

APROPIACIÓN INDEBIDA. LOS ANTICIPOS PARA COMPRAS DE VIVIENDAS

Ángel Muñoz Marín

Fiscal. Fiscalía General del Estado

EXTRACTO

Comete un delito de apropiación indebida aquel que recibe dinero a cuenta de las futuras viviendas y no cumple con la doble obligación de, primero, asegurar la devolución de las cantidades percibidas y, segundo, la de abrir una cuenta específica en la que ingresar dichas cantidades, las cuales deben dedicarse de forma excluyente a la construcción de las viviendas.

Palabras clave: apropiación indebida, delito continuado y *non bis in idem*.

Fecha de entrada: 14-12-2016 / Fecha de aceptación: 28-12-2016

ENUNCIADO

Tomás era el administrador único de la mercantil X, cuyo objeto social era la construcción y promoción de fincas urbanas. Tomás disponía de unos terrenos sito en la localidad Y, en los que pretendía realizar una promoción inmobiliaria, en total 36 viviendas provistas de garajes y trasteros. El lugar donde estaban ubicados los terrenos carecía de licencia municipal para construir y, aun careciendo de la misma, dio inicio a la publicitación de la promoción inmobiliaria, comenzando a realizar diversos contratos de reserva, para la posterior venta de las viviendas. Así, el 23 de octubre de 2013 acordó con Silvia la reserva de la vivienda n.º 1 del edificio A. En dicho contrato se hizo constar que la fecha de entrega sería en el mes de marzo de 2016, entregando Silvia a la firma del mismo la cantidad de 12.000 euros. En fecha 2 de noviembre de 2013 convino con Ricardo la reserva de la vivienda n.º 2 del edificio A, haciendo constar en el contrato como fecha de entrega el mes de marzo de 2016, entregando Ricardo la cantidad de 11.500 euros. En fecha 6 de noviembre de 2013 acordó con Santiago la reserva de la vivienda n.º 3 del edificio A, haciendo constar en el contrato que la fecha de entrega sería el mes de marzo de 2016, por parte de Santiago se entregó a la firma del mismo la cantidad de 18.600 euros. El 21 de noviembre de 2013 acordó con Paula la reserva de la vivienda n.º 4 del edificio A, fijando como fecha de entrega el mes de marzo de 2016, entregando a la firma del mismo la cantidad de 9.000 euros. Finalmente el 3 de diciembre de 2013 acordó con Andrés la reserva de la vivienda n.º 5 del edificio A, fijando como fecha de entrega el mes de marzo de 2016, entregando a la firma del mismo la cantidad de 13.000 euros.

Con posterioridad a la celebración de todos los contratos de reserva reseñados, Tomás solicitó en el ayuntamiento la concesión de la licencia para la construcción de las viviendas, la cual le fue denegada. Como quiera que la obra no se iniciaba dentro de los plazos que Tomás había asegurado en el momento de la firma de los contratos, los diferentes afectados comenzaron a requerir a Tomás para que les diera explicaciones, a lo que este les aseguraba que eran cuestiones burocráticas que en breve se solucionaría. En el mes de mayo de 2014 y ante la inexistencia de actuación alguna en los terrenos, todos los afectados le exigieron la devolución de las cantidades entregadas en concepto de señal, a lo que Tomás se negó, reiterando que las viviendas se construirían finalmente. No se procedió por parte de Tomás a la apertura de la cuenta especial para ingresos de los respectivos depósitos, ni al aseguramiento de las cantidades entregadas.

Cuestiones planteadas:

- ¿Ha cometido Tomás algún delito?
- ¿Qué pena llevaría aparejada el mismo?

SOLUCIÓN

La síntesis de los hechos es la siguiente: por parte de Tomás se decide, en calidad de promotor, la construcción de una promoción inmobiliaria. Tras la correspondiente publicitación de la misma, y antes de obtener la preceptiva licencia del ayuntamiento, comienza a recibir de diversos interesados cantidades a cuenta a las futuras viviendas. Al no obtener finalmente la referida licencia, no se da inicio a la construcción de las viviendas, por lo que al serle reclamada la devolución de las diversas cantidades entregadas este no procede a su devolución.

La primera cuestión que podría suscitarse es si estamos en presencia de un delito de estafa, de un delito de apropiación indebida o de una mera cuestión civil. El delito de estafa exigiría en Tomás un ánimo de engañar, esto es, haber urdido un plan para la obtención de dinero en perjuicio de terceros, sin que en ningún momento hubiera tenido la intención de proceder a la construcción de las viviendas. Sin embargo, de los datos que manejamos se observa que sí tenía la disposición de proceder a la realización de las mismas, ya que los terrenos eran suyos y se solicitó, aunque extemporáneamente, la oportuna licencia administrativa. También se deduce que es a raíz de esta denegación de la licencia cuando se frustra su originaria intención de levantar las viviendas. Por tanto, hay que concluir la inexistencia de «engaño» y, por ende, descartar la existencia del delito de estafa.

Más dudas podrían plantear discernir si estamos en presencia de un delito de apropiación indebida o de una cuestión atípica a solventar en la vía civil.

Como punto de arranque para la resolución de la primera cuestión planteada, hay que hacer alusión a lo establecido en el artículo 253 del CP que dispone:

«1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses».

El Tribunal Supremo –STS n.º 417/2015, de 30 de junio– respecto del delito de apropiación indebida considera que se manifiesta en dos tipos de comportamientos antijurídicos. En primer lugar, aquella conducta de aquel que ha recibido una cosa mueble por un título que comporta la obligación de entregarla o devolverla, y que llegado el momento no lo hace como consecuencia de haber dispuesto de forma ilícita de ella, por propia decisión. En segundo lugar, cuando se entrega una cantidad de dinero con un determinado fin, dinero que como bien fungible no está obligado a conservar en su identidad física, pero sí a darle el destino que previamente se había pactado, lo cual no realiza por propia voluntad que lo destina a otra finalidad. En ambos supuestos, y por exigencias de lo establecido en el artículo 252 del CP, debe existir el perjuicio de otro.

Los adquirentes de las futuras viviendas (Silvia, Ricardo, Santiago, Paula y Andrés) entregan como señal, para la reserva de las viviendas, diversas cantidades de dinero. Lo cierto es que dichas sumas se entregan con un fin concreto y determinado, cual es y valga la reiteración, la reserva de diferentes viviendas, perfectamente especificadas. El Tribunal Supremo mantiene que la distracción por parte del vendedor de aquellas cantidades que le han sido entregadas como anticipo deben considerarse como apropiación indebida –STS de 6 de marzo de 2015–. Con igual rotundidad se manifiesta la STS 89/2016, de 12 de febrero, al concluir, con cita de abundante doctrina del mismo tribunal, 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». Respecto a esta última afirmación conviene, para mayor claridad, realizar una serie de consideraciones; la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (derogada por la disp. derog. 3.ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, en la redacción dada por la disp. final 3.ª 4 de la Ley 20/2015, de 14 de julio), venía a establecer una serie de obligaciones para aquellas personas físicas o jurídicas que promovieran la construcción de viviendas, cuya finalidad era asegurar la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, para el supuesto de que no se procediere a la construcción de las viviendas. El artículo 1 de la citada ley (vigente en el momento en que los hechos ocurrieron) exige garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6% de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado por la entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por la entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros 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. El segundo requisito consiste en percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una entidad bancaria o caja de ahorros, en las que habrá de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Hoy día, derogada dicha norma, los mismos requisitos (con algunos pequeños matices en la redacción) vienen contemplados en la disposición adicio-

nal primera de la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, bajo la rúbrica «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción», esto es, garantizar la devolución de las cantidades percibidas y la obligación de ingresarla en una cuenta especial.

Con base en dichos requisitos legales, el Tribunal Supremo afirma –STS n.º 89/2016– que «El delito de apropiación indebida lo cometerá conforme al artículo 252 del CP quien, habiendo recibido cantidades que, por imperativo legal solo 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 consume, el delito de apropiación indebida». La consumación, como añade la citada resolución, se producirá cuando se llega al denominado «punto sin retorno», esto es, cuando no se entregue la vivienda o cuando no se proceda a devolver el dinero recibido.

En vista de la doctrina jurisprudencial reseñada, es palmario que Tomás ha cometido un delito de apropiación indebida contemplado en el artículo 253 del CP (hoy día, con la última reforma llevada a cabo por el CP, el delito de apropiación indebida se tipifica en el art. 253 del CP, reservándose el art. 252 al delito de administración desleal).

Para dar respuesta a la segunda de las cuestiones planteadas debemos acudir a lo establecido en los artículos 249 y 250 del CP a los que se remite el citado artículo 253 del CP. El primero de los preceptos establece la penalidad para el tipo básico –prisión de seis meses a tres años–; mientras que el artículo 250 del CP contempla el tipo agravado con pena de prisión de uno a seis años y, en concreto, para lo que nos interesa, hay que acudir a lo dispuesto en el ordinal 5.º que contempla el supuesto en que «El valor de lo defraudado supere los 50.000 euros o afecte a un elevado número de personas». Son pues dos conductas las que implican, en este caso, la imposición de una penalidad agravada, por una parte que la cuantía de lo defraudado exceda de 50.000, o que afecte a un elevado número de personas. Este segundo supuesto hay que descartarlo de plano, ya que en el supuesto que nos ocupa el número de afectados es de cinco, lejos, sin duda, de ese elevado número exigido por el precepto. En cuanto al otro supuesto, la suma de las cantidades (12.000 + 11.500 + 18.600 + 9.000 + 13.000) hacen un total de 64.100 euros, superando la cantidad necesaria para la apreciación del subtipo agravado. Sin embargo, el problema aparece cuando procedemos aplicar las normas del delito continuado.

Establece el artículo 74 del CP: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. 2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones

el juez o tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas». Con base en el precepto, no hay duda de que nos encontramos en presencia de un delito continuado de apropiación indebida, desde el momento en que son cinco las personas que entregaron dinero a Tomás con la finalidad de reservar sus viviendas y son, por tanto, cinco las acciones llevadas a cabo por el sujeto activo, cinco los delitos de apropiación indebida, que por aplicación del artículo 74 del CP tienen la consideración de un único delito, eso sí, continuado.

Si procediéramos a aplicar la agravación del artículo 250.1.5.º del CP (la suma de las cinco cantidades excede de los 50.000 €) y a la vez tuviéramos en consideración la pena agravada que establece el artículo 74.1 del CP (la pena para la infracción más grave que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado) estaríamos vulnerando el principio *non bis in idem*, ya que tomaríamos en consideración la misma circunstancia para agravar dos veces la pena. A este respecto el Tribunal Supremo –STS n.º 173/2013, de 28 de febrero– incide en que hay que evitar que la apreciación del delito continuado, en aquellos supuestos de cantidades acumuladas que han sido objeto de dicha continuidad delictiva, sea a su vez tenida en cuenta para la aplicación del doble efecto agravatorio si es dicha acumulación la que determina, además, la aplicación de un tipo agravado. A ello ya se refirió el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 con el siguiente literal: «el delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1, solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble incriminación». La interpretación que hay que hacer del acuerdo es el siguiente: como regla general, en los delitos continuados patrimoniales, hay que aplicar la norma punitiva contemplada en el n.º 1 del artículo 74 del CP; sin embargo en los casos de duplicidad valorativa se excluirá esta agravación.

Si tomáramos como ejemplo el caso que nos ocupa, si alguna de las cantidades entregadas por los perjudicados excediera de 50.000 euros, sí habría de aplicarse la agravación contemplada en el artículo 250.1.5.º del CP, junto con la pena contemplada para el supuesto del delito continuado –art. 74.1 CP–; sin embargo, si la cuantía superior a los 50.000 euros se obtiene de la suma de las diversas cuantías, en ese caso no procedería la aplicación de la pena contemplada en el artículo 74.1 del CP. La STS n.º 784/2016, de 20 de octubre, afirma que «tiene establecido reiterada jurisprudencia de esta Sala, el principio de especialidad (art. 8 CP) impone la prevalencia de la aplicación del subtipo agravado del artículo 250.1.5.º del CP cuando el total de la conducta defraudada supera los 50.000 euros, sin que después opere ya la agravación específica de la comunidad delictiva (art. 74.1 CP) si ninguno de los episodios defraudatorios excede de 50.000 euros».

En consideración a lo expuesto, el artículo 250.1 del CP establece una pena de uno a seis años y multa de seis a doce meses, con lo que dentro de esta horquilla legal el órgano judicial podrá imponer en consonancia con la regla establecida en el artículo 66.6 del CP la pena en la extensión que estime adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 66.6, 74, 249, 250 y 253.
- Ley 57/1968 (Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas), art. 1.
- Ley 38/1999 (Ordenación de la edificación), art. 1 y disp. adic. primera.
- SSTS n.º 173/2013, de 28 de febrero; 6 de marzo de 2015; n.º 417/2015, de 30 de junio; n.º 89/2016, de 12 de febrero; 784/2016, de 20 de octubre.
- Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 30 de octubre de 2007.