



Roj: SAP TF 667/2012 - ECLI:ES:APTF:2012:667  
Id Cendoj: 38038370052012100092  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Santa Cruz de Tenerife  
Sección: 5  
Nº de Recurso: 2/2010  
Nº de Resolución: 83/2012  
Procedimiento: Procedimiento Abreviado  
Ponente: JOSE ULISES HERNANDEZ PLASENCIA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

Ilmos. Sres.

Presidente: D. Francisco Javier Mulero Flores

Magistrados: D. José Félix Mota Bello

D. José Ulises Hernández Plasencia

En Santa Cruz de Tenerife, a 20 de febrero de 2012.

Vista en nombre de S. M. el Rey, y en juicio oral y público, ante esta Audiencia Provincial, la causa de Procedimiento Abreviado núm. 18/2005 (D. P. 809/2007), procedente del Juzgado de Primera Instancia Número 4 de San Cristóbal de La Laguna, Rollo de esta Sala 02/2010, por delitos de estafa y apropiación indebida seguida contra los acusados Marco Antonio , mayor de edad por nacido el día NUM000 de 1953, con DNI núm. NUM001 , sin que le consten antecedentes penales; y Evaristo , mayor de edad en cuanto nacido el día NUM002 de 1960, con DNI núm. NUM003 , sin que le consten antecedentes penales, ambos representados, respectivamente, por los Procuradores de los Tribunales D. Antonio Duque Martín de la Oliva y Dna. Carmen Blanca Orive Rodríguez, y dirigidos respectivamente también por los Letrados D. Francisco Sánchez del Río y del Campo y Dna. María Adela Díaz Alayón, ejerciendo la acción pública el Ministerio Fiscal, representado por D. Sebastián Zapata Agüera, y las acusaciones particulares por Dna. Noemi y D. Amador , representados por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Andrés Rodríguez López y dirigidos por la Letrada Dna. Ana Teresa Perera Concepción; por D. Florencio , D. Nazario , Dna. Dolores y Dna. Penélope , representados por la Procuradora de los Tribunales Dna. María Montserrat Padrón García y dirigidos por los Letrados D. Rafael Montesinos Borges y D. Guillermo Serrano Camacho; y por Dna. Marina , Dna. Consuelo , D. Alberto , D. Esteban , Dna. Rebeca , D. Maximiliano , Dna. Estela , Dna. Ofelia , D. Juan Carlos , D. Constantino , Dna. Carmen , D. Julián , Dna. Noelia , Dna. Bernarda , D. Porfirio , Dna. Mercedes y Dna. Araceli , representados por la Procuradora de los Tribunales Dna. María Teresa Medina Martín y dirigidos por los Letrados D. José Ismael Rodríguez Álvarez, Dna. Rosa María Serrano Montesinos y Dna. Ana Teresa Perera Concepción, y siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Ulises Hernández Plasencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Las diligencias penales de referencia fueron declaradas concluidas y remitidas a esta Audiencia Provincial, habiéndose procedido a su tramitación de conformidad con lo prevenido en las Leyes Procesales, celebrándose las sesiones del Juicio Oral a partir del día 12 de diciembre de 2011.

SEGUNDO. El Ministerio Fiscal, al elevar a definitivas sus conclusiones, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa previsto y penado en los artículos 248 , 249 , 250.1 o y 74 del CP , con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 del CP , del que resulta ser autor penalmente responsable el acusado Marco Antonio y solicitando la imposición de las penas de 3 años y 6 meses de prisión, multa de doce meses con cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme a lo previsto en el art. 53 del CP , e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil, el Ministerio Fiscal solicita se imponga al acusado Marco Antonio , la obligación de indemnizar en la cantidad de 13.429 euros a Florencio e Dolores ; de 3.005 euros a Nazario ; de 15.073 euros a Oscar ; de 16.957 euros a Cristina ; de 16.590 euros a Noemi . Asimismo, se solicita la indemnización de todos aquellos perjuicios causados a los perjudicados que se acrediten en el juicio oral o en ejecución derivados de la inversión del dinero para la adquisición de vivienda familiar, así como todos aquellos arrendamientos y otros gastos generados. De dicha responsabilidad civil solicita se declaren responsables subsidiarios las empresas Archipiélago de Viviendas S. L. y Sistemas Constructivos Archipiélago S. L., debiéndose aplicar en su caso a todas estas cantidades lo previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO. Por la acusación particular de Penélope se calificaron los hechos, una vez elevadas a definitivas sus conclusiones, como constitutivos de los delitos de estafa y apropiación indebida, previstos en los artículos 248 , 250.1 o y 252 del CP , del que resulta ser penalmente responsable el acusado Marco Antonio , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando, por el delito de estafa, la imposición de las penas de 6 años de prisión, multa de doce meses a razón de 200 euros de cuota diaria, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para su actividad de empresario de construcción; y por el delito de apropiación indebida, las penas de 3 años de prisión, multa de 8 meses a razón de 200 euros de cuota diaria, así como las accesorias de sufragio pasivo y profesional. En concepto de responsabilidad civil, solicitó se impusiera al acusado Marco Antonio la obligación de indemnizar a Penélope en la cantidad de 22.489,87 euros, más otros 2.249 en concepto de penalización pactada, así como los intereses legales devengados desde la fecha de 29 de noviembre de 1998.

Por la acusación particular de Juan Carlos y Ofelia , al elevar a definitivas sus conclusiones, se calificaron los hechos como constitutivos de delitos de estafa ( arts. 248 y 250.1 CP ) y apropiación indebida ( art. 252 CP ), del que resulta penalmente responsable el acusado Marco Antonio , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitando la imposición, por el delito de estafa, de las penas de 6 años de prisión, multa de 12 meses a razón de 200 euros de cuota diaria, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para su actividad de empresario de construcción, y por el delito de apropiación indebida, las penas de 3 años de prisión, multa de 8 meses a razón de 200 euros de cuota diaria, así como las accesorias de sufragio pasivo y profesional. En concepto de responsabilidad civil, solicitó se impusiera al acusado Marco Antonio la obligación de indemnizar a Juan Carlos y Ofelia en la cantidad de 2.926.000 pesetas, más 2.249 euros en concepto de penalización pactada, así como los intereses legales devengados desde la fecha de 29 de noviembre de 1998.

Por la acusación particular de Florencio e Dolores , al elevar a definitivas sus conclusiones, se calificaron los hechos de conformidad con las conclusiones segunda, tercera, cuarta y quinta correlativas del Ministerio Fiscal. En concepto de responsabilidad civil, solicitó se impusiera al acusado Marco Antonio la obligación de indemnizar a Florencio e Dolores en la cantidad de 12.965,03 euros.

Por la acusación particular de Nazario , al elevar a definitivas sus conclusiones, se calificaron los hechos de conformidad con las conclusiones segunda, tercera, cuarta y quinta correlativas del Ministerio Fiscal. En concepto de responsabilidad civil, solicitó se impusiera al acusado Marco Antonio la obligación de indemnizar a Jesús Luis en la cantidad de 3.005,06 euros.

Por la acusación particular de Noemi , al elevar a definitivas sus conclusiones, se calificaron los hechos como constitutivos de los delitos de estafa ( arts. 248 y ss. CP ) y apropiación indebida ( art. 252 CP ), del que resulta penalmente responsable el acusado Marco Antonio , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitando la imposición, por el delito de estafa, de las penas de 6 años de prisión, multa de 12 meses a razón de 60 euros de cuota diaria, y por el delito de apropiación indebida las penas de 3 años de prisión, multa de 12 meses a razón de 60 euros de cuota diaria, así como la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas. En concepto de responsabilidad civil, solicitó se impusiera al acusado Marco Antonio la obligación de indemnizar a Noemi en la cantidad de 21.605,18 euros, así como los intereses legales devengados y las indemnizaciones que correspondan conforme al contrato suscrito con el acusado.

Por la acusación particular de Amador y Otra, al elevar a definitivas sus conclusiones, se calificaron los hechos como constitutivos de delitos de estafa ( arts. 248 y ss. CP ) y apropiación indebida ( art. 252 CP ), del que resulta penalmente responsable el acusado Marco Antonio , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitando la imposición, por el delito de estafa, de las penas de 6 años de prisión, multa de 12 meses a razón de 60 euros de cuota diaria, y por el delito de apropiación indebida las penas de 3 años de prisión, multa de 12 meses a razón de 60 euros de cuota diaria, así como

la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas. En concepto de responsabilidad civil, solicitó se impusiera al acusado Marco Antonio la obligación de indemnizar a Amador en la cantidad de 29.545,76 euros, así como los intereses legales devengados y las indemnizaciones que correspondan conforme al contrato suscrito con el acusado.

Por la acusación particular de Constantino y las restantes acusaciones particulares, al elevar a definitivas sus conclusiones, se calificaron los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa ( arts. 248 , 249.1 y 2 , 250.1 y 6 , y 74 CP ) o, alternativamente, de un delito de apropiación indebida ( art. 252 CP , en relación con la Ley 57/68, de 27 de julio -arts. 1 y 7 o-), del que resultan penalmente responsables los acusados Marco Antonio y Evaristo , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitando la imposición, por el delito de estafa, de las penas de 8 años de prisión, multa de 24 meses a razón de 50 euros de cuota diaria, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para el ejercicio de la profesión de promotor o constructor por el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales. En su caso, por el delito de apropiación indebida, las penas de 6 años de prisión, multa de 12 meses a razón de 50 euros de cuota diaria, con responsabilidad personal subsidiaria, así como las accesorias de inhabilitación para el derecho sufragio pasivo y de ejercicio de la profesión de promotor o constructor, así como al pago de las costas procesales. En concepto de responsabilidad civil, solicitó se impusiera a los acusados Marco Antonio y Evaristo la obligación solidaria de indemnizar a:

- 1) José Porfirio y Mercedes en la cantidad de 18.916,09 euros.
- 2) Alberto y Consuelo en la cantidad de 21.405,05 euros.
- 3) Esteban y Bernarda en la cantidad de 21.335,93 euros.
- 4) Maximiliano y Estela en la cantidad de 20.326,23 euros.
- 5) Rebeca en la cantidad de 19.610,42 euros.
- 6) Araceli en la cantidad de 21.405,05 euros.
- 7) Constantino y Marina en la cantidad de 22.057,14 euros.
- 8) Julián y Noelia en la cantidad de 22.688,21 euros.

A las antedichas cantidades se solicita la adición de todas aquellas otras provenientes de los perjuicios que se acrediten en ejecución de sentencia, derivadas de la inversión del dinero para la adquisición de la vivienda familiar, así como todos aquellos derivados de la estafa imputada, con aplicación de lo dispuesto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Se solicita también se declare responsables civiles subsidiarios las empresas Sistemas Constructivos Archipiélago S. L., Archipiélago de Viviendas S. L. y la Caja General de Ahorros de Canarias (Cajacanarias).

CUARTO. Las respectivas defensas de los acusados solicitaron, al elevar a definitivas sus conclusiones, la libre absolución de sus defendidos.

## HECHOS PROBADOS

Resultan probados y así se declara los siguientes hechos:

El acusado Marco Antonio , mayor de edad y sin antecedentes penales, presidido por el ánimo de obtener un ilícito beneficio a costa del patrimonio ajeno, actuando conforme a un plan preconcebido y a través de la empresa Archipiélagos de Viviendas S. L., de la que era administrador y socio, dedicada a la promoción de la construcción y venta de viviendas, en el año 1999, siendo consciente de que no iba a cumplir sus compromisos así como de la mala situación económica en la que se encontraba debido a la promoción de diversas obras de viviendas que no pudo acabar, intervino en los siguientes hechos:

1o) Florencio e Dolores adquirieron por contrato de compraventa, de fecha 4 de octubre de 1999, la vivienda designada con el número NUM009 del Residencial DIRECCION000 , en Tacoronte, entregando al acusado a cuenta de aquélla cantidades de 2.157.200 pesetas (12.965,03 ?), entre las que se incluyeron 24 letras de cambio por importe de 83.600 pesetas (502,45 ?) cada una, pasando al cobro las correspondientes al 5 de noviembre y 5 de diciembre de 1999. Dicho contrato se firmó por el acusado Marco Antonio en nombre de Archipiélagos Viviendas S. L. Los denunciados entregaron también 100.000 pesetas (601,01?) en señal a la inmobiliaria Zanata Inversiones que intermediaba en la venta. Dicha urbanización nunca se ejecutó, sin que ni siquiera se hubiera obtenido la licencia de obras.



2o) Jesús Luis , por documento de reserva de compraventa de fecha 13 de octubre de 1999, entregó al acusado 500.000 pesetas (3.005,06 ?) para la adquisición de la vivienda designada con el número NUM004 del Conjunto Residencial DIRECCION000 a través de Zanata de Inversiones S. L. en nombre de Archipiélagos Viviendas S. L.; dicha urbanización nunca se llegó a ejecutar ni obtuvo licencia de obras. El querellante reclamó por requerimiento notarial de fecha 29 de enero de 2001 la cantidad de dinero entregada, pero no fue recuperada.

3o) Oscar firmó con el acusado contrato privado de compraventa de fecha 22 de julio de 1999 para la adquisición de la vivienda número NUM005 del Conjunto Residencial DIRECCION000 , en Tacoronte, entregando al acusado 2.508.000 pesetas (15.073,38 ?) de las que 2.090.000 (12.561,15 ?) se dieron a la firma del contrato y por el resto se firmaron 24 letras de cambio de las que se atendieron seis por importe de 418.000 (2.512 ?). Oscar realizó múltiples gestiones destinadas a la recuperación del dinero entregado, resultando infructuosas, incluido un acto de conciliación en el Juzgado de Paz de El Sauzal al que no se presentó el querellado. La construcción de la urbanización nunca fue iniciada, pues ni siquiera contaba con la licencia municipal de obras.

4o) Cristina firmó contrato privado de compraventa de fecha 1 de julio de 1999 con la empresa Archipiélago de Viviendas S. L., representada por el acusado Marco Antonio para la adquisición de la vivienda designada con el número NUM006 del Complejo Residencial DIRECCION001 , 7a fase, en Guía de Isora, entregando en ese acto un cheque bancario de fecha 12 de julio de 1999 por importe de 2.321.500 pesetas (13.952?) a favor de Archipiélago de Viviendas, y otras 500.000 pesetas (3.005,06 ?) a Eurocasa Inmoproperties S. L., con fecha 29 de junio de 1999, sin que haya recibido la vivienda ni el dinero entregado. La querellante había vendido su vivienda y arrendó una casa por importe de 70.000 pesetas (420?) al mes.

5o) Noemi adquirió mediante contrato privado de compraventa de 5 de abril de 1999 la vivienda designada con el número 8 de la promoción Residencial DIRECCION002 , Tacoronte, a Marco Antonio en representación de la empresa Archipiélago de Viviendas S. L. por precio final de 20.440.200 pesetas (122.348 ?), de las que entregó en metálico 21. 505,18 euros (1.591.590 pesetas y 11 letras de cambio por importe de 83.600 pesetas -502,45 ?- cada una). La construcción de dicha vivienda nunca se inició, estando únicamente el terreno del solar marcado.

6o) Juan Carlos y Ofelia adquirieron mediante contrato de compraventa de fecha 10 de mayo de 1999 a través de la inmobiliaria Zanata al acusado Marco Antonio y Archipiélago de Viviendas S. L. la vivienda designada con el número NUM007 del Residencial DIRECCION002 , en Tacoronte, entregando la cantidad de 2.926.000 pesetas (17.585 ?), 2.009.000 pesetas en metálico y 10 letras de cambio por valor de 83.600 pesetas (502,45 ?) cada una, abonadas entre junio de 1999 y marzo de 2000. Dicha vivienda nunca se construyó. Los querellantes nunca recuperaron su dinero a pesar de iniciar juicio de menor cuantía en la causa 314/2000 seguida en el Juzgado de Primera Instancia no 3 de La Laguna, recayendo sentencia condenatoria de fecha 29 de enero de 2001, sin que se haya podido ejecutar hasta el momento.

Por otro lado, sin que conste intención fraudulenta ni ánimo de enriquecimiento ilícito por parte del acusado Marco Antonio , con fecha 5 de marzo de 1999 Hilario formalizó contrato privado de compraventa con la empresa Archipiélago de Viviendas S. L., representada por el acusado, entregando a éste cuenta del precio 2.142.250 pesetas (12.857?) y firmó letras por importe de 825.550 pesetas (4.961,66 ?) por la adquisición de una vivienda designada con el número NUM002 del conjunto residencial Nélide, primera fase, URBANIZACIÓN000 , en Guía de Isora. A pesar de que la vivienda no se llegó a construir, el acusado y el adquirente resolvieron el contrato en virtud del cual finalmente este último recuperó todas las cantidades previamente entregadas a cuenta.

Finalmente, y sin que tampoco conste intención fraudulenta ni ánimo de enriquecimiento ilícito por parte de los acusados Marco Antonio y Evaristo , entre los meses de noviembre de 1997 y mayo de 1998 la empresa Sistemas Constructivos Archipiélago S. L., gestionada por los acusados, concertó con Porfirio y otros relacionados en la causa la compraventa de viviendas en el conjunto residencial DIRECCION003 , sito en Valle Guerra, en La Laguna, en virtud de la cual los compradores entregaron al acusado en concepto de precio anticipado por la adquisición de aquéllas las siguientes cantidades: Porfirio y Mercedes la cantidad de 18.916,09 euros; Alberto y Consuelo la cantidad de 21.405,05 euros; Esteban y Bernarda la cantidad de 21.335,93 euros; Maximiliano y Estela la cantidad de 20.326,23 euros; Rebeca la cantidad de 19.610,42 euros; Araceli en la cantidad de 21.405,05 euros; Constantino y Marina la cantidad de 22.057,14 euros; y Julián y Noelia la cantidad de 22.688,21 euros. La construcción de dichas viviendas se inició pero éstas no llegaron a finalizarse, alcanzando un grado de ejecución superior a la mitad, sin que a los compradores les fueran entregadas dichas cantidades anticipadamente abonadas.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de estafa previsto en los arts. 248.1 , 250.1 , 6 o y 74.2 del Código penal , del que resulta ser autor criminalmente responsable, en virtud de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del Código penal , el acusado Marco Antonio .

SEGUNDO. La declaración de los hechos probados se basa en la valoración de las declaraciones de los acusados y en las pruebas testificales, periciales y documentales.

En esencia, los hechos que han resultado probados dan cuenta de que en 1999 el acusado Marco Antonio , consciente de la precaria situación económica en la que se encontraba la empresa Archipiélagos Viviendas S. L., la cual gestionaba como representante para la promoción de venta de viviendas, que le impedía siquiera cumplir con las obligaciones ya contraídas, con la finalidad de obtener beneficios económicos sin contraprestación alguna vendía sobre plano viviendas a compradores que le entregaban por anticipado diversas cantidades relevantes de dinero que finalmente las hacía para sí, pues no eran invertidas en la construcción de las viviendas objeto de las compraventas en cuanto que ni siquiera llegó a iniciar su construcción, en unas ocasiones y, en otras, se quedaba en una mera puesta en escena. Así se deduce de la conducta del acusado, que para la promoción de algunas viviendas objeto de defraudación no contaba con proyecto de edificación visado, o no solicitaba ni tenía concedidas las correspondientes licencias de obras; de otro lado, las quejas insistentes de los compradores por la tardanza en la iniciación de las obras eran apaciguadas por el acusado sin contar la verdad, indicando que en breve comenzarían o, finalmente, no atendía los requerimientos de los compradores o se ponía ilocalizable, y todo ello para ocultar que no iba a construir las obras de las viviendas vendidas ni tenía intención de devolver ni devolvió nunca el dinero recibido; y además, sin haber invertido dinero alguno por parte del acusado o sus empresas.

TERCERO. Los hechos ilícitos que en esta causa se han venido imputando al acusado se corresponden con su intervención en la realización de cinco distintas promociones de venta de viviendas, cada una de ellas con sus propias vicisitudes como se irá detallando y solapadas en el tiempo, aunque sólo en tres de ellas haya podido acreditarse la existencia de la defraudación criminal.

En el caso del Residencial DIRECCION000 , en Tacoronte, el terreno o solar para la construcción de las viviendas, sobre el que se colocó diversa publicidad para su venta, le fue cedido al acusado Marco Antonio en virtud de una permuta conforme a la cual tendría a cambio que entregar al vendedor del terreno 5 viviendas de las construidas, tal como así relató el hijo de éste y testigo en el acto del juicio oral Bienvenido , quien también señaló que, como no se realizaba construcción alguna, tuvieron que recuperar judicialmente el solar porque no se lo entregaron voluntariamente. Por consiguiente, la adquisición del terreno en el que se llevaría a cabo la promoción de viviendas no supuso para el acusado desembolso económico alguno.

Asimismo, el arquitecto Eleuterio , que compareció como testigo en el acto del juicio oral, señaló que le encargaron el proyecto del Residencial DIRECCION000 , pero no le fue abonado por el acusado, pues así obra también en la certificación del Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias (folio 2824) y lo corroboró también el otro arquitecto Indalecio , de tal manera que el acusado encarga el proyecto para utilizar los planos de las viviendas en la venta (folios 1081-1083), queriendo otorgar con ello confianza a los compradores de las mismas y ocultar la realidad de su propósito criminal, y ello sin llegar tampoco a desembolsar dinero alguno por aquél.

Tal como consta en las actuaciones, para este residencial el acusado Marco Antonio celebró al menos tres contratos de compraventa de vivienda sobre plano con Florencio e Dolores , Jesús Luis y Oscar . Los contratos se celebraron en los meses de julio y octubre de 1999, precisamente cuando las empresas promotoras gestionadas por el acusado estaban, como éste mismo reconoció en el acto del juicio oral, prácticamente hundidas. Los referidos compradores, tal como obra en la causa, entregaron al acusado en virtud de esa relación contractual y a cuenta de la adquisición de las viviendas diversas cantidades de dinero equivalentes respectivamente a 13.565,01 €, 3.005,06 € y 15.073,38 €. Tal como manifiestan los testigos y como reconoció el acusado en el acto del juicio oral, las viviendas de esta promoción inmobiliaria no fueron nunca realizadas por la empresa que el acusado gestionaba, pues ni siquiera se dio inicio a la construcción de las mismas.

Los perjudicados dieron cuenta como testigos en el acto del juicio oral de las grandes dificultades que tuvieron para poderse comunicar con el acusado Marco Antonio , pues procedían a ello ante la extrañeza de que el inicio de construcción de las viviendas que habían comprado se demorara tanto. Y ello hasta el punto de que, tal como relató la testigo Dolores , tuvo que acudir al Ayuntamiento de Tacoronte para interesarse por la situación jurídica de la construcción (folio 1141), y fue en ese momento cuando conoció que el Residencial

DIRECCION000 no tenía solicitada (folio 1142), ni por supuesto otorgada, licencia de obras, tal como refiere la certificación de dicho consistorio que obra en la causa (folio 2286). De otro lado, el testigo Jesús Luis relata cómo, tras entregar la cantidad de 500.000 pesetas en concepto señal para la compra de una vivienda, le exigió al acusado un aval por las cantidades de anticipo en la compraventa de vivienda que se formalizaría posteriormente, sin que se lo otorgara, dándole largas y al final sin poder comunicar con aquél y sin que le devolviera tal cantidad de dinero que, como consta en el Documento de Reserva obrante en la causa (folio 1084) si se declina la reserva de la vivienda se devolvería la cantidad entregada de forma inmediata, y de ser aceptada tal reserva en un plazo no superior a treinta días se formalizaría el contrato. Pues bien, no ocurrió ni una cosa ni la otra; el acusado se quedó para sí la cantidad entregada sin formalizar el contrato de compraventa ni devolver aquélla, y ello a pesar de realizarle un requerimiento notarial (folios 1086 y ss.). Igual ocurrió en el caso del perjudicado Oscar , que intentó recuperar las cantidades de dinero entregadas al acusado promoviendo un acto de conciliación en el Juzgado de Paz de la localidad de El Sauzal, al que el acusado no se presentó (folio 1059).

El acusado aduce en su defensa que no solicitó la licencia de obras porque no había proyecto, pero proyecto sí había uno encargado pero no abonado, según declaró el testigo y arquitecto Eleuterio , de lo que cabe colegir que, desde un principio, al ofrecer en venta las viviendas a sus compradores, el principal objetivo del acusado consistía más en obtener cantidades de dinero que en la previsión inmediata o mediata de ejecutar lo convenido en los diversos contratos. En su descargo también el acusado manifestó que a los clientes -compradores- les decía que la promoción no se iba a ejecutar, que no llevaba la gestión directa con el cliente, pero desmienten tal aseveración los testimonios variados de los testigos Florencio , Dolores y Jesús Luis , compradores de las viviendas no construidas, que declaran en el acto del juicio oral cómo se veían imposibilitados para siquiera hablar con el acusado, que no se ponía al teléfono. En verdad, tal intención defraudatoria la deja traslucir el propio acusado Marco Antonio cuando expresó en el acto del juicio oral que "el Proyecto Corona de la Reina se concibió para intentar pasar el bache", el que fuera, pero indudablemente con el ánimo de obtener un lucro a costa del patrimonio de otros que, desconociendo las verdaderas intenciones del acusado, dispusieron patrimonialmente en su perjuicio.

Asimismo, no consta que el acusado Marco Antonio o las empresas que gestionaba, contaran con crédito bancario para la construcción de las viviendas, pues ni siquiera llegó a solicitarlo. En relación con la situación contable de la empresa, obra en la causa que no se presentaron por Archipiélago de Viviendas S. L. las cuentas anuales correspondientes a los años 1998 y 1999 en que todavía tenía actividad. Asimismo, por el perito Gumersindo se señala que en la contabilidad existen irregularidades. El acusado confirma en el acto del juicio oral que llegó a deber al constructor de una de sus promociones -Castrocon- la cantidad de 338 millones de las antiguas pesetas, tal como documentalmente obra en la causa (folio 1358). De ello no cabe inferir sino que el acusado, carecía de solvencia alguna para desarrollar la promoción del conjunto residencial DIRECCION000 , y recibía dinero de los compradores de viviendas que no iba a construir.

Ninguna de las cantidades entregadas por los compradores al acusado Marco Antonio , por tanto, fue invertida en la compra del solar, ni en el encargo o abono del proyecto de construcción, ni en la concesión de la licencia de obras ni, por consiguiente, en la construcción de las viviendas. El acusado no había desembolsado ni un solo euro y, por el contrario, había recibido más de 30.000. En definitiva, el acusado a través de diversa publicidad, tal como relataron los testigos que tuvieron conocimiento de la promoción de las viviendas, atraía a los compradores que bajo relación contractual se obligaba él a construirles una vivienda y ellos le entregaban diversas cantidades anticipadas de dinero que, en modo alguno, pensaba invertir en la construcción de sus viviendas, circunstancia que convenientemente ocultaba a los compradores para determinar su disposición patrimonial. Y una vez ocurrido esto, ante las protestas de los compradores por la tardanza en el inicio de la construcción, la conducta del acusado, en coherencia con su inicial propósito defraudatorio, consistía en prometerles que se construiría en breve, y como ello naturalmente no sucedía, porque les ocultaba el verdadero propósito criminal de quedarse para sí con el dinero y sin intención alguna de destinarlo a la construcción de las viviendas ya vendidas, las nuevas y reiteradas protestas de los compradores no eran contestadas por el acusado, que además se cuidaba de no ser localizado por aquéllos.

CUARTO. Similar puesta en escena recreó el acusado Marco Antonio con idéntica finalidad de lucrarse ilícitamente a través de la promoción del conjunto residencial DIRECCION002 . A pesar de que el acusado en los meses de abril y mayo de 1999 celebró contratos de compraventa de vivienda sobre plano con Noemi y Juan Carlos y Ofelia , tal como obra en las actuaciones (folios 1828 y 1929), tampoco se llega a iniciar la construcción de las viviendas ya vendidas y por las que los perjudicados habían desembolsado anticipadamente en concepto de precio las cantidades de 21.505,18 euros, en el caso de Noemi , y de 17.585 euros, en el caso de Juan Carlos y Ofelia . Tal como relatan en el juicio oral los perjudicados, conocieron la



promoción de estas viviendas a través de un cartel publicitario y entregaron al acusado diversas cantidades de dinero en virtud de la compraventa formalizada que nunca han recuperado, sin que las mismas fueran invertidas en la construcción de aquéllas. Los testigos señalan también, de lo que obra prueba documental (folios 1838 y ss.), que a pesar de que no se iniciaba la construcción de las viviendas, se seguían descontando las letras emitidas y no fue devuelta ninguna de ellas. A tales efectos consta que la perjudicada Noemi estuvo pagando las letras que constituían el precio anticipado de la vivienda hasta el mes de octubre de 2000 (folios 1975 y ss.), es decir, un año después de que, según manifestara el propio acusado, la empresa promotora estaba hundida y sabiendo que no iba a poder invertir en la construcción de la vivienda las cantidades que mensualmente se le descontaba a aquélla, lo cual viene a agotar la materialización del propósito criminal del sujeto de lucrarse ilícitamente mediante engaño, haciendo creer a la compradora que construiría la vivienda objeto de la compraventa. Además, como las obras de estas viviendas no se iniciaban, la actitud del acusado Marco Antonio ante los requerimientos de los compradores era también la de enmascarar la verdadera situación, diciéndoles que no se preocuparan que comenzarían las obras de una semana para otra.

La intención del acusado de lucrarse ilícitamente fue tal que los compradores Juan Carlos y Ofelia, en tanto que el acusado no les devolvía el dinero entregado para la construcción de la vivienda, tuvieron que demandarle civilmente, sin que hayan recuperado cantidad alguna pese a realizar constar requerimientos - uno de ellos de carácter notarial- para la devolución del dinero entregado a cuenta (folios 1970 y ss.).

QUINTO. Por otra parte, en lo que respecta al conjunto residencial DIRECCION001, en Guía de Isora, el acusado Marco Antonio había vendido a Cristina en julio de 1999 una vivienda que según declaró aquélla estaba prácticamente construida, y una vez formalizada la compraventa y entregadas cantidades por valor de 16.957 euros, como manifestó la testigo y perjudicada, las obras quedaron paralizadas. Por su parte el acusado manifiesta que tal abandono se debió a que el constructor no realiza la obra por falta de pago. La construcción de tal vivienda no llegó a finalizarse por el acusado y posteriormente fue vendida a otra persona. Tal actuación del acusado, que concebía nuevos proyectos de construcción de viviendas exigiendo pago por adelantado de algunas cantidades a cuenta sabiendo que en realidad no podría invertirlas en la construcción de esas sino, a lo sumo, sin descartar otros objetivos, en cancelar parte de las deudas que ya tenía contraídas con otras personas o entidades, encaja cabalmente en un comportamiento defraudatorio del patrimonio ajeno que en este caso implicó un esfuerzo suplementario para la perjudicada, pues según relató en el acto del juicio oral tuvo que vender su casa para formalizar la compraventa con el acusado y pagar los anticipos, estando dos años de alquiler para, finalmente, tener que comprar un pequeño apartamento en otro lugar.

El acusado Marco Antonio niega los hechos ilícitos que se le imputan, reconociendo no obstante que dejó sin entregar varias viviendas que habían sido objeto de compraventa mediante contrato privado entre las empresas que él representaba y gestionaba y los correspondientes compradores. En el presente caso, el acusado captaba a potenciales compradores de viviendas sobre plano exigiéndoles la entrega por adelantado de una parte del precio de las mismas, contando con un crédito hipotecario para la total construcción de la promoción más las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes y, sin embargo, ninguna de esas cantidades entregadas llegó a aplicarse al objeto de dicho contrato, sin que las haya devuelto, quedándose las para sí y perjudicando a la compradora que había satisfecho ya parte del precio.

SEXTO. La relevancia de los hechos declarados probados referenciados en los anteriores fundamentos, a los efectos de subsumirlos en el delito de estafa previsto en el art. 248.1 del CP, requiere como primer elemento la existencia de un engaño bastante que finalmente desemboque en un perjuicio patrimonial propio o ajeno.

Tal como se establece en el mencionado precepto legal legal y convienen doctrina y jurisprudencia en la interpretación del mismo, es preciso que el origen del perjuicio patrimonial sufrido por el sujeto pasivo del delito se halle precisamente, y no en otra causa, en el engaño que ab initio pergenó el autor con la finalidad de lucrarse a costa del patrimonio ajeno; es decir, se requiere una puesta en escena que induzca a los que resultan posteriormente perjudicados a disponer patrimonialmente, lo que viene a posibilitar finalmente el lucro del sujeto activo de la estafa. La reciente STS 752/2011, de 26 de julio, condensa así los elementos estructurales típicos del delito de estafa: "1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. 2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. 3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un

tercero. 4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro. 5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva)".

De la prueba practicada es posible constatar la concurrencia de todos ellos. Los compradores de las viviendas hicieron las entregas de dinero a cuenta durante el período en que se suponía se produciría la construcción de las mismas; habían satisfecho unas cantidades dinerarias que, no habiéndoseles entregado las viviendas para las que se destinaban, tampoco les han sido devueltas. La causa fundamental de estos perjudiciales resultados deriva, objetivamente, de que las viviendas no fueron terminadas en su construcción y que el vendedor no devolvió el dinero entregado a cuenta de las mismas. El propio acusado Marco Antonio reconoce ambos hechos, es decir, la no construcción de los residenciales de viviendas y la no devolución de las cantidades que se les había entregado a cuenta a los perjudicados referenciados en esta causa. No es suficiente, sin embargo, cualquier incumplimiento contractual que irroge un perjuicio patrimonial a una de las partes para, automáticamente, considerar a la otra autora de un delito de estafa. El elemento determinante del carácter criminal del comportamiento típico penalmente radica precisamente en la presencia de un engaño y en la calidad del mismo que, viciando la representación de realidad de las cosas en el sujeto pasivo, desemboque en una disposición patrimonial perjudicial. Tal como acertadamente señala la jurisprudencia "en los contratos criminalizados, el sujeto activo excluye de antemano el cumplimiento de los deberes asumidos contando con que así lo hará la otra parte contratante, enriqueciéndose con la prestación realizada por la contraparte, de manera que el contrato es sólo una apariencia puesta al servicio del fraude" ( STS de 14 de julio de 2011 ).

El engaño que produjo el error y determinó la disposición patrimonial perjudicial de los sujetos pasivos vino representada por la celebración de contratos de compraventas de viviendas, en los que, junto a la promotora del acusado, intermediaba una empresa inmobiliaria, y contando con la existencia de una publicidad sobre la promoción de las viviendas en donde se iba a construir pretendía el acusado dar autenticidad a la inexistente voluntad de construir allí las viviendas puestas a la venta, ocultando a los compradores la carencia de proyecto de edificación visado por Colegio de Arquitectos, la falta de solicitud de licencia de obras y la insuficiencia de recursos para llevar a cabo la ejecución de las obras de los diversos conjuntos residenciales, pues el acusado, según ha quedado más arriba reseñado, apenas tenía caudales para hacer frente a las obligaciones que con anterioridad había contraído. Así puede predicarse respecto de lo sucedido en el residencial DIRECCION000 , en el que el acusado Marco Antonio sin haber invertido cantidad alguna en solar, proyecto de edificación, licencia de obras y ejecución de las mismas, había recibido de los compradores cantidades relevantes de dinero, y ante las sospechas de éstos respecto al buen fin de las relaciones contractuales, la actitud del acusado persistió en ocultar y falsear la realidad y en persistir en su intención primitiva de no destinar las cantidades entregadas a la construcción de las viviendas, que era el fin que hizo posible que los compradores dispusieran patrimonialmente a su favor del acusado. Igual mecanismo defraudatorio tiene lugar en el caso del residencial DIRECCION002 , donde tampoco el acusado Marco Antonio llegó siquiera a exteriorizar propósito alguno de cumplir lo pactado en las compraventas de viviendas, no correspondiendo a las entregas a cuenta para la construcción de aquéllas en tanto que su objetivo era lucrarse ilícitamente. Y de igual forma, en el residencial DIRECCION001 , tras percibir entregas a cuenta en la compraventa de la vivienda logró desentenderse totalmente de lo pactado, que era la entrega de la misma a su comprador una vez finalizada, pero el acusado ni la finalizó, ni devolvió el dinero alguno.

Concurren, en definitiva, el engaño bastante en cuanto que la infraestructura utilizada por el acusado para captar las voluntades de los compradores de vivienda era idónea, contando con publicidad, planos, inmobiliarias intermediarias y celebrando las compraventas, lo que llevó a los compradores a errar con respecto a la verdadera voluntad del acusado, que no lograron advertirla y que supuso orquestar aquellos medios para obtener cantidades de dinero que le entregaban sin voluntad alguna de cumplir lo que realmente movió a los perjudicados a disponer de su patrimonio a favor de aquél.

SÉPTIMO. Las acusaciones particulares de Juan Carlos y Ofelia y Noemi , también estiman que los hechos, además de un delito de estafa, son constitutivos de un delito de apropiación indebida. Tal pretensión debe rechazarse en cuanto que admitido el engaño típico de la estafa a través del cual el acusado obtuvo una disposición patrimonial que le permitió la posesión ilícita de la cosa -cantidades de dinero entregadas a cuenta-, no cabe apreciar la apropiación indebida por cuanto el presupuesto de ésta precisamente viene dado por lo contrario: la licitud de la posesión inicial de la cosa mueble ajena, de la que posteriormente y ya de modo ilícito se apropia el autor. A este respecto, la STS de 27 de noviembre de 1998 (ídem STS de 18 de noviembre de 2010 ) nos indica que la apropiación indebida se desarrolla en dos etapas, y la primera de ellas "se concreta en una situación inicial lícita, generalmente contractual, en la que el sujeto activo recibe en calidad



de depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble (ahora también valores o activos patrimoniales), recepción presidida por la existencia de una convenida finalidad específica de devolución o bien de empleo en un destino determinado, es decir, de entrega a un tercero o terceros para cumplir la finalidad pactada". Y dicha resolución continúa especificando que en la "segunda etapa el agente trasmuta esta posesión legítima (o propiedad afectada a un destino, en el caso de bienes fungibles), en disposición ilegítima y abusando de la tenencia material de los bienes y de la confianza recibida, dispone de ellos, los distrae de su destino o niega haberlos recibido, es decir, se los apropia indebidamente, en perjuicio del depositante, comitente, dueño o persona que debiera percibir los bienes u obtener la contrapartida derivada de su destino pactado".

En el presente caso, como se ha dicho, el engaño bastante utilizado por el acusado para inducir a error a los perjudicados con la finalidad de que hicieran una disposición patrimonial que les perjudicara veta la aparición de la primera etapa de la apropiación indebida, que viene a fundirse directamente con la segunda al obtener el acusado las cantidades de dinero entregadas a cuenta de la compraventa de viviendas de modo totalmente fraudulento.

OCTAVO. De otro lado, entre las actuaciones que considera esta Sala no resulta acreditada defraudación punible alguna por parte del acusado se encuentra, en primer lugar, la compraventa de vivienda correspondiente al conjunto residencial Névida.

En efecto, Hilario , tal como obra en la causa, formalizó contrato privado de compraventa de fecha 5 de marzo de 1999 con la empresa Archipiélagos Vivienda S. L., representada por el acusado Marco Antonio , por el que adquiriría la vivienda designada con el número NUM008 del Conjunto Residencial Névida, 1a Fase, sita en la URBANIZACIÓN000 en Guía de Isora. Hilario entregó anticipadamente 2.142.250 pesetas (12.857?) y firmó letras por importe de 825.550 pesetas (4.961,66). La vivienda nunca se llegó a construir.

Sin embargo, esta Sala no estima probado el engaño típico del delito de estafa. Si bien el comprador entregó a cuenta del precio de la vivienda para su construcción diversas cantidades de dinero que ascendieron a un total de 17.820,04 euros y que el acusado no las dispuso en la construcción de aquella, el propio testigo y perjudicado Hilario relata que cuando contactó con el acusado al advertir que no se iniciaba la construcción de la vivienda, directamente le reconoció aquél que la vivienda no la podía construir; y no sólo eso, sino que, como manifiesta el testigo, entre éste y el acusado se documentó, como obra en la causa (folio 382), la rescisión del contrato de compraventa de vivienda con la devolución de las cantidades entregadas por el comprador, y a pesar de que el acusado no cumplió en el plazo previsto el resarcimiento pactado, retrasándose, tal devolución finalmente se produjo y el comprador recibió todo el dinero que había entregado al acusado para la compraventa de la vivienda, declarando en el acto del juicio oral no tener nada que reclamar. Por tanto, teniendo en cuenta que se trata de un Residencial del que se desconoce cuántas viviendas se llegaron a vender si fue el caso, que no se tiene conocimiento de que otros compradores reclamaran en vía penal o civil cantidades entregadas a cuenta, y reconociéndole el acusado al citado comprador desde un primer momento la imposibilidad de cumplir el contrato, obligándose a reintegrar las cantidades entregadas a cuenta y finalmente devolviéndolas en su totalidad, no puede concluirse, sin otros elementos de juicio, que estemos ante el dolo típico inicial que precisa el delito de estafa.

NOVENO. En el caso del Residencial DIRECCION003 , en el que las acusaciones particulares personadas consideran aplicables el delito de estafa o subsidiariamente el de apropiación indebida, tampoco ha quedado acreditado que el acusado Marco Antonio cometiera un delito de estafa, debiéndose derivar toda la conflictividad generada por el incumplimiento de los respectivos contratos a la vía jurisdiccional civil.

El acusado admitió haber suscrito un contrato de préstamo hipotecario con la entidad financiera Cajacanarias, formalizado en escritura pública extendida por el Notario Clemente Esteban Beltrán (folios 163 y ss.), y que ascendía a la cantidad de 282.256.000 pesetas para la ejecución de la promoción del Residencial DIRECCION003 y que se iría paulatinamente abonando tras acreditarse mediante certificaciones favorables de obra ejecutada. Consta en la causa que entre los meses de noviembre de 1997 y mayo de 1998 se formalizaron contratos privados de compraventa de vivienda sobre plano para dicho Residencial con varios compradores, entre los que se encuentran los representados por el Procurador Claudio García del Castillo. Los compradores, como suele ser habitual en este tipo de negocios, habían entregado a cuenta de la compraventa al acusado Marco Antonio diversas cantidades de dinero que venían a constituir parte del precio de sus viviendas.

La construcción de estas viviendas del conjunto residencial DIRECCION003 se inició aunque no llegaron a su completa terminación y, por tanto, no llegó finalmente a entregarse a sus compradores, habiendo

transcurrido el plazo estipulado para ello en los diversos contratos privados. Tampoco aquéllos recibieron del acusado Marco Antonio las cantidades entregadas a cuenta. Se otorgaron dos avales que garantizarían la recuperación de las cantidades entregadas a cuenta del precio, que sin embargo no se hicieron efectivos para los compradores Constantino y Araceli .

Es pues clara la conclusión de que ha existido un palmario incumplimiento contractual por parte del acusado Marco Antonio con respecto a lo estipulado en los diversos contratos privados de compraventa de viviendas correspondientes al conjunto residencial DIRECCION003 denunciados en la presente causa. Sin embargo, no se revela que deliberadamente el acusado tuviera ab initio intención alguna de apropiarse de las cantidades de dinero entregadas por los compradores en concepto de precio anticipado, o que urdiera el acusado un plan para hacer creer falsamente a aquéllos que a cambio les entregaría las viviendas objeto de la relación contractual.

Las cantidades que la entidad financiera Cajacanarias debía ir liberando del préstamo hipotecario concedido a Sistemas Constructivos Archipiélago S. L. contaron hasta agosto de 1999 con las pertinentes certificaciones de obra ejecutada, hasta que el 25 de agosto de ese año se liberó la cantidad restante del préstamo que ascendía a algo más de 117 millones de pesetas, sin que, como señaló el perito Fausto compareciente en juicio, las viviendas del conjunto residencial estuvieran completamente construidas y, en principio, contradiciendo lo dispuesto en la Estipulación Primera de la escritura de préstamo hipotecario, que rezaba literalmente: "la parte prestataria podrá hacer disposiciones parciales o totales de las cantidades distribuidas en los puntos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del presente cuadro, siempre y cuando se acredite su ejecución, no permitiéndose disponer parcialmente de la cantidad distribuida en cualquier punto si el anterior no se encuentra ejecutado, al menos, en un setenta y cinco por ciento (75%)". Pero obra también en la causa escritura pública, de fecha 23 de agosto de 1999, de recibo de parte de préstamo a favor de Sistemas Constructivos Archipiélago S. L., la promotora del residencial DIRECCION003 gestionada por el acusado, en virtud de la cual CajaCanarias entrega a aquélla el resto del préstamo, esto es 117.418.496 pesetas, a través de la cuenta que en dicha entidad financiera y con número 07933000032951 tenía abierta la aludida promotora Sistemas Constructivos (folios 3656 y ss.).

Por tanto, la citada entidad financiera abonó la totalidad del préstamo sin haberse cubierto todas las etapas de ejecución de la edificación. A este respecto, obra certificación de Cajacanarias en la que, además de detallarse las cantidades abonadas periódicamente a la empresa prestataria Sistemas Constructivos Archipiélago desde el 20 de enero de 1998 hasta el 30 de junio de 1999, expresa las dos razones por las que se produjo la liberación de la parte restante del préstamo, concretamente 117.418.496 pesetas: una primera relativa a que la inversión en la obra ya ejecutada superaba el capital dispuesto por el promotor hasta la fecha y, la segunda, que el total de la ejecución de la obra presupuestada supondría un coste superior al importe del préstamo hipotecario concedido (folio 222).

No obstante lo anterior, del examen de los movimientos de la cuenta bancaria número 3000032951 perteneciente a la empresa Sistemas Constructivos y en la que se abonó la aludida parte restante del préstamo hipotecario, se advierte que figura con fecha 25 de agosto de 1999 el abono de la mencionada cantidad de 117.418.496 pesetas, pero no se puede determinar que la misma ipso facto fuera desviada por el acusado Marco Antonio hacia fines de lucro propio o ajeno, sino todo lo contrario: consta que fue a compensarse con el negativo que en dicha cuenta ya existía a favor de CajaCanarias, figurando luego un saldo positivo sobrante que en las siguientes operaciones tenía como destino cubrir gastos de construcción, si bien no puede determinarse que lo fueran concretamente en las viviendas del residencial DIRECCION003 . Por consiguiente, pueden constatarse dos hechos fundamentales para el devenir de la construcción del Residencial DIRECCION003 : 1o) el importe del préstamo suscrito para la ejecución de las obras estaba en agosto de 1999 totalmente gastado, a pesar de que aquélla no se hubiere finalizado; y 2o) en junio de 1999, la empresa constructora Castrocon abandona la ejecución de las obras correspondientes a las viviendas del residencial DIRECCION003 precisamente por falta de pago, tal como manifestó su representante que depuso como testigo en el acto del juicio oral y obra así también en la causa comunicación de Sistemas Constructivos a los compradores (folio 1405).

De otro lado, el informe pericial encargado por el Juzgado instructor a los efectos de que se verificara la existencia de fondos desviados de las promociones objeto de la presente causa y se determinara el destino de los mismos no es concluyente. Parte el informe pericial emitido por Godoy Consultores & Auditores S. L., ratificado en el acto del juicio oral, de serias limitaciones en su elaboración y que son relevantes, expuestas por el propio perito Gumersindo en su informe (folio 2760) y que dan cuenta de la ausencia de soportes documentales de las operaciones mercantiles, de la fragmentación de la documentación aportada,

de la ausencia de registros internos contables de las sociedades gestionadas por el acusado, de ausencia de explicitud de los apuntes bancarios y definición de los beneficiarios de muchos talones/cheques/pagarés, de ausencia de información de los registros públicos (específicamente de Hacienda), etc., lo que llevó al perito, como economista y auditor de cuentas, a afirmar en el acto del juicio oral que no sabe cuál fue el destino de los 117 millones de pesetas abonados como parte del crédito en la cuenta de Sistemas Constructivos Archipiélago, sin que pudiera concluir que de lo examinado se derivara una mala administración aunque sí la presencia de irregularidades contables, pero también expresa dudas razonables en cuanto a la aplicación real en la actividad de promoción y edificación de ciertas cantidades, como son 618.891 euros de pagos o cargos sin localizar el destino, pago sin prueba de deuda devengada ascendente a 2.344.690 euros y abonos por préstamos recibidos que ascienden a 3.184.361,83 euros. Recalca dicho informe, sin embargo, que cada subtotal de esos grupos es considerado fuente de dudas en mayor o menor grado sobre el destino aplicado a los fines de la actividad de la empresa Sistemas Constructivos.

Junto a ello debe tenerse presente, en primer lugar, que el acusado Marco Antonio contaba con el solar o terreno en donde se construirían las viviendas vendidas a los compradores del conjunto residencial DIRECCION003 recurrentes en esta causa. En segundo lugar, se contaba con los proyectos de edificación elaborados y las licencias de obras ya concedidas. En tercer lugar, el acusado tenía una específica línea de crédito con entidad financiera que hacía frente a la construcción del complejo residencial. En cuarto lugar, las viviendas empezaron a construirse y alcanzaron un nivel de ejecución muy relevante. En quinto lugar, las obras de dicho residencial se paralizan no por la directa voluntad u orden del acusado Marco Antonio, sino por el abandono de la ejecución de las obras por parte de la empresa constructora Castrocon S. L. contratada al efecto, tal como así lo manifestó su representante legal en el acto del juicio oral, Estanislao, aduciendo la falta de pago por parte del promotor.

De este modo, y al contrario que en los anteriores casos, en la promoción de este residencial hubo objetivamente actos encaminados al cumplimiento de lo suscrito en los contratos que celebró el acusado con los compradores de las viviendas, que entregaron diversas cantidades de dinero aunque finalmente no pudieran adquirirlas como propietarios por no haberse finalizado su construcción. Según manifestó el acusado, ello se debió al estrangulamiento financiero que determinó que abandonara el constructor la realización de las obras.

El delito de estafa requiere la presencia de un engaño precedente o concurrente, sin que haya podido acreditarse que en el momento de la firma de los contratos -entre noviembre de 1997 y mayo de 1998- los acusados tuvieran intención de no cumplir con las contraprestaciones adquiridas y desatender totalmente todas sus obligaciones. Un dolus subsequens, tal como reiteradamente tiene senalado la jurisprudencia (por todas, STS de 16 de octubre de 2007), nunca puede fundamentar la tipicidad subjetiva del delito de estafa. En definitiva, que la ejecución de las obras se haya realizado con excesiva lentitud, sin cumplir los plazos acordados y finalmente sin terminar la construcción de las viviendas y entregarlas a los compradores son hechos que no obedecen indubitadamente a la existencia de un propósito inicial del acusado Marco Antonio de enriquecerse ilícitamente, conduciendo a través de engaño a los compradores para que, errados sobre la realidad de las cosas, dispusieran patrimonialmente en su perjuicio.

DÉCIMO. De otro lado, la tesis alternativa de la acusación particular en lo relativo a los contratos de compraventa del residencial DIRECCION003 ha consistido también en que de no ser constitutivos los hechos de un delito de estafa, al no haberse realizado los contratos conforme a lo que prevé la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y ventas de viviendas, y al no haberse devuelto por el acusado la totalidad de las cantidades anticipadas por los compradores, automáticamente deben reputarse los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida, tal como quizás pudo entenderse siguiendo el tenor literal del art. 6 de dicha disposición legal. No obstante, debe tenerse presente que el Código Penal de 1995, que entró en vigor el 24 de mayo de 1996, a través de su Disposición Derogatoria Única, apartado f), de modo expreso deroga el art. 6 de la mencionada ley que es el que establecía la aplicación del delito de apropiación indebida en los supuestos en que no se invertían las cantidades entregadas anticipadamente en la compraventa de viviendas por construir o en construcción. Aun así, la jurisprudencia siempre ha exigido que los elementos típicos de tal delito debían concurrir con independencia de tal automática remisión normativa (cfr. SSTS de 23 de diciembre de 1996, 1 de julio de 1997 y 11 de noviembre de 1998).

En tal sentido se expresa la STS de 16 de enero de 2006 cuando senala que "... a la luz de la Ley 57/1968 sobre percibo de cantidades anticipadas por promotores de viviendas en construcción, y se recuerda que los coacusados eran los administradores y gestores de una empresa dedicada a estas actividades, lo que implica una razonable presunción del conocimiento de dicha norma, cuyo artículo 1 dispone con carácter imperativo



que las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas, y que pretendan obtener entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán garantizar la devolución de las cantidades entregadas mediante un contrato de seguro o por aval, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido, y deberán también depositarse las cantidades anticipadas en una cuenta bancaria especial, pudiendo disponerse de dichas cantidades únicamente para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas; y en el art. 2 de la citada Ley se establece que expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el comprador de la vivienda podrá optar por la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas en el interés que fija la Ley. En consecuencia, y por disposición imperativa de la ley, siendo irrelevante por tanto a estos concretos efectos que las partes contratantes atribuyan a las cantidades entregadas anticipadamente el carácter de precio de la compraventa, dichas cantidades entregadas como anticipo del precio vienen a tener un carácter de depósito irregular, pues quien recibe el dinero, no tiene libertad de disposición sobre el mismo, ya que está obligado a depositarlo en una cuenta bancaria, con garantía de devolución para el caso de no llegar a buen fin la construcción de las viviendas, y sólo está facultado para disponer de dicho dinero con un fin único y taxativamente determinado, cual es la atención derivada de la propia construcción de las viviendas". Y concluye que "esta modalidad delictiva de la apropiación indebida ha sido ratificada en otros precedentes jurisprudenciales de esta Sala, que recuerdan la sentencia recurrida y el Fiscal y que, pese a la derogación expresa de la Ley 57/68, citada, siguen manteniendo la subsunción de estos comportamientos de los promotores en el delito de apropiación indebida cuando éstos se apropian de las cantidades recibidas para la construcción de las viviendas, estableciéndose que tal conducta se subsume en la amplia y abierta fórmula del actual art. 252 C. P. y del anterior 535 C. P. de 1.973 que hablan de depósito, comisión, administración u otro título que produzca la obligación de entregar o devolver (véase, entre otras, SS.T.S. de 23 de diciembre de 1.996 , 1 de junio de 1.997 , 22 de octubre de 1.998 y 27 de noviembre de 1.998 )".

Pues bien, el art. 252 del CP vigente tipifica el delito de apropiación indebida castigando la apropiación o distracción de dinero que se haya recibido en virtud de títulos que produzcan la obligación de entregarlos o devolverlos. La jurisprudencia suele distinguir dos modalidades de apropiación según la conducta del autor consista en la apropiación o distracción. En efecto, la STS de 16 de septiembre de 2010 senala que "el delito de apropiación indebida, en su modalidad de gestión desleal de las cantidades percibidas no requiere el animus rem sibi habendi. En palabras de la STS 46/2008, de 29 de enero , en el delito de apropiación indebida se unifican a efectos punitivos dos conductas, de distinta morfología, perfectamente diferenciadas: aquélla que consiste en la "apropiación" propiamente dicha, y la modalidad legalmente caracterizada como "distracción". La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas en el art. 252 CP , el sujeto activo de la acción presuntamente inculpa ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa fungible, teniendo así la legítima posesión de aquélla, pero no el dominio, que no le ha sido transmitido. La segunda modalidad típica tiene como presupuesto la traslación legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta para el receptor la adquisición de su propiedad, aunque con la obligación de darle un determinado destino, según lo estipulado con el transmitente. Cuando de dinero se trata, y a causa de la extrema fungibilidad del mismo, su propiedad se ejerce mediante la tenencia material o física de los signos que lo identifican. En este segundo supuesto, la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al patrimonio propio, -puesto que por el simple hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó ingresado en él, si bien de forma condicionada-, sino en darle un destino diferente al pactado, irrogando un perjuicio a quien hizo la entrega el cual, en virtud del pacto tenía el derecho de que el dinero fuese entregado a quien se había estipulado en ese acuerdo o le fuera devuelto".

En el presente caso, a pesar de que las compraventas de viviendas que formalizaba el acusado como promotor del conjunto residencial DIRECCION003 no atendían a los requisitos previstos en la Ley 57/1968, pues no se otorgaron los correspondientes avales para garantizar la devolución de las cantidades abonadas por anticipado por los compradores de las viviendas, las cantidades tampoco las percibía el acusado Marco Antonio a través de entidad bancaria que estuvieran depositadas en cuenta especial y, por tanto, no disponían de ellas con el único objeto de atender la construcción de las viviendas, sin embargo tales hechos no son per se determinantes de la calificación jurídica de delito de apropiación indebida, sino que deben valorarse en conjunción con las demás circunstancias concurrentes.

Y así, aunque las cantidades de dinero que por anticipado recibía el acusado Marco Antonio constituían, tal como figura en la Estipulación Tercera de los diferentes contratos privados (folios 76, 85, 91, 137), parte del precio total que correspondía a la vivienda vendida y, por tanto, viniendo a contravenir lo dispuesto en las normas imperativas de la Ley 57/1968, no consta, por otro lado, que el acusado diera destino distinto al pactado

en cuanto que los hechos no se agotan en esa mera contravención legal, sino que obra en la causa prueba suficiente de que se han invertido en la construcción cantidades de dinero, sin saber de qué procedencia, pero sin descartar las provenientes de los compradores de las viviendas del residencial DIRECCION003 . Y así, en la tasación que realiza la entidad TINSA, encargada de certificar para la entidad financiera prestamista el grado de ejecución de las obras del residencial financiado con el préstamo hipotecario, se hace constar con fecha 16 de julio de 1999 que por capítulos (acondicionamiento del terreno, saneamiento horizontal, cimentación, estructura, alicatados, fontanería, etc.) el porcentaje de obra referido al total de la promoción de DIRECCION003 en su III fase asciende al 63,25% (folios 927 y 3699). En dicho informe se ha ratificado en el juicio oral, y concretamente en el porcentaje de obra ejecutado, el perito que lo elaboró, Fausto . Las cantidades abonadas por los compradores perjudicados en la presente causa no ascendieron al total necesario para la terminación y entrega de las viviendas. Precisamente las cantidades de dinero anticipadas que la mayoría de los perjudicados había entregado al acusado vienen a resultar inferiores al grado de ejecución que alcanzó la construcción de sus viviendas, pues éstas tenían aproximadamente un valor de venta de unos 15.000.000 de pesetas en total y ninguno de los perjudicados entregó cantidades superiores al 30% de aquella cantidad.

Finalmente, en el caso de la acusación particular de Amador , en el cual éste llegó a suscribir con el acusado ante Notario escritura pública de compraventa de la vivienda perteneciente también al residencial DIRECCION003 , los hechos no pueden reputarse delictivos, por cuanto no se ha acreditado, como en los casos anteriores y con carácter previo al desembolso de las cantidades de dinero, el engaño típico propio de la estafa, ni tampoco con posterioridad cuando, según denuncia tal acusación, el acusado dejó de abonar, habiéndose comprometido a ello, una letra que cubría el parte del precio de la vivienda. En tal supuesto, resulta palmario que estamos ante un mero incumplimiento contractual.

DÉCIMO PRIMERO. Los hechos probados son constitutivos de un delito continuado de estafa, de conformidad con lo previsto en los arts. 248 , 250.1 , 5 o y 74.2 del CP .

Estamos a presencia de una continuidad delictiva por cuanto el acusado, en ejecución de un plan preconcebido para defraudar a los compradores de vivienda a construir o en construcción, los cuales debían entregar diversas cantidades anticipadas y con cargo al precio final de aquélla, sin voluntad alguna de construir las viviendas objeto de las compraventas, disponía para sí de dichas cantidades de dinero que en virtud de cada contrato de compraventa debía percibir, llegando a a obtener por tal procedimiento sumas relevantes de dinero. No cabe duda de que el acusado, conociendo la precaria situación financiera en la que se encontraban las empresas Archipiélago de Viviendas S. L. y Sistemas Constructivos Archipiélago S. L. para ejecutar varias promociones simultáneamente, careciendo en algunos casos de financiación específica para ello, celebró en el año 1999 diversas compraventas de viviendas de diferentes promociones al objeto de ingresar esas cantidades sin pretensión alguna de cumplir con lo pactado.

La continuidad del delito de estafa es subsumible en el art. 250.1 , 5o (antiguo 6o) del CP por cuanto la cuantía de lo defraudado, en suma, tal como previene el art. 74.2 para el caso de los delitos patrimoniales, asciende a más de 50.000 euros - cantidad ahora fijada en el mencionado precepto que anteriormente establecía la jurisprudencia en unos 36.060,73 euros. La cuantía total de lo defraudado por el acusado Marco Antonio en los hechos declarados probados asciende a unos 87.090,68 euros, por lo que resulta aplicable el subtipo agravado previsto en el art. 250.1 , 5o (antiguo 6o) del CP . De conformidad con el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007, que estipula "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 prevenida, art. 74.1 del CP , queda sin efecto cuando su aplicación fuese contraria a la prohibición de la doble valoración", al no superar ninguna de las acciones en continuidad individualmente constitutivas de delito de estafa la mencionada cantidad de 50.000 euros, no cabe aplicar la regla penológica prevista en el art. 74.1 (pena de la infracción más grave en su mitad superior pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado), sino la prevista en el art. 74.2 -suma de las cantidades individualmente defraudadas- que directamente nos conduce entonces al tipo agravado del art. 250.1 , 5o del CP , que establece un marco penal de prisión de 1 a 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses (cfr. SSTs de 9 de junio y 5 de octubre de 2011 ).

DÉCIMO SEGUNDO. Por el contrario, no resulta aplicable, como solicitan el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares, el tipo agravado de estafa previsto en el art. 250.1, 1o del CP , que aumenta las penas del art. 249 cuando el delito de estafa, entre otros objetos, recaiga sobre viviendas.

El art. 250 del CP tipifica unos subtipos agravados de estafa cuyo fundamento estriba en un mayor desvalor del resultado atendiendo al objeto material del delito o a la situación de la víctima, y cuya naturaleza,

de un lado exige que los elementos que cualifican lo injusto resulten probados objetiva y subjetivamente, de tal forma que la concurrencia objetiva de aquéllos sea abarcada por el dolo del autor, y de otro lado, impide que los subtipos agravados se sujeten al régimen de las circunstancias agravantes genéricas pudiendo compensarse con ellas.

Con respecto a la interpretación del art. 250.1, 1o, la STS de 3 de diciembre de 2009 establece que "la aplicación de la circunstancia agravatoria prevista en el art. 250.1 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. En ese primer apartado del art. 250 del CP se agrava la pena en aquellos casos en los que el delito recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social. La jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo, para la aplicación del subtipo agravado, 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 57/2005, 26 de enero, 62/2004, 21 de enero y 559/2000, 4 de abril)", indicando además que "...la agravación prevista en el art. 250.1.1 del CP ha de estar necesariamente apoyada en la correspondiente secuencia fáctica, en la que se fijen los presupuestos de hecho que justificarían la aplicación del tipo agravado..." y que "...no basta la constatación ex post de que la vivienda ha sido destinada a servir de domicilio habitual de cualquiera de los adquirentes. Resulta indispensable que la agravación sea abarcada por el dolo del sujeto activo. De lo contrario, la aplicación del subtipo agravado adquiere una significación objetiva que debilita las bases de un derecho penal respetuoso con el principio de culpabilidad (cfr. STS 997/2007, 21 de noviembre)".

En el presente caso, y en aplicación de la anterior doctrina, en los escritos de acusación pública y particulares ninguna alusión fáctica se contiene respecto al destino que los compradores darían a las viviendas que adquirirían, ni tampoco ha sido objeto de prueba en el acto juicio oral tal extremo, y no sólo en el ámbito objetivo -que los compradores las destinarían a morada suya- sino tampoco en el subjetivo, es decir, que el acusado conociera que las viviendas que vendía tenían tal destino.

DÉCIMO TERCERO. En cuanto a la aplicación de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 del CP, solicitada por el Ministerio Fiscal, debe ser acogida por cuanto la tramitación de la causa se ha sustanciado en un plazo que no puede catalogarse como razonable.

La querrela que da inicio a la presente causa se presenta con fecha 14 de diciembre de 1999, año en el que ocurrirían algunos hechos de los denunciados, sucediéndose después la interposición de otras querrelas y denuncias contra los acusados por diversos perjudicados, y practicándose las diligencias de prueba que se estimaron necesarias se dicta con fecha 29 de julio de 2005 el Auto que transforma las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, contra el cual se presentaron por el imputado y las acusaciones varios recursos de reforma y apelación, resultando aquél firme mediante Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Segunda) de fecha 20 de junio de 2006. Se dicta luego por el Juzgado instructor Providencia de fecha 2 de agosto del propio año 2006 para que se evacuara el trámite de calificación, pero tal resolución fue también recurrida por los querellantes al objeto de que previamente a ello se practicaran otras diligencias de prueba, estimándose mediante Auto de fecha 6 de septiembre de 2007 los recursos y acordándose la práctica de las diligencias de prueba solicitadas por las partes que se proveen con fecha de 26 de marzo de 2008. A la vista de las nuevas diligencias practicadas, mediante escrito de 25 de abril de 2008 por los querellantes se solicita al Juzgado instructor la imputación de otras personas como responsables de los hechos investigados, resolviéndose negativamente a dicha pretensión mediante Providencia de fecha 25 de agosto de 2008, comenzando a presentarse los escritos de acusación de los querellantes a partir de septiembre de 2008. El escrito de acusación del Ministerio Fiscal se evacúa con fecha 1 de julio de 2009, y también las demás acusaciones, sin que se presentara escrito de defensa por parte del acusado Marco Antonio, y se declara abierto el juicio oral por medio de Auto de fecha 17 de noviembre de 2009, elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial en enero de 2010.

Pues bien, considerando que los hechos ventilados en la presente causa comienzan a denunciarse en sucesivas fechas por parte de distintos perjudicados, en un buen número, con la personación, junto al Ministerio Fiscal, de un número relevante de querellantes y la visto el cúmulo de documentación obrante en la causa, el período en el que se ha resuelto la fase de instrucción considera esta Sala no es excesivo ni extraordinario. Asimismo, por lo que respecta a la fase intermedia, tampoco se advierte paralización alguna del procedimiento cuya expansión en el tiempo es propia del tipo de causa y de los múltiples intervinientes en la misma en ejercicio de los derechos derivados de una tutela judicial efectiva. Finalmente, en esta la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, no tratándose de una causa urgente ni preferente, señalándose hasta en



tres fechas distintas la celebración del juicio oral, suspendiéndose la primera por razón de incompatibilidad de uno de los letrados y la segunda por renuncia del letrado del acusado Marco Antonio .

Tal como viene estableciendo la jurisprudencia (cfr. por ejemplo SSTS de 28 y 29 de noviembre de 2011 ), la dilación indebida no se identifica con la duración del proceso ni con el incumplimiento de los plazos procesales, en tanto que la nueva redacción del art. 21.6 del CP , que viene a ser una plasmación de la doctrina jurisprudencial imperante en la aplicación de la antigua atenuante analógica de dilaciones indebidas, admite efecto atenuatorio de la responsabilidad penal no por la mera dilación indebida, sino en cuanto ésta sea extraordinaria, no sea atribuible al inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. A pesar de que no se hayan apreciado paralizaciones teniendo en cuenta que según establece el Tribunal Supremo ( SSTS 1594/1994 ; 522/2001 ; 1086/2007 ; y 912/2010 ) "...ni las deficiencias organizativas ni el exceso de trabajo, pueden justificar, frente al perjudicado, una dilación indebida", debe apreciarse que la presente causa no se ha resuelto en un plazo razonable, pues 12 años constituye un período excesivo y extraordinario en cuanto que la causa, aunque fuera laboriosa en su instrucción y en impulsar las demás fases procesales, jurídicamente no tenía gran complejidad y los elementos incriminatorios estaban contenidos ya en la causa cuando quedó concluida la fase de instrucción. De ahí que sea aplicable con carácter simple la atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 del CP .

DÉCIMO CUARTO. En cuanto a la determinación de las penas, al acusado se le condena por un delito continuado de estafa agravado previsto en los artículos 248 , 250.1 , 5 o y 74.2 del CP , con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del CP , lo que determina, de conformidad con lo previsto en el art. 66.1 , 1a del CP , que deban imponerse las penas en su mitad inferior. Y así, no constándole al acusado antecedentes penales, en cuanto a la gravedad de los hechos se tiene en cuenta el elaborado ardid para traicionar las expectativas de los perjudicados en la adquisición de una vivienda, en la pluralidad de perjudicados, en la alta relevancia de las cantidades de dinero defraudadas que para la mayoría eran prácticamente sus ahorros y que realizaba un importante esfuerzo económico para acceder a la compra de las viviendas, además de que para algunos perjudicados implicó la extinción de sus relaciones matrimoniales, así como la contumacia del acusado por mantener engañados a aquéllos, procede imponer las penas de 3 años y 6 meses de prisión, 9 meses de multa con cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. Asimismo, teniendo en cuenta las actividades de promoción inmobiliaria que han dado lugar a la realización del delito por parte del acusado, debe imponerse también la pena solicitada por las acusaciones de inhabilitación especial para el desarrollo de actividades de construcción o de promoción inmobiliaria durante el tiempo de la condena.

DÉCIMO QUINTO. En lo que respecta a la responsabilidad civil, conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 116 del Código penal , toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente y viene obligado a reparar los daños y perjuicios causados por él.

En concepto de responsabilidad civil, y según lo solicitado por el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares, excepto la ejercitada por Juan Carlos y Ofelia , se imponen al acusado Marco Antonio las siguientes obligaciones de indemnizar a:

- 1.- Florencio e Dolores en la cantidad de 12.965,03 euros.
- 2.- Jesús Luis en la cantidad de 3.005,06 euros.
- 3.- Oscar en la cantidad de 15.073 euros.
- 4.- Cristina en la cantidad de 16.952,06 euros.
- 5.- Noemi en la cantidad de 21.505,05 euros.

Asimismo, tal como se solicita por las acusaciones, se condena al acusado Marco Antonio a indemnizar todos aquellos perjuicios causados a los perjudicados que se acrediten en ejecución derivados de la inversión del dinero para la adquisición de vivienda familiar, así como todos aquellos arrendamientos y otros gastos generados.

En el presente caso, la reparación del dano causado a los compradores exige la restitución de los capitales defraudados, así como el pago de intereses desde la fecha de constitución de las obligaciones hasta la fecha de la sentencia, sin perjuicio a partir de este momento de la aplicación del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Tal solución indemnizatoria ha sido aceptada por la doctrina jurisprudencial ( SSTS de 30 de abril de 1998 , 23 de diciembre de 2002 y 3 de mayo de 2003 ). Problemática puede ser la determinación del tipo de interés aplicable, debiendo decidirse entre recurrir al interés legal del dinero, como fórmula objetiva,

o a los intereses pactados. A favor de esta última posición se expresa la STS de 23 de diciembre de 2003 , cuando senala que "la responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación del dano y la indemnización de perjuicios. Cuando, como es aquí el caso, la conducta delictiva ha consistido en la apropiación de unas cantidades destinadas a ser invertidas en unos productos financieros de interés determinado, nada se opone a que el Tribunal de instancia, en su labor de valoración de la prueba, entienda acreditado un perjuicio económico consistente en el interés pactado, o en su defecto el legal, sobre las cantidades apropiadas, desde el mismo momento en que pueda establecerse la realidad de la apropiación, pues desde entonces el perjudicado podía haber percibido el interés que dejó de percibir precisamente a causa de la comisión del delito. Se evita de esta forma, además, un enriquecimiento injusto".

En el presente caso resulta aplicable la anterior doctrina toda vez que en los contratos figuran intereses pactados a abonar en caso de los perjudicados Oscar , Florencio e Dolores , Cristina y Noemi . En el caso de Jesús Luis , será indemnizado con la restitución de la cantidad entregada a cuenta incrementado en el interés legal del dinero.

Asimismo, deben aplicarse a todas estas cantidades lo previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

De conformidad con lo previsto en el art. 120.4o del CP , tal como solicita la acusación pública, se declaran responsable civil subsidiario la empresa Archipiélago de Viviendas S. L., en tanto que fue la utilizada por el acusado Marco Antonio para cometer las defraudaciones relatadas en los hechos probados de esta sentencia.

Con base en que los perjudicados Juan Carlos y Ofelia ejercieron la acción civil demandando a la sociedad promotora de las viviendas que aquéllos adquirirían mediante compraventa, y obteniendo en el Juicio de Menor Cuantía no 314/2000 sentencia condenatoria firme y favorable dictada por el Juzgado de Primera Instancia no 3 de La Laguna, no cabe pronunciamiento con respecto a la responsabilidad civil.

DÉCIMO SEXTO. Cabe imponer al acusado Marco Antonio las costas procesales generales causadas en 1, de conformidad con lo previsto en el art. 123 del CP , declarándose de oficio las restantes. Se impone al acusado también, en tanto que han jugado un papel relevante en el resultado del procedimiento, la obligación de abonar íntegramente las costas causadas a las acusaciones particulares de Noemi , Florencio e Dolores , Jesús Luis , Juan Carlos y Ofelia .

Vistos los preceptos legales citados y los demás de pertinente aplicación,

## PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que condenamos al acusado Marco Antonio como autor directo y penalmente responsable de un delito continuado de estafa tipificado en los artículos 248 , 250.1 , 5 o y 74.2 del CP , con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 del CP , a las penas de 3 años y 6 meses de prisión, multa de 9 meses con cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, inhabilitación especial para el desarrollo de actividades de construcción o de promoción inmobiliaria por tiempo de la condena e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo también durante el tiempo de la condena, así como al pago de 1/4 de las costas procesales de carácter general, y asimismo deberá abonar íntegramente el acusado las costas causadas a las acusaciones particulares de Noemi , Florencio e Dolores , Jesús Luis , Juan Carlos y Ofelia . Las restantes costas generales se declaran de oficio.

Asimismo, se condena a Marco Antonio , en concepto de responsabilidad civil, a indemnizar a Florencio e Dolores en la cantidad de 12.965 euros; a Jesús Luis en la cantidad de 3.005,06 euros; a Oscar en la cantidad de 15.073 euros; a Cristina en la cantidad de 16.952,06 euros; y a Noemi en la cantidad de 21.505,05 euros. Asimismo, se condena al acusado Marco Antonio a indemnizar de todos aquellos perjuicios causados a los perjudicados que se acrediten en ejecución de sentencia derivados de la inversión del dinero para la adquisición de vivienda familiar, así como todos aquellos arrendamientos y otros gastos generados. Particularmente, el acusado abonará los intereses pactados en los contratos de los perjudicados Oscar , Florencio e Dolores , Cristina y Noemi . En el caso de Jesús Luis , será indemnizado con la restitución de la cantidad entregada a cuenta incrementado en el interés legal del dinero.

A estas cantidades se les debe aplicar lo dispuesto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se absuelve al acusado Marco Antonio del delito de apropiación indebida por el que venía siendo acusado.



Que absolvemos al acusado Evaristo de los delitos de estafa y apropiación indebida por los que venía siendo acusado.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, contra la que cabe interponer RECURSO de CASACIÓN, en el plazo de cinco días, contados a partir del día siguiente al de su notificación, anunciándolo en esta Audiencia para ante la sala Segunda del Tribunal Supremo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia, por el Sr. Magistrado Ponente, durante las horas de audiencia pública del día de su fecha, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ