

El no reintegro de cantidades anticipadas para construcción de viviendas como modalidad de apropiación indebida

LORENZO MORILLAS CUEVA

Profesor Adjunto Numerario de Derecho Penal en la Universidad de Granada

SUMARIO: I, *Introducción*.—II, *Elementos*. 1. Elemento objetivo. A) Sujetos del delito. A') Sujeto activo. B') Sujeto pasivo. B) Conducta típica. A') Conducta descrita. A'') La entrega de cantidades a cuenta. B'') La no devolución de las cantidades recibidas. B'') Naturaleza de la obligación. C') Diferencias con figuras afines. A'') Con hurto. B'') Con estafa. 2. Elemento subjetivo.—III *Iter criminis*.—IV, *Pluralidad de acciones y unidad de delito*. 1. Delito continuado. 2. Delito masa.—V, *Penalidad*.—VI, *Conclusiones*.

I. INTRODUCCION.

La realidad social y política de España en la década de los años cuarenta engendra una amplia gama de problemas económicos de enorme envergadura. Uno de los más importantes es el de la escasez de viviendas, que repercute en una serie de efectos negativos para el ciudadano: promiscuidad, chabolismo, condiciones de habitabilidad inadecuadas, delincuencia, etc. (1). Esta carestía se intenta solucionar con la edificación de nuevas viviendas que en ningún momento guarda relación con el crecimiento demográfico y con las necesidades de la población. Dos son las vías para obtener un piso: el arriendo y la compra, ésta asequible exclusivamente a las minorías económicamente fuertes. Por tanto, para la gran mayoría de familias modestas únicamente quedaba una: el alquiler.

Semejantes factores sociales y las propias limitaciones que imponía la legislación de arrendamientos urbanos, dirigidas a impedir los abu-

(1) Vid., sobre la influencia de la vivienda como factor criminógeno: AFTALIÓN, Enrique R., *Derecho penal económico*. Buenos Aires 1959, páginas 242 y ss. FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *El agio arrendaticio* (en torno a las primas por arrendamiento de vivienda), Madrid 1969, páginas 29 y ss. LÓPEZ-REY, Manuel, *Criminología*, tomo I, Madrid 1975, páginas 400 y ss.

sos provenientes de esta necesidad producen una situación excelente para el nacimiento de la especulación alrededor de la vivienda. La primera manifestación, apunta Fernández Albor, se origina con una serie de arbitrariedades por parte de algunos arrendadores de viviendas en forma de primas de traspaso, con frecuencia muy elevadas, que repercuten sobre el precio normal de los alquileres y dan nacimiento a una nueva forma delictiva y a un tipo de delincuente (2).

Para evitar las primas por arrendamiento de viviendas se dicta la ley penal especial impropia de 27 de abril de 1946, cuyo contenido es el siguiente: Artículo 1.º: «El que para arrendar, subarrendar, traspasar o de otro modo ceder, total o parcialmente, el uso de vivienda, cobre en concepto de prima cualquier cantidad, además de la que pretenda percibirse por su alquiler, cometerá el delito a que se refiere el artículo 540 del Código penal, y serán coautores del mismo cuantos traten de lucrarse o se lucren con la dádiva». Artículo 2.º: «El agio cuya ilicitud declara el artículo anterior se reputará fraude sobre objetos de primera necesidad, siendo de aplicación a todos los efectos el artículo 541 del Código penal. Ello no obstante, los Tribunales, atendiendo a las circunstancias de cada caso, y especialmente a la cuantía del agio, podrán imponer la pena en sus grados mínimo o medio, salvo cuando el reo fuera reincidente, en que la pena se impondrá en su grado máximo». Con posterioridad, en el ámbito civil se promulgan las Leyes de 31 de diciembre de 1946 y 21 de abril de 1949, que intentan coadyuvar a la protección de los inquilinos contra los abusos de los propietarios.

La aplicación de la Ley de 1946 no logra las finalidades que se proponía, produciéndose nuevas modalidades comisivas de difícil detección legal, las cuales originan una importante cifra negra y hacen del agio una institución conocida y soportada por el pueblo que proporciona saneados beneficios a los que a esta actividad se dedican. En este sentido, Fernández Albor acepta que la aplicación de la Ley evidencia cómo son muy pocos los casos en que efectivamente se impone en proporción con las muchas veces que el delito se comete (3). Se empieza a desarrollar en España la delincuencia invisible de cuello y corbata (4) que tanta proliferación e impunidad ha tenido durante largos años en nuestro país, dado que las valoraciones colectivas a este respecto mediatizadas por el aparato ideológico del poder no han sido ni son todo lo reprobatorias que debieran.

En los años posteriores el rudimentario proceso económico-financiero se transforma paulatinamente con la introducción de nuevos factores que imprimen un ritmo mayor que altera notoriamente la problemática de la vivienda. De entre estos factores podemos destacar con

(2) FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *El agio...*, cit., pág. 28.

(3) *Ibid.*, pág. 29.

(4) Semejante calificación se puede encontrar en: AFTALIÓN, Enrique R., *Derecho Penal...*, cit., pág. 26. Vid. también KAISER, Günther, *Criminología*, Madrid 1978, págs. 209 y ss. FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, Barcelona 1978, págs. 9 y ss.

Aftalión los siguientes: a) la aceleración del crecimiento demográfico —en España propiciado y premiado por el propio Estado—; b) las inmigraciones canalizadas del campo hacia la ciudad, provocadas por el proceso de industrialización del país; c) el aumento sufrido por los costos de la construcción; d) el fuerte retraimiento de los inversores inmobiliarios que justificándose en presuntas pérdidas soportadas por el alquiler, sólo construyen viviendas para sus necesidades, para el comercio, para venta o para propiedad horizontal, pero pocas veces para arrendar; e) la progresiva acentuación del deterioro de los edificios viejos, que no son reparados, ni demolidos para reemplazarlos por otros nuevos por las dificultades que ofrece en la práctica el desalojo de los inquilinos (5).

Esta nueva crisis de la vivienda se compensa de alguna manera con el despegue económico iniciado en España a partir de los años sesenta. Hasta entonces la necesidad de ser propietario de un piso no era acuciante, ante la posibilidad del alquiler. Es en estos años cuando la clase media piensa en la viabilidad de adquirir su propia vivienda. Por tanto, dos causas influyen notoriamente: la escasa construcción para alquilar y el auge del sistema de compra. A ellas hay que unir la actividad de la Administración tendente a estimular la construcción de viviendas en su deseo no conseguido de resolver uno de los mayores problemas de la época.

El cambio de vivienda-arrendada a vivienda-propiedad engendra una nueva serie de dificultades jurídicas y sociales que requieren una regulación adecuada y conveniente; al no lograrse totalmente este anhelo se abre la puerta a la carrera de la especulación que busca desenfrenadamente la obtención de mayores y mejores beneficios.

Uno de los problemas fundamentales que plantea semejante situación es la entrega por parte del comprador de una vivienda de cantidades a cuenta. En este sentido, el Decreto de 3 de enero de 1963 sobre viviendas de renta limitada intenta prevenir los posibles abusos que se daban cuando en la construcción de viviendas con protección y ayuda del Estado los promotores pactaban con los futuros beneficiarios la entrega de estas cantidades sobre la base del simple otorgamiento de la calificación provisional. El Decreto, de carácter exclusivamente administrativo, encauza la financiación parcial de las obras mediante ese procedimiento con una serie de garantías y cautelas exigidas a los promotores para, según el propio Decreto, salvaguardar los intereses de los beneficiarios aportantes sin restringir la iniciativa de los promotores de buena fe.

A pesar del Decreto citado se dejan sin protección el resto de construcciones urbanas destinadas a vivienda sin la cobertura oficial, y en las que de igual manera los promotores reciben cantidades anticipadas de los futuros titulares. Esta laguna se intenta subsanar con la

(5) Vid., AFTALIÓN, Enrique R., *Derecho penal...*, cit., pág. 248. El estudio de Aftalión está dirigido a la realidad argentina. No obstante, pueden trasladarse perfectamente los factores enunciados a la problemática española.

Ley de 27 de julio de 1968, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, completada por los Decretos de 10 de agosto y 12 de diciembre de 1968.

La Ley, de naturaleza penal especial impropia, consta de siete artículos. Cinco de ellos de carácter exclusivamente administrativo y civilístico (6). El primero y el sexto, por contra, son de bifronte contenido, orientados en una doble vertiente de carácter civil una y penal típicamente otra (7). El artículo primero impone las siguientes obligaciones: a) Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado por entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por 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. b) Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán 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. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la obligación anterior.

El artículo sexto castiga el incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en la Ley con una multa por cada infracción. Su párrafo 2.º pena la no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas como falta o delito sancionados en los artículos 587, número 3.º y 535 del Código penal, en este último supuesto se impondrán las penas del artículo 528 en su grado máximo. Lógicamente, como recoge la propia Ley, el cumplimiento del artículo 1.º invalida la efectividad del párrafo 2.º del artículo 6.º, ya que la cuenta separada y el aval de lo que procediera devolver en caso de incumplimiento, garantizaría en todo caso la devolución voluntaria o judicialmente forzada de lo adelantado, como solución supletoria y optativa por la no entrega de lo contratado (8).

El artículo 535 del Código penal, al cual principalmente se remite la Ley, tipifica la apropiación indebida incluida en la Sección 4.ª del Capítulo IV (De las defraudaciones), del Título XIII (Delitos contra la propiedad). En este sentido la Sentencia de 28 de octubre de 1975 considera que la Ley no viene a ser más que una forma, acaso irregular, de interpretación «auténtica» del artículo 535, al puntualizar y prevenir en el artículo 6.º, párrafo 2.º que la no devolución se entiende encasillada en el antijurídico penal común citado, y de paso creando una agravación específica por motivos socio-económicos cuan-

(6) Artículos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º.

(7) Vid., en este sentido, Sentencia de 2 de mayo de 1977 (*Repertorio Jurisprudencia Aranzadi* 2056).

(8) Vid., sentencia cit.

do esta apropiación gravita sobre la promoción de construcción de viviendas (9). Semejante afirmación será matizada más adelante.

En otro orden de cosas, la Ley, como sucedió con el Decreto anterior, no prevé todas las hipótesis necesitadas de protección, así lo demuestra la aparición, meses después, del Decreto 12 de diciembre 1968, que aplica lo dispuesto en la Ley a la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, por medio del régimen de comunidad (10).

II. ELEMENTOS

Al presentarse «ex lege» la tipicidad especial del artículo 6.º de la Ley como una modalidad de apropiación indebida, sus elementos fundamentales coinciden de alguna manera con los de la apropiación. No obstante, al ser una figura especial muestra también características peculiares. A ellas vamos a prestar particular interés. A título de ejemplo, y como cita con exclusivo carácter de introducción, la Sentencia de 20 de marzo de 1978 (R.J.A. 1044) enumera separadamente caracteres de una y otra. Los requisitos que integran el delito de apropiación indebida los resume en los siguientes: a) En cuanto al objeto, se ha de tratar de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. b) En cuanto al título, ha de mediar una recepción de tales objetos, bien mediante depósito, comisión, administración, comodato, arrendamiento de obras o de servicios o cualesquiera otro que transmita legítimamente la posesión de aquéllos, mas sin atribuir el dominio o la disponibilidad sobre las cosas. c) Respecto a la dinámica de ejecución, o acción propiamente dicha, ya delictiva, el agente recibe los referidos objetos, y aprovechando las facilidades que la tenencia física e inmediata de las cosas, convierte la posesión legítimamente adquirida, con ciertas facultades de autónoma disposición, en propiedad antijurídica, asumiendo facultades de disposición que sólo al dueño competen, bien incorporando las cosas a su propio patrimonio, bien disponiendo de ellas en provecho propio o ajeno, o distrayéndolas del destino que debería darles según el título por el que las recibió o negaren haberlas recibido. d) Animo de lucro o propósito de obtener en beneficio propio o ajeno, elemento este esencial de la culpabilidad (11). En cuanto al no

(9) Vid., Sentencia 28 de octubre de 1975 (R. J. A. 4022).

(10) En este sentido: SAPENA TOMÁS, Joaquín; CERDÁ BAÑULS, Jerónimo, y GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *Las Garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores*. En Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino. XIII, Barcelona 1975, pág. 91. Por contra, la Sentencia de 14 junio 1977 (RJA 2749) parece ampliar las tipicidades de la Ley a viviendas de protección oficial al considerar la no devolución de cantidades a cuenta sobre viviendas con cédula de calificación provisional de protección oficial, como apropiación indebida.

(11) En parecido sentido, entre otras, Sentencias de 30 junio 1970 (RJA 3167), 20 enero 1971 (RJA 228), 15 de junio 1972 (RJA 3147), 7 noviembre 1973 (RJA 4258), 20 marzo 1974 (RJA 1392), 6 mayo 1974.

reintegro de anticipo para construcción de viviendas que no sean de protección oficial, para que se produzca el delito de apropiación indebida enumera éstos: a) Que exista defraudación económica de otra persona. b) La presencia de dolo peculiar del mismo. c) La falta por parte del constructor de las garantías prevenidas en el artículo 1.º de la Ley. d) No puede bastar para crear tal delito el mero incumplimiento formal de las garantías preventivas, pues este incumplimiento, sin dolosa defraudación y perjuicio cierto, obrando de buena fe, sin ánimo de lucro, sin menoscabo económico, con ausencia de culpabilidad y sin desvío del patrimonio de afectación, puede dar lugar a sanciones gubernativas. Mas sin tales datos, no existe el delito que ha de buscarse en la realidad del apoderamiento enriquecedor de aquéllos (12). Pasemos a completar y sistematizar su estudio.

1. Elemento objetivo

A) Sujetos del delito

A') La Ley de 27 de julio de 1968, cuando reseña las personas a las cuales es aplicable, utiliza distinta terminología. Así, se refiere a «las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada accidental o circunstancial...», a «los cedentes del contrato de cesión de vivienda...» y, sobre todo, en el artículo 6.º, aludiendo concretamente al sujeto activo de la modalidad delictiva en estudio, al «promotor».

Del contenido de la Ley y de las diferentes apreciaciones e interconexiones de su articulado se puede precisar una interpretación amplia del concepto de promotor, en el sentido de incluir a todas las personas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial. Consecuentemente, semejante afirmación exige que se incluyan como sujetos activos junto al promotor en sentido estricto, el constructor y los gerentes o representantes de las personas jurídicas,

(RJA 2150), 6 febrero 1975 (RJA 372), 14 octubre 1975 (RJA 3640), 10 noviembre 1975 (RJA 4121), 13 diciembre 1976 (RJA 5336), 25 marzo 1977 (RJA 1304), 12 mayo 1977 (RJA 2267) y 11 octubre 1977 (RJA 3706). En la doctrina, con carácter general, vid.: PETROCELLI, Biagio, *L'appropriazione indebita*, Nápoles 1933. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo II (Infracciones patrimoniales de apoderamiento), 2.ª ed., puesta al día por Carlos García Valdés, Madrid 1977, págs. 884 y ss. FERRER SAMA, Antonio, *La apropiación indebida*. "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", tomo II, año 1950, págs. 757 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*. P. E., 7.ª ed., Madrid 1977, págs. 357 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, P. E., 2.ª ed., págs. 236 y ss. SÁINZ-PARDO CASANOVA, José A., *El delito de apropiación indebida*, Barcelona 1977, págs. 70 y ss.

(12) En igual sentido, entre otras, Sentencias de 11 octubre 1973 (RJA 3673), 28 marzo 1974 (RJA 1468), 25 junio 1975 (RJA 2985) y 2 mayo 1977.

en el caso de que se haga en nombre de éstas la construcción o promoción.

Constructor es, según el Diccionario de la Real Academia Española, el que construye. En el tráfico jurídico, el profesional de la construcción de edificios, que puede hacerlo por cuenta ajena o por cuenta propia y, en este último caso, para vender las viviendas en proyecto, en construcción o terminadas (13). El que interesa a nuestro estudio es el constructor vendedor, es decir, el que edifica para lucrarse con la venta, con el que el adquirente contrata directamente y, por tanto, ha de responder ante él de las cantidades entregadas a cuenta.

Promotor es, conforme el Diccionario, el «que promueve una cosa, haciendo las diligencias conducentes para su logro». La figura como tal no está expresamente regulada por el Derecho positivo español. No obstante, del Reglamento de viviendas de protección oficial de 24 de julio de 1968 podemos sacar algunas conclusiones interesantes. Para el citado Decreto es promotor quien pudiendo disponer jurídicamente del terreno para construir sobre él, como propietario o titular de un derecho de superficie o de edificación (artículo 79, e), emprende la empresa para destinar la vivienda a uso propio, arrendamiento, venta o cesión (artículo 101), pudiendo tener tal condición los particulares, sociedades inmobiliarias, corporaciones públicas, privadas, etc. (artículo 22) (14).

Desde esta perspectiva, es fácil la confusión entre el constructor-vendedor y el promotor, dando lugar en la mayoría de los casos, a la figura aceptada internacionalmente del promotor-constructor. De cualquier manera, sujeto activo será la persona que vende la vivienda o responde de su construcción, ya en calidad de constructor-vendedor, promotor o promotor-constructor.

Hay que excluir como sujeto activo al denominado falso promotor, es decir, al que se limita a poner en contacto al constructor-vendedor con el adquirente, promocionando la construcción, en cuanto es un simple mediador. Tampoco es sujeto activo de esta modalidad comisiva el apoderado que recibe la cantidad a cuenta a los solos efectos de su entrega al promotor y no lo hace, disponiendo de ella en su propio provecho (15), en este caso existe el delito de apropiación indebida, pero al margen del tipo cualificado por la Ley.

Por otro lado, la actividad que supone la construcción de viviendas, y en general toda la función económica, está mayoritariamente en manos de sociedades mercantiles. Por eso no es infrecuente que en los delitos que estudiamos esté implicada una sociedad de esta clase. La propia Ley admite semejante posibilidad al estimar promotores de

(13) Vid., SAPENA TOMÁS, Joaquín; CERDÁ BAÑULS, Jerónimo y GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, *Las garantías de los adquirentes...*, cit., pág. 23.

(14) Vid., *Ibid.*, pág. 24.

(15) En este sentido: RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal...*, cit., P. E., pág. 367.

viviendas tanto a personas físicas como jurídicas, e incluso, el citado artículo 22 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial igualmente considera a las sociedades inmobiliarias y empresas constructoras. Ante esta aceptación legal de las personas jurídicas como promotores de viviendas surge el problema de su responsabilidad penal.

El tema en general tiene larga tradición en el Derecho positivo español, en la jurisprudencia y en la doctrina. El principio rector para solucionar el problema es, en opinión absolutamente mayoritaria, el de «Societas delinquere non potest». El Derecho penal moderno ha abandonado cualquier inclinación a la responsabilidad penal colectiva.

Desde que la lejana Sentencia de 16 abril 1914 declaró «que la responsabilidad criminal es personalísima e individual, sólo imputable a las personas naturales, no pudiendo ser sujeto activo del delito las entidades o personas jurídicas o colectivas, sino los individuos que en su nombre y representación realizaron los actos delictivos» (16) hasta la actualidad, nuestro alto Tribunal sigue firme en esta línea (17).

Igualmente, la opinión doctrinal dominante niega a las personas jurídicas la posibilidad de ser sujetos activos de delito, en cuanto no tienen voluntad de acción, ni capacidad de culpabilidad, ni capacidad de pena (18). A esta trilogía de razones aporta Rodríguez Devesa la sugerente observación de que tampoco las normas del procedimiento penal permiten hacer efectiva una responsabilidad criminal en una persona jurídica (19).

En nuestro Derecho positivo se reconoce expresamente la exclusividad de la responsabilidad individual. En este sentido los artículos 174, 175, 176, 238, 265, 319, 349 y 499 bis disponen que cuando se trate de una asociación, sociedad, entidad o cualquier otra modalidad de persona jurídica, la responsabilidad recaerá sobre las personas físicas que hubieren cometido el hecho en nombre de aquéllas: directores, presidentes, gerentes, etc. Sólo los artículos 265 y 349 contienen una medida a aplicar a la persona jurídica: la disolución. No obstante, en opinión de Bajo Fernández, no se trata de una pena criminal

(16) Antón cita, además, las Sentencias de 8 mayo 1928, 18 enero 1909 y 13 diciembre 1913. Vid., ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, tomo I, P. G., pág. 156.

(17) En este sentido, Sentencia de 17 junio 1967 (C.L. 761), 2 abril 1975 (RJA 1547).

(18) En este sentido, haciendo hincapié en uno u otro argumento, vid., RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal*. P. G., Madrid 1977, pág. 228. ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, cit., P. G., págs. 152 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, P. G., Madrid 1976, pág. 331. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico*, Madrid 1978, págs. 109 y ss. Críticamente, vid., BARBERO SANTOS, Marino, *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?*, "Revista de Derecho Mercantil", 1957, págs. 285 y ss. BRICOLA, Franco, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, "Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale", 1970, páginas 951 y ss.

(19) Vid., RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal...*, cit., P. G., pág. 331.

sino de una medida administrativa más de las que autorizadamente imponen los tribunales de justicia (20).

En el caso concreto que ocupa nuestra atención, la Sentencia 31 enero 1973 (E.C.J. 128) considera expresamente que la responsabilidad penal que se imputa por el incumplimiento por el promotor —persona jurídica— de la obligación de devolver al adquirente la totalidad de las cantidades anticipadas debe de repercutir en los gestores, representantes o apoderados que actuaran en nombre de la sociedad, «pues de otra forma vendría a consagrarse por los Tribunales que por el fácil expediente y artificio de crear real o aparentemente un ente social, se podría defraudar impunemente a los que pretendieran adquirir una vivienda, soslayando la responsabilidad penal de los gestores, bastando aducir para conseguirlo que la promoción era una actividad social no individualizada y que no cabría, por consiguiente, ni incriminar a la sociedad, porque dicho queda que no es legalmente posible, ni a sus gestores, por no ser promotores, aunque como órganos de ejercicio promovieran, con lo cual se tutelarían verdaderas defraudaciones penales quedando sin adecuada sanción sus verdaderos autores físicos o individuales, restando sólo expeditas las acciones civiles contra la sociedad de contingente y problemático resultado» (21).

En este sentido, el citado Decreto de 12 de diciembre de 1968 que amplía las disposiciones contenidas en la Ley a la construcción de viviendas que no sean de protección oficial por medio del denominado «régimen de comunidad», traslada la responsabilidad al gestor o gestores, ya sean personas físicas o jurídicas, que negocien la adquisición del solar y la construcción del edificio, y, en consecuencia, perciban las cantidades anticipadas, bien en calidad de propietarios del solar o como mandatarios, gestores o representantes de aquéllos, o bien con arreglo a cualquier otra modalidad de hecho o de derecho, directamente o por persona interpuesta; y a las personas integradas en las juntas rectoras de las cooperativas.

B') El sujeto pasivo del delito como titular del bien jurídico protegido es el adquirente, o comunero en el caso de comunidades o cooperativas de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar permanente o accidental que entregue cantidades a cuenta al vendedor-constructor, promotor o constructor-promotor. No importa que se trate de una persona jurídica, la cualidad del sujeto pasivo puede recaer en entes colectivos.

B) Conducta típica.

A') La conducta descrita por la Ley consiste en la no devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º. Por tanto, los elementos constitutivos del tipo están determinados por los requisitos esenciales exigidos por el artículo 1.º. Dos son los apartados que interesa tratar: La entrega de cantidades a cuenta de viviendas que no sean de protección oficial,

(20) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal...*, cit., pág. 113.

(21) En igual sentido: Sentencia 11 octubre 1973 (RJA 3673).

destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter temporal o permanente o bien a residencia de temporada accidental o circunstancial y la no devolución de las cantidades recibidas una vez expirado el plazo de iniciación de las obras o de la entrega de vivienda sin que una u otra hubiese tenido lugar.

A") El anticipo de cantidades ha de recaer sobre unas concretas clases de viviendas. En primer lugar, se excluye «ex lege» las viviendas de protección oficial, que mantienen una regulación distinta.

La expresión vivienda empleada por la Ley ha de entenderse en su concepción vulgar, que en este caso se identifica con la jurídica. El Diccionario de la Real Academia la precisa como «morada o habitación» de las personas o familias. En contra de la Ley de 27 de abril de 1946 que reduce las conductas de agio sólo a las viviendas de primera necesidad al remitirse al artículo 541 del Código penal, ahora se amplía no sólo a viviendas de uso permanente sino también a residencias de temporada. Se comprende, pues, las residencias de verano. En contra hay que excluir los bajos comerciales.

B") Es evidente que la inicial entrega de cantidades no presupone la conducta típica, para que ésta se realice en su totalidad es preciso que el sujeto activo incumpla los requisitos establecidos por el artículo 1.º de garantizar la devolución mediante contrato de seguro con entidad oficial, o por aval solidario, prestado por Bancos o Cajas de Ahorros reconocidas y de percibir la suma anticipada a través de una cuenta especial exclusiva a tal fin, y dirigida a satisfacer sólo la construcción, a través de entidad bancaria o Caja de Ahorros y se verifiquen los plazos temporales establecidos en el contrato entre promotor y adquirente para la iniciación de las obras o para la entrega de la vivienda con cédula de habitabilidad.

Por tanto, la conducta se realiza no cuando el sujeto activo recibe las cantidades anticipadas empleadas en usos distintos al indicado o en la misma construcción de viviendas sin las medidas preventivas detalladas en el artículo 1.º de la Ley, sino cuando no las devuelve transcurridos los plazos previstos. El verbo núcleo del tipo es el de «no devolver». Es evidente, por otro lado, que el que no devuelve se apropia ilegítimamente de la cosa. No será responsable penalmente según los postulados citados el individuo que recibe cantidades a cuenta para la construcción de viviendas e incumpliendo las medidas del artículo 1.º de la Ley no entrega aquéllas en el plazo convenido, pero sí el dinero recibido a cuenta más los intereses legales.

En definitiva, la conducta típica reseñada por la Ley no supone la mera inobservancia formal de las garantías preventivas del artículo 1.º, la cual puede ser sancionada administrativamente por el artículo 6.º párrafo 1.º, sino precisamente la pérdida del dinero anticipado, por la ausencia de devolución unida a la falta de entrega de la vivienda adquirida. Se trata, pues, de un delito de resultado, como todos los delitos contra la propiedad, por exigir la necesaria defraudación económica de otra persona (22).

(22) En este sentido, Sentencia 25 junio 1975.

B') Aspecto importante para la exacta delimitación de esta modalidad delictiva, verdadera clave de bóveda de su integración en el delito de apropiación indebida, es la concreta determinación del título mediante el cual se recibe el dinero y del que dimana la obligación de devolverlo.

La Ley de 27 de junio de 1968 utiliza reiteradamente terminología propia del contrato de cesión: cedente, cesionario, contrato de cesión, etcétera. No obstante, parece evidente que el legislador no está pensando estrictamente en la cesión típica que el Código civil regula bajo la denominación de «transmisión de créditos y demás derechos incorporales» en el Capítulo VII, artículos 1.526 y siguientes, dentro del título IV dedicado al contrato de compraventa. Pues, entre otras cosas, la expresión legal, afirman Sapena Tomás, Cerdá Bañuls y Garrido de Palma, pretende que no se evada de su aplicación cualquier tipo de operación por la que se transmita y adquiera una vivienda recibiendo el transmitente cantidades a cuenta del precio. Es claro, para estos autores, que el contrato más frecuente será la compraventa, en la que sí existe auténticamente precio *strictu sensu*, pero la terminología empleada impide que un contrato diferente escape de la aplicación de la Ley o pretenda serlo por una interpretación literal de unos términos demasiado estrechos aunque fueran técnica y jurídicamente depurados (23).

La aceptación de la compraventa como título adecuado conlleva importantes problemas, desde el momento en que al transmitirse la propiedad y no la posesión es imposible calificar de apropiación indebida tal como hace la expresa remisión legal, sino, en todo caso, si existiere engaño, como estafa. En la apropiación indebida, por definición, sólo se transfiere por el «tradens al accipiens» la posesión pero no la propiedad de las cosas confiadas («rei commendata»).

En este sentido, Sáinz-Pardo, al considerar que se trata de una compraventa con entrega de cantidades anticipadas, cuyos efectos reales son de traspaso de propiedad de tales cantidades al vendedor, rechaza su inclusión en el artículo 535; lo contrario, dice, convertiría la apropiación indebida en el «refugium peccatorum» de todas las nuevas leyes garantizadoras del tráfico comercial (24).

La jurisprudencia, ajustándose a la valoración que hace la propia Ley rechaza la posibilidad de una transmisión de la propiedad. La Sentencia de 18 abril 1975 (RJA 1692) es clara al afirmar que en fuerza a la disposición legal, no cabe hablar de una operación de compraventa de vivienda, sin plazo fijo para la entrega y que el comprador rescinde unilateralmente, sino de la posesión de un dinero en cuenta separada para garantizar la devolución. Más concreta es la Sentencia de 11 octubre 1973 en cuanto puntualiza que «(...) la dación del dinero es en mera posesión y con dinero impuesto, y a la

(23) SAPENA TOMÁS, Joaquín; CERDÁ BAÑULS, Jerónimo y GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel *Las garantías de los adquirentes...*, cit., pág. 91.

(24) Vid., SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., páginas 126-127.

vez condicionada al buen uso y adecuada finalidad, sin admitirse siquiera la inejecución de la vivienda de manera parcial, pues califica como injusto enriquecimiento, abuso de confianza y ausencia de lealtad debida, la transmutación de la entrega del dinero en posesión por título fiduciario de comisión, en su más amplio sentido, en propiedad ilegítima, que no se consiente por tratarse de un acto de autoridad propia prohibida y que se genera, por la no devolución del dinero adelantado, luego que transcurre el plazo pactado, sin la construcción acabada de la vivienda y su entrega con cédula de habitabilidad».

Con esta perspectiva, es opinión unánime en la jurisprudencia que desde el punto de vista civil puede hablarse de un reforzado depósito irregular en cuanto a la fungibilidad y disposición de la cosa depositada, pero perfectamente garantizada ya no sólo en cuanto a su devolución, sino en cuanto a la exclusividad de la inversión, o, si se prefiere, de un verdadero patrimonio separado, de afectación o fin, en cuanto el dinero entregado al promotor conserva su individualidad patrimonial a virtud de la finalidad a que únicamente puede ser destinado; todo lo cual explica que desde el punto de vista penal se califica que el quebrantamiento de depósito (Sentencia 28 marzo 1974) o su falta de constitución (Sentencia 9 febrero 1977 —RJA 414) por el promotor como delito o falta de apropiación indebida (25). La Sentencia 20 marzo 1978 habla de contrato con cláusula resolutoria.

Sáinz-Pardo contesta también la posibilidad de un depósito irregular al no incluirlo entre los títulos que dan lugar a la apropiación indebida, equiparándolo en cierta medida con el contrato de mutuo (26). La Sentencia de 16 diciembre 1976 niega categóricamente esta posibilidad («¡cantidades no prestadas, puesto que el mutuo traslada la propiedad!»).

En este tema, la frontera entre lo técnicamente convincente y la realidad legal es difícil de situar. Cierto es que el artículo 1.450 del Código civil dice que «la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado», pero también lo es que en la concreta relación jurídica que analizamos se introducen elementos atípicos e irregulares de indudable importancia. Por otro lado, nuestra más antigua jurisprudencia no es ajena al cambio, en supuestos diferentes pero en alguna medida parecidos al propuesto, como el pago aplazado con pacto de reserva de dominio, la decisión condenatoria por apropiación indebida procura no romper de lleno con la tradición que hace de la

(25) En idéntico sentido: Sentencias de 18 abril 1975, 16 diciembre 1976 (RJA 5356), 2 mayo 1977, 14 junio 1977 (RJA 2749), 13 abril 1978 (RJA 1333).

(26) Vid., SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., pág. 96. Sobre el depósito irregular, vid.: CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, 10.^a ed., Madrid 1977, página 668. Díez PICAZO, Luis, y GULLÓ, Antonio, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Madrid 1973, pág. 554-555. FLORES MICHEO, V., *El Depósito irregular*, "Revista de Derecho privado", 1963, págs. 753 y sL.

compraventa contrato inadecuado, alegándose la ficción de que las cosas apropiadas no se tienen en calidad de compra efectiva, sino de depósito, por lo que en rigor esta especie delictiva pudiera caber en la de dicho título contractual nominado del primer inciso del artículo 535 (27). En nuestro caso, y con un planteamiento inverso, la ficción puede pasar a realidad desde el momento en que el propio legislador exige el depósito de las cantidades anticipadas en cuenta especial con absoluta independencia de cualquier otra clase de fondos y con la exclusiva finalidad de atender a la construcción de la vivienda, lo que limita de forma importantísima el dominio sobre la cosa, pudiéndose considerar, de esta manera, que el dinero no se recibe a título de propiedad, sino meramente posesorio, en cuanto la fungibilidad de aquél se neutraliza por el depósito constituido «ope legis». Interpretación que no deja de ser arriesgada, pero que es consecuente con las precisiones legales.

En definitiva, parece conveniente aceptar los criterios jurisprudenciales para de algún modo justificar la precipitada remisión legal, lo que no supone de ninguna manera quebranto para el buen desarrollo jurídico, aunque en aceptable técnica el fantasma de la traslación de dominio esté presente en la estructura de este tipo.

C') La fragilidad del título en virtud del cual se reciben las cantidades anticipadas hace bastante problemática la ya de por sí complicada diferenciación entre la apropiación indebida y alguna de las figuras afines a ella. Dadas las características de la especial tipificación que estudiamos es conveniente relacionarla con el hurto y la estafa.

A'') Al mostrarse histórica y comparativamente la germinación del delito de apropiación indebida como un primer desglose del «furtum», que en no pocos aspectos, como dice Quintano, no se ha consumado plenamente (28), las afinidades entre ambas figuras delictivas oscurecen, en algunas ocasiones, a sus signos diferenciales. Coinciden, según el autor citado, en el sustantivo que les da nombre, y los verbos de él derivados, que igual pueden convenir a una u otra figura delictiva, puesto que el ladrón se apropia incuestionablemente de lo que es ajeno. Concomitancia que subsiste en cuanto que ambas versan precisamente sobre el mismo objeto, las cosas muebles; y también en su ajeneidad y, para los que así lo aceptan, en el ánimo de lucro. No obstante, donde las similitudes son más visibles es con el hurto cualificado por el abuso de confianza o la domesticidad (29).

Consecuente a este grado de identidad, la diferenciación entre las dos presenta graves inconvenientes tanto de tipo práctico como teórico. Viada, haciéndose eco de la opinión dominante en aquel momento, las distinguió en razón a que el primer elemento de la apropiación indebida lo constituye el «haber recibido» mientras que en el hurto

(27) Vid., QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado...*, tomo II, página 961.

(28) *Ibid.*, pág. 865.

(29) *Ibid.*, págs. 865-866.

su primer elemento es el de «tomar» (30). Sin embargo, este criterio que, como bien dice Sáinz-Pardo, puede ayudar, no es decisivo en los momentos actuales (31). El problema se complica en los supuestos de hurto con abuso de confianza, donde el sujeto activo tiene la posesión de la cosa. Ante semejante situación, afirma Muñoz Conde, la separación hurto-apropiación indebida no puede llevarse a cabo en nuestro derecho positivo en base al concepto de posesión sino en el título en virtud del cual se tiene la posesión (32).

La jurisprudencia no es pacífica en este punto (33). Según la reciente Sentencia de 6 mayo 1978 (RJA 1897) «en el sutil tema de diferenciar el delito de hurto, perpetrado con abuso de confianza, del vecino delito de apropiación indebida, la trayectoria jurisprudencial, reflejando la vacilación y perplejidad doctrinales, ha pasado por sucesivas etapas que pueden reconducirse a tres fundamentalmente: Una primera en que ateniéndose estrictamente a la dinámica de la acción reflejada por los verbos del tipo recogidos en el artículo 514-1.º y 535 del Código penal, respectivamente, y expresados en las palabras tomar y recibir, entendió que siempre que la cosa había sido transferida a manos del culpable por el dueño de la misma, la acción depredadora constituía apropiación indebida (estafa en la nomenclatura antigua) y no hurto (SS. de 25 marzo 1874, 12 febrero 1879, 9 enero 1882, 30 diciembre 1918 y 27 abril 1923, resolución esta última que llegó a reproducir el slogan doctrinal entonces imperante: hurta el que toma y estafa el que recibe); una segunda fase jurisprudencial en que apartándose de la anterior postura, mecanicista en exceso, atendió preferentemente al ámbito normativo de la titularidad que ligaba al «tradens» y al «accipiens», de modo que sólo los títulos que engendraran la efectiva entrega de la posesión de la cosa luego apropiada podían dar paso al delito del artículo 535 del Código penal, de suerte que la mera tenencia a precario de las cosas dadas por su dueño al detentador de las mismas no tenían poderío bastante para desplazar el hurto cualificado por el abuso de confianza del 516-2.º del Código penal (SS. de 7 marzo 1931 (R. 1507), 16 marzo y 21 noviembre 1942 (R. 365 y 1324), 26 abril 1951 (R. 1171), 24 noviembre 1952 (R. 2818), 22 mayo 1954 (R. 1217), 5 julio y 12 noviembre 1955 (R. 2174 y 3003), 28 febrero 1959 (R. 798), 29 marzo 1960 (R. 1143), 27 marzo y 21 abril 1961 (R. 1296 y 1349), 27 enero 1964 (R. 403), y otras muchas, entre las que no falta alguna que retrocede al viejo criterio, como la de 28 febrero 1964, o en que se pone de manifiesto la injusta consecuencia que se deriva del criterio normativo imperante, según cual sea la posición jerárquica de los coautores, dentro de la empresa perjudicada pero unidos todos ellos en la misma acción de-

(30) Vid., VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870*, 4.ª ed., tomo III, Madrid 1890, págs. 514-515.

(31) SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., pág. 52.

(32) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 233.

(33) Vid., con cierto detenimiento la evolución jurisprudencial en: SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., págs. 52 y ss.

lictiva, no obstante lo cual, sobre unos recaía una u otra calificación, como en la Sentencia de 25 mayo 1963 (R. 2453); y, en fin, una tercera etapa jurisprudencial que bien puede decirse que es la actual y dominante, la que partiendo de un generoso postulado de justicia material, trata de coordinar los dos sucesivos y anteriores criterios, de modo que se atiende tanto a la dinámica del acto como al título traslativo de posesión de la cosa, pero bien entendido que tal posesión no ha de ser definida con módulos civilistas cuya ardua diferenciación en ese campo ya está indicando la inoperancia de los mismos en el área iuspenalista en que deben de imperar criterios eminentemente realistas; de modo que en el caso límite de los que están ligados al dueño de la cosa por un contrato de servicios, no basta con esa relación contractual para que se dé paso, sin más, al delito de hurto con abuso de confianza, sino que si la cosa salió de algún modo de la «esfera de custodia» o de la «esfera de actividad» del principal, de manera que el serviciario tenga algún «poder autónomo» sobre la misma, dada la índole de los servicios prestados, entonces habrá base bastante para proclamar que la cosa fue «confiada» («res commendata») y no que el sujeto del delito se hizo con ella de manera subrepticia («res furtiva»), todo lo cual implica que habrá de examinarse caso por caso para concluir si, además de los títulos fiduciarios que enuncia el artículo 535, concurre algún otro —único o superpuesto a la relación o contrato de servicios— que implique aquella peculiar entrega de la cosa bastante a generar una posesión de la misma en el sentido expuesto (SS. de 9 marzo y 18 noviembre 1971 (R. 876 y 4674), 12 junio y 4 noviembre 1972 (R. 3088 y 4766), 15 abril 1973 (R. 1762), 25 junio 1974 (R. 2948), 29 octubre 1976 (R. 4382) y otras).

En el caso concreto que nos ocupa, la no devolución de las cantidades a cuenta, a pesar de que participa de las mismas analogías con el hurto que la apropiación indebida en general y por tanto de idénticas dificultades de diferenciación, se inclina en la disyuntiva hurto-apropiación indebida claramente por esta última. Las cantidades entregadas a cuenta no las tiene el promotor como una mera detentación sin facultades de disposición, al contrario, ejerce sobre ellas cierto grado de disponibilidad, aunque esté limitado exclusivamente a las atenciones derivadas de la construcción de viviendas. Además, si seguimos los pasos jurisprudenciales, el título de depósito irregular que fundamenta la relación es propicio para tipificar por el artículo 535.

B'') La diferencia entre el delito de estafa y el de apropiación indebida, que a nivel general no crea esenciales complicaciones, se embrolla, no obstante, en este supuesto. El dilema inicial se dirige a la naturaleza del título que conduce la relación entre el promotor y el adquirente que entrega cantidades a cuenta. Si se opta por una compraventa con traspaso de la propiedad queda inicialmente claro que no habrá apropiación indebida, sino, en todo caso, estafa, si existiere engaño. Pero aunque se acepte la tesis jurisprudencial del título posesorio las contradicciones no desaparecen.

Buena parte de la jurisprudencia y de la doctrina percibe la separación fundamental entre la apropiación indebida y la estafa en función del engaño. «La diferencia entre una y otra figura delictiva viene clara y específicamente marcada en los respectivos textos punitivos que las tipifican, al ser la estafa una defraudación patrimonial obtenida por engaño y la apropiación un apoderamiento o distracción de lo recibido en posesión transitoria con finalidad de devolución, entrega o destino prefijado, o sea, en la estafa el tipo delictivo se cualifica y caracteriza por el engaño que antecede o es simultáneo al desplazamiento y defraudación patrimonial, mientras en la apropiación su cualidad esencial radica en el abuso de confianza en que el culpable incide y del que prevale para quedarse con lo que ya tenía recibido, con fin determinado, trasmutando la mera posesión accidental, pero indudablemente lícita y jurídica, en propiedad ilegítima, al arrogarse la facultad de disposición de la cosa mueble recibida, despojando de la misma a su titular y verdadero dueño, por ser tal facultad circunscrita, inherente y destructiva del dominio, que con ánimo de lucro usurpa el culpable con correlativo perjuicio del perjudicado y auténtico legitimario de la cosa cuestionada, y ello conforme al consabido símil de la aprehensión, extensión y cierre de mano, respectivamente descriptivo del hurto, de la estafa y de la apropiación indebida» (34).

En nuestra materia concreta la dificultad se presenta al calificar aquellos supuestos en los cuales al sujeto le anima el engaño inicial, como el caso recogido por la Sentencia de 16 diciembre 1976, en el que un individuo se finge miembro de una sociedad dedicada a la construcción que no existía y se propone no acabar los pisos, quedándose con el dinero anticipado. La sentencia citada y la de 27 marzo 1974, en caso análogo, entiende, a pesar de la claridad del engaño, por apropiación indebida en base a la Ley de 27 julio de 1968. En contra, en un supuesto parecido, la Sentencia de 14 mayo 1977 (RJA 2282) parece encontrar un criterio salomónico: al fingir una solvencia de la que carecía el sujeto activo y actuar inicialmente de forma engañosa para obtener una contraprestación defraudatoria con ánimo de lucro y perjuicio notorio de 3.º, se remite a la estafa prevista en el artículo 529 núm. 1.º del Código penal. Para añadir: «Aunque hubiera inexistido el engaño ello no hubiera beneficiado al impugnante, pues deduciéndose incluso de su propio recurso que era un promotor de la construcción de viviendas, al contratar recibiendo el precio anticipado, venía obligado a avalar la devolución de lo anticipado y situar lo adelantado en cuenta separada y devolverlo si no empezaba y entregaba la construcción en el plazo convenido, con los intereses legalmente establecidos, todo ello según la Ley (...), y como nada de ello consta cumplido, es evidente que de no haber cometido la estafa por la que se le condenó, hubiera incurrido en la similar figura delictual,

(34) Sentencia 29 abril 1975 (RJA 1781). En la doctrina vid., QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado...*, cit., tomo II, págs. 874 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 232. SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., págs. 58 y ss.

apropiación indebida del artículo 535, que acarrea igual pena que la impuesta en la sentencia recurrida, que por el principio de «pena justificada» hubiera sido obligado mantener». La solución es inaceptable por cuanto la sentencia olvida el grado máximo agravatorio de la Ley. Con ella se llegaría a la paradoja de castigar con pena menos grave en los supuestos de existencia de engaño y con pena más grave (la anterior en su grado máximo) cuando aquél no se diere.

2. Elemento subjetivo.

Las características específicas del elemento subjetivo en la modalidad delictiva que analizamos se presentan con cierta complejidad. Al remitir la Ley al tipo de apropiación indebida que figura dentro del capítulo de las defraudaciones, y ser una auténtica defraudación, parece obligado, aunque no se diga expresamente, reconocer la necesidad de ánimo o propósito de lucro y ánimo de apropiación («animus rem sibi habendi») (35), que consisten, según la Sentencia 25 junio 1975, en «la ventaja, goce, utilidad o provecho alcanzado con el indebido apoderamiento». No basta lógicamente el mero incumplimiento formal de las garantías preventivas aludidas, lo cual puede ser sancionable administrativamente según el artículo 6 párrafo 1.º de la Ley, sino también precisamente la pérdida del dinero anticipado al promotor, por la ausencia de devolución unida a la falta de entrega de la vivienda o comienzo de la obra, pues sin dolosa defraudación y perjuicio cierto no existe delito (36).

De todos modos, las discrepancias fundamentales no vienen determinadas por la necesidad de un dolo peculiar, específico o dolo «in re ipsa», sino por su contenido. La Sentencia 13 abril 1978 considera de forma restrictiva el concepto de lucro y ánimo de apoderación al absolver al sujeto que no ingresa el dinero anticipado en ninguna cuenta especial bancaria ni concierta seguro para su devolución, pero lo «invierte en los pagos propios de la construcción de las mismas obras», debiéndose el incumplimiento de entrega de la vivienda en la fecha pactada a dificultades económicas nacidas principalmente de la crisis general en dicho ramo laboral, unidas a una grave enfermedad que padeció la esposa, que originó cuantiosos gastos que le evitaron el fallecimiento de la misma, causa a su vez de que la testamentaria, en la que participaban cuatro hijos de corta edad, bloqueara y congelara los medios económicos y fondo de maniobra que instrumentaba el sujeto en su negocio, si bien en el momento de la sentencia el edificio se encuentra nuevamente en construcción, estando prevista la terminación y entrega del piso a los compradores: «es decir, que además de no existir acción de apropiación en sentido estricto, puesto que se destinaron las cantidades recibidas de los querellantes al fin pactado, aunque con in-

(35) En este sentido, Sentencias 25 junio 1975, 16 diciembre 1976, 13 abril 1978, 20 marzo 1978, 29 diciembre 1978 (RJA 4401).

(36) Vid., Sentencia 25 junio 1975.

fracción de las garantías legales para su devolución, en caso de mora, tampoco puede hablarse de dolo correlativo a dicha acción a virtud de las fortuitas causas sobrevenidas antes expuestas; por lo que sólo resta un ilícito administrativo a corregir, en su caso, en dicha vía, y un incumplimiento de contrato a reclamar en vía civil por los presuntos perjudicados». En sentido análogo, la Sentencia de 20 marzo 1978. Conclusivamente, en ambas sentencias se fundamenta la no apreciación de culpabilidad en la no presencia de ánimo enriquecedor del sujeto al invertir las cantidades en la construcción de la propia obra, a pesar de no realizar las medidas preventivas exigidas por la Ley, en circunstancias marginales a la relación contractual (crisis, fallecimiento de la esposa, etc.) y en el posterior ánimo de entregar las viviendas.

En contra de esta opinión se manifiestan las Sentencias de 16 diciembre 1976 y 29 diciembre 1978. Esta última afirma claramente que «el lucro lo constituye las cifras de las cantidades anticipadas y que recibidas por el procesado fueron utilizadas en su beneficio, sin que correlativamente terminara la construcción del piso vendido en el plazo convenido, imputación que no queda oscurecida por el hecho de que el dinero recibido fuera en parte o enteramente invertido en la construcción (...), pues el querellante se encontró frustrado respecto a la vivienda adquirida y defraudado en cuanto a la suma del dinero entregada a tal fin, dándose realmente un empobrecimiento de éste con el simultáneo y recíproco enriquecimiento del acusado, que aun cuando invirtiera lo percibido en el edificio construido, fue aprovechado, o al menos sirvió, para saldar otros créditos pendientes contra el mismo».

El punto clave de este enfrentamiento jurisprudencial es la determinación de si el emplear las cantidades recibidas a cuenta en la construcción de la vivienda objeto del contrato, sin antes haber, por parte del promotor, satisfecho las medidas preventivas del artículo 1.º de la Ley, conlleva la imposibilidad del delito por falta de ánimo de lucro y enriquecimiento injusto. Parece que a tenor del estricto contenido de la Ley esta posibilidad no es aceptable, aunque pueda ser razonable. El elemento subjetivo del lucro ha de entenderse en el momento en que el sujeto no cumple con la devolución de cantidades ni con la entrega de la vivienda. En ese momento el dinero engrandece su patrimonio aunque haya sido invertido en la propia vivienda objeto de litigio, que no es sino parte del patrimonio del sujeto activo. Se produce, pues, un provecho o utilidad de la apropiación que es indebida en cuanto no se ha entregado la vivienda en los términos del acuerdo, lo que lógicamente produce un perjuicio al adquirente. Por otra parte, el ánimo posterior de devolución, de construcción o de terminación de las viviendas no excluye el dolo. La solución, que nos parece correcta técnicamente, puede presentar en determinados casos problemas de justicia material. Así lo entiende la Sentencia de 9 febrero 1977, que propone «en atención al cúmulo de circunstancias concurrentes en los hechos, el precio relativamente bajo en que se vendieron las viviendas y el aumento considerable tanto del coste de la mano de obra,

como de los materiales de construcción, y el escaso grado de malicia del procesado, carente de antecedentes penales», hacer uso de la facultad concedida por el párrafo 2.º del artículo 2 del Código penal para pedir un indulto parcial al Gobierno. De todo lo expuesto se deduce claramente la no posibilidad de castigar estos supuestos a título culposo.

III. «ITER CRIMINIS»

El delito se consuma cuando transcurre el plazo para la entrega de las viviendas o para el inicio de éstas, según los términos del contrato, o en su caso devolución de lo anticipado, sin que se produzca ni una cosa ni la otra, con el consiguiente perjuicio para el titular del derecho, es decir, para el adquirente, que desde el punto de vista civil, según el artículo 3.º de la Ley, podrá optar por la rescisión del contrato, lo que conlleva la figura delictiva o por conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

La posterior concesión de la vivienda o la reparación del daño con la restitución de las cantidades anticipadas no afecta a la consumación, puede tenerse en cuenta a los efectos de atenuar la responsabilidad con arreglo al artículo 9, pero nunca para justificar el delito ya cometido (37).

La especial configuración de esta modalidad, en cuanto que la acción, o se produce, y entonces queda consumada, o no se produce, y la propia realidad práctica excluyen cualquier posibilidad de tentativa o frustración (38).

IV. PLURALIDAD DE ACCIONES Y UNIDAD DE DELITO

1. *Delito continuado*

La figura del delito continuado que el propio Tribunal Supremo circunscribe a una serie de infracciones, entre las que se encuentra la apropiación indebida (39), puede ser apreciada en algunos casos de no devolución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, siempre que se den los requisitos exigidos para este delito,

(37) En esta línea y con carácter general, vid., SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., págs. 161-162.

(38) Con carácter general, vid., MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 240. PETROCELLI, Biaggio, *L'appropriazione...*, citada, pág. 420. SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., página 162.

(39) Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona 1972, pág. 320. SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., pág. 172.

ficción según unos, necesidad ontológica según otros. La indefinición legal que en España padece el delito continuado hace que la doctrina y jurisprudencia no sean siempre coincidentes en torno a los requisitos que lo configuran. La Sentencia de 5 mayo 1977 (RJA 2184) intenta resumir las distintas posiciones con los siguientes: a) diversidad de acciones, pues si hubiera unidad holgaría toda problemática; b) unidad de precepto penal violado, de tal forma que todas las acciones puedan subsumirse en un artículo del Código penal o en un grupo de preceptos establecidos en el mismo, íntimamente relacionados o conectados entre sí; c) unidad de sujeto activo, aunque pueden admitirse en ocasiones importantes excepciones; d) homogeneidad del objeto y de la dinámica operativa o técnica ejecutiva o comisiva; e) sobre todo, unidad de propósito, dolo unitario o designio único, puesto que si el agente descompone su quehacer delictivo en varias acciones, es porque su ambición es vasta y compleja, con lo que conforme a un método o sistema programado de antemano, desarrolla lo proyectado y planeado, a través del tiempo, frente a distintas personas y en diversos lugares, por fases o etapas, pero obedeciendo todo, como ya se ha dicho, a un propósito único que, gracias a su complejidad y amplitud, pasa a fase ejecutiva de modo múltiple y aparentemente diverso; f) la unidad de sujeto pasivo no es siempre esencial; y g) tampoco lo es la de tiempo y lugar, la que habrá de ponderarse por los Tribunales de modo circunstancial y relativo, es decir, de acuerdo con las peculiaridades del caso (40).

2. Delito masa

La carestía de viviendas y la especulación destacada en su torno originan en la figura delictiva que analizamos, el llamado delito masa (41), característica de fraude colectivo que está íntimamente vinculada a esta modalidad comisiva. Se dará el delito masa, según Sáinz Cantero, «siempre que el sujeto activo, mediante una sola acción o por varias acciones que, consideradas independientes, constituiría cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas, cuyos

(40) En este sentido, recogiendo el texto de la sentencia, vid., LAN-
DROVE DÍAZ, Gerardo, *Los fraudes colectivos*, Barcelona 1978, págs. 59-60.
Sobre el delito continuado en general, con abundante bibliografía, vid.,
CASTIÑEIRA, María T., *El delito continuado*, Barcelona 1977, págs. 7 y ss.

(41) La exacta diferenciación entre el delito continuado y el delito
masa se presenta cada vez más compleja, sobre todo a raíz de las nuevas
versiones jurisprudenciales del delito continuado que hemos transcrito,
las cuales hacen que éste y aquél se acerquen significativamente. Algu-
na sentencia habla del delito masa como de una figura peculiar del deli-
to continuado (por ejemplo, Sentencia de 6 febrero 1970, RJA 889). Lan-
drove Díaz, a través de un profundo análisis jurisprudencial llega a
plantear la conveniencia de reducir ambas modalidades de delito único
en un delito continuado, concebido con la suficiente amplitud y descrito
en nuestro Código, de la misma forma que lo ha sido en textos legales
foráneos. *Los fraudes...*, cit., págs. 68 y ss.

componentes individuales, en principio indeterminados, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos» (42). Conforme a la definición establecida y recogiendo la doctrina y jurisprudencia sobre el tema, el mismo autor cita los siguientes elementos: el elemento subjetivo o unidad de plan criminal; el presupuesto material, constituido por la pluralidad de acciones en unos casos o por una pluralidad de actos integrantes de una sola acción, en otros; la unidad de precepto penal violado; y, el sujeto pasivo masa (43).

La realidad del delito masa en la no devolución de las cantidades, entregadas a cuenta de viviendas, es reconocida por el propio legislador en el Preámbulo de la Ley de 27 de julio de 1968 lo que supone, según la Sentencia de 28 de marzo de 1974, que «a los que sea aplicable la mentada disposición legal la contemplación de un solo delito de fraude colectivo se hace obligada en una perspectiva de interpretación ya no sólo jurisprudencial, sino de «mens legislatoris» o auténtica».

V. PENALIDAD

Como ya hemos recogido, el artículo 6.º párrafo 2.º de la Ley de 27 de julio de 1968 remite a la apropiación indebida en los siguientes términos: «(...) será constitutivo de falta o delito sancionado en los artículos 587, número 3 y 535 del vigente Código penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo». En orden a su penalidad podemos sacar las siguientes deducciones:

a) Obviamente la falta no se castigará por el artículo 528. Existe en este sentido un claro defecto de coordinación legislativa, desde el momento que el artículo 528 sólo puede sancionar delitos y no la falta del número 3 del artículo 587, que se regirá por el propio artículo 587, lo que plantea la duda de si a pesar de castigar por el 587 habrá que hacerlo con el máximo de la pena que fija, pues la Ley explícitamente sólo se refiere al grado máximo del artículo 528. Rodríguez Devesa parece inclinarse por la respuesta negativa, es decir, la agravación ha de entenderse para el solo caso en que el hecho se califique como delito, y no como falta (44). En rigor es la solución correcta.

b) En la remisión que establece la Ley, se mantiene lógicamente el criticable sistema de fijación de penas en función del valor de la defraudación propio del artículo 528.

c) Las penas establecidas por el artículo 528 son: 1.º) Presidio mayor si la defraudación excediese de 600.000 pesetas; cuyo grado

(42) SÁINZ CANTERO, José Antonio, *El delito masa*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, año 1971, pág. 664.

(43) *Ibid.*, págs. 668 y ss. En este mismo sentido, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Los fraudes...*, cit., págs. 45 y ss.

(44) Vid., RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal...*, cit., P. E. pág. 366.

máximo es de diez años y un día a doce años. 2.º) Presidio menor excediendo de 150.000 pesetas y no pasando de 600.000; su grado máximo es de cuatro años, dos meses y un día a seis años. 3.º) Arresto mayor si la defraudación fuese superior a 15.000 pesetas y no excediese de 150.000 pesetas o si no excediese de 15.000 pesetas y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por hurto, estafa o apropiación indebida; el grado máximo es de cuatro meses y un día a seis meses. La falta se castiga según el artículo 587 con arresto menor.

d) La apropiación indebida del artículo 535, que también se remite para sus sanciones al 528, lo hace igualmente y, en su caso, a las del 530, donde se castiga con la pena respectivamente superior en grado a los culpables que fueren dos veces reincidentes en el mismo o semejante especie de delito. La Ley nada dice del artículo 530. El silencio legal hay que interpretarlo como no remisión, ya que en caso de querer aplicarlo hubiere bastado el envío a la propia penalidad de la apropiación indebida; por el contrario, el artículo 6.º de la Ley prefiere citar de forma concreta el 535 y el 528 y omitir el 530. Esta solución, correcta técnicamente, produce una clara contradicción: para los no reincidentes por dos veces la Ley se manifiesta como una agravación con respecto al artículo 535; por contra, para los reincidentes por dos veces en los términos fijados por el artículo 530 será una forma privilegiada con relación a la apropiación indebida. Pero lo contrario es franquear la letra de la Ley, en perjuicio del reo.

VI. CONCLUSIONES

El estudio realizado del contenido penal de la Ley de 27 de julio de 1968 sobre percepción de cantidades entregadas en la construcción y venta de viviendas muestra la justificada alarma de la opinión pública ante los reiterados abusos producidos en este tema y el loable deseo del legislador de combatir semejante problema de fraude colectivo. No obstante, esas buenas intenciones legislativas se ven frenadas en el aspecto penal por una defectuosa y contradictoria redacción del tipo, que se manifiesta en su precipitada remisión al delito de apropiación indebida, en el encorsetamiento excesivamente rígido de la conducta descrita como infracción y en el cercano parentesco de algunas de sus modalidades con otras figuras delictivas. Todo ello agravado, al margen de los importantes defectos puramente técnicos, con una pena que basada en la cuantía se manifiesta, en muchos casos, como excesivamente grave. Piénsese que en las circunstancias actuales pocas son las cantidades anticipadas para la compra de una vivienda que no rebasen las 600.000 pesetas, lo que conlleva que en casi todos los supuestos de no devolución se castigará con la pena de presidio mayor en su grado máximo, es decir, diez años y un día a doce años.

Con esto no negamos que el tratamiento de esta forma de defrau-

ación, basada en la necesidad fundamental del alojamiento familiar, exija energía y rigidez, pero al mismo tiempo reclamamos coherencia y claridad en la conducta tipificada. El propio Preámbulo de la Ley advierte que para combatir estos atropellos son necesarias medidas preventivas de carácter administrativo y sanciones penales, bastante más aquéllas que éstas, añadimos nosotros. En estos momentos, la frontera entre el mero incumplimiento de las garantías administrativas y la no devolución de alguna manera justificada y la auténtica infracción criminal es, en la práctica, excesivamente oscura. Realmente, y poco hace la Ley para evitarlo, se entrecruzan y confunden con extrema facilidad ilícitos civiles, administrativos y penales. Su estricto deslinde lleva al intérprete a resultados excesivamente duros. Para mitigarlos la jurisprudencia, en los citados supuestos de las Sentencias de 13 abril 1978, 20 de marzo 1978 y 9 febrero 1977, recorta inadecuadamente el concepto de lucro o utiliza la salida del indulto parcial.

Todo lo expuesto justifica la urgente revisión del contenido penal de la Ley, con la consiguiente creación de un tipo específico, que albergado en el Código penal bajo una nueva titulación referida a los delitos económicos, proteja a los adquirentes que entreguen cantidades a cuenta a promotores que de mala fe defrauden sus legítimas expectativas de obtención de vivienda, sin remisión a ningún otro tipo, con diáfana distinción de otras formas de ilícitos y con penas adecuadas a las distintas variedades que la conducta delictiva puede presentar.

