

RECURSO CASACION núm.: 883/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 131/2018

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

En Madrid, a 20 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 883/2017 interpuesto por **D. PATRICIO FRANCISCO ARRECIADO CHARLO** bajo la dirección letrada de D^a Teresa Mira Abaurrea, y representado por el Procurador D. Antonio de Palma Villalón, contra la sentencia dictada por la Sección 8^a de la Audiencia Provincial de Málaga, con fecha 11 de octubre de 2016. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida D. James Joseph Ahern, D. John Martin Brady, D. Aidan Connaughton, D. Finnian Doyle, D. Niall Dunne, D. Peter Glennon, D. Anthony Kenna, D. Anthony Kinsella, , D. Kenneth Mulvany, D. Kieran O'Brien, D. Patrick Martin O'Brien, D. Peter Joseph O'Donovan, D. Rory Scanlan, D. Brendan Furey, D. Allan Thomas Crinion, D. Seamus Reilly, D. Patrick Reilly, D. Michael Reilly, y D. Frank Peter O'Reilly, asistido de Letrado D. Ricardo Urdiales Gálvez y representados por D. Roberto Sastre Moyano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Málaga instruyó Procedimiento Abreviado nº 50/2013, contra **D. Patricio Francisco Arreciado Charlo**, por un delito de apropiación indebida y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 8ª, que en la causa nº 51/2014 dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«**hechos.-** Del conjunto de prueba practicada y obrante en autos, apreciada en conciencia, se establece como probado y así se declara, que el Acusado Patricio Arreciado Charlo, mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo administrador único de la mercantil RESIDENCIAL VIÑALMAR S.L con ilícito ánimo de lucro, y a sabiendas de que no contaba con los mínimos recursos económicos y financieros para materializar la urbanización, ni siquiera habiendo adquirido los terrenos sobre los que se habría de edificar y sin contar con la mínima cobertura de planeamiento urbanístico, ordenó los recursos materiales y humanos necesarios en el ámbito de la necesaria mercantil, para la promoción y comercialización de una promoción de viviendas-apartamentos en el término municipal de Manilva, denominada CONJUNTO RESIDENCIAL VIÑALMAR, captando a partir del año 2003 y a lo largo de los siguientes años 2004 y 2005 potenciales compradores de los inmuebles que suscribían contrato de reserva tipo, confeccionados a tal fin por la expresada mercantil, bajo el compromiso de que la promotora residencial Viñalmar S.L destinada las cantidades recibidas al buen fin del proyecto, teniendo una cuenta especial en la entidad bancaria La General de Sabinilla, con núm. de cuenta 2031 0527 55 0115002501, de acuerdo con la Ley 57/1968, aseguramiento de las cantidades anticipadas al constructor o promotor según rezaba expresamente la cláusula 7ª del expresado contrato tipo.

Sin embargo, a sabiendas de dichas circunstancias del imputado PATRICIO ARRECIADO CHARLO, como administrador de la empresa mercantil RESIDENCIAL VIÑALMAR S.L dispuso libremente de las cantidades depositadas inicialmente, siendo que habiendo sido condenada la expresada mercantil a la devolución de las cantidades con sus correspondientes intereses y costas por el Juzgado de Primera Instancia, no habría sido devuelta cantidad alguna, habiendo resultado la mercantil RESIDENCIAL VIÑALMAR S.L y el imputado PATRICIO ARRECIADO CHARLO sin bienes para hacer frente a la misma, pese a lo elevado de la cantidad recibida.

Siendo así, habrían resultado perjudicados James Joseph Ahern, John Martín Brady, Aidan Connaughton, Finan Doyle, Niall Dunne, Meter Glennon, Anthony Kenna, Anthony Kinsella, Kenneth Mulvany, Kiera O'Brien, Patrick Martin O'Brien, Meter Joseph O'Donovan, Rory Scanlan, Brenda Furey, Allan Thomas Crinion, Seamus Reilly, Patrick Reilly, Michael Reilly y Frank Meter O'Reilly, que reclaman estando representados por el Procurador antes expresado.

Asimismo también habría resultado perjudicada María Elena Sánchez García, que se habría subrogado en el contrato que inicialmente firmó Miten Amaya Mercero Alzugaray, abonando 12.000 euros a ésta, habiendo intervenido como intermediario en la cesión, así como en la comercialización, MIGUEL SUBIRÁN PÉREZ»

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

«**Fallo. Que debemos condenar y condenamos al acusado PATRICIO ARRECIADO CHARLO** como autor criminalmente responsable de un Delito de Insolvencia Punible y de un Delito de Apropiación Indevida con el carácter de continuado, de los arts. 257-1, 1º, 252 (253) y 74 del Código Penal respectivamente, ya definidos, sin concurrir circunstancias modificativas de responsabilidad penal, a las siguientes penas: A) por el delito de Insolvencia Punible, pena de 1 año de Prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 6€; y B) Por el delito de Apropiación Indevida continuada la pena de 19 meses y 16 días de prisión, en uno y otro caso con las accesorias legales de inhabilitación especial de todo cargo público y de derecho de sufragio pasivo

durante el tiempo de la condena privativa de libertad, con aplicación del art. 53 del Código Penal caso de impago de la multa, y al pago de las costas procesales incluidas las de las Acusaciones Particulares que en este caso han sido relevantes.

Asimismo el acusado Patricio Arreciado Charlo indemnizara a Elena Sánchez García en la suma de 6.000€ con los intereses legales del art. 576 de la LECivil desde la fecha del desembolso de la misma, haciéndose reserva de acciones civiles en favor de ella y de quien se considera perjudicado, a fin de que las ejerciten contra quien o quienes se consideren legitimados.

Por otra parte, el acusado indemnizará a James Josph Ahern en 6.000 €; a John Martín Brady en 6.000€; Aidan Connaughton en 12.000 €, Finnian Doyle en 6.000€; Niall John Dunne en 6.000€; Peter Glennon 6.000€; Anthony Kenna en 18.000 €, Anthony Kinsella en 6.000 E; , Kenneth Mulvany en 42.000 €; Kieran O'Brien en 6.000 €, Patrick Martin O'Brien en 6.000€; Peter Joseph O'Donovan en 18.000 E; Rory Scanlan en 18.000 €; Brenda Furey en 6.000 €, Allan Thomas Crinion en 12.000 €; Seamus Reilly en 6.000€; Patrick Reilly en 6.000 €; Michael Reilly en 6.000 y a Frank Peter O'Reilly en 6.000 E.

Todas estas cantidades conllevan de aplicación el interés legal del art. 576 de la LECivil a contar desde la fecha del desembolso de las mismas.

Al acusado le será de abono el tiempo que haya podido esta privado de libertad por este haya podido estar privado de libertad por esta causa, aprobándose el Auto de Solvencia parcial dictado por el instructor en el ramo correspondiente de 30 de Septiembre de 2014.»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, 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 del recurrente

Motivo primero.- Por Infracción de precepto Constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.6/1.995, de 1 de Julio, por cuanto se ha infringido por inaplicación el art. 14 y 24.2 de la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, en relación con el art. 252 del C.P. vulnerándose de esta forma el derecho fundamental a la presunción de inocencia. **Motivo segundo.-** Por infracción de Ley, al amparo del nº1 del art. 849 de la L.E.Crm. por errónea apreciación de la prueba lo que conlleva la aplicación indebida del art. 257. 1, 1º y 2º del C.P. **Motivo tercero.-** Por infracción del art. 849 num. 1 por indebida aplicación del art. 252 del C.P., en relación con el principio de intervención mínima del derecho penal. **Motivo cuarto.-** Por Infracción del art. 849, núm. 1 por indebida aplicación del art. 257 en relación con el art. 252 del Código penal. Se presenta este motivo con carácter subsidiario en caso de desestimación de los anteriores. **Motivo quinto.- (EN EL ESCRITO DEL RECURSO VIENE NUMERADO "MOTIVO CUARTO"** Por infracción de ley , al amparo del art 849.1 L.E.Crm, por indebida inaplicación de la circunstancia 6ª del art 21 Cp , en relación con el art. 66.1.2ª dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento. Se presenta este motivo con carácter subsidiario para el caso de desestimación de los anteriores.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la parte recurrida, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día uno de marzo de dos mil dieciocho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por inaplicación de los artículos 14 y 24.2 CE, vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Señala que de la declaración de hechos probados no se hace mención a qué cantidad ha sido apropiada por el acusado al ser copia literal del auto de 15 abril 2013 de transformación de Diligencias en Procedimiento Abreviado, lo que se conjuga mal con la sentencia dictada el 11 octubre 2016, al ignorarse las pruebas admitidas, escritos de acusaciones y defensa, documentos traídos al plenario, declaraciones testificales.

Y entrando seguidamente en la imputación del delito de apropiación indebida, descarta la aplicación automática que la sentencia realiza del incumplimiento de las garantías de los compradores de viviendas respecto de las cantidades anticipadas a cuenta en el supuesto del artículo 252 CP (hoy 253), pues ha de entenderse que solo estamos en presencia del reproche penal cuando se acredite, siquiera por indicios, que el promotor ha desviado las cantidades recibidas a otros fines distintos, y nada de ello se infiere del relato de hechos probados en los que se afirma “ni siquiera habiendo adquirido los terrenos “cuando consta por escrito presentado por la representación del señor Arreciado el 21 enero 2010, copia de la escritura de compraventa de los terrenos con mención de la cantidad entregada en concepto de primer pago (721.214, 51 E), cantidad superior al montante de las reclamaciones de los inversores.

Sin embargo nada de ello se dice en el relato probatorio sobre qué cantidad fue desviada y cuál fue el destino de las cantidades recibidas a cuenta, lo que ha de considerarse fundamento integrador de la tipicidad del delito de apropiación indebida en evitación del automatismo se ha invocado. No existe prueba de cargo suficiente que acredite el desvío de fondos, lo que conculca el derecho a la presunción de inocencia.

Pues bien la sentencia recurrida en el fundamento de derecho primero señala la prueba que suscita los hechos probados, fundamentalmente la prueba documental, consistente en los contratos celebrados en su día con los perjudicados (folios 11 y ss y 314 y ss de autos), que fueron reconocidos por el acusado, las testificales de Rafael Fontan y Francisco Rosales, este último en relación a las cancelaciones por el acusado de las cuentas que tenían abiertas

en la Entidad Caja Granada de Sabinilla a nombre de residencial Viñalmar S.L en la que se habían ingresado las cantidades percibidas de los compradores de las viviendas, cancelación llevada a cabo el 20 marzo 2007 y de la misma sociedad en la entidad Unicaja, Sucursal de Sabinillas el día 27 mayo 2008, y aquel –Rafael Fontana, que actuó en representación de los demandantes y estaba autorizado a percibir las cantidades que los compradores le giraban y que procedió a transferirlas a la cuenta antes mencionada de Caja Granada- y como requirió al acusado para que avalase y garantizarse dichas sumas y para que las devolviese tras comprobar que pasaba el tiempo y no se daba licencia para construir; y por último la propia declaración del acusado que reconoció los hechos, documentos, cuentas y cancelaciones de las mismas, reiterando que era insolvente al igual que la Sociedad Promotora Residencial Viñalmar SL.

Consecuentemente existe prueba acreditativa de lo que refleja el factum, esto es, la entrega de dinero a cuenta –que no se cuantifica en el hecho probado- a excepción de los 12.000 € en los que resultó perjudicada María Elena Sánchez, por parte de los reservistas de viviendas al promotor inmobiliario, hoy recurrente, el cual –pese a estar previsto en los contratos- no avaló esas cantidades, de acuerdo con la Ley 57/68, y ante el fracaso de la construcción de las viviendas, no devolvió las cantidades recibidas, declarándose insolvente en el procedimiento civil en el que fue condenado a su devolución, si esta conducta puede subsumirse en los delitos por los que ha sido condenado es materia propia de los motivos articulados por infracción de Ley, vía art. 849.1 LECrim.

SEGUNDO.- Por ello resulta conveniente clarificar la doctrina más reciente de esta Sala en orden a la cuestión principal debatida cuál es la calificación que debe darse la conducta del promotor que incumpla sus obligaciones previstas en la Ley 57/68 de 27 julio, y no entrega de las viviendas comprometidas ni devuelve las cantidades adelantadas.

Así en recientes SSTS 739/2017 de 16 noviembre, 42/2018 de 25 enero, recordábamos 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 constatarse 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 406/2017 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, no olvidemos que la Disposición Adicional 1ª de la Ley 38/99 de 5 noviembre de ordenación de la Edificación que mantuvo expresamente la vigencia de las obligaciones legales establecidas en la Ley 57/68 prevé multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del artículo 6 de la citada Ley se impondrá por las Comunidades autónomas, en cuantía por cada infracción, de hasta el 25% de las cantidades cuya devolución debe ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las comunidades autónomas.

QUINTO.- Descendiendo al caso concreto la sentencia de instancia descarta la alegación del recurrente de que las cantidades entregadas a cuenta por los compradores -más bien reservistas- se emplearon en la compra de los terrenos en donde habría de edificarse el conjunto residencial Viñalmar, y así se recoge que el acusado, a sabiendas de que no contaba con los mínimos recursos económicos y financieros para materializar la urbanización, ni siquiera habiendo adquirido los terrenos sobre los que se habría de edificar y sin contar con la mínima cobertura de planteamiento urbanístico, ordenó los recursos materiales y humanos necesarios en el ámbito de la necesaria mercantil, para la promoción y comercialización de una promoción de viviendas-apartamentos en el término municipal de Manilva, denominada CONJUNTO RESIDENCIAL VIÑALMAR, captando a partir del año 2003 y a lo largo de los siguientes años 2004 y 2005 potenciales compradores de los inmuebles que suscribían contrato de reserva tipo, confeccionados a tal fin por la expresada mercantil, bajo el compromiso de que la promotora residencial

Viñalmar S.L destinada las cantidades recibidas al buen fin del proyecto, teniendo una cuenta especial en la entidad bancaria La General de Sabinilla, con núm. de cuenta 2031 0527 55 0115002501, de acuerdo con la Ley 57/1968, aseguramiento de las cantidades anticipadas al constructor o promotor según rezaba expresamente la cláusula 7ª del expresado contrato tipo.

Sin embargo, a sabiendas de dichas circunstancias del imputado PATRICIO ARRECIADO CHARLO, como administrador de la empresa mercantil RESIDENCIAL VIÑALMAR S.L dispuso libremente de las cantidades depositadas inicialmente, siendo que habiendo sido condenada la expresada mercantil a la devolución de las cantidades con sus correspondientes intereses y costas por el Juzgado de Primera Instancia, no habría sido devuelta cantidad alguna, habiendo resultado la mercantil RESIDENCIAL VIÑALMAR S.L y el imputado PATRICIO ARRECIADO CHARLO sin bienes para hacer frente a la misma, pese a lo elevado de la cantidad recibida.

Debemos pues analizar las alegaciones del recurrente al amparo del art. 5.4 LOPJ, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en cuanto en los hechos probados se omiten circunstancias relevantes para la calificación de los hechos y que resultan probados, como son que el Sr. Arreciado había adquirido los terrenos mediante documento privado con entrega de un primer plazo de 721.214,51 E, cantidad notoriamente superior a la recibida de los reservistas 237.000 E.

Previamente en cuanto el recurrente postula una modificación de los hechos probados al haber sido omitidos datos que considera esenciales para repercutir en los pronunciamientos jurídicos y el fallo, debemos recordar en cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia, que es doctrina jurisprudencial reiterada, SSTS 14/2010 el 28 enero, 383/2010 de 5 mayo, 371/2011 de 19 mayo, 1236/2011 de 22 noviembre, 480/2012 de 29 mayo, la que establece que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal

Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo “la revisión íntegra” entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

En este sentido cuando se trata de valoración de pruebas personales Como hemos dicho en SSTC. 14/2010 de 28.1, 294/2008 de 27.5, la valoración de la prueba una vez considerada como prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto es, por su práctica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases:

- a) La percepción sensorial de la prueba.
- b) Su estructura racional.

La primera está regida por la inmediación, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atento, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la inmediación, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración.

La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción.

Dejando aparte, por tanto, la percepción sensorial inmediata de la actividad probatoria, el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensorial.

En este sentido la STS. 1507/2005 de 9.12, establece que: “El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control”.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso –y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

Consecuentemente el principio de inmediación ya no puede ser esgrimido para excusarse el Tribunal de justificar y motivar las razones por las que le concede credibilidad y suficiencia para sostener la sentencia condenatoria. Tampoco la inmediación puede servir de argumento para excluir del ámbito de la casación penal el examen que esta Sala casacional debe efectuar para verificar la suficiencia y razonabilidad de la condena.

De esta jurisprudencia se pueden citar las SSTS. 2047/2002 de 10.9, que pone el acento en la elaboración racional o argumentativa del Tribunal que gozó de la inmediación que puede y debe ser revisado por el Tribunal superior que conoce de la causa vía recurso, para verificar la estructura racional del discurso valorativo, o la STS. 408/2004 de 24.3, en la que reconociendo la competencia del Juez sentenciador para valorar la prueba, en relación a aquella prueba afectada por el principio de inmediación se dice "... y ello no tanto porque se considera la inmediación como una zona donde debe imperar la soberanía del Tribunal sentenciador y en la que nada puede decir el tribunal ante el que se ve el recurso, sino, más propiamente como verificación de que nada se encuentra en este control casacional que afecta negativamente a la credibilidad del testimonio de la persona cuyo relato sirve para fundamentar la condena dictada en la instancia...", ó la STS. 732/2006 de 3.7 "... no se trata por tanto de establecer el axioma que lo que el tribunal creyó debe ser siempre creído, ni tampoco prescindir radicalmente de las ventajas de la inmediación, sino de comprobar si el razonamiento expresado por el Tribunal respecto a las razones de su decisión sobre la credibilidad de los testigos o acusados que prestaron declaración en su presencia... se mantiene en parámetros objetivamente aceptables...", la STS. 306/2001 de 2.3, ya ponía el acento en la exigencia de que el Tribunal sentenciador justificase en concreto las razones por las que concedía credibilidad a la declaración de la víctima, no bastando la sola referencia a que debía ser creído por no existir nada en contra de dicha credibilidad. Por lo tanto es preciso situar el valor de la inmediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir:

a) La inmediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.

b) La inmediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar, en tal sentido, hoy puede estimarse

totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que "...la convicción que a través de la inmediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación...." --STS de 12 de Febrero de 1993--.

c) La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación y en base a la que dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante a la efectividad de toda decisión arbitraria --art. 9-3º C.E.--, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos..."; y por último la STS. 728/2008 de 18.11 antes referida que recuerda que: "el derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. El respeto a las reglas de la inmediación y a la facultad valorativa del Tribunal enjuiciador conlleva –como ya hemos dicho ut supra- que el control en esta sede casacional del cumplimiento del referido principio constitucional no se limita a la constatación de una prueba de cargo lícitamente practicada, pues los límites de dicho control no agotan el sentido último de este derecho constitucional, el cual vincula al Tribunal sentenciador no solo en el aspecto formal de la constatación de la existencia de prueba de cargo, sino también en el material de su valoración, imponiendo la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado acreditada fuera de toda duda razonable.

Siendo así obran en la causa diversos documentos acreditativos de que:

1- El Sr. Arreciado Charlo, a través de la entidad RABANELLA S.L. de la que era administrador único, adquirió mediante documento privado de compraventa, de fecha 18 de junio del año 2002 el terreno en el que se iba a desarrollar la futura promoción Residencial Viñalmar en el PGOU como suelo urbanizable no programado con una edificabilidad de 9.215 m2.

2- Los vendedores de los citados terrenos (Srs. Camacho Martínez) , estaban tramitando con el Ayuntamiento de Manilva una

modificación de elementos del PGOU, a fin de obtener una transformación de la clasificación actual del suelo de Urbanizable no programado a Suelo Urbano.

3- En aquel contrato se establece el precio de la compraventa teniendo en cuenta el número de metros edificables que resulte de la modificación de elementos del PGOU que se gestionaba, así como la forma de pago condicional a la fecha de aprobación inicial por el Pleno Municipal del Convenio Urbanístico un primer plazo, y un segundo plazo a la fecha de Aprobación provisional de la modificación de elementos por el Pleno Municipal del Ayuntamiento de Manilva.

4- Durante los años 2003, 2004, y 2005 se comienzan a firmar contratos de reserva de viviendas por los que los futuros compradores depositaban una señal, en la mayoría de los casos de 6.000 E, estableciendo en dichos contratos una condición suspensiva cual era la obtención de la licencia de obras, cuyo incumplimiento determinaba la resolución del contrato de reserva y la devolución de las reservas. Constan entregas por un total de 237.000 E.

5- El día 30.6.2005 se formaliza la escritura pública de compraventa entre los propietarios del terreno y la mercantil Rabanella, habiendo esta satisfecho a dicha fecha la cantidad de 721.214,52 E y se acuerda con el Ayuntamiento de Manilva la firma de un Convenio Urbanístico para lograr la autorización del inicio de las obras, que se produce el 19 diciembre 2006.

6- La entidad Rabanella no pudo cumplir las condiciones de la escritura de venta de los terrenos debido, entre otros a problemas administrativos muy graves del Ayuntamiento de Manilva que culminaron con la disolución de la Gerencia de Urbanismo, presentándose por los anteriores propietarios demanda civil de resolución del contrato de venta, procedimientos 1477/2007 del juzgado de primera instancia número 6 de Marbella, en el que si bien en la primera sentencia de 4 febrero 2009, dictada por el juzgado tras estimar la demanda y la resolución de la venta, se acordó el derecho a la demandada a la devolución de la parte del precio entregado, en la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Málaga de 25 febrero 2010, se acordó el derecho de los actores a reservarse el primer plazo del precio recibido, ascendiente a 721.214 52 €. Prueba documental omitida en su

valoración por la sentencia recurrida, que pone de manifiesto que la alegación del recurrente de que el dinero recibido, a través de la entidad Rabanella, de la que su administrador único, lo invirtió en la adquisición del terreno en los que habría de construirse el conjunto Residencial Viñalmar, presentan notas de verosimilitud, al no estar acreditado ese desvío de fondos que proclama la sentencia.

Consecuentemente si las cantidades recibidas se invirtieron en gastos propios de la promoción, la adquisición del terreno destinado a la construcción lo es, resulta de aplicación el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala a que se ha hecho referencia, en cuanto al dinero recibido si se destinó a la finalidad que se recibió, con la consiguiente absolución del recurrente del delito de apropiación indebida por el que había sido condenado.

SEXTO.- El motivo segundo al amparo del artículo 849 LECrim, por errónea apreciación de la prueba lo que conlleva la aplicación indebida del artículo 257.1.1º y 2º CP.

El motivo considera que el tribunal de instancia ha incidido en error en apreciación de la prueba, al dar por probado que el recurrente al no haber devuelto las cantidades que fueron entregadas para la reserva de las viviendas, habiendo resultado la Mercantil Residencial Viñalmar S.I. y el imputado PATRICIO ARRECIADO CHARLO sin bienes para hacer frente a la misma, pese a lo elevado de la cantidad recibida, ha cometido un delito de insolvencia punible, para y posteriormente en el **fundamento de derecho** se justifica la existencia de un delito de insolvencia punible manifestando el acusado al que los perjudicados habría requerido a fin de que procediera a devolver las cantidades tomadas a cuenta para la reserva de las viviendas procedió con anterioridad a ser denunciado, a descapitalizar las cuentas de la Sociedad Viñalmar S.L.. Concretamente en el año 2008, los referidos perjudicados presentaron demanda civil en reclamación de las cantidades entregadas que dio lugar al procedimiento ordinario nº 701/2008 del Juzgado de primera instancia núm. 6 de Marbella, que en fecha 15 de Diciembre de 2009, dictó Sentencia nº 235/09 por la que se condenaba al acusado abonara a los demandantes perjudicados la suma debida. Requerido al pago el acusado manifestó carecer de bienes para hacer frente al pago de la deuda,

pues con fecha 20 de marzo de 2007, había procedido a cancelar la cuenta nº 2031-0527-55-0115002501 y con fecha 27 de mayo de 2008 otra cuenta que la mercantil tenía en Unicaja con el nº 2103-0176-02-0030006269, impidiendo la eficacia de la ejecución de dicha Sentencia, que fue consentida por el acusado no llegando a recurrirla.

El motivo cuestiona estas afirmaciones por cuanto el hecho de que no hubiera dinero para pagar a los acusadores cuando se presenta la ejecución de la sentencia en el pleito civil, no quiere ello decir sin más que estuviera incurriendo en un delito de insolvencia punible, dado que ninguna prueba existe al respecto y no concurrir los requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal Supremo.

En palabras de la STS 17 marzo 2011: El delito de alzamiento de bienes constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal, y de otro el interés colectivo con el buen funcionamiento del sistema económico crediticio.

También hemos dicho que “el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo que se consume desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor. Los elementos de este delito son:

1º) existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2º) un elemento dinámico que consiste en, una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor. Por ello ha de incidirse en la estructura totalmente abierta a la acción delictiva, ya que la norma tipifica el “realizar” cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones” art. 257.1.2,

3º) Situación de insolvencia total o parcial, real o aparente del deudor como consecuencia de la anterior actividad, en perjuicio del acreedor ejerciente; y

4º) Un ánimo tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos.

En cuanto a la expresión “en perjuicio de sus acreedores”, esta Sala-vid STS 63/2015 de 18 febrero- viene entendiendo que ha de interpretarse como la exigencia de un ánimo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores (SSTS. 2068/2001 de 8.11, 440/2002 de 13.5, 1716/2003 de 17.12, 7/2005 de 17.1, 1522/2005 de 20.12, 1117/2007 de 28.11, 538/2008 de 1.9, 557/2009 de 8.4), ánimo específico que en algunas resoluciones es conceptualizado jurisprudencialmente como un elemento subjetivo del injusto (SSTS. 667/2002 de 15.4, 974/2002 de 27.5, 590/2006 de 29.5, 557/2009 de 8.4). Si bien en otras sentencias se argumenta que el tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir el dolo, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa (SSTS. 2170/2002 de 30.12, 161/2003 de 6.2, 944/2004 de 23.7, 1564/2005 de 4.11, 234/2005 de 24.2).

La exigencia de un dolo específico o de un elemento subjetivo del injusto, al margen de su posible cuestionamiento dogmático, viene a complicar probatoriamente el elemento subjetivo del tipo, pues si difícil es verificar en muchos casos el dolo básico, más lo es todavía discernir en términos empíricos entre dos niveles de dolo en el delito de alzamiento de bienes atendiendo a la intensidad anímica del acusado.

Requisitos que no concurren en el caso presente en el que el hecho probado se limita recoger: “Sin embargo, a sabiendas de dichas circunstancias del imputado PATRICIO ARRECIADO CHARLO, como administrador de la empresa mercantil RESIDENCIAL VIÑALMAR S.L dispuso libremente de las cantidades depositadas inicialmente, siendo que habiendo sido condenada la expresada mercantil a la devolución de las cantidades con sus correspondientes intereses y costas por el Juzgado de Primera Instancia, no habría sido devuelta cantidad alguna, habiendo resultado la mercantil RESIDENCIAL VIÑALMAR S.L y el imputado PATRICIO ARRECIADO CHARLO sin bienes para hacer frente a la misma, pese a lo elevado de la cantidad recibida”.

Relato fáctico que se complementa en el fundamento de derecho primero al razonar en cuanto a la insolvencia punible que el acusado al que los perjudicados habrían requerido a fin de que procediera a devolver las cantidades tomadas a cuenta y para reserva de las viviendas que anunciaba se iban a construir, y siendo previsible que iniciaran acciones legales en reclamación de las mismas procedió con anterioridad a ser denunciado, a descapitalizar las cuentas de la Sociedad Viñalmar S.L. Concretamente, en el año 2008, los referidos perjudicados presentaron demanda civil en reclamación de las cantidades entregadas que dio lugar al Procedimiento Ordinario nº 701/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Marbella, que en fecha 15 de Diciembre de 2009, dictó Sentencia nº 235/09 por la que se condenaba al acusado a abonar a los demandantes perjudicados la suma de 237.000€ más los intereses pactados al 6% anual desde la firma de los contratos, que fueron declarados resueltos por incumplimiento, despachándose ejecución por la suma de 323.182, 82€ de principal más 96.954,85 de intereses y costas de ejecución.

Requerido de pago que fue el acusado, manifestó carecer de bienes para hacer frente al pago de la deuda, pues con fecha 20 de Marzo de 2007, había procedido a cancelar la cuenta nº 2031-0527-55-0115002501 de la Entidad Caja Granada Sucursal de Sabinillas abierta a nombre de Residencial Viñalmar S.L, en la que esencialmente se habían ingresado las cantidades percibidas de los compradores de las viviendas, y a cancelar igualmente con fecha 27 de Mayo de 2008 la cuenta que dicha sociedad tenía abierta en la entidad Unicaja, Sucursal de Sabinillas, con el nº 2103-0176-02-0030006269 (folios 298 y 610 y s.s. de las actuaciones), impidiendo la eficacia de la ejecución de dicha Sentencia, que fue consentida por el acusado no llegando a recurrirla.

Por tanto los bienes objeto del alzamiento son las cantidades entregadas el concepto de reserva al acusado en su condición de promotor, dada la estimación del motivo primero, se destinaron a la finalidad de dicha entrega, no puede entenderse cometido aquel delito, al no constar en los hechos probados actos de disposición y las cuentas distintas de aquella finalidad y ni siquiera cuál fuera el saldo de las mismas en las fechas en que se produjo su cancelación, marzo 2007 y mayo 2008, anterior a la fecha 15 diciembre 2009 de la sentencia que acordó la devolución las cantidades a los

reservistas, faltan los presupuestos fácticos para la comisión del delito del artículo 257 CP.

Siendo así el motivo deberá ser estimado y absuelto el acusado del delito de alzamiento por el que había sido condenado, siendo innecesario el análisis del resto de los motivos articulados en el recurso.

SÉPTIMO.- Estimándose el recurso las costas se declaran de oficio (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

Debemos estimar el recurso de casación interpuesto por **FRANCISCO ARRECIADO CHARLO**, contra la sentencia dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga, con fecha 11 de octubre de 2.016; **CASANDO** y **ANULANDO** dicha resolución, dictando segunda sentencia más conforme a derecho.

Declarar de oficio el pago de las costas ocasionadas en el presente 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. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

RECURSO CASACION núm.: 883/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

En Madrid, a 20 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Málaga y seguida ante la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 8ª, por un delito de apropiación indebida, contra **Patricio Francisco Arreciado Charlo** con D.N.I nº 28.682.130-A, natural de Sevilla, vecino de Sotogrande (Cádiz) hijo de José y de Victoria de estado no consta de 56 años de edad, de profesión empresario con instrucción y sin antecedentes penales, de ignorada conducta, declarado solvente parcial por Auto de 30/09/2014 y en libertad provisional, no privado de libertad por esta causa; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se suprimen del primer apartado de los hechos probados las expresiones " con ilícito ánimo de lucro y a sabiendas de que no contaba con los mínimos recursos económicos y financieros para materializar la urbanización, ni siquiera habiendo adquirido los terrenos sobre los que se habría de edificar y sin contar con la mínima cobertura de planteamiento urbanístico".

Y el segundo apartado quedará redactado de la siguiente forma:
"Patricio Francisco Arreciado Charlo, como administrador único de la empresa mercantil Rabanella, formalizó contrato de compraventa privado en fecha 18 junio 2002, de los terrenos en los que debía construirse la promoción... contrato que fue elevado a escritura pública el 30 junio 2005, habiendo entregando como parte del precio en esta fecha 721.214 52 € , contrato que fue declarado resuelto por sentencia firme dictada el 25 febrero 2010 por la Audiencia Provincial de Málaga, procedimiento 1477/2007 se acordó además el derecho de los vendedores a reservarse aquella cantidad, lo que motivó que habiendo sido condenada Residencial Viñalmar SL, en el procedimiento ordinario 701/2008 juzgado 1ª instancia número 6 Marbella, al reintegrar a los reservistas las cantidades entregadas con sus intereses y costas, sin que pudiera dicha Entidad ni el acusado devolver cantidad alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Según lo razonado en la fundamentación jurídica de la precedente sentencia se debe absolver al recurrente de los delitos de estafa y alzamiento de bienes por los que había sido condenado, con todos los pronunciamientos favorables y declaración de oficio de las costas.

FALLO

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

Debemos Absolver a D. PATRICIO FRANCISCO ARRECIADO CHARLO del delito de insolvencia punible y del delito de apropiación indebida, por el que venía acusado, con declaración de oficio de las costas de la instancia y dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas por razón de tal acusación.

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

Así se acuerda y firma.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

