

La no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 17 de octubre de 1986

NORBERTO DE LA MATA

Becario de Investigación del MEC. Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Deusto

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA LEY 57/1968: NATURALEZA, ÁMBITO DE APLICACIÓN, ACTUALIDAD Y VIGENCIA DE LA MISMA.—II. EL ARTÍCULO 6.º, PÁRRAFO 2.º DE LA LEY 57/1968.—II.1. Bien jurídico protegido.—II.2. El tipo objetivo.—II.3. El tipo subjetivo.—II.4. Penalidad.—II.5. Especificidad del tipo. Su relación con el delito de apropiación indebida contenido en el artículo 535 CP.—II.6. Conclusión crítica.—III LA STS 17 OCTUBRE 1986.—III.1. Primer Fundamento. No aplicación de la Ley 57/1968.—III.2. Segundo Fundamento. No aplicación del artículo 535 CP.—III.3. Otros aspectos de la Sentencia. Conclusiones finales.

I. INTRODUCCION. LA LEY 57/1968 (*): NATURALEZA, AMBITO DE APLICACION, ACTUALIDAD Y VIGENCIA DE LA MISMA

En sentencia de 17 de octubre de 1986, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo admite haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Huelva por un «delito de apropiación indebida previsto en el artículo 6.º, 2, Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con el artículo 535 CP vigente», casando y anulando dicha sentencia, en base a dos Fundamentos de Derecho que a su vez tratan diversos aspectos que serán objeto de este comentario (**).

(*) Ley 57/1968, de 27 de junio (Ley 57/1968), publicada en el «B.O.E.», núm. 181, de 29 de julio de 1968. Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi (RCLA) 1968, ref. 1335. Ver el Apéndice de este Comentario, que recoge los dos artículos, 1.º y 6.º, con relevancia penal.

(**) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 17 de octubre de 1986 (STS 17 de octubre de 1986). Ponente: señor Cotta y Márquez de Prado. Recogida en La Ley, 19 de diciembre de 1986, p. 8, ref. 6851. Ver en el Apéndice el Fallo y los Fundamentos de Derecho.

La Ley 57/1968 que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas que no sean de protección oficial, tiene una finalidad preventiva y represiva (1), y surge como consecuencia de los continuos abusos que en la época de su promulgación venían produciéndose en la contratación de viviendas; estos abusos eran facilitados por un triple motivo: a) la escasez de viviendas; b) la falta de controles de seguimiento administrativo adecuados, y c) el afán especulador de quienes, en la situación privilegiada de constructores o promotores, podían exigir un anticipo sobre el precio final de la vivienda, requerido en el momento de formalización del contrato y, por ello, con anterioridad a la entrega de la misma (2). Y si quizás la intención del legislador fuera «loable» (3), la regulación que para ello configuró no fue todo lo acertada que era preciso, por la remisión a un tipo del Código Penal —y no sólo remisión a la pena impuesta en dicho tipo— que recoge una figura que ni por su origen ni por su realidad actual (4) se corresponde con el ilícito que en el artículo 6.º de la Ley reseñada se pretende sancionar; más aún, puede cuestionarse incluso la necesidad de una incriminación penal del ilícito contractual recogido por la Ley.

La relación entre comprador y promotor o constructor (5) es una

(1) Tales calificativos son formulados por la STS de 25 de junio de 1975, Jurisprudencia Criminal (JC), núm. 974, en el primer Considerando. En idénticos términos se expresa la «Circular núm. 5/1975 de la Fiscalía del TS sobre conductas delictivas en materia de viviendas», en *Anuario de Derecho Penal* (ADP), 1976, pp. 390-397.

(2) Apuntan el problema SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito de apropiación indebida*, Barcelona, 1978, p. 126. También MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Sevilla, 1983, 5.ª ed., pp. 263-264. Más extensamente, MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro de cantidades anticipadas para construcción de viviendas como modalidad de apropiación indebida», en «ADP», 1979, pp. 701 a 703. El propio Preámbulo de la Ley 57/1968 explica con brevedad el motivo de su promulgación, en el contexto de unas medidas legales ya iniciadas y que necesariamente habrían de ser complementadas posteriormente [véanse notas (38) y (39)]. Con referencia a una problemática más global, incidiendo en el tema de las «estafas» de anticipo de cantidades entregadas, LANDROVE DÍAZ, G., *Los fraudes colectivos*, Barcelona, 1978, pp. 22 a 31. Ver igualmente «Circular núm. 5/1975 ...», *cit.*, pp. 390 a 394, así como la Circular núm. 5/1965 de la Fiscalía del TS, en *Cincuenta años de doctrina en la Fiscalía del Tribunal Supremo*, MONZÓN Y DE ARAGÓN, E., Madrid, 1980, tomo I, pp. 846 a 852, ref. 554.

(3) Término empleado por MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.*, p. 722. Sin embargo, no sólo la propia regulación de la Ley es cuestionable, sino incluso la oportunidad y necesidad de dicha Ley, en tanto en cuanto —como más adelante veremos— existen otros medios alternativos a ser considerados en la prevención y sanción de las conductas que con la Ley 57/1968 pretendían evitarse.

(4) Sobre la figura de la apropiación indebida en general, además de las obras generales, ver FERRER SAMA, A., *El delito de apropiación indebida*, Murcia, 1945. FERRER SAMA, A., «La apropiación indebida», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* (NEJ), t. II, 1950, págs. 754 a 777. SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito...*, *cit.*

(5) Creo que no es determinante la denominación diversa que la Ley 57/1968 utiliza para referirse a las partes de la relación contractual, pues de tal denominación no se derivan especiales consecuencias. Por ello, en adelante me referiré al sujeto que recibe las cantidades, con el término de promotor —que es el empleado en el artículo 6.º—, bien entendido que con él abarco cualquier otra tipología que pueda dar base a esa relación contractual. En este sentido, ver la argumentación de SAPENA TOMÁS, J., CERDÁ BAÑULS, J. y GARRIDO DE PALMA, V. M., «Las Garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores», en *Ponencias presentadas por el Notariado*

relación obligacional, de carácter contractual, por la que una de las partes se ve obligada a la entrega de una vivienda mediando la contraprestación consistente en el pago del precio, subsumible —aun con matizaciones— en la regulación que el Código Civil dedica al contrato de compraventa; ello se deduce no tanto de la terminología empleada en la redacción de la Ley como del propio contenido de la misma (6). Ahora bien, tratándose de una relación en principio regulada por la legislación civil, se creyó conveniente crear una normativa que superando el marco de lo privado (7), contuviese normas de carácter administrativo y penal para de este modo incrementar los instrumentos de acción legal ante las incidencias que la ejecución de los contratos pudiera presentar (8).

Sobre la incriminación penal de conductas ilícitas en un sector normativo ajeno al Derecho Penal —sea éste civil, mercantil o administrativo—, o sobre la distinción entre ilícito civil e ilícito penal, los autores se han pronunciado repetidamente en contra o con escepticismo (9). Es evidente que el Derecho Penal puede y debe entrar en lo

español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, t. XIII, Barcelona, 1975, p. 91, citado por MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro...», *cit.*, p. 705. Véanse en todo caso las referencias que al Sujeto activo hago en el epígrafe II.2., correspondiente al tipo objetivo.

(6) Terminología que, siendo confusa, responde al propósito de entender comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley, cualesquiera contratos que con diversa nominación puedan otorgarse, en opinión de SAPENA TOMÁS, T., y otros, «Las garantías...», *cit.*, p. 91, citado por MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro...», *cit.*, p. 707.

(7) La STS de 2 de mayo de 1977 (JC, núm. 617) considera que siendo los artículos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º de carácter predominantemente civilístico y administrativo, «el 1.º y el 6.º son de bifronte contenido, orientados en una doble vertiente de carácter civil una y penal típicamente otra».

(8) Interesa aquí destacar varios supuestos que, con la interpretación estricta de la Ley 57/1968 pueden plantearse, y que dan lugar a sanciones de contenido diverso:

a) No se cumplen las medidas garantistas impuestas en el artículo 1.º de la Ley, pero se cumple la obligación de entrega de vivienda.

b) No se cumplen dichas medidas, pero se devuelve lo percibido como anticipo a cuenta del precio.

c) No se cumplen las medidas, pero se procede a la devolución de lo anticipado más el 6 por 100 exigido por el párrafo 1.º del artículo 3.º

d) No se cumplen las medidas, y ni se entrega la vivienda ni se devuelve lo percibido.

e) Se cumplen las medidas, pero no se procede a la devolución de lo percibido ni a la entrega de la vivienda.

Por supuesto, cuando me refiero a las medidas exigidas por el artículo 1.º de la Ley 57/1968, aludo tanto a la condición 1.ª como a la 2.ª; esto es, tanto al seguro o aval, como a la cuenta de depósito y percepción de cantidades. Ambas son cumulativas de modo que infringida cualquiera de ellas, se da por incumplido el mandato de la Ley.

Cabría aún particularizar más los cinco supuestos planteados; en especial el último de ellos, por cuanto aun cumpliéndose las garantías por parte del promotor, y aun salvado el posible perjuicio del adquirente de la vivienda, en base a la existencia de un seguro o aval, quedaría por determinar la posible responsabilidad exigible a tenor de la legislación civil, mercantil o penal —así, legislación concursal, entre otras—.

En cualquier caso, ahora simplemente apunto los supuestos posibles, en los cuales me centraré con mayor detenimiento al analizar la conducta típica.

(9) Ya en 1944 QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Incumplimiento de obligaciones civiles sancionado criminalmente», en *Revista de Derecho Privado* (RDPr), 1944, p. 728, decía: «Sería, pues, de desear que a continuación de las estafas propiamente dichas, las de enga-

que son meras relaciones de carácter particular —negocial o de otro tipo— cuando así se estime necesario, pero no en base a un capricho legislativo momentáneo y quizás debido a una situación coyuntural muy concreta, sino para evitar conductas lesivas o peligrosas para bienes jurídicos dignos de protección penal, y atendiendo en cualquier caso a las limitaciones que impone el principio de «ultima ratio» (10).

El 2.º párrafo del artículo 6.º de la Ley comentada, mediante la norma penal complementa otras que no pretenden sino «la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto» (11).

La técnica legal utilizada aquí es la de la Ley penal especial (12). El hecho de que la incriminación penal se recoja extramuros del Código Penal —y omito toda discusión sobre la conveniencia o no de la integración de las diversas leyes especiales en un solo Código Penal (13)— no implica que no hayan de ser mantenidas todas las garantías y principios que son exigidos respecto de la normativa que integra el Código Penal (14). Esto es, que si una ley de carácter excepcional, o especial impropia o extrapenal con remisión a la legislación penal —a nuestros efectos, la adjetivación es meramente nominal— crea una figura delictiva propia, tal figura habrá de responder a los caracteres que la teoría del delito exige con carácter general, de modo que podamos afirmar que estamos en presencia de un hecho injusto, culpable y punible.

no, se consignase debidamente tipificada una modalidad propia de incumplimiento malicioso de contrato civilmente válido ...». Recojo la cita únicamente como expresión del problema, sin valorar la solución apuntada por el autor. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal ...*, cit., p. 256, habla de «tendencia a sancionar penalmente el incumplimiento de obligaciones civiles». SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito...*, cit., p. 125, incide en la problemática que plantea la «naturaleza de las cláusulas penales contenidas en las leyes civiles». Especialmente en el análisis de los delitos contra el patrimonio es cuando más problemática aparece la distinción. Recientemente insisten en ello CASTIÑEIRA PALOU, M. Y.; CORCOY BIDASOLO, M.; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La reforma del artículo 531 del Código Penal (Ley Orgánica 8/1983) (Sobre la utilización del Derecho Penal para sancionar ilícitos civiles)», en *La Ley*, T. 1985-4, p. 1152. Entienden los autores que «se corre el peligro de que el Derecho Penal se convierta en un instrumento especialmente grave para exigir el cumplimiento de obligaciones civiles», y se decantan, como la mayoría de los autores por «la oposición frontal de tal posibilidad con el carácter fragmentario y de "última ratio" de nuestro Ordenamiento (penal)».

(10) Por todos, ver OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Madrid, 1981, pp. 334 a 363, en especial pp. 358 y ss. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 124 a 141. MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, pp. 46 a 50 y 59 a 79.

(11) Preámbulo de la Ley 57/1968, en la argumentación que para la creación de normas preventivas y de otra índole desarrolla.

(12) MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», cit., la denomina «ley penal especial impropia».

(13) Ver en este sentido, entre otros, QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, 2.ª ed., Barcelona, 1984, pp. 56 a 61. MUÑOZ CONDE, F., «Introducción al ...», cit., pp. 25 a 27.

(14) Ver, en general, las obras citadas en la nota (10). Además, QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma ...*, cit., pp. 58 a 61, con las precisiones que respecto al actual artículo 7.º del CP realizan, bien entendido que nuestra figura no se ajusta a lo en él prescrito, a tenor de la remisión puntual al artículo 535 del CP de la Ley 57/1968.

La actualidad de la problemática que suscita la Ley 57/1968 es patente dadas las numerosas sentencias recientes del Tribunal Supremo al respecto (15), ya sea para la aplicación de su artículo 6.º, párrafo 2.º, ya para la desestimación del mismo.

La vigencia de la Ley —de carácter ordinario (16)— parece no suscitar discusión alguna, a pesar de que alguna sentencia del Tribunal Supremo haya querido ver en la nueva formulación del artículo 529.1.ª del Código Penal —tras la reforma de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio— una derogación tácita de la Ley en cuestión, a tenor del artículo 604 del texto legal, al incluirse como agravación en dicho número 1.º del artículo 529 la estafa sobre viviendas (17).

Problema diferente es que al amparo de dicha reforma hubiera podido ser conveniente o no la incorporación tanto de éste como de otros supuestos (18) al tipo de apropiación indebida del artículo 535

(15) Tomando los tres años anteriores al de la Sentencia comentada, tenemos: STS de 2 de febrero de 1983 (JC, núm. 124), STS de 25 de enero de 1984 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, RJA, 405), STS 20 de marzo de 1984 (RJA, 1839), STS de 13 de abril de 1984 (RJA, 2361), STS 22 de junio de 1984 (RJA, 3603), STS de 25 de septiembre de 1984 (RJA, 4316), STS de 25 de octubre de 1984 (RJA, 5043), STS de 18 de diciembre de 1984 (RJA, 6578), STS de 26 de febrero de 1985 (RJA, 1543) y STS de 18 de marzo de 1985 (RJA, 1660). Especial referencia a esta figura hace RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, Madrid, 1985, p. 338, en atención —además de a su peculiar estructura— a su relativamente frecuente aplicación. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal ...*, cit., p. 263, también habla de la existencia de bastantes sentencias condenatorias en virtud de esta Ley.

(16) Aspecto que no presenta mayores problemas por cuanto la exigencia de Ley Orgánica en todo caso vendría dada en el supuesto de que la Ley —que impone penas privativas de libertad— fuera de posterior promulgación a la Constitución. A modo de introducción al tema, RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Reserva de Ley Orgánica para las normas penales», en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Cobo del Rosal y coordinados por Bajo Fernández, Madrid, 1982, t. I, pp. 299 a 306.

(17) En estos términos se expresa la STS de 26 de febrero de 1985 (RJA, 1543) que, a pesar de admitir la existencia de un delito de apropiación indebida en el supuesto que juzga, lo hace en base a las características propias de la figura del artículo 535 del CP, y no por la aplicación de la Ley 57/1968 que entiende derogada. Sin embargo, el artículo 529, en su circunstancia 1.ª, al referirse a la alteración de la sustancia, calidad o cantidad de las cosas —viviendas— no está abarcando el supuesto de incumplimiento de la prestación. Ver en este sentido QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La Reforma ...*, cit., p. 170. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, 1986, pp. 245 y 246, RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal ...*, cit., p. 338, y BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, p. 299, son de la misma opinión.

(18) Son tres las leyes que, al margen del Código Penal, se remiten al delito de apropiación indebida recogido en este texto, y una más cuya remisión genérica al Código Penal parece ir dirigida a aquel delito en concreto. Son éstas —con omisión de la Ley 57/1968— las siguientes:

— Ley de 15 de marzo de 1935 (RCLA, 527) y Reglamento 745/1959, de 29 de abril (RCLA, 655), cuyo artículo 48 dice: «Perteneciendo a ambas partes en común y proindiviso los productos de la finca cedida en aparcería hasta tanto se haya realizado la partición de los mismos, el hecho de que cualquiera de ellas retirase sin el consentimiento de la otra la totalidad o parte de dichos productos, dará lugar al ejercicio de la correspondiente acción penal».

— Ley de 16 de diciembre de 1954 (RCLA, 1851), en cuyo artículo 59 se dice: «El dueño de los efectos pignoralos, a todos los efectos legales, tendrá la consideración

CP que, a pesar de la profunda reforma efectuada en el Título XIII, y en concreto en el Capítulo IV «De las defraudaciones», no ha sufrido modificación alguna, excepto la incorporación de la apropiación de bien perdido —calificada antes de la reforma como hurto impropio— al 2.º párrafo del artículo 535 CP. O bien, que se hubiera conformado como tipo específico, incluible en un capítulo dedicado a los delitos socioeconómicos (19), o dentro del propio Título XIII (20).

Así pues, tenemos una Ley penal especial impropia que procede a la calificación de una conducta concreta, como delito —o en su caso falta— de apropiación indebida (21), siéndole de aplicación las penas del artículo 528 CP, a imponer en su grado máximo.

Antes de entrar en el comentario de la Sentencia objeto de esta trabajo, voy a referirme a algunos aspectos de la figura recogida en el artículo 6.º, párrafo 2.º de la Ley 57/1968, sobre los que girará el análisis de la resolución judicial. Otros problemas que en un estudio completo de la figura deberían ser analizados conforme al esquema básico que nos ofrece la Teoría general del delito, no serán tratados en estas líneas, puesto que no se pretende un estudio exhaustivo de la figura (22).

de depositario de los mismos, con la consiguiente responsabilidad civil y criminal, no obstante su derecho a usar los mismos sin menoscabo de su valor».

— Ley 50/1965, de 17 de julio (RCLA, 1313), que dice en su artículo 12: «El comprador que dolosamente, en perjuicio del vendedor, o de un tercero que haya financiado la operación, dispusiera de la cosa o la dañara, será castigado con las penas previstas en el Código Penal para los delitos de apropiación o de daños, respectivamente, persiguiéndose el hecho solamente a denuncia del perjudicado».

(19) En este sentido, MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.*, p. 723, dice: «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..., sin remisión a ningún otro tipo...». Ver extensamente sobre la problemática del Derecho Penal Económico, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978 y, en especial, sobre el concepto de delito económico, pp. 36 a 46.

(20) Sin embargo, ni el Proyecto de Código Penal de 1980, ni la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 presentan novedades a este respecto —si exceptuamos la diferencia de penalidad y la nueva redacción dada a los preceptos— salvo la incorporación del artículo 249 del Anteproyecto que regula la entrega y recepción de dinero u otra cosa abonados por error.

(21) Será ciertamente poco frecuente la calificación de la conducta perseguible como falta, en atención a que para ello sería necesario que lo no devuelto no superara las treinta mil pesetas que operan como límite de las faltas. En este sentido, la «Circular 5/1975 ...», *cit.*, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, *cit.*, p. 298, entiende que cuando el artículo 6.º párrafo 2.º de la Ley 57/1968 se refiere a faltas, «se remite a la estafa y a la apropiación indebida (art. 586.3), por lo que no sabe qué figura delictiva habría de tomar como modelo para la remisión».

(22) Un estudio más extenso puede encontrarse en MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.* HUAS PALACIOS, J., «De la apropiación indebida. Exégesis Jurisprudencial», en ADP, 1977, pp. 747 a 800, realiza un estudio amplio del tratamiento de la figura por el Tribunal Supremo.

II. EL ARTICULO 6.º, PARRAFO 2.º, DE LA LEY 57/1968

Dice textualmente:

«La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo primero de la presente Ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587, número 3, y 535 del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo.» (23).

II.1. Bien jurídico protegido

La incriminación penal de una conducta se fundamenta en la necesidad de proteger un determinado «bien jurídico» frente a esa conducta capaz de lesionarlo o ponerlo en peligro de manera particularmente intolerable (24).

Para conocer cuál es el bien jurídico protegido en nuestro supuesto típico, hay que atender no tanto a la remisión concreta del artículo 6.º de la Ley al artículo 535 CP, cuanto a la propia redacción de dicho artículo 6.º y su remisión al artículo 1.º de la propia Ley para fijar los términos de la conducta incriminada.

El texto del Preámbulo de la Ley habla de «alteración de la convivencia social» y de «conductas atentatorias a los más altos intereses de la comunidad», y hace especial referencia a los perjuicios que, irreparables, se ocasionan en los adquirentes individuales; pero, se trata de expresiones generales que nos ayudan poco para la determinación del bien jurídico, aunque indican el interés del legislador, y la incidencia social de estas conductas.

Lo que quiero resaltar aquí es que, aun pudiendo ser múltiples los perjudicados por la actuación ilícita del promotor (25), ello no implica que estemos necesariamente ante un bien de carácter supraindividual (26). Si lo que se trata de evitar es la causación del perjuicio patrimonial concreto, tenemos que el bien a proteger es de carácter in-

(23) Ver en el Apéndice el contenido completo del artículo 1.º de la Ley 57/1968, sin el cual el artículo 6.º queda incompleto.

(24) Ver, sobre la función de la norma penal, MUÑOZ CONDE, F., *Introducción ...*, cit., pp. 46 a 50. También sobre la protección de bienes jurídicos, MIR PUIG, S., *Introducción ...*, cit., pp. 128 a 132 y 139 a 141. Asimismo, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto ...*, cit., pp. 336 y ss.

(25) En este punto, CASTIÑEIRA PALOU, M. T., «El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español», en *Estudios Penales. Libro Homenaje al profesor J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 139 a 162. De la misma autora, *El delito continuado*, Barcelona, 1977, específicamente pp. 15 a 35.

(26) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal Económico ...*, cit., p. 169, refiriéndose al delito de quiebra, indica que aunque el bien jurídico protegido sea el derecho de los acreedores a ver satisfechos sus créditos, ello no implica que con el castigo de la quiebra no se proteja también el orden económico, del mismo modo que resultan protegidos indirectamente otros intereses de diverso tipo. En general, sobre el bien protegido en estos delitos, PEDRAZZI, C., «El bien jurídico en los delitos económicos», en *La reforma penal: Los delitos socio-económicos*, ed. de Barbero Santos, M., Madrid, 1985, pp. 281 a 298.

dividual. De ello es muestra palpable tanto la motivación razonada del Preámbulo como la referencia al no cumplimiento de las garantías del artículo 1.º (27) para la sanción del artículo 6.º párrafo 2.º. Si tales garantías —e independientemente de la conducta posterior del promotor— se han formalizado, la compensación económica del adquirente de la vivienda va a venir garantizada por el asegurador o por el avalista; en este caso, salvaguardado el posible perjuicio patrimonial, no tiene interés el legislador en sancionar penalmente la conducta irregular —o ilegal— del promotor. No obsta que puedan entrar en juego diversos tipos penales, que sí podrían tener una incidencia supraindividual, pero que son independientes —e incluso compatibles si optamos por un concurso de delitos— del delito que analizamos, los cuales serían de aplicación si cumpliera la conducta del promotor con los elementos de los mismos (28).

El bien jurídico protegido en este delito es de carácter patrimonial individual (29). Específicamente, es el derecho de crédito del comprador, su derecho a la devolución de las cantidades anticipadas al promotor, una vez que se produce el incumplimiento contractual por parte de éste (30). Ahora bien, la lesión de ese derecho de crédito, desvalor de resultado, no es, sin embargo, suficiente para integrar el injusto típico. Es imprescindible la concurrencia del particular desvalor de acción —modo de poner en peligro el bien jurídico—, significado por la no formalización de las garantías requeridas en el artículo 1.º de la Ley (31).

(27) «... con infracción de lo dispuesto en el artículo primero ...», se dice en el artículo 6.º, y ello ayuda a delimitar el objeto de protección.

(28) Me refiero a delitos como la quiebra, alzamiento y concurso punibles, regulados en los artículos 519 y ss. del CP, así como a la falsificación de documentos, en los artículos 302 y ss. La opción que tomemos entre apreciar un concurso de leyes o un concurso de delitos, dependerá del precepto que entendamos infringido, y consiguientemente, del bien jurídico que se quiere proteger.

(29) Sobre las diferencias de concepto entre propiedad y patrimonio, ver MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal ...*, cit., pp. 180 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., pp. 189 y 190; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal*, t. II, 2.ª ed. puesta al día por García Valdés, C., Madrid, 1977, pp. 3 y ss., quienes prefieren hablar de delitos patrimoniales. Postura diferente, la mantenida por RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte especial*, 9.ª ed., Madrid, 1983, pp. 347 y ss. No obstante, en general, los autores al tratar de la apropiación indebida, entienden lesionado el derecho de propiedad. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., p. 277, entiende que cuando el objeto material del delito consiste en dinero, se complica la cuestión, y afirma: «... lo que se está protegiendo, no es sólo el derecho de propiedad, sino también el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito ...». Extensamente sobre la concepción del patrimonio, HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid, 1980, pp. 29 y ss.

(30) En este sentido BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., p. 298, en relación con la problemática que se plantea cuando el objeto material consiste en dinero, ya apuntada en la nota precedente.

(31) Opina BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., p. 298, que «para que el castigo de la simple insolvencia no implique el reconocimiento de la prisión por deudas, hay que añadirle un desvalor de acción que en el delito que estamos comentando consiste en el incumplimiento de unas medidas de carácter público impuestas al comerciante en defensa del más débil en la contratación».

II.2. El tipo objetivo

El Tribunal Supremo exige para apreciar «el delito de apropiación indebida al que se refiere el párrafo segundo del artículo 6.º de la Ley de 27 de julio de 1968, reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas», que se den los siguientes elementos: «... a) que la actividad delictiva sobre la construcción se refiera a viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien de temporada; b) que el sujeto o sujetos activos del delito, reciban cantidades de dinero, antes de iniciar la construcción o durante la misma, de los adquirentes; c) que los promotores no devuelvan, a los adquirentes, la totalidad de las cantidades anticipadas; y d) que se haya infringido lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley citada, ...» (32).

Voy a centrarme en el análisis de la conducta típica sancionada, sin detenerme en el análisis de otros elementos de la parte objetiva del tipo. Únicamente respecto de los sujetos del hecho típico haré unas precisiones muy breves.

Los elementos apuntados por la sentencia 25 de septiembre de 1984 transcrita anteriormente son evidentes; sin embargo, la afirmación de que el artículo 6.º de la Ley 57/1968 constituye un delito de apropiación indebida, deberá —y posteriormente lo haré— ser matizada.

Sujeto activo de este delito sólo puede serlo el promotor o constructor de las viviendas. Entiende Morillas Cueva que «sujeto activo será la persona que vende la vivienda o responde de su construcción, ya en calidad de constructor-vendedor, promotor o promotor-constructor» (33). Considero que la denominación que a dicho sujeto se le dé no es determinante. Sí lo es que este sujeto tenga una facultad de disposición sobre un terreno, para poder edificar, y que realice él mismo la actividad de construcción (34). Por tanto, no podrá ser autor de este delito quien actúe en lugar del promotor, sin poseer tal cualidad, sin que quepa en ningún caso una analogía en contra del sujeto (35). Estamos ante un tipo especial propio.

Sujeto pasivo del delito es quien anticipa unas cantidades a cuenta del precio final, para la adquisición de una vivienda que no sea de protección oficial, y que esté destinada a domicilio o residencia familiar. Por tanto, no podrá ser sujeto pasivo quien adquiera la vivienda como

(32) En parecidos términos a la STS de 25 de septiembre de 1984 (RJA, 4316) transcrita, se expresan la STS de 26 de diciembre de 1981 (JC, núm. 1554), la STS de 2 de febrero de 1983 (JC, núm. 124), o la STS de 25 de enero de 1984 (RJA, 405), que recoge en el tercer Considerando cuatro motivos desestimatorios del recurso al entender, por diversas razones, no podía ser aplicada la Ley 57/1968; en esta última sentencia se reconocen parcialmente los elementos posteriormente expresamente fijados en la STS de 25 de septiembre de 1984.

(33) MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.*, p. 707.

(34) Tanto MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.*, p. 707 como GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I. Teoría general*, Zaragoza, 1985, p. 204, opinan que así se deduce del articulado del Reglamento de viviendas de protección oficial de 24 de julio de 1968 [arts. 22, 79 e), y 101].

(35) Así se expresa GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro ...*, *cit.*, pp. 204 y 205.

inversión lucrativa, pero sí quien la adquiera como residencia de temporada (36). Así, una posible protección al consumidor —cuyo desarrollo legal íntegro está todavía por hacer— queda apuntada por esta Ley, aunque deficientemente.

Con la especialidad de los sujetos enlaza la especialidad de las viviendas objeto de la Ley, pues éstas no pueden ser de protección oficial y han de ser destinadas a domicilio o residencia familiar. Así, se limita el Sujeto activo no sólo por su función —promotor—, sino también por el destino y calificación de la vivienda construida.

Parece a todas luces incongruente que el legislador excluya las viviendas de protección oficial de la protección penal que otorga a las que no lo son. No es fácil adivinar el motivo que haya podido existir para discriminar en el momento de la sanción penal conductas que, siendo idénticas, únicamente se diferencian por el tipo de vivienda sobre el que recaen; y es más, si se pensara que uno de los supuestos mereciera la sanción penal y otro no, debería ser sancionada la infracción de la normativa reguladora de las garantías a tomar en el supuesto de viviendas de protección oficial, por ser éstas, de renta limitada y beneficios de carácter diverso, las destinadas a familias de economía más humilde, y por ello —si se discrimina, hágase en este sentido—, más necesitadas de protección legal.

Esta incongruencia no puede ser solucionada mediante la interpretación extensiva de la Ley 57/1968, aplicándola a otros supuestos (37), sino tan sólo mediante la tipificación legal (38), como exige el principio de legalidad. Parece que estamos ante una clara laguna, por error del legislador.

No puede argumentarse tampoco en el sentido de que siendo las garantías del artículo 1.º de la Ley 57/1968 exactamente las mismas que las que se exigen en el Decreto regulador de las garantías a tomar en la construcción de viviendas de protección oficial (39), debe ser ex-

(36) Sobre el concepto de vivienda, a tenor de la Ley 57/1968, la STS de 25 de enero de 1984 (RJA, 405) argumenta en sentido restrictivo, lo que le lleva a entender no aplicable la Ley a un supuesto de adquisición de vivienda como inversión lucrativa, en perfecta consonancia con el texto legal. Ahora bien, sí será aplicable la Ley cuando el sujeto pasivo adquiera la vivienda para su residencia, aunque ésta fuere —por ejemplo— la décima de su propiedad.

(37) Así ocurre en la STS de 14 de junio de 1977 (JC, núm. 846) en base a la imposición establecida en el Decreto 9/1963, de 3 de enero [nota (39)] de depositar «las cantidades anticipadas por los beneficiarios con indisponibilidad por el promotor para otro fin que no sea el de la construcción de las viviendas proyectadas y comprendidas en la calificación provisional y hasta la obtención de la calificación definitiva de protección oficial». La propia sentencia cita con el mismo argumento, a las STS de 28 de marzo de 1974, y STS de 18 de abril de 1975, entre otras.

(38) Como ocurriría posteriormente con los Decretos 3114/1968 y 3115/1968, ambos de 12 de diciembre (RCLA, 2240 y 2241), respecto a otra modalidad de adquisición de viviendas —adquisición en régimen de comunidad—.

(39) El Decreto 9/1963, de 3 de enero (RCLA, 61), que contempla la construcción de viviendas de protección oficial, establece en su artículo 1.º: «... d) Que por el promotor se ofrezca aval bancario suficiente o contrato de seguro que garantice la devolución del importe total de las cantidades que entreguen los beneficiarios en el caso de que no se obtenga la calificación definitiva o no se termine la obra dentro del plazo fijado

tendida la sanción penal a ambos supuestos; en su caso, si se infringe el tipo penal de apropiación indebida —en virtud a un pretendido quebranto del depósito en el que por exigencia legal se encontraban las cantidades anticipadas (40)— habría de venir en aplicación el artículo 535 C. P., y no el artículo 6.º párrafo 2.º de la Ley.

Así, vemos cómo a través del carácter —más bien calificación administrativa— de la vivienda se restringe el Sujeto activo, creando un delito especial, y cómo se discrimina respecto del Sujeto pasivo, a mi juicio, equivocadamente.

Analizando ya la conducta, vemos que la tipicidad requiere varios actos sucesivos. Sólo la presencia de todos ellos permite afirmarla. El artículo 6.º, párrafo 2.º, dice: «La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo primero ...». Conforme al texto legal, los supuestos que pueden darse los podemos dividir en dos grupos básicos.

El primer grupo de supuestos abarcaría aquellos casos en los que el promotor cumple con las garantías que se exigen en el artículo 1.º de la Ley. En estos casos no entra en juego la normativa penal, independientemente de que posteriormente se cumpla el contrato o no.

El segundo grupo engloba aquellos casos en los que el promotor incumple con las garantías exigidas. En estos supuestos interviene la normativa penal sólo si se produce la no devolución de las cantidades anticipadas. Ello supone que no será de aplicación el artículo 6.º en su párrafo 2.º, siempre que se cumpla con la entrega de la vivienda, y aunque se infrinja la normativa del artículo 1.º Tampoco será aplicable el artículo 6.º, párrafo 2.º, si voluntariamente o por requerimiento, el promotor que ha incumplido las garantías del artículo 1.º devuelve lo percibido, en caso de imposibilidad de cumplimiento del contrato (entrega de la vivienda). En estos dos supuestos, aunque no intervenga la normativa penal, se deberán aplicar las sanciones administrativas a las que se alude en el párrafo 1.º del artículo 6.º de la Ley 57/1968 por incumplimiento de las garantías del artículo 1.º

Respecto a la formalización de las garantías exigidas por el artículo 1.º de la Ley, el artículo 2.º, último párrafo, dice: «En el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía ...». Ahora bien, el artículo 1.º, párrafo 1.º, admite la entrega anticipada de cantidades «antes de iniciar la construcción o durante la misma», con lo cual es posible la formalización de garantías durante el desarrollo del contrato, respecto

en la calificación provisional o prórroga reglamentariamente concedida. e) Que el importe de las cantidades entregadas a cuenta se aplique precisamente a la construcción de viviendas del proyecto, a cuyo efecto las cantidades que entreguen los beneficiarios deberán ser depositadas en cualquier establecimiento bancario o Caja de Ahorros a disposición del promotor, con perfecta distinción de cualquiera otra clase de fondos pertenecientes al mismo.»

(40) Opinión que como más adelante se verá es susceptible de crítica, por cuanto aunque hablemos de depósito, no es éste ni siquiera el irregular que viene admitiendo la doctrina. Nos remitimos en este punto al epígrafe II.5. del Comentario.

de las nuevas cantidades aportadas. En todo caso, tanto de unas cantidades como de otras, creo que siempre que se cumpla con las garantías exigidas antes del incumplimiento del contrato, se evitaría la sanción penal, pues aún se está a tiempo de asegurar que el derecho de crédito del adquirente no quede afectado en caso de imposibilidad de llevar a buen término el contrato.

El elemento de la conducta consistente en la «no devolución» plantea un problema interesante respecto al *momento* de exigencia de dicha devolución. Dice así el artículo 3.º de la Ley 57/1968: «Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por 100 de interés anual, o 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...». El artículo 6.º, párrafo 2.º, no se aplicará cuando ante el incumplimiento de la obligación de entrega por parte del promotor —expirado el plazo inicialmente fijado para ello (41)—, el adquirente no proceda a la rescisión del contrato y por tanto a la exigencia de devolución de las prestaciones ya efectuadas —devolución de la parte del precio anticipada—, pues la opción que al adquirente —cesionario, según el texto legal (42)— le otorga el artículo 3.º de la Ley ha de ser ejercitada.

Hasta que no se proceda a la rescisión del contrato —esté de acuerdo o no el promotor con ella (43)— no se le puede exigir a éste la devolución de lo ya percibido, y en tanto ello no le sea exigido, falta la actualidad de la obligación de devolver, por lo que aún no puede hablarse de conducta típica penalmente (44).

Ello no supone dejar a la iniciativa privada la perseguibilidad de este delito, mediante la exigencia de denuncia del perjudicado para poder proceder a la apertura del proceso penal, como de hecho así ocurre en otras figuras de caracteres similares (45). Pero, sí va a depen-

(41) Plazos que han de ser fijados en el contrato que se formalice, según exigen los artículos 1.º y 2.º de la Ley 57/1968.

(42) Ya comenté cómo la terminología de todo el texto legal está basada en la pretensión de evitar que hubiera contratantes que, amparados en una calificación negocial diferente de aquella por la que el texto optase, omitiesen el cumplimiento de la Ley. Véase la nota (6).

(43) En la STS de 18 de diciembre de 1984 (RJA, 6578) el promotor se muestra de acuerdo con la rescisión del contrato, incumpliendo posteriormente lo que la misma supone. Así en el Primer Considerando se dice: «... al no haber terminado las obras en el plazo estipulado, dicho procesado se avino a dar por resuelto el contrato haciendo devolución a los compradores del total de las cantidades recibidas de éstos, a los que entregó 6.000 pesetas, quedándose con ánimo de exclusivo beneficio personal con la cantidad de 370.000, ...».

(44) Al tratar de fijar el momento en el que la conducta se hace típica, hemos de observar que la consumación de la infracción penal no coincide con el de la infracción administrativa, sino con el momento de la no devolución de las cantidades.

(45) Así, en el artículo 12 de la Ley 50/1965, de 17 de julio: «..., persiguiéndose el hecho sólo a denuncia del perjudicado». En sentido crítico de esta exigencia, que convierte a la figura en un delito privado, CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Ventas a plazos y apro-*

der del adquirente perjudicado, en cierta medida, que pueda aflorar la conducta típica, y en qué momento. No plantea ningún problema en los supuestos comunes en los que, ante el requerimiento de este adquirente, el promotor puede devolver lo percibido; pero sí supone cierto sesgo diferenciador en dos sentidos. Por un lado, el tratamiento frente a la imposibilidad de devolución va a ser diferente en función de la voluntad del adquirente, quien puede dar un mayor o menor margen de cumplimiento del contrato —mediante la ampliación de plazos o por la no reclamación judicial—; lo cual incide en los presupuestos de la situación típica de la que se deriva la obligación positiva de devolución de las cantidades anticipadas.

Y por otro lado, va a existir en manos de estos adquirentes un medio de presión sobre los promotores, que si en la mayoría de los casos puede compensar la posición normalmente dominante que éstos tienen en la relación contractual, en otros muchos —en los que el promotor puede no haber tenido mayor actuación que la de una mala gestión—, va a suponer que, por la rigidez formal excesiva del tipo (46), se imponga necesariamente la pena prevista, que puede ser bastante grave (47).

Ciertamente lo que se castiga no es sólo la no devolución, sino el incumplimiento de condiciones que aseguren dicha devolución, tratando de evitar o al menos de paliar que un comportamiento arriesgado del promotor —traducido en insolvencias o fraudes de diverso tipo— se materialice en un impago de la deuda proveniente de las cantidades anticipadas.

Por ello, el tipo analizado, con la exigencia de las garantías del artículo 1.º de la Ley 57/1968, tiene una finalidad doble: asegurar el cumplimiento del contrato, y garantizar —en caso de dificultades— la rescisión de dicho contrato sin perjuicios para el adquirente. Por eso, con el cumplimiento de las condiciones del artículo 1.º el promotor evita la persecución penal; ello incluso independientemente de que el adquirente no vea satisfecha su pretensión de cobro si la Compañía aseguradora quiebra, o el avalista no responde.

Ahora bien, lo decisivo de este delito no es la infracción de un deber extrapenal, pues en este caso se agotaría el injusto con el desvalor de acción (48); máxime si ya esa infracción conlleva la aplicación de las sanciones administrativas que, conforme al artículo 6.º, párrafo 1.º, correspondan. Por eso, el elemento de la no devolución requiere particular atención. Lo que ocurre es que este incumplimiento no siempre dependerá de la voluntad del sujeto activo, pues pese a la au-

piación indebida, Barcelona, 1983, pp. 48 y ss. Sin embargo, tal vez sea una alternativa a considerar en la persecución de los ilícitos derivados de incumplimiento de obligaciones de carácter patrimonial en los que el desvalor de resultado no sea grave, máxime si ya el perjudicado puede haber visto compensado el perjuicio sufrido por otros medios.

(46) En similares términos, MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.*, p. 722.

(47) Véase el epígrafe II.4., correspondiente a la penalidad del delito.

(48) En el mismo sentido, en relación con los delitos consistentes en la infracción de un deber y, en general, respecto de cualquier delito, GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro ...*, *cit.*, p. 333.

sencia de los avales requeridos ha podido sopesar los riesgos de posible insolvencia o crisis, y confiar en la evitación de la misma, que sin embargo acontece. Para la Ley, es indiferente la causa de la no devolución —negativa voluntaria del constructor solvente, imposibilidad de devolución por falta de activo líquido u otro motivo no imputable al constructor—. La explicación puede residir en la especial facilidad con que el sujeto activo pudo evitar o al menos prevenir la lesión del bien jurídico con un comportamiento previo exigible legalmente (49). Puede decirse que con las primeras omisiones —al no asegurar el depósito—, se está asumiendo una especie de riesgo de vulneración de un bien jurídico, lo cual, y debido a la especial posición que tiene el sujeto activo, no puede permitirse.

Estamos, en definitiva, ante un delito de lesión; si no se exigiera el resultado consistente en la insatisfacción del deudor al cobro de sus créditos con el consiguiente perjuicio patrimonial, derivada de la no devolución de lo anticipado, estaríamos ante un tipo de peligro (50). La función de adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico que cumpliría ese supuesto tipo de peligro, la desempeñan suficientemente las sanciones administrativas a imponer en caso de incumplimiento de lo preceptuado por el artículo 1.º de la Ley.

II.3. El tipo subjetivo

En cuanto a la primera parte de la conducta —percibir cantidades anticipadas sin establecer el depósito en cuenta especial bancaria y/o no formalizar el contrato de seguro o el aval exigidos—, en principio sólo parece posible la comisión dolosa. El promotor debe conocer y asumir la ausencia de tales garantías al recibir el anticipo en cuestión, lo que normalmente significará que ha decidido eludir tales obligaciones por propia conveniencia. Difícilmente podrá existir error sobre esta obligación extrapenal —con incidencia penal—, en cuyo caso entrarían en juego las reglas del error de prohibición conforme al artículo 6.º bis a) del Código Penal. Caso de error sobre la efectiva formalización de las garantías —por confusión en la recepción de las cantidades, irregularidades de la gestoría o intermediario, etc.—, podría existir error de tipo y consiguiente responsabilidad culposa. La no exigencia de ánimo de lucro permite admitir esta posibilidad.

No obstante, la jurisprudencia ha venido exigiendo constantemente

(49) GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro ...*, cit., pp. 375 y 379, destaca la «relación de dominio de ese sujeto sobre la vulnerabilidad del bien jurídico», en el sentido de que el sujeto «domina el espacio social en el que pueden surgir peligros para los bienes jurídicos que penetran en dicho espacio, con lo que se erige en garante del control de fuentes de peligro». Por ello, «no sólo tiene el deber de omitir las acciones tendentes a lesionar o poner en peligro esos bienes jurídicos, sino también el deber de realizar acciones tendentes a evitar dicha lesión o peligro».

(50) Peligro abstracto, en base a un injusto administrativo o mera desobediencia. Sobre la diferencia con los delitos de «peligro hipotético». Véase TORIO, A., «Los delitos de peligro hipotético», en *ADP*, 1981, pp. 825 y ss.

te la necesidad de ánimo de lucro para admitir la aplicación de esta figura delictiva; pero, más parece que ello es debido a su asimilación a la apropiación del artículo 535 CP, que a un análisis de la figura en cuestión (51). Ello le daba la posibilidad de, ante un caso de injusticia material, negar la existencia de este ánimo de lucro, evitándose la imposición de la pena a que hubiera dado lugar la interpretación taxativa del precepto de la Ley 57/1968 y omitir así la problemática al respecto (52).

Ahora bien, de la propia esencia del tipo en cuestión no parece exigirse la existencia del ánimo de lucro, sino la presencia de un incremento de activo en el patrimonio del promotor, por más que contablemente tenga su contrapartida en el derecho de crédito del adquirente. No es necesario el ánimo lucrativo del sujeto activo, que no concurrirá cuando la no devolución sea consecuencia de una insuficiencia patrimonial existente al exigirse la resolución contractual, que puede provenir de un simple retraso en la entrega de la vivienda objeto del contrato. El Tribunal Supremo, ante la manifiesta ausencia del ánimo de lucro en estos casos, ha considerado en alguna ocasión —para aplicar la Ley 57/1968— que el ánimo de lucro ya de alguna manera puede deducirse de la aplicación de las cantidades a otro destino que la propia construcción de la vivienda (53), razonamiento que no creo aceptable, por cuanto de ello no se va a derivar necesariamente la no devolución. Y, aunque la devolución no se produzca, no hay necesidad de justificar la sanción buscando un ánimo de lucro que puede no existir, pues el injusto típico descansa en el incumplimiento doloso de las obligaciones del artículo 1.º de la Ley, más la mera no devolución (54).

(51) La exigencia de ánimo de lucro se reitera en la Jurisprudencia hasta recientemente; así, entre otras, las STS de 25 de junio de 1975 (JC, núm. 974), 13 de abril de 1978 (JC, núm. 338), 26 de diciembre de 1981 (JC, núm. 1554) y 18 de diciembre de 1984 (RJA, 6578), si bien en esta última se habla de «ánimo de exclusivo beneficio personal». MORILLAS CUEVA, L., «El reintegro ...», *cit.*, p. 717, en el mismo sentido, entiende que por la remisión de la Ley 57/1968 al tipo de apropiación indebida, y por ser una auténtica defraudación, «parece obligado, aunque no se diga expresamente, reconocer la necesidad de ánimo o propósito de lucro».

(52) Como ocurre en la antedicha STS de 13 de abril de 1978 —en un claro intento de evitar la responsabilidad objetiva—, en la que se niega la aplicación del artículo 6.º, párrafo 2.º, porque «... aunque con infracción de las garantías legales ... tampoco puede hablarse de dolo correlativo a dicha acción a virtud de las fortuitas causas sobrevenidas». En el supuesto enjuiciado es claro que no existía ánimo de lucro, y aunque se incumplieron las garantías legales del artículo 1.º, el incumplimiento de entrega de la vivienda se debió a diversas causas totalmente fortuitas —crisis laboral, enfermedad de la esposa—. Lo que ocurre es que la sentencia absolutoria se basa más en consideraciones de justicia material que en razones legales.

(53) Así en la STS de 29 de diciembre de 1978 (RJA, 4401).

(54) Considera MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.*, p. 718, que el elemento subjetivo del injusto —ánimo de lucro— «ha de entenderse en el momento en que el sujeto no cumple con la devolución». Ciertamente, si fuera exigible este ánimo, podría surgir con anterioridad a dicho momento —pero siempre con posterioridad al de la percepción del dinero, puesto que si existiera en un momento anterior nos encontraríamos posiblemente ante el tipo de estafa—, si bien habría de ser mantenido hasta el momento que fija el autor; así, si en el promotor existiese un ánimo de lucro surgido con la entrega de las cantidades, pero luego éstas son devueltas, no vendría en aplicación el tipo delictivo. Por otra parte, si surgido el ánimo de lucro en dicho momento, las can-

La no devolución, segunda parte de la conducta, constituye un elemento objetivo, que no requiere ser abarcado por el dolo del sujeto. Es indiferente que el sujeto intencionadamente incumpla la obligación de devolver, pudiendo hacerlo, o que aun deseando realizar esa devolución no tenga medios económicos para ello. Pudo prever la situación de imposibilidad de pago, y evitarla simplemente observando la obligación legal de garantía, por lo que prácticamente siempre existirá al menos culpa. La exigencia del artículo 1.º, párrafo 2.º, del Código Penal es aquí aplicable, en todo caso, a fin de excluir la responsabilidad penal objetiva (55).

II.4 Penalidad

El artículo 6.º, párrafo 2.º, dice: «La no devolución... será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587, número 3, y 535 del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo.»

Para la determinación de la pena que corresponde imponer al hecho típico analizado, la Ley 57/1968 se remite al artículo 535 CP. Sin embargo, si bien al redactarse la Ley, la pena del delito de apropiación indebida se determinaba de conformidad con lo dispuesto en el entonces artículo 528 CP referente a la estafa, hoy —tras la reforma mediante Ley Orgánica del Código Penal 8/1983, de 25 de junio— la pena a imponer en el delito de apropiación indebida viene fijada conjuntamente en los artículos 528 y 529, por cuanto aun cuando el artículo 535 CP no mencione el último de los preceptos citados, lo cierto es que el actual artículo 528, al que se sigue remitiendo el 535, fija las penas en función de la existencia o no de las circunstancias del 529.

De las ocho circunstancias contenidas en el artículo 529, sólo alguna puede concurrir en la comisión del delito de apropiación indebida (56), con lo cual la determinación de la pena se complica. El ar-

tidades no se devuelven, pero por causas diversas al ánimo de lucro —así el promotor decide al fin cumplir con el contrato o con la rescisión, pero no es económicamente solvente—, también sería impune la conducta que, aunque suponga un enriquecimiento injusto, no implica ánimo de lucro. No creo que las soluciones anteriores sean desacertadas, pero difícilmente se puede llegar a las mismas siguiendo los preceptos de la Ley 57/1968. CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Ventas a plazos ...*, cit., pp. 112 y 113, apunta la posibilidad de que el ánimo de lucro no sea un elemento del tipo de apropiación indebida —en general— por la no exigencia de la ley. En todo caso, lo que sí es preciso es el ánimo de apropiación, que forma parte del dolo. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., opina que el dolo en el delito de apropiación indebida «es el único elemento subjetivo necesario ... El ánimo de lucro, ..., el ánimo de apropiación o *animus rem sibi sabendi*, etc., se convierten en este caso en simples formas más o menos literarias de explicar el mismo fenómeno subjetivo a que se refiere el dolo». En general, sobre el ánimo de lucro y el ánimo de apropiación, ver BAJO FERNÁNDEZ, M., «Animo de lucro y ánimo de hacerse pago», en *ADP*, 1975, pp. 358 y ss.

(55) Véase, ASUA, A., «La Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (LO de 25 de junio de 1983). Algunas repercusiones de la exigencia de dolo o culpa», en *Rvta. del Colegio de Abogados de Vizcaya*, núm. 15, 1983, p. 23.

(56) Son tales circunstancias la 5.ª, la 7.ª y la 8.ª, según BAJO FERNÁNDEZ, M., «La de-

título 6.º, párrafo 2.º, de la Ley 57/1968 indica que las penas del artículo 528 que corresponda aplicar, serán de imposición en su grado máximo (57); pero al estar la pena base de este artículo —ahora, tras la reforma— cualificada por las circunstancias del artículo 529, se plantea el problema de si esa agravación máxima ha de operar sobre la pena final, tras la comprobación de la existencia de alguna de las circunstancias antedichas, o bien si sólo es operativa en caso de que no exista ninguna de las agravantes del citado artículo 529. Esta solución es la más lógica, pues en otro caso podríamos estar cualificando doblemente, en función de dos circunstancias de muy similares características; no obstante, esto no se deduce del texto de la Ley, que a pesar de la reforma 8/1983 no ha sufrido variación, ya que al no fijarse el motivo o circunstancia que obliga a imponer las penas del artículo 528 en su grado máximo, no cabe afirmar que esta agravación sea incompatible con las circunstancias 5.ª, 7.ª u 8.ª del artículo 529 CP.

Así pues, para determinar la pena a imponer, primero habrá de determinarse la pena base, en función de los artículos 528 y 529 CP, para posteriormente aplicar sobre esa pena base la agravación específica del artículo 6.º, párrafo 2.º, de la Ley. Es clara la crítica que a ello puede hacerse, simplemente advirtiéndole que se sanciona más gravemente la conducta objeto de estudio que una apropiación indebida o que una estafa que verse también sobre viviendas. Por otra parte, concurriendo las circunstancias 7.ª y 8.ª del artículo 529 —lo cual será frecuente en una típica actividad constructora—, y teniendo en cuenta la agravación específica, la pena a imponer estará comprendida entre diez años y un día y doce años de prisión mayor. Parece excesiva esta pena; al menos en muchos casos en los que únicamente hay una gestión profesional defectuosa.

II.5. Especificidad del tipo. Su relación con el delito de apropiación indebida contenido en el artículo 535 CP

° Hasta aquí hemos visto brevemente la esencia de la figura delictiva, prescindiendo en cierto modo de la concreta remisión que al Código Penal establece la Ley 57/1968. Esta, tras definir la conducta a sancionar, establece que la misma será constitutiva «del delito sancionado en el artículo 535 CP, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo». Por ello, en general los autores que analizan esta

terminación de la pena en el delito de apropiación indebida», en *Comentarios ...*, cit., t. V, vol. 2.ª, pp. 1269 a 1271, opinión que confirma en *Manual de Derecho Penal ...*, cit., página 299.

(57) La STS de 28 de octubre de 1975 (RJA, 4022) dice que ello se debe a que el precepto crea una agravación específica por motivos socioeconómicos, al gravitar la apropiación sobre la promoción de construcción de viviendas. No obstante, no precisa qué entiende por motivos socioeconómicos, ni cuál es el motivo concreto de agravación: la existencia de un delito masa, la cuantía del perjuicio sufrido, la consideración de la vivienda como bien de primera necesidad o la débil situación social del sujeto pasivo.

figura, lo hacen al estudiar la apropiación indebida, ya que el artículo 6.º, párrafo 2.º, de la Ley no se limita a señalar la penalidad por remisión al artículo 535 —como ocurre con otros supuestos de leyes especiales (58)—, sino que amplía el supuesto típico de la apropiación indebida, considerando la no devolución de las cantidades depositadas para la adquisición de viviendas como una modalidad cualificada de apropiación (59).

Como dice Morillas Cueva, es evidente que «el que no devuelve (cuando hay obligación de devolver) se apropia ilegítimamente de la cosa» (60). Del mismo modo, quien sometido a una obligación, legal o contractual, de entregar una cosa —en cumplimiento de una prestación— no la cumple, incrementa su patrimonio manteniendo en su activo algo que es pasivo —débito a un acreedor—. Sin embargo, ello no necesariamente supone una apropiación indebida, en el sentido penal del término, pues este tipo requiere, por propia definición del mismo (61), que el sujeto pasivo siga siendo propietario del objeto material apropiado. El bien jurídico protegido en este tipo es el patrimonio, y más concretamente la plena disponibilidad con ejercicio de todos los derechos derivados del título de propiedad que existe sobre

(58) Así el artículo 12 de la Ley 50/1965, dice: «... será castigado (el comprador que...) con las penas previstas en el Código Penal para los delitos de apropiación o de daños ...».

(59) Sin embargo, aunque los autores estudien esta figura dentro del marco general de la apropiación indebida, no la entienden del mismo modo.

SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito ...*, cit., pp. 126 y 127, critica la regulación actual entendiendo que «la expresa remisión destruye el fundamento del 535», se pronuncia por la sanción administrativa, o por la estafa, en su caso, y considera la «creación de un tipo penal específico sería un mal menor».

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio ...*, cit., p. 338, habla de «peculiar apropiación indebida». MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», cit., se pronuncia por la «creación de un tipo específico» (p. 723); sin embargo, opina que «ex lege» estamos ante una «modalidad de apropiación indebida» (p. 705).

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual ...*, cit., menciona únicamente el supuesto, al tratar la determinación de la pena de la apropiación indebida, considerándolo como supuesto de «agravación especial». También, al tratar de la penalidad, menciona MUÑOZ CONDE, F., *Derecho ...*, cit., p. 263, la figura, si bien matiza «el encorsetamiento excesivamente rígido de estos comportamientos delictivos y la remisión tajante al delito de apropiación dificulta muchas veces su persecución final», siguiendo en este punto a MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», cit., pp. 772 y ss., RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal ...*, cit., páginas 390 y 391, la considera tipo cualificado, si bien entiende que «para que la cualificación opere es necesario que haya una apropiación indebida por parte del promotor». Criticando la figura, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, V. I, Barcelona, 1986, p. 347, habla de una agravación por no devolución. GARCÍA VALDÉS, C., en la puesta al día de QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado ...*, cit., p. 957, habla de una remisión a la penalidad del artículo 535, en su grado máximo.

Por fin, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., p. 298, opina que «el comportamiento típico y todos los elementos objetivos y subjetivos se encuentran recogidos en el artículo 6.º de la Ley de 1968 con las penas previstas en el artículo 528 del Código Penal». Considera también que «el delito descrito en esta Ley especial emparenta mejor con los delitos de insolvencia que con la apropiación indebida».

(60) MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», cit., p. 710.

(61) Entre otros, SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito ...*, cit., pp. 67 y ss. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado ...*, cit., pp. 883 y ss. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal ...*, cit., pp. 257 y 258.

el concreto objeto en cuestión. Si tal propiedad ya no existe, al haberse transmitido el objeto a otro, en virtud de título apto para ello (62), el receptor del mismo no puede ser sancionado por apropiarse de algo de lo que ya es propietario.

El Tribunal Supremo, en jurisprudencia ya reiterada, viene declarando que las cantidades anticipadas al promotor constituyen un depósito irregular (63), en base a que dichas cantidades han de constituir un patrimonio separado afecto a un fin (64). Incide el Tribunal en esta idea, tratando de justificar cómo la entrega del dinero al promotor se realiza en virtud de algún título que no transmite la propiedad del mismo, para, de este modo, posibilitar la aplicación del artículo 535 CP —que exige un título de tales características— a las conductas perseguidas.

Pero aunque el patrimonio en cuestión tiene la peculiaridad de estar ingresado en cuenta especial y su empleo ha de pasar por la exigencia de ser destinado única y exclusivamente a las «atenciones derivadas de la construcción de viviendas» (65), tal patrimonio es propiedad exclusiva del promotor, aunque afecto a un fin. Así, si admitimos que las cantidades «anticipadas» lo son a cuenta del precio total de la vivienda (66), de las mismas será propietario el promotor, quien

(62) Son tales títulos, según el artículo 535 del CP, el depósito, la comisión, la administración u «otro que produzca obligación de entregarlos o devolverlos» (el dinero, efectos o cosa recibidos). Doctrina y Jurisprudencia establecen una amplia enumeración. Así podemos encontrar un estudio exhaustivo de los mismos en FERRER SAMA, A., *El delito ...*, cit., pp. 21 y ss. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado ...*, cit., pp. 955 y ss. SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito ...*, cit., pp. 108 y ss. En cualquier caso, del análisis de tales títulos se deduce que a pesar de la cláusula abierta del artículo 535 del CP, no cabe admitir aquellos títulos que transmitan la propiedad; ello ya no ofrece dudas tras la promulgación del texto refundido de 1944, en que se dota a la apropiación indebida de sustantividad propia, impidiendo la admisión del título de préstamo como incluido en el artículo 535 del CP; ver en este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal ...*, cit., p. 384.

(63) La enumeración de sentencias es extensa, y basta tomar la STS de 9 de febrero de 1977 (JC, núm. 167) o la STS de 14 de junio de 1977 (JC, núm. 846) para apreciar la doctrina del Tribunal. Sin embargo, incluso para el delito de apropiación indebida del artículo 535 del CP, SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito ...*, cit., pp. 95 y ss., no admite la admisión del depósito irregular como incluido en dicho artículo. En este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado ...*, cit., p. 944. En sentido opuesto, FERRER SAMA, A., *El delito ...*, cit., pp. 26 y ss. Ver nuevamente, en relación con el tema del dinero, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., pp. 277 y 286.

(64) Ver las STS de 26 de diciembre de 1981 (JC, núm. 1554) y STS de 13 de abril de 1978 (JC, núm. 338) entre otras. La STS de 25 de junio de 1975 (JC, núm. 974) habla de una transmutación «del fin o destino, determinado por el título fiduciario de comisión» (?). La STS de 26 de febrero de 1985 (RJA, 1543) dice en su séptimo Considerando: «... y sabido es, decía Ulpiano, que una cosa es adquirir y otra recibir ..., pleno dominio de un lado, simple detentación condicionada de otro».

(65) Dice el artículo 1.º de la Ley 57/1968: «... 2.ª ... 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 ...».

(66) SAPENA TOMÁS, J., y otros, «Las garantías ...», cit., p. 91, en MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», cit., p. 711, considera que el contrato más frecuente será la compraventa. La STS de 22 de junio de 1984 (RJA, 3603), admitiendo la consideración de lo recibido como anticipo del precio, aplica el tipo en cuestión —artículo 6.º—. La STS de 25 de enero de 1984 (RJA, 405) entiende, sin embargo, que la entrega inicial de parte del precio convenido no lo es a título posesorio, sino dispositivo.

no está obligado a la custodia y restitución de dichas cantidades (67), sino a la entrega de una vivienda. Tras la rescisión del contrato por incumplimiento de plazos, según se establece en la Ley (68), las contrapartes han de restituirse lo ya percibido, obligación que nace no de un depósito impropio, sino de dicha rescisión. Más aún, si constituido lo que el Tribunal Supremo llama patrimonio afecto a un fin, el mismo se destina a otro diferente (69), pero no se rescinde el contrato, no existirá «todavía» ni infracción del artículo 6.º, párrafo 2.º, ni delito de apropiación indebida.

El fundamento para entender aplicable el artículo 535 del CP no puede residir en este título en virtud del cual se posee el dinero anticipado, pues ello no proporciona la fundamentación esperada, y si únicamente en base a la expresa remisión legal del artículo 6.º de la ley al artículo 535 del CP. Sólo en base a esa remisión cabe decir que una conducta que antes de la Ley de 1968 no era típica según el artículo 535 del CP, ahora lo sea. Y según dice Sainz-Pardo, «la expresa remisión destruye el fundamento del artículo 535» (70), en el sentido de que si la conducta encajara en el artículo 535, no sería necesario remitirse a este precepto. Más bien, como dice Muñoz Conde, refiriéndose a supuestos similares al de nuestra figura, estamos ante «normas extrapenales que consideran delictivos supuestos de hecho cuya subsumción en una norma penal es, por lo menos, dudosa» (71).

La remisión legal no desvirtúa sin embargo los elementos del delito examinado. En palabras de Bajo Fernández, «el comportamiento típico y todos los elementos objetivos y subjetivos se encuentran recogidos en el artículo 6 de la Ley de 1968 ...» (72).

Para concluir este apartado, voy a mencionar las diferencias principales que existen entre el delito de apropiación indebida del artículo 535 del CP, y la figura recogida en el artículo 6.º, párrafo 2.º de la Ley 57/1968:

1.ª Aunque es el patrimonio en sentido amplio el bien jurídico protegido por ambos preceptos, en el artículo 535 del CP se protege específicamente el derecho de propiedad —al menos cuando el objeto material no consista en dinero—, mientras que en el artículo 6.º de la

(67) Sobre el depósito, véanse los artículos 1758 y ss. del Código civil.

(68) Así se recoge en el artículo 3.º de la Ley 57/1968. No obstante, pueden existir otras causas no recogidas en dicho artículo que den lugar a la rescisión del contrato; así, la diferencia de superficie o cabida de la vivienda, o la existencia de gravámenes de diverso tipo (ver en este punto los artículos 1469, 1470 y 1483 del Código Civil, entre otros).

(69) Supuesto que habría de suponer la negligencia de la Entidad depositaria, o bien la actuación ilícita del promotor, ya que para la disposición de tales cantidades —destinadas a gastos concretos en la construcción de las viviendas— sólo si se justificara la necesidad de la misma sería posible.

(70) Según cita ya recogida de SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito ...*, cit., p. 127.

(71) MUÑOZ CONDE, F., *Introducción ...*, cit., p. 25. Si bien el autor no menciona entre los ejemplos que cita la figura del artículo 6.º, párrafo 2.º, de la Ley, sí señala los otros tres supuestos que, en leyes especiales, se ha entendido remitían a la propiedad indebida del artículo 535 del CP.

(72) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 298.

Ley se protege el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos.

2.^a Las conductas de ambos delitos son totalmente diferentes, pues mientras en el artículo 535 se exige una apropiación o una negativa de haber recibido el objeto, en la Ley 57/1968 nos encontramos ante una serie de actos sucesivos que han de concurrir cumulativamente para que pueda imponerse la sanción penal. Especialmente hay que incidir en la importancia que tiene para que proceda apreciarse el delito, la no formalización de las garantías que vienen exigidas por el artículo 1.º de la Ley.

3.^a Para apreciar el delito del artículo 535 del CP se exige que el sujeto activo posea aquello de lo que se apropia, en virtud de título que obligue a su devolución. Por el contrario, en la Ley de 1968, el promotor es propietario del dinero que se le anticipa, y no tiene obligación alguna de devolver esas cantidades, salvo que se rescinda el contrato.

4.^a El delito del artículo 6.º de la Ley 57/1968 es especial en atención al sujeto activo, así como por la específica determinación de las viviendas sobre las que ha de recaer la conducta delictiva. Si las viviendas fueran de protección oficial no cabría aplicar la Ley de 1968, y habría que analizar si la conducta podía encajar en el artículo 535 del CP, lo cual no necesariamente habría de ocurrir.

5.^a Tradicionalmente la doctrina entiende que se requiere en el delito de apropiación indebida un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de lucro, aunque en la actualidad se cuestiona tal postura (73). Este elemento no se exige en la figura del artículo 6.º, en la que es suficiente el dolo (74).

Creo que las diferencias señaladas permiten afirmar que estamos ante un tipo específico, con características propias, y la remisión legal al delito de apropiación indebida no ha de desvirtuar esas características ni añadir nuevos requisitos para poder apreciar el delito recogido en el artículo 6.º, párrafo 2.º, de la Ley 57/1968. Por otra parte, las conductas que se pretenden evitar con ambos preceptos son lo suficientemente dispares como para poder afirmar la necesidad de tipicidades diversas, no asimilables ni siquiera a efectos de penalidad.

II.6. Conclusión crítica

Queda, para concluir esta breve visión de la problemática que la figura comentada presenta, resumir las críticas anteriores y establecer unos criterios para su reforma o supresión.

(73) Encontramos la opinión tradicional en FERRER SAMA, A., *El delito ...*, cit., pp. 62 y ss. También en QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado ...*, cit., pp. 903 y ss. Críticamente, sin embargo, SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito ...*, cit., p. 139 y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Ventas a plazos ...*, cit., pp. 111 y ss. En general, y ya citado en el epígrafe II.3, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Animo de lucro ...», cit., pp. 358 y ss.

(74) Véase en este punto la argumentación completa contenida en el epígrafe II.3. de este Comentario.

Es claro que el ámbito de protección de la figura de la estafa —regulada en los artículos 528 y 529 del CP— es suficientemente amplio como para subsumir en el mismo la conducta del promotor que desde un primer momento piensa incumplir su contrato, y lo único que pretende es obtener una ventaja patrimonial en perjuicio de los adquirentes, siendo la formalización del contrato el medio idóneo para el engaño (75).

Ahora bien, si no existe dicho ánimo de defraudación y se formaliza el contrato, pero se eluden las garantías previstas en el artículo 1.º de la Ley, ocurrirá que en caso de imposibilidad de cumplimiento de la obligación de entrega de vivienda, surge la posibilidad de rescisión contractual por incumplimiento (76). La consiguiente devolución de lo ya entregado —el dinero en nuestro caso— como restitución de las prestaciones recíprocas, podrá ser exigida mediante el oportuno procedimiento civil. Si no fuera posible el resarcimiento del acreedor, por ser el patrimonio del deudor —promotor— insuficiente, podríamos plantearnos la posibilidad de que la conducta fuera constitutiva de un delito de alzamiento de bienes o de quiebra, en cuanto con el mismo produce el perjuicio patrimonial del adquirente-acreedor, el cual ve disminuido su activo, no por la pérdida de algo de su propiedad, sino por la no satisfacción de una deuda de la que era acreedor (77).

Por otra parte, si se cumple con las garantías del artículo 1.º, la situación no es diferente en cuanto incumplimiento contractual, si bien en este caso el acreedor no sería el adquirente, sino el avalista ó asegurador que ha satisfecho al anterior lo debido por el promotor, y sin embargo, el supuesto no da lugar a la sanción del artículo 6.º (78). Esto supone que el incumplimiento de una obligación civil produce efectos jurídicos distintos —en un caso, efectos penales— en función del sujeto que ve burlado el pago de su deuda, lo cual puede explicarse sólo por la distinta posición económica —en cuanto a poder económico— del avalista respecto al comprador de vivienda, aunque no siempre el comprador sea un sujeto económicamente débil (79). En todo caso, parece que el espíritu de la Ley busca la especial protección del comprador, más vulnerable frente a los promotores de la construcción.

(75) En este sentido, los supuestos de estafas inmobiliarias a gran escala que, iniciados en los años sesenta, se extendieron hasta principios de los ochenta, tratados y juzgados como estafas, son base de la preocupación del legislador.

(76) A nuestros efectos, no interesa profundizar sobre las diversas alternativas civiles de rescisión o de resolución de los contratos, así como de las formas que las mismas pueden adoptar. En todo caso, véanse los artículos 1290 y ss. del Código Civil, así como —específicamente para la compraventa— los artículos 1469 y ss.

(77) Pero para ello habría de demostrarse la concurrencia de todos los elementos típicos que se exigen respecto de los delitos mencionados, en atención a los artículos 519 y ss. del Código Penal.

(78) Aunque el avalista siempre se convertirá, tras el pago de lo debido, en acreedor del promotor, el asegurador sólo lo será en determinados casos muy puntuales, pues con el pago de la prima de seguro el promotor ya está cubriendo su responsabilidad.

(79) Ver a este respecto la caracterización del sujeto pasivo, en el epígrafe II.2., y en especial la nota (36).

En relación con la protección del comprador, evidentemente no tiene justificación la aplicación de sanciones penales sólo cuando las viviendas que se adquieren no son de protección oficial; la corrección de esta laguna o situación discriminatoria es algo que ha de abordarse (80).

En definitiva, el incumplimiento de las garantías requeridas —aval o seguro y depósito— se toma como presunción de una voluntad de no devolución de las cantidades adelantadas como precio, en el eventual supuesto de imposibilidad de hacerlo en su momento si la construcción no se desarrolla como se pensaba. De alguna manera, ante las dificultades de prueba sobre el dolo de defraudar al comprador —que caso de no existir o no probarse sólo permitiría hablar de un incumplimiento obligacional—, la ausencia de las garantías exigidas se interpretan como asunción de un riesgo mayor, equiparable a un dolo eventual hipotético o en su caso a una culpa, presente ya desde la recepción de las cantidades a cuenta, respecto a la no devolución y consiguiente perjuicio patrimonial por incumplimiento contractual. Así, incidiendo en el tema de las garantías, el sentido de la normativa hay que buscarlo en la protección del ciudadano comprador de vivienda habitual mediante el traspaso a la Compañía Aseguradora o Entidad avalista de la obligación de devolver el dinero que surge con la rescisión contractual.

La conducta sería más equiparable a la estafa que a la apropiación indebida, pues a diferencia de esta última la propiedad se ha transferido al sujeto activo. La no cumplimentación de garantías podría asimilarse a las maniobras engañosas, pues el comprador de la vivienda actúa confiado en la solvencia del constructor promotor, y en todo caso, confiado en que caso de insolvencia de éste o problemas en la construcción que supongan la revocación contractual, lograría recuperar la parte del precio adelantada, por existir el aval o seguro correspondiente. La defraudación de esta confianza descansa en la elusión de las obligaciones garantistas requeridas por la Ley. Aun así, la figura del artículo 6.º de la Ley 57/1968, en atención al bien jurídico protegido y a la modalidad comisiva, guarda más relación con las insolvencias punibles que con la estafa o con la apropiación indebida.

A pesar de todo ello, si aun con todas las críticas expuestas a lo largo de este Comentario, se entendiera que la conducta del promotor debe ser sancionada penalmente y no sólo civil o administrativamente (81), deberán fijarse con precisión los elementos integrantes de la conducta delictiva, constituyendo si es necesario un tipo específico

(80) Ver el epígrafe II.2. del Comentario, si bien es ésta una idea presente a lo largo de todas las páginas del mismo.

(81) Esta solución ha de tomarse en función de puntos de vista político-criminales, atendiendo a la situación que se quiere resolver o prevenir y estudiando en todo caso si tales medidas penales son las más adecuadas para lograr los resultados pretendidos. Quizá un mayor control administrativo en la exigencia del cumplimiento de la preceptiva legal destinada al efecto puede suplir tales medidas penales. De todos modos, los principios generales del Derecho Penal han de ser respetados, y se ha de procurar mantener con claridad la frontera existente entre ilícitos de diversa índole.

que la recoja, y que conlleve una pena proporcional al grado de desvalor de acción y de resultado de la conducta típica. Problemas de especial importancia que con la actual regulación no quedan solventados —en especial los que se refieren al elemento subjetivo del injusto y a la objetividad de la no devolución—, quedarían así subsanados.

III. LA STS 17 OCTUBRE 1986

El Tribunal Supremo resuelve el caso de autos basándose en dos Fundamentos de Derecho, de aparente sencillez, casando y anulando la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Huelva. Opta el Tribunal Supremo por la libre absolución del procesado atendiendo en dos Fundamentos «diferentes», a dos cuestiones: 1.ª) relativa a la concurrencia o no del delito mencionado en el párrafo 2.º del artículo 6.º de la Ley 57/1968; 2.ª) subsidiariamente, si se ha cometido o no un delito de apropiación indebida del artículo 535 del CP. Siendo la respuesta a ambas cuestiones negativa, entiende el Supremo que «la sentencia recurrida [que] contempla un caso no delictivo sino un puro incumplimiento contractual que deberá ser en último extremo sometido al conocimiento y decisión de los tribunales del orden civil y no a los de la jurisdicción represiva», y en virtud de ello, falla absolviendo.

Los hechos, brevemente resumidos, se desarrollaron del modo siguiente:

1.º El procesado, con anterioridad al 15 de julio de 1972, había solicitado de la Delegación Provincial del Ministerio de Vivienda la iniciación del oportuno expediente para conseguir la Calificación de Viviendas de Protección Oficial.

2.º En fechas inconcretas de ese año, algunas anteriores a la de iniciación del expediente, se puso en contacto con alguno de los futuros adquirentes de las viviendas, quienes le entregaron pequeñas cantidades a cuenta.

3.º El 14 de julio de 1973 fue otorgada la Cédula de Calificación Provisional de Viviendas de Protección Oficial.

4.º En septiembre de 1973 comenzó el procesado a plasmar en documentos privados las ventas realizadas en 1972, así como las que llevaba a cabo por primera vez, recibiendo de los compradores una cantidad inicial —en la que se reflejaba la ya percibida antes de la Calificación provisional (no permitido legalmente)—, así como varias letras de diverso vencimiento.

5.º El 20 de julio de 1975, plazo fijado en la Cédula de Calificación de terminación de las obras, éstas no se concluyen. El plazo se prorroga hasta el 20 de julio de 1977.

6.º El 4 de mayo de 1976 el procesado utiliza las letras aceptadas, en garantía de operaciones particulares. alguna de ellas fue cobrada a los adquirentes, pese al compromiso existente de no hacerlas efectivas antes de la entrega de las llaves de los pisos.

7.º En la misma fecha, el procesado suscribe un préstamo hipotecario, en el que subroga a los adquirentes.

8.º En la fecha fijada, 20 de julio de 1977, el procesado no dio fin a la ejecución de la obra, lo que provocó, junto con las denuncias habidas ante la Delegación Provincial de la Vivienda, por infracciones cometidas por el acusado conculcando lo legislado sobre el particular, que le fuese *denegada* la Calificación *Definitiva* de Viviendas de Protección Oficial.

9.º Los compradores, habiendo entregado cantidades en metálico y aceptadas letras por el importe total de los respectivos pisos, continuaban sin tener su acceso a la propiedad y abocados a hacer frente a deudas hipotecarias, sin que, por otra parte, vieran garantizada la devolución de las cantidades anticipadas.

10.º Consta que el procesado, que no contaba con infraestructura económica, comenzó a endeudarse con entidades financieras, que supuso el embargo sobre determinados locales y viviendas.

11.º En mayo de 1977, conocedores los adquirentes de pisos de la difícil situación financiera del promotor, y visto el retraso en la ejecución de las obras, comenzaron a denunciar judicialmente los hechos.

12.º A partir de 1978 a alguno de los adquirentes se le rescindió el contrato y se le devolvió lo anticipado con indemnizaciones que oscilaban entre un 10 por 100 y un 50 por 100. De un grupo de adquirentes no se constató la existencia de un perjuicio y, en su caso, su cuantía. Un tercer grupo, compradores originarios y ocupantes desde el mes de mayo de 1979 de las viviendas, en las que entraron sin terminar, realizaron gastos inconcretados para su adecuación, y acreditaron un concreto perjuicio. Un cuarto grupo, que entregó en 1973 una cantidad a cuenta, no ha sido satisfecho ni con la entrega del piso que adquirieron, ni con la devolución de las cantidades anticipadas. De un quinto grupo, no consta dato alguno.

13.º El Juzgado de Instrucción número 1 de Huelva instruyó sumario con el número 20/1978, y la Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia el 17 de noviembre de 1983.

III.1. Primer Fundamento. No aplicación de la Ley 57/1968

El primer Fundamento de la desestimación del recurso, que considera no existe el delito contenido en la Ley 57/1968, se basa en la exigencia de sumisión al principio de legalidad y correlativa prohibición de analogía en el ámbito de punición, lo cual impide que «sea posible extender su campo de acción (el de la Ley 57/1968) a otros supuestos no comprendidos en su normativa», aunque el Tribunal alude a «el carácter excepcional o especial de su cobertura».

La Ley de 1968 es taxativa en su ámbito de aplicación, como deducimos de su artículo 1.º: «Las personas ... que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial ...». Ello supone se excluyan «ex lege» las viviendas de protección oficial, a pesar de las críticas que anteriormente he formulado.

Ahora bien, siendo claro el ámbito de aplicación de la Ley —por el tipo de vivienda—, es preciso ver si la conducta enjuiciada encaja

o no en el supuesto contemplado en dicha Ley. Esto es, interesa fijar si estamos ante el supuesto de «viviendas que no son de protección oficial». No hay duda de que la denegación de la calificación definitiva como viviendas de protección oficial impide su consideración como tal, a todos los efectos que, de índole administrativo/civil (de tipo urbanístico, fijación de precios, cumplimiento de garantías de diverso contenido), hayan de ser fijados. Pero la STS entiende que «es al primer momento de su calificación provisional y no a otro posterior al que hay que atender para poder decidir con justeza por cuál ordenación es por la que se encuentran regidas ...». Este razonamiento no ofrecería dudas si el promotor que ha obtenido la calificación provisional ajusta su comportamiento a lo prescrito en el Decreto regulador de las viviendas de protección oficial —artículo 1.º d) y e) (82)—; así, no se le puede exigir un comportamiento distinto, a tenor de una Ley bajo la cual su conducta no se encuentra regulada, para posteriormente, y en base a esa Ley, imponer una sanción penal. No obstante, si —como en el caso de autos— el promotor ha incumplido las garantías exigidas por cualquiera de las dos legislaciones —Ley 57/1968 y Decreto 9/1963—, similares de contenido aunque con diferente redacción, ¿cabe afirmar que por el mero hecho de solicitar un beneficio —esto es, la inclusión en la categoría de viviendas de protección oficial, que le será denegada, aunque con posterioridad a la fecha fijada para la entrega de las viviendas así como a la presentación de la denuncia judicial— no se le puedan imponer unas sanciones penales creadas aparentemente para ser aplicadas a un tipo de conductas de las que es paradigma la presente? Así es a tenor del estricto ámbito de la Ley y en base a la argumentación de la STS. Ciertamente, en este caso todos los incumplimientos —garantías, plazos de construcción que llevan a la rescisión, y «no devolución»— ocurren bajo la calificación provisional de Vivienda de Protección Oficial y, por tanto, a falta del elemento típico relativo a la clase de vivienda.

Sin embargo, pueden plantearse los siguientes interrogantes: 1.º ¿qué ocurre si la denegación de la Calificación definitiva se produce con anterioridad a la expiración del plazo fijado en la Provisional para terminación de las obras?; 2.º ¿sería exigible nuevamente —pero ahora por la Ley 57/1968 y no por el Decreto 9/1963— la formalización de las medidas de garantía obligatorias?; 3.º ¿sería aplicable en tal caso la Ley 57/1968 ante el incumplimiento, produciéndose consiguientemente un cambio en la legislación a que el promotor se encuentra sometido? La respuesta será afirmativa. La solicitud de la Calificación provisional —que normalmente será concedida— basta para excluir las medidas penales, mientras tal calificación se mantenga, pero la denegación de ésta antes de finalizar los plazos de cumplimiento contractual hace posible la aplicación de la norma penal en cuestión.

Toda esta sinrazón procede de la cuestionable configuración de la sanción del artículo 6.º, párrafo 2.º.

(82) Transcrito en los puntos que nos afectan en la nota (39).

III.2. Segundo Fundamento. No aplicación del artículo 535 del CP

Visto que no es aplicable el artículo 6.º, párrafo 2.º, de la Ley 57/1968, procede todavía analizar si la conducta juzgada es susceptible de ser calificada conforme al tipo descrito en el artículo 535 del CP.

Este Segundo Fundamento sólo tiene sentido si entendemos que los dos preceptos son diferentes, ya que si se considera que el de la Ley especial no supone más que una agravación respecto al delito del Código Penal, bastaría, en un Primer Fundamento, desestimar la existencia de este delito para ni siquiera entrar en la consideración de aquella agravación. Ahora bien, entendiendo que la figura recogida en la Ley 57/1968 es una modalidad específica de apropiación indebida diferente, o si se quiere un tipo específico —aunque a ello parece oponerse el texto legal—, procede considerar —para su desestimación— ambos supuestos, como si se tratara de figuras independientes.

En este Fundamento, el argumento de la STS es claro y sencillo, y se asienta en la exigencia, para que pueda ser apreciada la infracción del artículo 535 del CP, de que «la recepción de la cosa lo sea por título traslativo de la posesión —que es el que lleva inherente la obligación de entregarla o devolverla, o aplicarla al fin para el que se entrega—, pero no del dominio». En los supuestos en que se transmite la propiedad de la cosa no cabe apreciar delito de apropiación indebida, y ello es lo que acontece en el caso que ante el Tribunal se plantea. Taxativamente entiende el Supremo que «el dinero y letras de cambio entregadas por los compradores al recurrente lo fueron en concepto de precio», lo cual implica que «el numerario recibido lo fue para incorporarlo a su propio patrimonio y no para darle otro destino». Ello es evidente, y creo así debiera ser entendido en todos los casos, como en los epígrafes anteriores apuntábamos. Sin embargo, ¿de qué modo desvirtúa este razonamiento toda la doctrina jurisprudencial que, reiteradamente, viene hablando de un depósito irregular o de un patrimonio afecto a un fin? ¿Es que tal planteamiento sólo se produce ante la aplicación efectiva de la Ley 57/1968, y no en los supuestos que —siendo idénticos en cuanto a modalidad contractual (venta)— se regulan por el Decreto 9/1963? Dicho de otro modo, ¿cambia la naturaleza jurídica contractual a tenor de la legislación aplicable a efectos penales? Así, si en la Sentencia que analizo hubiera sido de aplicación la Ley 57/1968 —y estuviéramos ante viviendas de no protección oficial—, ¿cambiaría de algún modo la argumentación del segundo Fundamento de derecho para dejar de entender que se hubiera producido una transmisión de propiedad?

Nuevamente entiendo que el planteamiento de la STS es correcto en este punto, aunque no se ajusta a la línea tradicional mantenida por la Jurisprudencia. Pero deja en el aire múltiples interrogantes que revelan la débil fundamentación material del delito examinado, tanto en cuanto a su inclusión como apropiación indebida —aunque sea como supuesto irregular— como en cuanto a la procedencia de penalización de la conducta descrita en el artículo 6.º.

III.3. Otros aspectos de la Sentencia. Conclusiones finales

Quiero resaltar aquí la complejidad que presenta la correcta fijación de hechos probados en supuestos como el que nos ocupa. Ello se deriva de la dificultad que existe en el seguimiento de las actuaciones mercantiles de los procesados en general, debido tanto a la dificultad de fijar las fechas concretas en que aquéllas tuvieron lugar, como por la falta de pruebas, en especial documentales, que pudieran permitir aquel seguimiento. Esto conduce a que por falta de hechos probados, como ocurre en la Sentencia, el perjuicio de muchos de los sujetos pasivos no quede debidamente acreditado, así como que no se pueda determinar con exactitud cuál sea la conducta delictiva llevada a cabo por los procesados.

Por otra parte, y como ocurre con gran número de infracciones de índole patrimonial, es muy difícil —y en este caso así ocurre— fijar con precisión el elemento subjetivo del injusto. Es cierto que el promotor de la STS de 17 de octubre de 1986 observa una conducta irregular desde antes incluso de la solicitud de iniciación del expediente para conseguir la Calificación de Viviendas de Protección Oficial, conducta que sigue siendo irregular hasta el mismo momento de la presentación de las demandas judiciales. Ahora bien, de la misma no puede deducirse un dolo que abarque, por ejemplo, los elementos del delito de estafa; máxime cuando no pueda demostrarse que el anticipo de cantidades por parte de los adquirentes originarios de las viviendas se debe a maniobras engañosas del promotor dirigidas por un dolo destinado a tal fin.

De otro lado, la presencia de unas actuaciones profesionales cuando menos negligentes y arriesgadas y la infracción de diversas normas administrativas no son suficientes para determinar la existencia de un tipo penal.

No queda tampoco aclarada la insolvencia del promotor, y en su caso las irregularidades que hubieran conducido a la misma, por lo que tampoco los tipos relativos a la insolvencia punible pueden ser aplicados.

Por fin, insistiendo en lo dicho al comentar el Primer Fundamento de la Sentencia, hay que destacar la importancia que tiene en este caso fijar con precisión el momento respecto al cual ha de buscarse la legislación aplicable. La diferencia entre optar por una u otra es definitiva en cuanto a efectos penales se refiere. El Tribunal opta —y parece acertado— por el primer momento en que se concede la Calificación provisional: pero, ¿qué ocurre respecto a las cantidades anticipadas con antelación a esa fecha que no constan en documento ninguno: se aplica también la legislación sobre Viviendas de Protección Oficial?

La conclusión que de todo este Comentario pudiera formularse, podríamos sacarla del propio texto de la Sentencia comentada, que dice: «la sentencia recurrida (que) contempla un caso no delictivo sino un puro incumplimiento contractual que deberá ser en último extremo sometido al conocimiento y decisión de los Tribunales del orden civil y

no a los de la jurisdicción represiva». En el fondo, no se trata sólo de la improcedencia de penalizar un mero incumplimiento contractual —de manera selectiva, pues casos sustancialmente idénticos no se penalizan— o un mero incumplimiento de una obligación administrativa, sino de la improcedencia de una técnica de remisión al Código penal que crea confusión e imprecisión, contrarias a la seguridad jurídica.

APENDICE

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 17 de octubre de 1986. Ponente: señor Cotta y Márquez de Prado

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre regulación de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, es únicamente aplicable a los concretos casos que comprende, sin que sea posible extender su campo de acción a otros supuestos no contemplados en su normativa dado el carácter excepcional o especial de su cobertura, y esto sentado, es claro que en modo alguno puede decirse que las viviendas a que la presente causa se refiere caigan dentro de las específicas medidas de garantía que por dicha ley se establecen, ya que las mismas son solamente adoptables para las viviendas que no sean de protección oficial pero no para las de protección oficial subvencionadas regidas por el Decreto de 3 de enero de 1963 y Reglamento de 24 de julio de 1968, que son a las que este proceso se contrae, sin que a ello obste el que con posterioridad a la iniciación del expediente administrativo de su calificación no se concediese para las de autos la cédula definitiva de tal clase que la ley previene o quedasen algunas excluidas del expediente en fecha muy ulterior y por causas que ni la misma sentencia recurrida aclara pormenorizadamente, porque es a aquel primer momento de su calificación provisional y no a otro posterior al que hay que atender para poder decidir con justeza por cuál ordenación es por la que se encuentran regidas, por lo que no siendo aplicable, por lo expuesto, la ley mencionada a la construcción de las viviendas de autos, el suceso que se enjuicia queda reducido a determinar si la conducta del recurrente se enmarca o no en la letra del artículo 535 del CP, que es por el que la sentencia contradicha le sanciona.

Segundo: En tal orden de cosas se ha de tener en cuenta que a tenor de la ley y de la doctrina constante de esta Sala, cometen el delito de apropiación indebida tipificado y sancionado en el artículo 535 del CP, en relación con los 528 y 529 del CP los que, en perjuicio de otro, se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido, de donde resulta que el principal elemento constitutivo de este tipo de infracciones exige por modo a todas luces notorio y evidente que la recepción de la

cosa lo sea por título traslativo de la posesión —que es el que lleva inherente la obligación de entregarla o devolverla, o aplicarla al fin para el que se entrega—, pero no del dominio, porque en este último caso en manera alguna se podrá decir que se apropia de algo aquel a quien en propiedad se le entrega el objeto de que se trata, que es lo que ocurre en el presente caso en el que, según la resolución combatida, el dinero y letras de cambio entregadas por los compradores al recurrente lo fueron en concepto de precio, y si esto es así, como así es, es llano que no cometió el delito por el que se le condena, ya que el numerario recibido lo fue para incorporarlo a su propio patrimonio y no para darle otro destino, lo que obliga a estimar el presente recurso y a revocar la sentencia recurrida que contempla un caso no delictivo sino un puro incumplimiento contractual que deberá ser en último extremo sometido al conocimiento y decisión de los Tribunales del orden civil y no a los de la jurisdicción represiva.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación del procesado José Antonio contra Sentencia de 17 de noviembre de 1983 pronunciada por la Audiencia Provincial de Huelva, en causa seguida al mismo por apropiación indebida y estafa y, en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

2. Ley 27 de julio de 1968, núm. 57/68 (Jefatura del Estado). Regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

Artículo 1.º 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 y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

1.ª Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con 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.

2.ª 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 condición anterior.

Artículo 6.º El incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en esta Ley será sancionado con una multa por cada infracción, que será impuesta con-

forme a las normas previstas en la Ley 49/1959, de 30 de julio, de Orden Público, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales de Justicia.

La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la presente Ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587, número 3.º, y 535 del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo.

