

Roj: STS 2766/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2766
Id Cendoj: 28079120012015100373

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2247/2014

Nº de Resolución: 368/2015

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del acusado **Primitivo** contra Sentencia de fecha 21 de octubre de dos mil catorce de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Gran Canaria, dictada en el Rollo de Sala núm. 46/13 dimanante del P.A. núm. 170/12 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de San Bartolomé de Tirajana, seguido por delito de estafa contra mencionado recurrente; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Exmco. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo partes: el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Mónica Ana Liceras Vallina y defendido por el Letrado Don Vicente J. Araña Rodríguez, y como recurridos la Acusación particular Don Pedro Jesús y otros representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Teresa López Roses y defendidos por el Letrado Don Mario Ramírez Molina.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de San Bartolomé de Tirajana incoó P.A. núm. 170/12 por delito de estafa contra **Primitivo** y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que con fecha 21 de octubre de 2014 dictó Sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Son hechos probados, y así se declara expresamente, que el acusado Primitivo , aparentando una solvencia de la que carecía y sin intención de cumplir las obligaciones que asumía, entre los meses de marzo y abril de 2004, puso a la venta, sobre plano, las viviendas de un edificio que decía que iba a promover y construir en un solar ubicado en la CALLE000 , de Vecindario, cuya propiedad había obtenido mediante un contrato de permuta.

A través de una agencia inmobiliaria el acusado formalizó un primer contrato de reserva, por el que lo perjudicados entregaron, cada uno de ellos, la suma de 3.000 euros, formalizando con posterioridad los correspondientes contratos de compraventa, entregando los compradores, en el momento de la firma, las siguientes cantidades:

D. Pedro Jesús , la cantidad de 11.990,14 euros.

D. Hermenegildo y ca Laura , la cantidad de 10.818,18 euros.

María Inés y D. Samuel , la cantidad de 16.000 euros, mediante un préstamo suscrito con la entidad Banco de Santander, por el que ha tenido que abonar los correspondientes intereses y gastos.

Graciela , la cantidad de 16.000 euros, mediante un préstamo suscrito con la entidad Banco de Santander, por el que ha tenido que abonar los correspondientes intereses y gastos.

D. Alejandro la cantidad de 6.000 euros.

D. Epifanio en la cantidad de 15.000 euros a través de un préstamo suscrito con UCI, por el que ha tenido que abonar los correspondientes intereses y gastos.

D. Marcial y D Erica , en la cantidad de 15.685 euros mediante un crédito obtenido con el Banco de Santander, por el que ha tenido que abonar los correspondientes intereses y gastos.

El acusado hizo suyas dichas cantidades, sin destinarlas al fin para el que habían sido entregadas.

El acusado no inició las obras ni hizo gestión alguna para la construcción de las viviendas ni atendió a las llamadas y requerimientos de los compradores, y no es hasta el 6 de octubre de 2005, cuando solicita la licencia de obra, que finalmente obtuvo el 12 de enero de 2007, limitándose a ejecutar, tras la interposición de la querrela, una mínima parte de la obra, pero sin constar que dicha ejecución se realizara bajo la supervisión técnica de la dirección facultativa de la obra, todo ello con la única finalidad de evitar el ejercicio de acciones penales en su contra.

También con esta finalidad, firmó el acusado nuevos contratos con los perjudicados, a través de una nueva sociedad, que asumía la obligación de ejecutar la obra contratada, haciéndoles creer que entonces iba a cumplir los mismos, pero sin que tampoco en este caso ejecutara la obra ni devolviera el dinero a los perjudicados."

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

"Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Primitivo como autor de un delito de estafa de los artículos 248 y 250.1.1 del Código Penal , a la pena de tres años de prisión y multa de ocho meses con una cuota diaria de cinco euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar a los perjudicados en las siguientes cantidades, importes que devengarán los intereses del art. 576.1 de la LEC desde la fecha de esta resolución hasta su completo pago:

A D. Pedro Jesús , en la cantidad de 14.990,14 euros.

A D. Hermenegildo y Laura , en la suma de 13.818,18 euros.

A D María Inés y D. Samuel , en la suma de 19.000 euros, más los intereses y gastos abonados a la entidad de crédito UCI por el préstamo concedido, particular que deberá determinarse en ejecución de sentencia.

A Da. Graciela , en la suma de 19.000 euros, más los intereses y gastos abonados a la entidad de crédito UCI por el préstamo concedido, particular que deberá determinarse en ejecución de sentencia.

A D. Alejandro , en la cantidad de 9.618 euros.

A D. Epifanio ; en la cantidad de 16.000 euros, más los intereses y gastos abonados por el préstamo a la entidad UCI que deberán determinarse en ejecución de sentencia.

A D. Marcial y Doña Erica , en la suma de 18.865 euros, más los intereses y gastos abonados a Banco Santander, que deberán determinarse en ejecución de sentencia.

Se condena al acusado al pago de las costas procesales del presente procedimiento, incluidas las causadas a instancia de la acusación particular."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales del acusado Primitivo , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Primitivo , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN :**

1º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la LECrim ., por falta de claridad en los hechos que se consideran probados.

2º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la LECrim ., por falta de claridad en los hechos que se consideran probados.

3º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la LECrim ., por contradicción en los hechos declarados probados.

4º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la LECrim ., por contradicción en los hechos declarados probados.

5º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la LECrim ., por consignar como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo.

6º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., dados los hechos que se declaran probados, se ha infringido lo dispuesto en el art. 248.1 del C.penal .

7º.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim ., dados los hechos que se declaran probados, se ha infringido lo dispuesto en el art. 250.1.1 del C. penal .

8º.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim ., dados los hechos que se declaran probados, se ha infringido lo dispuesto en el art. 250.1.1. del C. penal , con relación al art. 66.1.6 del C. penal , en cuanto a la aplicación de la pena.

9º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., dados los hechos que se declaran probados, se ha infringido lo dispuesto en el art. 21.6 del C.penal , en cuanto a la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas.

10º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos.

11º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim ., y del art. 5.4 de la LOPJ , por entender vulnerado lo dispuesto en el art. 24.2 de la CE , en cuanto el derecho a la presunción de inocencia.

QUINTO.- Son recurridos en la presente causa la acusación particular D. Pedro Jesús y otros, que impugnan el recurso por escrito de fecha 30 de enero de 2015.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, estimó procedente su resolución sin celebración de vista e interesó la inadmisión del mismo y subsidiaria desestimación, por las razones expuestas en su escrito de fecha 23 de febrero de 2015; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 9 de junio de 2015, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas condenó a Primitivo como autor criminalmente responsable de un delito de estafa de los arts. 248 y 250.1.1º, ambos del Código Penal , a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación el aludido acusado en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

SEGUNDO.- En los cinco primeros motivos de su recurso, se denuncian diversos quebrantamientos de forma, al amparo de lo autorizado en el art. 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , bajo la censura impugnativa de falta de claridad en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, contradicción interna del *factum*, o predeterminación del fallo, que no pueden sostenerse en esta instancia casacional.

En efecto, el relato histórico de la sentencia recurrida nos dice que el acusado, aparentando una solvencia de la que carecía y con la intención de incumplir las obligaciones que asumía, puso a la venta, mediante plano, las **viviendas** de un edificio que manifestaba iba a construir, sobre un solar -cuya propiedad había adquirido mediante permita-, y a través de una agencia inmobiliaria, formalizó a los perjudicados que se citan un primer contrato de reserva por la suma de 3.000 euros, y después entregaron diversas cantidades de dinero, una vez firmada la correspondiente compraventa de **vivienda**, conforme al detalle que se determina en tal resolución judicial, haciendo suyas tales cantidades «*sin destinarlas al fin para el que habían sido entregadas*».

El acusado ni inició las obras ni realizó gestión alguna para la construcción de las **viviendas**, no siendo hasta más de un año después cuando solicita licencia de obras, que obtuvo dos años más tarde, limitándose a ejecutar, tras la interposición de la querrela, «*una mínima parte de la obra*», sin contar con dirección facultativa, y «*con la única finalidad de evitar el ejercicio de acciones penales en su contra*».

Incluso se firmaron nuevos contratos con otra sociedad, también controlada por el acusado, a los fines de construir y entregar las **viviendas**, «*sin que tampoco en este caso ejecutara la obra ni devolviera el dinero a los perjudicados*».

Con respecto al vicio sentencial de falta de claridad, es oportuno recordar las exigencias que esta Sala Casacional ha venido estableciendo para la estimación de este vicio sentencial, que pueden resumirse en las siguientes:

a) que en el contexto del resultando fáctico se produzca la existencia de cierta incomprensión de lo que se quiso manifestar, bien por el empleo de frases ininteligibles, bien por omisiones, bien por el empleo de juicios dubitativos, por carencia absoluta de supuestos fácticos o por la mera descripción del resultado de las pruebas sin afirmación del juzgador.

b) que la incomprensión esté directamente relacionada con la calificación jurídica.

c) que esta falta de entendimiento o incomprensión provoque un vacío o laguna en la relación histórica de los hechos.

Las expresiones relativas a la falta de solvencia, o la intención de cumplir con las obligaciones que asumía, no puede calificarse de oscuras, sino de claras y expresivas de lo que el relato histórico refiere, imprescindibles para construir el engaño que la sentencia recurrida declara en su fundamentación jurídica a cargo del acusado, y como núcleo de la estafa que se sanciona.

De igual modo, una reiterada doctrina jurisprudencial, viene declarando que son requisitos necesarios para que exista el vicio sentencial de contradicción previsto en el inciso segundo del artículo 851.1.º de la LECrim ., los siguientes: a) Que sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical de tales conceptos, lo que requiere significar jurídicamente que no sólo sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y, sobre todo, incompatible con la integridad del relato histórico, con recíproca exclusión entre las distintas manifestaciones; b) Que como interna emane directa e inmediatamente de los propios términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los distintos vocablos, incisos, expresiones o pasajes internos en la misma; c) Que sea completa, afectando la incompatibilidad a los hechos y sus circunstancias, y, por ende, a la calificación jurídica, los grados de participación o ejecución y a cuantas circunstancias determinen la responsabilidad penal o civil; d) Que sea causal, o lo que es lo mismo, determinante de una advertible incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo final de la sentencia; e) Que las frases o expresiones contradictorias, por afectar a circunstancias esenciales de la cuestión controvertida y de la misma resolución, sean imprescindibles a la resultancia probatoria, de tal forma que su supresión propiciare la inexpressión, la incomprensión o la falta de claridad de aquélla; siendo inocua la «contradictio» cuando su objeto aparezca intrascendente en el caso examinado, no influyendo en la determinación de la infracción criminal ni en la responsabilidad en juego de los sujetos encausados (véase, entre otras, Sentencia de fecha 19 de abril de 2005).

En el caso enjuiciado, no es contradictorio mantener que el acusado no tenía intención de cumplir las obligaciones que contraía, con la falta de inicio de las obras, o la tardía obtención de la licencia de obras.

Y con respecto a la predeterminación del fallo, requiere para su estimación:

a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;

b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;

c) que tengan valor causal respecto al fallo, y

d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

Hemos dicho que la predeterminación del fallo precisa, pues, la utilización de expresiones técnicamente jurídicas y con situación causal respecto al fallo, o sea, cuando la descripción del hecho se reemplaza por su significación. En un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues si en los mismos se describe una conducta subsumible en un tipo penal, la consecuencia lógica se infiere, aunque se describa en la parte dispositiva o fallo de la sentencia, pero no es éste el sentido, sino que se produce exclusivamente por la utilización en el «factum» de expresiones técnicamente jurídicas que definan y den nombre a la esencia del tipo aplicable, expresiones ajenas al lenguaje común, con un valor causalista del fallo; o sea predeterminación eficaz y causal, por lo que si suprimidos tales anómalos conceptos jurídicos incrustados en el relato no dejan el hecho histórico sin base alguna, el vicio procesal no existe.

En palabras de la STS 152/2006, de 1 de febrero (y la STS 401/2006, de 10 de abril), la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano

judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico (STS 684/2007, de 26 de julio).

Las expresiones que se reprochan (STS 1077/2007, de 12 de diciembre), como fingir solvencia económica, utilizar maniobras de rapiña económica y engañosa, actuar con ánimo de obtener beneficio económico, constituir empresas con intención de eludir responsabilidades civiles, forman parte del lenguaje coloquial, y no son sino acciones meramente descriptivas del actuar del agente, no están incorporadas al tipo de apropiación indebida, y en suma, no predeterminan nada, sino que exponen el ilícito actual del acusado recurrente.

En consecuencia, esta censura casacional, no puede prosperar.

TERCERO.- El motivo décimo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y cuyos particulares demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Los numerosos elementos documentales de que se sirve el autor del recurso para construir esta queja casacional, no desvirtúan el relato histórico en el sentido de que el acusado no llevó a cabo más que una mínima parte de la obra, pues prácticamente no pasan del movimiento de tierra y cimentación, que apenas llegan al 13 por 100 del total, aspecto éste declarado por la Sala sentenciadora de instancia cuando señala que el acusado se limitó a ejecutar, tras la interposición de la querrela, «una mínima parte de la obra», sin contar con la correspondiente dirección facultativa, y «con la única finalidad de evitar el ejercicio de acciones penales en su contra».

En consecuencia, el motivo no puede ser estimado.

CUARTO.- En el motivo undécimo, se denuncia la vulneración del principio constitucional de la presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna , gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española ; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente comprobación:

1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (**prueba existente**).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (**prueba lícita**).

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (**prueba suficiente**).

4ª. Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (**prueba de cargo razonada**).

En el caso enjuiciado, no puede predicarse la existencia de ese vacío probatorio que justificaría la estimación del motivo. En efecto, el Tribunal sentenciador tuvo en consideración prueba de contenido personal, documental y pericial.

Desde la **primera** perspectiva, el acusado reconoció la recepción del dinero de la reserva y entregas a cuenta por parte de los compradores de los pisos, y a salvo las atenciones a las escrituras y licencia de obra, el resto fue incorporado a su patrimonio, sin destinarle a la edificación propiamente dicha.

Los perjudicados también prestaron declaración.

Y una amplia documental y el informe pericial dejó constancia del pequeño porcentaje en la ejecución de la obra.

En consecuencia, no puede decirse que el acusado haya sido condenado sin la existencia de pruebas de cargo, cuya valoración corresponde, en exclusiva, al Tribunal sentenciador conforme se disciplina en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

El motivo no puede prosperar.

QUINTO.- En el motivo sexto, el recurrente denuncia, por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la indebida aplicación del art. 248 del Código Penal .

A partir de los hechos declarados probados se evidencia una estafa cometida mediante negocio criminalizado: se entiende por tal, aquel negocio en donde el ilícito penal aparece caracterizado frente al mero incumplimiento civil por el propósito inicial o antecedente de no entregar la contraprestación y lucrarse con su importe, siendo por tanto una simple especificación de la doctrina general que, a propósito del delito de estafa, entiende que el engaño que provoca el error y el consecuente desplazamiento patrimonial ha de ser antecedente y no sobrevenido.

No puede mantenerse, como se hace en el desarrollo del motivo, que estemos en presencia de una simple discrepancia civil; en primer lugar, porque si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso, ante un «dolus subsequens», que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero, es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado sin dolo del autor el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia, no discutidos en esta causa. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso a los demás elementos del tipo de la estafa, añadiendo la jurisprudencia que si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone el engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o podrá cumplir la contraprestación que le incumbe. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo «subsequens» del mero incumplimiento contractual.

En el caso enjuiciado, tampoco podemos considerar que estemos en presencia de un delito de apropiación indebida, puesto que la diferencia radica en la intención del agente en el momento de contratar. Si en realidad aparentaba concertar un contrato de compraventa de una **vivienda**, con la intención de incumplir los pactos que se incorporaban al documento suscrito, estamos en presencia del dolo antecedente que requiere el delito de estafa. Por el contrario, si en ese momento el autor, confiado en su pericia como promotor, pretendía cumplir con lo prometido, de forma que era seria su intención de construir un bloque de **viviendas**,

no existe propiamente un delito de estafa, pero todavía puede cometer un delito de apropiación indebida, si esa inicial posesión legítima de las entregas parciales para el pago de la compraventa por parte de los adquirentes se trastoca en ilícita, y tal dinero es incorporado a su patrimonio, quebrantando el deber de lealtad que a todo administrador o depositario corresponde. No fue este el caso. El acusado, desde el primer momento, declara los hechos probados, intangibles en esta sede casacional, dado el cauce que alumbra el motivo, se propuso la incorporación dineraria sin construcción efectiva.

Es clara, pues, la importancia de lo subjetivo en el Derecho Penal, de manera que a base de intenciones pueden calificarse las acciones (u omisiones) típicas, mientras que en el Derecho Civil ordinariamente son más importantes los elementos objetivos que cualifican y dan contenido a los elementos patrimoniales de donde puedan deducirse las oportunas consecuencias en dicho ámbito.

Desde el punto de vista de esta jurisdicción, parece meridiano que la entrega por parte de los compradores de cantidades a cuenta para la compraventa de una **vivienda**, sin recibir nada a cambio, ni siquiera iniciarse seriamente la construcción, debe tener la oportuna respuesta en este ámbito sancionador, como delito de estafa.

En esta modalidad contractual, puede apreciarse la concurrencia de un negocio jurídico criminalizado cuando el promotor contrata ocultando que no tiene intención alguna de cumplir las obligaciones que la norma legal establece imperativamente en garantía del derecho del comprador para asegurar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente en la compra de una **vivienda**.

Hemos dicho que afirmar falsamente que el edificio proyectado contaba con licencia constituye un engaño relevante, y determinante del desplazamiento patrimonial, pues las normas de la experiencia nos dicen que difícilmente se abonan anticipadamente cantidades relevantes para la adquisición de una **vivienda**, si el comprador conoce que el edificio proyectado ni siquiera cuenta con licencia de edificación. Lo mismo sucede con la inexistencia de proyecto de edificación (STS 163/2014, de 6 de marzo).

Igualmente en esta última Sentencia hemos declarado que ordinariamente los supuestos de percepción de cantidades anticipadas en la venta de **viviendas**, con incumplimiento de las obligaciones legales de garantía, en caso de que la **vivienda** no llegue a construirse y las cantidades entregadas no sean devueltas, *suelen tipificarse* como apropiación indebida, por el precedente de la Ley 57/1968, de 27 de julio. La doctrina de esta Sala, pese a la derogación del art 6º de dicha Ley, sigue manteniendo la subsunción de estos comportamientos en la amplia y abierta fórmula del actual art. 252 C.P . cuando la **vivienda** no se construye y la devolución del dinero anticipado no se ha garantizado como exige la ley. Lo esencial de la norma establecida en el art. 1º de la Ley 57/1968 , que está vigente, es la necesidad de establecer un patrimonio separado, y garantizado, con las cantidades recibidas.

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

Pero si en la recepción de las cantidades a cuenta media engaño, el promotor incurrirá en delito de estafa del art. 248 CP . La circunstancia de que el art. 6º de la ley 57/1968 haya considerado que el uso indebido del dinero ingresado debía dar lugar a una distracción de dinero en el sentido de la apropiación indebida, no excluye la posibilidad de que en la celebración del contrato se haya cometido un delito de estafa, engañando al sujeto pasivo sobre condiciones esenciales de la contratación. Nos encontramos ante un supuesto de "negocio jurídico criminalizado" en el que el engaño surge porque el autor simula un propósito serio de contratar mientras que, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales o legales.

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

Ha de recordarse (sigue diciendo nuestra STS 605/2014, de 1 de octubre) que la disposición adicional **primera** de la LOE mantiene expresamente la vigencia de las obligaciones legales establecidas imperativamente en la Ley 57/68, disponiendo que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación

por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de **viviendas**. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de **viviendas** con las siguientes modificaciones: **a)** La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de **viviendas**, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. **b)** La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley. **c)** La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución. **d)** Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del artículo 6 de la citada Ley, se impondrán por las Comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.

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

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

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

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

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

En realidad, y sin necesidad de recurrir a figuras contractuales específicas, como el mandato, lo esencial de la norma establecida en el art. 1º de la Ley 57/68, que como se ha recordado está vigente, **es la necesidad de establecer un patrimonio separado y garantizado con las cantidades recibidas**. Este es el contenido específico, con repercusión penal, de dicho precepto. El delito de apropiación indebida lo cometerá, conforme al art. 252 del CP quien, habiendo recibido cantidades que, conforme al art. 1º de la Ley 57/68, **tenía obligación de garantizar y de no confundir con el patrimonio propio afectándolas a un destino específico**, se apropiare de tales cantidades o las distrajere de su destino, no entregando la **vivienda** ni devolviendo las cantidades percibidas anticipadamente.

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

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

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SEXO.- En el motivo séptimo el recurrente denuncia, por idéntica vía impugnativa que el anterior, la aplicación del art. 250.1.1º del Código Penal , esto es, que se trate de **primera vivienda**, en tanto esta característica no viene reflejada así en el relato histórico de la sentencia recurrida.

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

Es claro, dice la STS 605/2014, de 1 de octubre , que cualquier clase de **vivienda** no es apta para merecer la especial consideración penal que le proporciona este art. 250. 1.1, que persigue la protección de los consumidores en aquellos contratos que tienen por objeto las cosas de **primera** necesidad u otros bienes de reconocida utilidad social, entre los que incluye las **viviendas**, sin duda porque el uso de éstas satisface una necesidad tal elemental como es que se puede disponer de un espacio apto para que en él sea posible el desarrollo de nuestra propia intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

El art. 47 de esta misma ley Fundamental recoge como uno de los principios rectores de la política social y económica el derecho de todos los españoles a disfrutar de una **vivienda** digna y adecuada. Y aunque cualquier espacio cerrado utilizado para el desarrollo de la intimidad merece la especial protección que la Constitución y las Leyes reconocen al domicilio (art. 18.2 CE .), sin embargo cualquier **vivienda** no se encuentra comprendida en el ámbito de la aquí estudiada circunstancia 1ª del art. 250.1, sino solo aquella que puede considerarse bien de "**primera necesidad**" o "**de reconocida utilidad social**", esto es, la **primera vivienda** que tenga una persona para la satisfacción de esa fundamental necesidad de disponer de un albergue que le permita atender sus propias exigencias personales, y en su caso, familiares, excluyendo las que no sirven para este derecho prioritario. El **subtipo agravado** no será de aplicación, por tanto, en los casos en que la víctima dispone de dinero para adquirir otra **vivienda**, distinta de aquella en la que habita, como inversión, recreo o para aumentar su patrimonio, o incluso en los casos de cambio de domicilio, si no se acredita la venta de la **primera vivienda** y la realidad del traslado, pues siendo esta condición de **primera vivienda** elemento del tipo **agravado**, la carga de la prueba de tal circunstancia comprenderá a la acusación por aplicación de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

Insiste en esta doctrina la STS 551/2012, de 27 de junio , al declarar como hemos dicho de forma reiterada que la aplicación de la circunstancia agravatoria prevista en el art. 250.1.1º del CP , no puede realizarse, desde luego, con arreglo a una concepción puramente objetiva, ajena a los esquemas de culpabilidad que inspiran el derecho penal. Dicho con otras palabras, no basta con que el objeto del delito sea una **vivienda**, pues este precepto no es de automática aplicación siempre y por el solo dato de que aparezca en la dinámica de los hechos una **vivienda**, sino que debe limitarse a los casos en los que el perjudicado ve frustradas sus expectativas de adquirir una **vivienda** como bien de **primera** necesidad (SSTS 188/2002, 8 de febrero , 1094/2006, 20 de octubre). En el supuesto de hecho que es objeto de enjuiciamiento, nada se dice que esa **vivienda** fuera a constituir el domicilio habitual del recurrente. Se incumple así uno de los presupuestos que ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta misma Sala para la aplicación del **subtipo agravado**, a saber, que esa **vivienda** constituya el domicilio habitual del perjudicado, la morada del comprador, no dispensándose la protección reforzada a las denominadas segundas **viviendas** o a aquellas otras adquisiciones inmobiliarias concebidas como inversión (cfr. SSTS 932/2010, 20 de octubre ; 997/2007, 21 de noviembre ; 57/2005, 26 de enero ; 62/2004, 21 de enero y 559/2000, 4 de abril).

En el caso enjuiciado, ya hemos dicho que en el relato fáctico, no se dice nada respecto a esta cualificación, no expresándose más allá que se trataba de adquirir **viviendas**.

En la sentencia de instancia, los jueces «a quibus» se refieren a esta cuestión transcribiendo declaraciones de los perjudicados. Sin embargo, en esta cuestión debemos ser estrictos, **y la falta de constancia de un elemento esencial para activar la cualificación especial impide su apreciación.**

Es por ello que esta Sala, en Sentencias STS 470/2005, de 14 de abril, y 945/2004, de 23 de julio, ha declarado que la posibilidad de que se contengan en la fundamentación de la sentencia afirmaciones de carácter fáctico siempre ha sido de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado (SSTS 945/2004 de 23.7, 302/2003 de 25.2 y 209/2002 de 12.2), pues se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena (STS 1369/2003 de 22.10), de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales .

En este sentido, estimaremos el motivo y dictaremos segunda sentencia en donde individualizaremos la respuesta penológica al acusado.

SÉPTIMO.- El motivo octavo queda ya sin contenido, a la vista de la estimación del anterior, y respecto del motivo noveno, el recurrente parte de una premisa incorrecta para entender aplicable la atenuante de dilaciones indebidas, y ello porque supone infundadamente que la querrela de los perjudicados se presentó dos años después de haberse otorgado los contratos, concretamente el 1 de marzo de 2006, y siendo así que las diligencias se sobreseyeron provisionalmente y no se reabren hasta el Auto de 9 de abril de 2010, razón por la cual, como dice el Ministerio Fiscal, el tiempo anterior no tiene relevancia a estos efectos. Desde entonces, no existe una dilación extraordinaria, por lo que esta censura casacional no puede prosperar.

OCTAVO.- Las costas procesales de esta instancia casacional se declaran de oficio, a la vista de la estimación parcial del recurso de Primitivo (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR por estimación parcial al** recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado **Primitivo** contra Sentencia de fecha 21 de octubre de dos mil catorce de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria . Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano **Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Andres Palomo Del Arco**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil quince.

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de San Bartolomé de Tirajana incoó P.A. núm. 170/12 por delito de estafa contra **Primitivo**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que con fecha 21 de octubre de 2014 dictó Sentencia, la cual ha sido recurrida en casación por la representación legal de dicho acusado, y ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, dictan esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

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

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de suprimir el **subtipo agravado** de **vivienda** de **primera** necesidad, y condenar en el tipo básico del art. 249 del Código Penal, no tomando en consideración, aunque procediese, ni la continuidad delictiva, o en su caso, la agravación por la cuantía, aspectos éstos sobre los que obviamente no nos pronunciamos en contra de reo, pero de los elementos que nos permite tomar en consideración el citado art. 249, han de resaltarse el número de perjudicados, así como las cantidades que han sido defraudadas, como también los medios empleados por el autor, de manera que impondremos la pena de dos años y tres meses de prisión, sin que el precepto ahora aplicado lleve como sanción pena de multa. Se mantienen los demás aspectos del fallo de instancia: la responsabilidad civil y las costas procesales, incluidas las originadas a instancias de la acusación particular.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Primitivo como autor criminalmente responsable de un delito de estafa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de dos años y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se mantienen los demás aspectos del fallo de instancia: la responsabilidad civil y las costas procesales, incluidas las originadas a instancias de la acusación particular.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano **Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Andres Palomo Del Arco**

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.