor en una concreta cantidad de 50.000 euros. Al mismo tiempo se separó de las otras hipótesis típicas de especial gravedad de anterior número 6, las cuales pasaron al nuevo 4, todos tales los números dentro del mismo apartado 1º del nuevo art. 250 CP .

**SEGUNDO.-** Y en segundo lugar, entiende que la conducta observada por el recurrente no sería constitutiva del delito por cuanto se ha acreditado que no sólo el importe entregado por el querellante fue destinado a la construcción de sus viviendas, sino que lo fue en importe superior en cuatro veces lo que hace del todo "groua" la afirmación de que el recurrente "confundió" patrimonios o se aprovechó económicamente de las entregas verificadas por el querellante.

Igualmente considera de trascendencia que la Sala haya aludido a la imposibilidad de recuperar el capital invertido por el querellante, cuando no ha intentado la recuperación de su inversión por la vía adecuada utilizando la vía penal-afirmación está última sorprendente por cuanto en el apartado segundo de los hechos probados se recoge " **Como la mercantil no entregó las viviendas al querellante DON Francisco , éste interpuso demanda en juicio ordinario contra «Prado y Orlando S.L.», ejercitando acción de resolución de contrato que correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Torrelavega, procedimiento registrado con el número 543/2011, en el que se dictó Sentencia en rebeldía número 22, de fecha 10 de febrero 2012 , resolviendo el contrato de compraventa condenando a la demandada a abonar la cantidad de 227.653 euros más el interés legal y costas, comprobando posteriormente en la ejecución de dicho procedimiento que el único bien de la sociedad era la parcela que se había adjudicado el Banco Popular Español S. A. con fecha 21 de julio de 2011 , dado que dichas parcelas habían sido hipotecadas el 2 de julio de 2007 y 15 de julio de 2008, con posterioridad a la reserva y promesa de venta anteriormente detallada".**

**-El examen del debate planteado hace necesario recordar que esta Sala en supuestos similares al que se contempla tenía consolidada una doctrina cuyo contenido principal, así como las discrepancias y objeciones, se pueden apreciar en las SSTS 89/2016 de 12 febrero , y 151/2017 de 10 marzo ,** en ese precedente jurisprudencial, frente a las alegaciones de un imputado afirmando que el dinero entregado por el comprador lo ha dedicado a diferentes gastos previos para la construcción del edificio donde adquirió su vivienda la parte denunciante, contra argumenta la Sala de Casación que conforme a lo alegado por el recurrente bastaría a los promotores de viviendas con incumplir la ley e ingresar las cantidades recibidas anticipadamente en una cuenta genérica de su empresa, sin garantizarlas como están obligados, prescindiendo de la cuenta específica legalmente imperativa, para que estas cantidades se confundan con su patrimonio y no sea posible acreditar en qué las han gastado, eludiendo totalmente su responsabilidad. Uniendo a esta argumentación la exigencia de que, pese a que es el promotor el que ha dispuesto de las cantidades entregadas burlando manifiestamente sus obligaciones legales de garantía y separación, sean por el contrario los perjudicados los que estén obligados a acreditar que el promotor se ha gastado su dinero en atenciones diferentes de la construcción de las específicas viviendas a las que estaban destinados los anticipos. Prueba que resulta prácticamente imposible cuando las cantidades anticipadas se ingresan ilegalmente en una cuenta común de la empresa, con lo que se consuma el esperpento que pretende la parte recurrente, al incumplir primero la Ley y después emplazar a la víctima a una prueba diabólica, no exigida por el tipo, haciendo prácticamente inviable la sanción por apropiación indebida en estos supuestos.

Y prosigue después argumentando la sentencia 89/2016 que la doctrina de esta Sala -como señalan, entre otras muchas, las SSTS de 23 de diciembre de 1.996 , 1 de junio de 1.997 , 22 de octubre de 1.998 , 27 de



noviembre de 1.998 , núm. 29/2006, de 16 de enero , 29 de abril de 2008 , 2 de diciembre de 2009 , 18 de marzo y 15 de septiembre de 2010 , núm. 163/2014, de 6 de marzo , núm. 253/2014, de 18 de marzo , núm. 286/2014, de 8 de abril , núm. 309/2014, de 15 de abril , núm. 605/2014, de 1 de octubre , núm. 269/2015, de 12 de mayo y núm. 345/2015 , de 17 de junio- establece que los supuestos de distracción por el vendedor de cantidades anticipadas en la venta de viviendas deben tipificarse como apropiación indebida cuando la vivienda no se construye y la devolución del dinero anticipado no se ha garantizado como exige la ley.

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

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

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

Prosigue diciendo la referida sentencia 89/2016 que la redacción actual de la LOE, conforme a la modificación introducida por la reciente Ley 20/2015, de 14 de julio, ha clarificado el régimen vigente, sin modificarlo sustancialmente, al derogar expresamente la Ley 57/1968 de 27 de julio, a la que se remitía expresamente la redacción anterior de la DA 1ª de la LOE , e incluir directamente las obligaciones legales de los promotores que perciban cantidades anticipadas en el propio texto de la Ley de Ordenación de la Edificación (DA 1ª).

Dispone actualmente dicha norma, reiterando lo que viene estableciendo el legislador de modo imperativo desde hace casi 50 años, lo siguiente: "Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción: Uno. Obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas. 1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes: a) Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda. b) Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior. 2. La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero".

Lo esencial de la norma establecida en el art. 1º de la Ley 57/68 , que se ratificó en la redacción inicial de la LOE, y se vuelve a ratificar en la última reforma de 14 de julio de 2015, es la necesidad de establecer un patrimonio separado y garantizado con las cantidades recibidas. Un patrimonio separado de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, custodiado en una cuenta especial en la que necesariamente habrá de depositarse las cantidades anticipadas por los adquirentes. Estas cantidades sólo se podrán percibir a través de entidades de crédito, y únicamente podrá disponer de ellas el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, siempre que previamente se ingresen en dicha cuenta separada y esté garantizada su devolución en la forma prevenida por la Ley. Norma imperativa, que no puede dejarse sin efecto por disposición de las partes.

Este es el contenido específico, con repercusión penal, de dicho precepto. El delito de apropiación indebida lo cometerá, conforme al art. 252 del CP quien, habiendo recibido cantidades que por imperativo legal sólo



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

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

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

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

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

En caso de incumplimiento de estas obligaciones legales, el promotor incurre, por este solo hecho, en las sanciones administrativas legalmente previstas. Pero, además, si dispone de la 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.

Remarca la referida sentencia que 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.

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



de bienes ajenos que la Ley le impedía expresa e imperativamente disponer, y haber ocasionado con ello un perjuicio patrimonial definitivo al perjudicado, titular de los bienes objeto de apropiación.

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

En esta **segunda línea jurisprudencial** se ubica el voto particular discrepante emitido en la precitada sentencia 89/2016 , en el que se argumenta que no es suficiente con el incumplimiento de las garantías establecidas en favor de los compradores de viviendas respecto de las cantidades anticipadas para convertir automáticamente la disposición de esos fondos en actos incardinables en la conducta apropiativa que define el art. 252 CP (actual 253); de modo que no puede estimarse que el delito surja inevitablemente si finalmente no se devuelven las cantidades ni se entrega la vivienda, con independencia absoluta de cuál sea el destino que les haya dado el promotor incumplidor. Se rechaza por tanto que haya responsabilidad penal aunque no exista constancia de que las cantidades han sido destinadas a otros fines; o incluso aunque haya quedado plenamente demostrado que hasta el último euro se invirtió en la promoción para la que se aportaron. Pues la antijuricidad penal sólo aparece como tal cuando el promotor destina las cantidades recibidas a otros fines - personales o empresariales-, desvío que deberá estar acreditado.

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

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

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

De todas formas, debe quedar claro que en la mayoría de las sentencias de esta Sala, al margen de la concepción más o menos apegada a redacción de la ley 57/1968 que se siga en el caso concreto, se suele entrar a examinar las alegaciones de las defensas relativas al destino final del dinero anticipado por los compradores de las viviendas.

Además, en algunas sentencias se advierte que el delito de apropiación indebida no es consecuencia automática del incumplimiento de las obligaciones impuestas al promotor en la legislación citada en garantía de los derechos del futuro adquirente, sino que debe constatar la concurrencia de los elementos vertebradores del delito de apropiación indebida adaptados a la peculiaridad de la situación analizada. Es claro que el principio de culpabilidad que inspira todo nuestro sistema de justicia penal, impide/impediría todo automatismo punitivo sin la existencia del reproche de la acción al autor, es decir de su culpabilidad como se exige en el art. 10 del C. Penal ( SSTS 933/2016, de 15-12 ).

**CUARTO.-** Un **análisis global** de la jurisprudencia de esta Sala permite, pues, percibir una corriente propicia a la aplicación del tipo penal de la apropiación indebida cuando el acusado incurre en la omisión de establecer un patrimonio separado de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, custodiado en una cuenta especial en la que necesariamente habrán de depositarse las cantidades anticipadas por los adquirentes.



Estas cantidades sólo se podrán percibir a través de entidades de crédito, y únicamente podrá disponer de ellas el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, siempre que previamente se ingresen en dicha cuenta separada y esté garantizada su devolución en la forma prevenida por la Ley. Incumplidos estos requisitos, y una vez que se constate que el inculpado ha dejado de cumplimentar de forma definitiva la entrega de la vivienda o, en su caso, el reintegro del dinero adelantado, se considera que el encausado -al infringir la ley especial- ha trasladado el riesgo empresarial al comprador de la vivienda, y como el riesgo se ha materializado después en un claro perjuicio económico para la víctima y en beneficio del vendedor del inmueble en construcción, ha de aplicarse el tipo penal de la apropiación indebida.

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

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

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

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

Acuerdo que fue desarrollado por la STS 416/2017 de 5 junio, que tras analizar un exhaustivo estudio de la doctrina jurisprudencial en esta materia, concluye: Cuando se trata de cantidades entregadas de forma anticipada por los compradores para la construcción de las viviendas que adquieren, la jurisprudencia ha entendido reiteradamente que si se emplean en otras finalidades distintas a la construcción de esas viviendas y con ello se causa un perjuicio, los hechos constituirían un delito de apropiación indebida. Dejando a un lado problemas probatorios, lo que importa es si se declara probado que el autor ha recibido el dinero para emplearlo en la construcción, y que no lo ha destinado a esa finalidad, sin que importe cuál ha sido la utilización concreta del mismo. Pues resulta, a estos efectos, indiferente si lo ha gastado en atenciones personales, si lo ha ocultado, si lo ha regalado a un tercero, si lo ha empleado en otras promociones inmobiliarias o en otros negocios o si lo ha utilizado para sanear su empresa. La finalidad exclusiva de esas cantidades era la construcción de las viviendas de los compradores, y cualquier otro destino dado a las cantidades recibidas implica una distracción de las mismas.

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

Y a continuación analiza la posibilidad de que estas conductas puedan constituir otras figuras delictivas, precisando que con independencia de las cuestiones que puede suscitar la desaparición del término "distracción" en la apropiación indebida, o la omisión de la "administración" como uno de los títulos típicos en ese mismo delito, o la admisión explícita de la posibilidad de apropiación de dinero en el artículo 253, la cuestión que aquí se ha planteado puede presentar otros matices desde la entrada en vigor de la reforma operada en el C. Penal por la LO 1/2015, dado que se incorpora al artículo 252 un supuesto de administración desleal de mayor amplitud que el anteriormente vigente, ya que no se limita al ámbito societario y a unas concretas modalidades de conducta, sino que alcanza a cualquier persona que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno.

Se castiga en este precepto de nueva creación a «los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esta manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado».





Con independencia de que seguiría constituyendo un delito de apropiación indebida la conducta consistente en hacer propios los caudales ajenos recibidos de los compradores de viviendas como cantidades anticipadas para ser empleados en la construcción de las viviendas adquiridas, como única finalidad, y aunque no sea necesario ahora profundizar en la cuestión dado que el precepto no es aplicable a los hechos enjuiciados, cabría plantearse si la utilización de aquellos caudales sin cumplir las imposiciones de la ley de Ordenación de la Edificación, que la regula expresamente, podría ser considerada una administración desleal con arreglo a este nuevo precepto. Naturalmente, la aplicación del mismo necesitaría resolver las cuestiones relacionadas con la ajenidad del patrimonio administrado y con la determinación de la existencia de un perjuicio.

Finalmente, nada impide considerar constitutivos de estafa hechos consistentes en afirmar a los compradores que se ha constituido o se va a constituir la garantía, o, en definitiva, que se dará cumplimiento a las previsiones legales respecto al percibo de cantidades anticipadas, sin que exista voluntad de hacerlo ( STS nº 53/2015, de 27 de enero ). Nada impide, tampoco, la aplicación, en su caso, de las previsiones del artículo 251 CP .

En definitiva la actual doctrina de esta Sala en relación al percibo de cantidades anticipadas a los promotores/constructores por parte de los futuros adquirentes de las viviendas, los promotores quedan obligados a:

1- A aperturar una cuenta especial en la que necesariamente habrán de ingresarse las cantidades anticipadamente entregadas por los futuros compradores.

2- Tales cantidades en cuanto forman un patrimonio separado afecto a un fin concreto –la construcción de la vivienda, bloque o urbanización concernida– solo podrán estar destinadas e invertirse en tales obras.

3- Se trata de una norma imperativa cuyo origen está en la Ley en garantía de la protección de los intereses de los consumidores, que son los más débiles en esa relación económica, y por tanto tales obligaciones quedan fuera del ámbito de disposición de las partes.

4- En caso de incumplimiento de esta obligación por parte de las personas obligadas, se incurre en las responsabilidades administrativas previstas en la Ley y, además, de concurrir los demás elementos de tipo penal de la apropiación, se incurre en responsabilidad penal. Ello ocurrirá cuando se acredite que el preceptor de tales cantidades anticipadas, aparte de incumplir tales obligaciones, ha hecho suyas tales cantidades dándoles el destino que hubiese querido consumándose el delito cuando ante la concreta petición de devolución de las cantidades entregadas por la persona concernida, tal reintegro no se produce, con lo que se llega al "punto sin retorno" de definitivo incumplimiento de la obligación de o bien invertir el dinero en la obra comprometida, o de devolverse el dinero al que lo entregó.

5- Por ello, cuando el promotor incumple tales obligaciones de aperturar la cuenta especial y dedicarla a la obra comprometida, y la dedica o la confunde con otros patrimonios de otras promociones pero ante la petición de devolución de lo recibido entrega las cantidades adelantadas, o acredita el destino de ese dinero a la ejecución de la obra comprometida – aunque no acabada–, entonces podrá existir responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento de tales obligaciones, pero no delito de apropiación indebida porque no se habrá llegado al "punto sin retorno" de no entrega y no construcción.

**QUINTO.-** Descendiendo al caso que nos ocupa, la vía casacional del artículo 849.1 LECrim , exige el absoluto respeto al hecho probado, sin que pueda pretenderse una modificación del mismo: aquí no se denuncian errores de hecho sino de derecho, esto es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia. Por ello y en base al artículo 849.1 LECrim , el recurso ha de fundarse en que la sentencia aplicó incorrectamente el derecho, pues realizó una indebida subsunción, o dejó de realizar la correcta.

Siendo así la sentencia recurrida no sólo declara probado en el apartado tercero del factum que DON Bienvenido no cumplió, primero como administrador solidario y después como administrador único, su obligación legal de garantizar la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero ingresando las cantidades recibidas en una cuenta especial abierta en un banco para la realización de las viviendas, ni de proporcionarle contrato de seguro o aval por las cantidades entregadas, conforme Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas, -lo que por sí solo sería insuficiente para fundamentar el pronunciamiento condenatorio por apropiación indebida, conforme el acuerdo del Pleno antes transcrito- sino que en el apartado primero recoge que el recurrente no solo no entregó las viviendas adquiridas ni devolvió las cantidades percibidas, sino que "dispuso de las cantidades entregadas en su beneficio, sin destinarlas al fin para el que fueron entregadas" de lo que puede inferirse es que si las viviendas no se entregaron es por qué ni siquiera llegaron a construirse y concurrieron por ello los demás elementos del tipo penal de la apropiación, al estar acreditado que el recurrente incumplió la doble obligación de apertura de cuenta especial y destino concreto de ese patrimonio separado y además, como se declara probado, no destinó el dinero recibido en obras referidas a la construcción de las viviendas que había vendido al querellante.



Sin olvidar que el querellante no pudo hacer suyas las viviendas porque el Banco Popular se adjudicó la parcela en la que iban a ser construidas el 21 julio 2011 por la ejecución del préstamo hipotecario que grababa la misma, constituido los días 2 julio y 15 julio 2008, esto es, con posterioridad a la reserva de venta del señor Francisco .

#### **SEXTO.- El motivo segundo al amparo del art. 849.2 LECrim , error en la apreciación de las pruebas**

Se señala como documentos:

- a/ La sentencia del Procedimiento Ordinario del Juzgado de Primera Instancia e instrucción nº 1 de Torrelavega nº 543/2011,
- b/ El acto de conciliación de fecha 12 de mayo de 2011, celebrado entre las partes.
- c/ Resolución dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Santander en las Diligencias Previas 746/2012 e informe emitido por D. Arcadio y
- d/ Demanda ejecutiva dimanante del Procedimiento Ordinario nº 543/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Torrelavega.

Relación de documentos de los que no puede extraerse el convencimiento de que el recurrente, o más bien la mercantil a la que representaba, no apertura cuenta especial o que las cantidades entregadas fueron confundidas con su propio patrimonio.

El motivo se desestima.

Como con reiteración ha declarado la jurisprudencia, por todas STS 607/2010 de 30 junio , el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron, y exige para su prosperabilidad, SSTS 778/2007 de 9 octubre , 1148/2009 de 25 diciembre , la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa.
- 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba sin tener que recurrir a conjeturas y complejas argumentaciones.
- 3) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en los casos no se trata de un problema de error, sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim .
- 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga actualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlos.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se reduzca inequívocamente en error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del factum que 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.

Previsiones todas estas omitidas por el recurrente. El tribunal ha valorado todos los documentos citados en el motivo y ha extraído sus propias conclusiones en relación a la falta de apertura de una cuenta específica por el recurrente y constitución de seguro o aval por las cantidades entregadas. Falta de aval que se infiere de los documentos reseñados en primer y cuarto lugar en los que aparece que la sociedad administrada por el acusado fue condenada en rebeldía, tras declarar resuelto el contrato de compra-venta, a abonar la suma de los 227.653 € que el demandante y perjudicado por los hechos había entregado a cuenta de las viviendas a construir-procedimiento civil se hubiera sido innecesario caso de existir el aval cuestionado-. Costando además en dichos procedimientos civiles que las parcelas sobre las que se iban a edificar aquellas, habían sido hipotecadas con fecha 2 de julio de 2007 y 15 de julio de 2001, o sea en fecha posterior a la fecha del contrato con el perjudicado, adjudicándose estas definitivamente al Banco Popular el 21 de julio de 2011.



De igual modo el acto de conciliación de fecha 12 de mayo de 2011, que como documento segundo refiere el recurrente, contrariamente a lo alegado, confirma que el promotor de las viviendas se hallaba con insuficiencia de liquidez para apuntar los compromisos adquiridos, ofreciendo como alternativa a la devolución de las sumas entregadas la sustitución de las viviendas comprometidas por otras de similares características en otra promoción.

Por último, en relación al documento número 3, resolución dictada por el Juzgado de Instrucción número 3 Santander, e informe emitido por D. Arcadio , con independencia de que la declaración de este último fue propuesta como testifical por la defensa en su escrito de conclusiones sin que compareciera al acto del juicio oral, renunciando la parte a su testimonio, por lo que aquel informe no ha sido ratificado, lo cierto es que el mismo sólo se refiere a su concreta vivienda de la promoción, la número 8, y no a la totalidad de las 48 viviendas que componían la unidad de actuación SVP1A1 "San Jorge-Fuente Mingo-La Escalera" ni a las parcelas del querellante, las numeradas NUM001 , NUM002 , NUM003 .

Siendo así no contradice el hecho probado en el extremo de que las cantidades entregadas dispuso el querellante en su beneficio sin destinarlas al fin para el que fueron entregadas.

**SEPTIMO.- El motivo cuarto al amparo del artículo 852 LECrim , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , por infracción del artículo 24.2 CE , principio de presunción de inocencia.**

Se argumenta en el motivo que no existe en autos diligencia de prueba practicada por la acusación en la que conste que en la entidad donde hizo el ingreso de las cantidades del querellante no existe cuenta especial de garantía de cantidades entregadas a cuenta; no se ha aportado a los autos requerimiento, ni petición consulta y/o prueba escrita o testifical de persona o representante de la entidad Banco Popular que certificase la ausencia de cuenta bancaria especial aperturada por Prado y Orlando SL, para garantía de devolución de cantidades; y que el querellante no ha realizado actividad probatoria alguna tendente a acreditar el elemento que sirve como base para la condena esto es, la no aperturación por Prado y Orlando SL, de cuenta de garantía para las cantidades recibidas a cuenta hubo anticipadas.

Inactividad probatoria que vulnera la presunción de inocencia.

Pretensión inaceptable.

Es cierto que la presunción de inocencia comporta la comprobación de que el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio, y ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la parte acusadora, por lo que es a la acusación a quien le corresponde aportar la prueba de cargo acreditativa de los hechos integrantes del tipo penal de la apropiación indebida, debe tenerse también muy presente que, una vez que la parte acusadora acredita una conducta con las connotaciones propias del tipo de la apropiación indebida y con la dosis de antijuricidad indiciaria que lo impregna, es claro que la persona que sabe cuál es el destino dado al dinero que no ha sido devuelto a los querellantes es el propio acusado que lo ha percibido. De modo que habría que hablar de "prueba diabólica", como han apuntado ya varios precedentes de esta Sala en supuestos similares, si se les obligara a los perjudicados a probar cuál es el destino que le ha dado al dinero el acusado una vez que se puso a su disposición y ni se ejecutó la obra ni fue reintegrada la suma anticipada. Las posibilidades de disposición del dinero por parte del acusado son múltiples, debiendo por tanto ser el disponente quien desvirtúe los graves indicios delictivos aportados por las acusaciones contra él, para lo cual ha de aportar una contraprueba que le favorezca y que además, generalmente, sólo él puede conocerla y controlarla, lo que es aplicable a la existencia de la cuenta especial de garantía de las cantidades entregadas a cuenta, cuya realidad podía ser verificada sin dificultad alguna por el recurrente.

Ello significa que cuando la acusación ha acreditado unos hechos que contienen la antijuricidad indiciaria propia o consustancial a la tipicidad del art. 252 del C. Penal (actual 253), en el que se regula el delito de apropiación indebida, constatando para ello que los querellantes han anticipado una importante cantidad de dinero que han puesto a disposición del acusado, sin que éste a su vez cumplimentara todas las garantías legales a que estaba obligado, y después ni entrega la vivienda ni devuelve el dinero anticipado, no han de ser los perjudicados los que investiguen el destino de un dinero que, merced a indicios sólidos y evidentes, ha sido distraído por la persona que lo percibió y no garantizó su devolución ni lo reintegró después, sin que tampoco pusiera a disposición de los compradores la vivienda comprometida.

Ante la constatación de una situación de esa índole, no cabe excluir la antijuricidad indiciaria de la conducta del acusado con meras alegaciones retóricas o con una prueba documental *ad hoc* que acabe incrementando la confusión y la opacidad inicialmente generadas por el acusado al omitir la obligación legal de establecer una cuenta especial separada con las aportaciones de los anticipos de los adquirentes de una vivienda, obligación



que tiene como fin neutralizar cualquier clase de riesgos relacionados con la adquisición de un bien de primera necesidad (la vivienda).

El grave riesgo generado dolosamente para el patrimonio de los compradores de viviendas con el incumplimiento de las obligaciones establecidas por el legislador con el fin de dejar indemnes a las presuntas víctimas, constituye un indicio de un peso y una enjundia incuestionables en orden a acreditar la responsabilidad penal del empresario vendedor que incumple las leyes garantizadoras y no entrega la vivienda ni devuelve el dinero. No cabe, pues, cualquier prueba aparente sobre el destino del dinero para excluir la tipicidad de los perjuicios ocasionados al patrimonio de los compradores, perjuicios que constituyen la materialización de un riesgo doloso que el legislador ordenó excluir mediante unas garantías bancarias de obligado cumplimiento.

El motivo por lo expuesto se desestima.

**OCTAVO.-** Desestimándose el recurso se imponen las costas a la parte conforme lo dispuesto en el art. 901 LECrim .

## FALLO

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

Que debemos desestimar el recurso interpuesto por DON Bienvenido , contra sentencia de fecha 7 de octubre de 2.016, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santander , que le condenó por un delito de apropiación indebida; condenando al recurrente al pago de las costas de su recurso. Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro D. Antonio del Moral Garcia D. Andres Palomo Del Arco