

Roj: STS 7544/1995  
Id Cendoj: 28079120011995102024  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso:  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: FRANCISCO SOTO NIETO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Núm. 1.149.-Sentencia de 5 de abril de 1995**

PONENTE: Excmo. Sr. don Francisco Soto Nieto.

PROCEDIMIENTO: Quebrantamiento de forma, infracción de **ley** y de precepto constitucional.

MATERIA: Apropiación indebida. **Especial** gravedad. Múltiples perjudicados.

NORMAS APLICADAS: *Art. 24 de la CE. Art. 5.4 de la LOPJ. Arts. 615, 849.1 y 2, 851.3, 850.1, 733, 790.1, 798.1, 793.2 y 899 de la LECr. Arts. 108, 529, 535, 6 y 1 del CP. Art. 1.257 del CC .*

DOCTRINA: Aunque no es uniforme el sentir de la jurisprudencia es cierto que algunas resoluciones han entendido que debe rechazarse *la agravación 7.a del art. 529 del CP* si ello procede por la acumulación o suma de cuantías de las diversas acciones que forman el sustrato fáctico del delito continuado. Y, desde luego, viene sosteniéndose -cual realiza la Sentencia de 22 de junio de 1992- la imposibilidad de apreciar conjuntamente la concurrencia de las circunstancias 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> del art 529, cuando la primera proviene de la referida acumulación de cuantías singulares o individuales.

En la villa de Madrid, a cinco de abril de mil novecientos noventa y cinco.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de **ley** e infracción de precepto constitucional, que ante nos pende, interpuestos por el acusado Jose Pablo y «Asefa, S.A.», Compañía Española de Seguros y Reaseguros, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Segunda, que condena al acusado Jose Pablo por delito de apropiación indebida, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al final se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. don Francisco Soto Nieto, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Olivares Santiago y Rodríguez Nogueira, respecto al acusado y a «Asefa, S.A.», y el recurrido «Asociación de Afectados Proyecto Residencial Playa Azahares», representado por el Procurador Sr. Anaya Monge.

**Antecedentes de hecho**

Primero: El Juzgado de Instrucción núm. 1 de El Puerto de Santa María instruyó diligencias previas con el núm. 1 de 1990, contra Jose Pablo , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Segunda, que, con fecha 28 de marzo de 1994, dictó Sentencia que contiene los siguientes hechos probados: «Apreciando en conciencia la prueba práctica se declara como expresamente probado lo siguiente: 1.º El acusado Jose Pablo , mayor de edad, sin antecedentes penales, se dedicaba al negocio de la construcción y al de promociones inmobiliarias mediante varias sociedades mercantiles que compartían el equipo de oficinas, administración y personal, si bien tenía diferenciados con autonomía contable cada negocio, obra, o promoción concreta en una u otra sociedad, y en todas ellas actuaba como gerente. En la fecha de estos hechos tenía no menos de cinco sociedades en estas circunstancias. La promoción inmobiliaria a que se refieren estos hechos la canalizó a través de la sociedad llamada "Residencial Playa Azahares, S.L.", constituida el 15 de noviembre de 1982. 2.º El Ayuntamiento de Chiclana había concedido licencia el 13 de febrero de 1979 para urbanización e infraestructura del Centro de Interés Turístico Nacional Los Angeles de la

Barrosa, a don Humberto , en nombre de "Delta Gaditana, S.A.". Esta sociedad o sus socios dominaban a su vez a la titular registral del terreno, la sociedad llamada "El Grupo Técnico, S.A.". La extensión de la finca se aproxima a las 200 hectáreas, aunque no consta con exactitud, y se ubica en término municipal de Chiclana por la zona de la playa de la Barrosa. 3.º El acusado concibió el proyecto de levantar en esa finca un gran complejo inmobiliario, con edificación de unas 4.000 viviendas. A tal fin, se puso en contacto con el señor Humberto para negociar una opción de compra sobre la finca. El 19 de agosto de 1982 tuvo lugar la operación, actuando el acusado en nombre propio. El contrato de opción fijaba como precio de compra la suma total de 500.000.000 de pesetas, de los que se descontarían los 5.000.000 de pesetas, pagados ese día como precio de la opción y otros 15.000.000 de pesetas que habría de pagar a la firma del contrato. El resto del precio se pagaría mediante 96 letras de 5.000.000 de pesetas cada una con vencimientos mensuales y avaladas por entidad bancaria. La opción finalizaba el 15 de octubre siguiente. 4.º El 3 de septiembre de 1982, el acusado encarga al Arquitecto don Casimiro proyecto de construcción de 289 viviendas unifamiliares. El 10 de noviembre siguiente encarga a los Arquitectos don Casimiro y don Carlos José dos proyectos: uno para construcción de 114 viviendas; y otro para construcción de un motel. Los días 4 de octubre y 13 de noviembre de 1982 él acusado, a nombre de la sociedad residencial "Playa Azahares, S.L.", solicitaba del Ayuntamiento de Chiclana las licencias de obras para la construcción de las viviendas unifamiliares antes dichas en la urbanización Los Angeles de la Barrosa. Y el 12 de noviembre del mismo año pedía la tercera licencia para construcción del motel. La Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento otorgó las licencias para las viviendas los días 19 de octubre y 23 de noviembre. Su importe ascendía a 12.000.000 y 4.815.000 pesetas que fueron pagadas al Ayuntamiento. La licencia para construcción del motel fue aprobada el 23 de noviembre, y su importe de 23.690.550 pesetas ya no fue pagado al Ayuntamiento. Los Arquitectos tampoco percibieron sus honorarios al haber convenido con el acusado recibir en pago letras y una parte de la edificación, que no les fue entregada. 5.º El 7 de octubre de 1982 el acusado, actuando también en nombre propio, obtiene del cedente del terreno una prórroga de la opción de compra hasta el día 20 de enero de 1983, pagando 15.000.000 de pesetas por ella. Se mantiene el precio total de 500.000.000, pero el contrato inicial se modifica en cuanto a la forma de pago del resto del precio, pues se pactaba el abono de 130.000.000 de pesetas como plazo máximo al 20 de enero de 1983, fecha de vencimiento de la opción. Y los 350.000.000 de pesetas restantes en metálico antes del 20 de abril de 1983, o en 96 letras avaladas por entidad bancaria con vencimientos mensuales por importe cada uno de 3.645.833,33 pesetas, incluyendo intereses al 1 por 100 mensual. 6.º En el mes de septiembre de 1982, el acusado colocó en los terrenos una caseta de obra y comenzó a arreglar el camino de acceso a la finca desde la carretera N-340. No consta la longitud arreglada del camino pero se estima en un tramo aproximado de 5 kilómetros y su costo se cifra no superior a los 7.000.000 de pesetas. En octubre de 1982, comienza una campaña de publicidad en periódicos de Sevilla y Cádiz y en la radio, dando a conocer la excelencias del complejo proyectado, con rápido éxito comercial porque no tardaron en acudir compradores de viviendas en elevado número hasta el punto de que entre los meses de noviembre de 1982 y enero de 1983 (en que caducaba la prórroga de la opción de compra), vendió prácticamente todas las viviendas de la primera fase y unas cien de la segunda. Y si bien no ha podido precisarse en número exacto de operaciones, se tiene constancia de 315 contratos como mínimo (corresponden al número de afectados identificados en este procedimiento), comprendidos tanto aquellos de quienes se conoce la cantidad pagada como aquellos de quienes sólo se sabe el nombre pero no la suma pagada. Junto a ellos, existe un número indeterminado de compradores de los que no se conocen los nombres ni cantidades pagadas. El precio oscilaba entre 1.550.000 y 2.300.000 pesetas, predominando las viviendas con precios de 1.750.000 y 1.950.000 pesetas. Recibía de los compradores una cantidad como entrada, bien en talones o en metálico, y el resto aplazado mediante letras de cambio con vencimientos mensuales. Las primeras de cada contrato, en general, fueron negociadas a través de varias entidades financieras. Y entre lo percibido al firmar los contratos y las letras negociadas, se ha constatado que el acusado recibió de los compradores 85.667.578 pesetas, como mínimo. En el Banco Hispano Americano de Puerto Real, el acusado abrió una **cuenta especial** destinada a esta promoción, a nombre de don Jose Pablo "Residencial Playa Azahares" si bien sólo aparecen como ingresadas un total de 54.967.707 pesetas. Seguidamente incluimos dos relaciones. La primera expresa los compradores y cantidades acreditadas como percibidas de cada uno de ellos. La segunda indica compradores de quienes no se han constatado las cantidades entregadas. Relación primera: 1. Eloy , 312.500; 2. José Pedro , 403.620; 3. Felipe , 300.000; 4. Juan Carlos , 150.000; 5. Asunción , 351.810; 6. Marcos , 275.000; 7. Antonio , 350.000; 8. Jose Ignacio , 275.000; 9. Carlos Daniel , 410.620; 10. Inocencio , 275.000; 11. Marco Antonio , 300.000; 12. Rogelio , 275.000; 13. Donato , 312.500; 14. Alejandra , 351.820; 15. Juan Antonio , 300.000; 16. Ángela , 300.000; 17. Ramón , 339.307; 18. Gerardo , 287.500; 19. Victor Manuel , 287.500; 20. Tomás , 1.750.000; 21. Gabriel , 300.000; 22. Jose Luis , 340.566; 23. Jose Francisco , 300.000; 24. Imanol , 275.000; 25. Aurelio , 275.000; 26. Luis Antonio , 311.164; 27. Octavio , 300.000; 28. Enrique , 300.000; 29. Ángel Jesús , 261.000; 30. Jose Daniel , 312.500; 31. Lázaro , 367.500; 32. Diego , 275.000; 33. María Rosa , 287.500; 34. María Antonieta

, 262.500; 35. Benito , 289.086; 36. Pedro Enrique 300.000; 37. Carlos Francisco , 300.000; 38. Rafael , 275.000; 39. Hugo , 300.000; 40. Constanza , 365.908; 41. Eugenio , 212.500; 42. Baltasar , 430.440; 43. Juan Pablo , 239.086; 44. Luis Andrés , 417.030; 45. Juan Miguel , 287.500; 46. Luis Alberto , 312.500; 47. Virginia , 337.500; 48. Carlos Alberto , 262.500; 49. Víctor , 275.000; 50. Roberto , 351.810; 51. Manuel , 175.000; 52. Jorge , 287.500; 53. Héctor , 287.500; 54. Gaspar , 374.156; 55. Francisco , 300.000; 56. Germán , 287.500; 57. Gonzalo , 300.000; 58. Gregorio , 403.620; 59. De los Íñigo , 289.086; 60. Luis , 300.000; 61. Raúl , 275.000; 62. Simón , 312.500; 63. Mónica , 376.820; 64. Pilar , 275.000; 65. Jesús Ángel , 259.773; 66. Miguel Ángel , 262.500; 67. Andrés , 275.000; 68. Domingo , 300.000; 69. María Purificación , 300.000; 70. Antonia , 275.000; 71. Narciso , 312.500; 72. Jose Antonio , 300.000; 73. Pedro Francisco , 312.500; 74. Bruno , 351.810; 75. Javier , 403.620; 76. Jose María , 300.000; 77. Juan Enrique , 289.086; 78. Cristobal , 262.500; 79. Pedro , 300.000; 80. Juan María , 261.000; 81. Milagros , 275.000; 82. Emilio , 300.000; 83. Valentín , 250.000; 84. Alfonso , 403.620; 85. Lucas , 376.820; 86. Pedro Antonio , 300.000; 87. Ildefonso , 338.855; 88. Juan Ignacio , 250.000; 89. Joaquín , 550.000; 90. Santiago , 140.230; 91. Pablo , 300.000; 92. Bernardo , 262.500; 93. Luis Francisco , 312.945; 94. Diana , 237.500; 95. Matías , 301.810; 96. Clemente , 272.000; 97. Juan Alberto , 364.775; 98. Jose Carlos , 50.000; 99. Luisa , 262.500; 100. Mariano , 351.820; 101. Sandra , 279.313; 102. Gabino , 275.000; 103. Cosme , 311.108; 104. Bartolomé , 300.000; 105. Aurora , 300.000; 106. Estefanía , 289.086; 107. Braulio , 188.865; 108. Armando , 287.500; 109. Constantino , 300.000; 110. Eusebio , 300.000; 111. Ignacio , 262.500; 112. Millán , 300.000; 113. Carlos María 312.500; 114. María Milagros , 270.000; 115. Guillermo , 364.775; 116. Sergio , 403.620; 117. Juan Pedro , 364.775; 118. Fernando , 282.500; 119. Melisa , 377.720; 120. Marí Trini , 325.910; 121. Jesús Manuel , 312.500; 122. Emilia , 300.000; 123. Maribel , 287.500; 124. Paulino , 312.500; 125. Alejandro , 300.000; 126. Serafin , 312.500; 127. Felix , 297.568; 128. Alexander , 390.230; 129. Jesús María , 351.810; 130. Jose Ramón , 300.000; 131. Elena , 363.390; 132. Rosendo , 287.500; 133. Paloma , 364.775; 134. Jose Manuel , 239.086; 135. Jose Miguel , 287.500; 136. Luis Carlos , 287.500; 137. Abelardo , 188.865; 138. Eduardo , 376.820; 139. Sebastián , 300.000; 140. Alonso , 300.000; 141. Gema , 312.500; 142. Teresa , 300.000; 143. Luis Miguel , 364.765; 144. Lorenzo , 300.000; 145. Blas , 262.500; 146. Silvio , 250.000; 147. Iván , 312.500; 148. Adolfo , 287.500; 149. Benjamín , 312.500; 150. Juan , 390.210; 151. Patricia , 363.410; 152. Juan Francisco , 350.000; 153. Leonardo , 275.000; 154. Benedicto , 300.000; 155. Ernesto , 275.000; 156. Leonor , 300.000; 157. Everardo , 137.500; 158. Jaime , 289.086; 159. Salvador , 300.000; 160. Alfredo , 275.000; 161. Carlos Antonio , 300.000; 162. Plácido , 1.250.000; 163. Rubén , 312.500; 164. Luis Pablo , 351.820; 165. Daniel , 403.620; 166. Irene , 325.000; 167. Jose Augusto 417.030; 168. Jesús Carlos , 337.500; 169. Ángel , 364.775; 170. Oscar , 300.000; 171. Darío , 317.000; 172. Claudio , 300.000; 173. Elsa , 382.780; 174. Valentina , 287.500; 175. Jesus Miguel , 300.000; 176. Vicente , 287.500; 177. Carlos Manuel , 553.640; 178. Marta , 351.820; 179. Gustavo , 300.000; 180. David , 300.000; 181. Lucio , 275.000; 182. Evaristo , 351.800; 183. Julián 310.568; 184. Cornelio , 338.855; 185. Rodrigo , 300.000; 186. Rodolfo , 300.000; 187. Rocío , 272.000; 188. Filomena , 312.500; -189. Pedro Miguel , 403.640; 190. Bárbara , 351.810; 191. Sonia , 524.500; 192. Luis María , 403.620; 193. Luis Enrique , 325.900; 194. Juan Manuel , 295.822; 195. Luis Manuel , 300.000; 196. Carlos Miguel , 289.086; 197. Jose Enrique , 300.000; 198. Trinidad , 417.050; 199. José , 312.500; 200. Marcelino , 312.500; 201. Rebeca , 312.500; 202. Pedro Jesús , 291.250; 203. Jesús , 95.000; 204. Carlos Jesús , 300.000; 205. Ángel Daniel , 300.000; 206. Cesar , 275.000; 207. Rosa , 351.820; 208. Mauricio , 300.000; 209. Arturo , 300.000; 210. Juan Luis , 364.765; 211. Esteban , 272.000; 212. Federico , 287.500; 213. Fermín , 300.000; 214. María Rosario , 300.000; 215. Luis Pedro , 338.855; 216. Carlos , 325.910; 217. Alberto , 207.500; 218. Jose Ángel , 337.500; 219. Antonieta , 351.810; 220. Ismael , 275.000; 221. Franco , 364.775; 222. Ricardo , 351.810; 223. Romeo , 289.086; 224. Carlos Ramón , 338.865; 225. Alvaro , 351.810; 226. Luis Angel , 300.000; 227. Fidel , 300.000; 228. Augusto , 150.000; 229. Isidro , 417.030; 230. Miguel , 289.000; 231. Jon , 312.500; 232. Agustín , 287.500; 233. Paula , 396.540; 234. Jesús Luis , 338.855; 235.. Rita , 338.865; 236. Juan Ramón , 350.000; 237. Encarna , 350.000; 238. Flor , 351.810; 239. Laura , 351.810; 240. Marisol , 300.000; 241. Verónica , 325.900; 242. Andrea , 312.500; 243. Elvira , 351.810; 244. Margarita , 417.030; 245. María Inmaculada , 287.500; 246. Eugenia , 362.500; 247. Marí Luz , 300.000; 248. Gabriela , 275.000; 249. Ángeles , 300.000; 250. Natalia , 417.030; 251. Eva , 403.620; 252. Blanca , 351.820; 253. María , 287.500; 254. María Angeles , 300.000; 255. Victoria , 287.500; 256. Marí Juana , 289.092; 257. Ana , 12.500; 258. Catalina , 300.000; 259. Guadalupe , 275.000; 260. Penélope , 300.000; 261. Carla , 351.810; 262. Magdalena , 275.000; 263. Celestina , 275.000; 264. María Luisa , 300.000; 265. Montserrat , 417.030; 266. Lina , 245.834; 267. Juana , 325.000; 268. Leticia , 312.500; 269. Regina , 300.000.Total 85.667.578 pesetas. Relación segunda: 1. Lidia ; 2. María del Pilar ; 3. Inmaculada ; 4. Carmela ; 5. Alicia ; 6. María Virtudes ; 7. Angelina ; 8. Elisa ;

9. Raquel ; 10. Esther ; 11. Carina ; 12. De Begoña ; 13. Esperanza ; 14. Nuria ; 15. Estela ; 16. Cecilia ; 17. Consuelo ; 18. Mariana ; 19. Claudia ; 20. Ariadna ; 21. Flora ; 22. Marí Jose ; 23. Silvia ; 24. Ana María ; 25. Lucía ; 26. Luz ; 27. Almudena ; 28. María Inés ; 29. Eurne ; 30. Cristina ; 31. Remedios ; 32. Susana ; 33. Lourdes ; 34. Camila ; 35. Francisca ; 36. Julieta ; 37. Fátima ; 38. Daniela ; 39. Concepción ; 40. Frida ; 41. Sara ; 42. Julia ; 43. Sofía ; 44. Guadalupe ; 45. Amanda ; 46. María Dolores .

7.º El acusado venía realizando gestiones con entidades de crédito para conseguir el aval exigido para las letras de cambio que habría de entregar al formalizar la compra del terreno. Pero tuvo dificultades financieras en otros negocios que trascendieron del estricto ámbito de ellos y perjudicaron su imagen comercial y la de esta promoción dejándose sentir especialmente a partir de enero de 1983. Entonces, hizo gestiones con otras entidades de crédito y en ello estaba cuando se acercaba el vencimiento de la opción. Pero como tenía esperanzas de conseguirlo todavía vendió algunas viviendas (once contratos de venta están comprendidos entre el 20 de enero de 1983 y los días inmediatamente siguientes). Finalmente, sus gestiones no llegaron a buen fin, y no pudo hacer efectiva la opción de compra del terreno. Tampoco había iniciado antes la construcción de las viviendas proyectadas, ni llevó a cabo ninguna otra actividad de construcción, salvo el arreglo del camino antes dicho. Por otra parte, los adquirentes comenzaron a inquietarse por el futuro de las viviendas compradas, y a primeros de febrero comenzaron a presentar denuncias por estafa, visto que no se iniciaba obra alguna. El acusado prestó declaración ante la Policía Municipal de Puerto Real el día 2 de febrero de 1983. Después de esa fecha no pudo practicarse ninguna otra diligencia con él porque no estuvo localizable en Puerto Real, de donde se marchó y estuvo ausente durante varios años, regresando en septiembre de 1986. Antes de marcharse, el mismo día 2 de febrero de 1983, depositó ante Notario la mayor parte de las letras de los compradores que tenía en su poder, todavía sin negociar. Las letras negociadas que tenían vencimiento en los primeros meses de 1983 se pagaron en gran número por los adquirentes de las viviendas. Otras fueron impagadas al tener noticia los compradores del fracaso de la promoción y, de éstas, algunas fueron ejecutadas por las entidades de crédito que las habían recibido por endoso.

8.º Gran parte de los perjudicados de esta promoción inmobiliaria se agruparon en una asociación llamada "Asociación de Afectados Proyecto Residencial Playa Azahares". Después del regreso del acusado a Puerto Real, la dirección jurídica de esta Asociación ha recibido del mismo la suma de 22.000.000 de pesetas que se ha distribuido exclusivamente entre los miembros de esta Asociación, pero no consta la cantidad percibida por cada uno.

9.º El modelo de contrato de venta utilizado por el acusado para esta promoción está redactado a imprenta con unos pocos huecos en blanco para identificar al comprador, la vivienda, cantidades etc. A modo de membrete figura nombre de la promoción en caracteres grandes "Residencial Playa Los Azahares"; debajo en letras de menor tamaño el nombre del acusado con el título de "promotor". Se recoge en el documento que el vendedor es "Residencial Playa Azahares, S.L.", representada por el acusado como gerente. La cláusula décima indica que el cumplimiento de lo establecido por la *Ley de 27 de julio de 1968* ... b) Que se ha obtenido póliza de afianzamiento colectivo núm. 10/82/0017 de la Compañía "Asefa, S.A.", para garantizar al comprador la devolución de las cantidades que vaya entregando; c) Que llevada a cabo la apertura de una **cuenta corriente especial** en el Banco Hispano Americano de Puerto Real con el núm. 3.860-8 al solo efecto de que el comprador ingrese las cantidades a que venga obligado'. Y, en efecto, el acusado abrió una **cuenta corriente** a nombre de don Jose Pablo "Residencial Playa Azahares" en el Banco Hispano Americano de Puerto Real, que tuvo un movimiento de 54.967.707 pesetas al Haber, y 54.799.314 pesetas al Debe, con un saldo final a su favor de 168.393 pesetas. Asimismo, al firmar los contratos entregaba generalmente a los compradores una fotocopia de la póliza de afianzamiento colectivo emitida por la Compañía de Seguros "Asefa, S.A.".

10. El acusado convino con "Asefa, S.A.", pólizas de seguro para garantizar: las cantidades anticipadas entregadas por los compradores de viviendas. El 21 de octubre de 1982, la Compañía de Seguros «Asefa, S.A.» emite póliza de afianzamiento colectivo por importe de 160.000.000 de pesetas, referente a las 289 viviendas de la primera fase de la urbanización Los Angeles de la Barrosa. El 2 de diciembre del mismo año emite otra póliza por importe de 80.000.000 de pesetas, para las 114 viviendas de la segunda fase; ambas con vencimiento en 1984. Y en los terrenos colocó el acusado un gran cartel anunciando la promoción inmobiliaria con mención de la compañía aseguradora de las cantidades anticipadas. Previamente a la emisión de las pólizas, un apoderado de la aseguradora había venido a Puerto Real y Chichina para ver los terrenos y tomar conocimiento de propia mano sobre el proyecto. Según iba celebrando contratos, el acusado enviaba al asegurador copias para emisión de las pólizas individuales a los adquirentes de las viviendas y así se" lo decía a los compradores. Uno de ellos, llamado Simón , a primeros de diciembre de 1982, pus» un télex a la entidad aseguradora para cerciorarse sobre la existencia del seguro (a preguntas del Presidente aclaró que compró la vivienda el día 2 de diciembre y el télex le cursó entre esa fecha y muy pocos días después en que un familiar suyo compró otra vivienda). Y en el propio acto el asegurador, ratificando su existencia, respondía en el mismo télex a la pregunta: "Y sabe usted si esto mandarán a cada comprador una póliza o la tendrá la compañía que contrata", literalmente se le dice: "Se hace una póliza individual por cada comprador, para lo cual el contratante

Residencial Playa Azahares, nos envía una fotocopia de cada contrato". Sin embargo, como el asegurador no acusaba recibo por escrito al promotor de la recepción de los contratos, ni había emitido hasta entonces las pólizas individuales, el día 9 de febrero de 1983, se personó en las oficinas de la compañía aseguradora, en Madrid, una persona (no consta si el propio Jose Pablo o un empleado) con 332 contratos que entregó en mano exigiendo un recibo que le fue dado. El mismo día 9 de febrero la entidad aseguradora contestaba carta de don Joaquín , fechada el día 2, y le informaba ser cierta la existencia del seguro colectivo pero que no se habían emitido las pólizas individuales, entre otras razones, porque no se hallan en la compañía copias de los contratos. 11. El 23 de febrero de 1983, don Isabel , como apoderado de "Asefa", compareció ante un Notario de Madrid para que remitiera por vía notarial a "Residencia Playa de los Azahares, S.L.", una carta, fotocopia de un télex y un cheque. En la carta alude a reiterados incumplimientos, y con cita del art. 5 de la póliza de Seguro, "Asefa, S.A.", rescinde los contratos colectivos. El cheque de 120.000 Pesetas se emite en concepto de extorno de prima. El último párrafo de la carta dice literalmente: "Al mismo tiempo, les comunicamos que quedan a su disposición los 332 contratos -con su relación en listado de ordenador- que por distintos conductos llegaron a esta entidad por ustedes enviados; informándoles que si en el plazo de quince días no son retirados por ustedes de nuestras oficinas, procederemos a su envío por el conducto más apropiado". La fotocopia del télex adjunto a esta carta, enviada por conducto notarial, tiene fecha Madrid, 1 de febrero de 1983, y su texto es: "Les recordamos nuestros escritos de 21 octubre y 2 diciembre de 1982. Estamos pendientes de recibir de ustedes sendos ejemplares debidamente firmados de pólizas referenciadas. Les recordamos que los importes de dichas pólizas, por total pesetas 263.203, están pendientes de pago. Asimismo les recordamos nuestro télex de 28 de enero, significándoles precisamos resto documentación y contratos para emisión pólizas individuales. En cumplimiento art. 5, c), condiciones generales póüza colectiva, urgimos remitan memoria, balance **cuenta** pérdidas y ganancias y copia estado situación **cuenta especial** con ingresos anticipos. Caso de no recibir respuesta antes del próximo día 5 corrientes procederemos anular pólizas referenciadas". 12 El día 18 de marzo de 1983, don Isabel , como apoderado de "Asefa", compareció ante un Notario de Madrid con el fin de dirigirse al de Puerto Real para notificar a "Residencial Playa Azahares, S.L.", la rescisión de contratos colectivos de seguro convenidos para devolverle la suma de 120.000 pesetas, como resultante de la liquidación de primas recibidas. El día 25 de marzo de 1983, el Notario del Puerto Real practicó la diligencia. Y al día siguiente el Letrado de "Residencial Playa Azahares, S.L.", contestó rechazando el cheque y lo pretendido en el requerimiento. Días después "Asefa, S.A.", dio publicidad a la rescisión de los contratos insertando anuncios en la prensa ("Diario de Cádiz", 1 de marzo de 1983, folio 334), comunicando a los compradores que no emitirá ninguna póliza individual complementaria del contrato colectivo.»

Segundo: La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al acusado Jose Pablo como responsable en concepto de autor de un delito de apropiación indebida, antes definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales, excluidas las de las acusaciones particulares. Y le absolvemos del delito de estafa de que ha sido acusado por la acusación particular a nombre de» don Tomás y otros. También condenamos al acusado a restituir a las personas indicadas en el anexo I, relación A, las cantidades indicadas para cada uno. El anexo expresa, como relación B, los nombres de otros perjudicados respecto de quienes se determinarán las cantidades en ejecución de sentencia, conforme a lo que se acredite entonces. Asimismo, le condenamos al pago del 6 por 100 de interés anual de la cantidad que corresponde a cada perjudicado, con efectos desde marzo de 1983; y con la reserva dicha en el fundamento séptimo, que incorporamos aquí, dándole por reproducido, respecto de los componentes de la "Asociación de Afectados Proyecto Residencial Playa Azahares" (anexo II). Y declaramos a la Compañía de Seguros "Asefa, S.A.", responsable civil directo del pago de las restituciones antes dichas y de sus intereses hasta la cifra de 240.000.000 de pesetas, que se distribuirán entre los afectados en la forma que indicamos en el fundamento decimocuarto al que nos remitimos. De acreditarse el fallecimiento de algún perjudicado, la indemnización que se le reconoce se abonará al cónyuge supérstite en régimen de gananciales, y, en otro caso, a los herederos. Hacemos expresa reserva de acciones civiles en favor de las demás personas que hayan podido adquirir viviendas de esta promoción y respecto de las cuales no constan sus nombres. Abonamos al acusado el tiempo de prisión preventiva por esta causa, si en ejecución de sentencia se acreditare haberla sufrido, y en caso de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades. Acredítese la solvencia del acusado. El texto de la sentencia viene redactado en 16 hojas de papel de oficio números 1/2410300 y los 15 siguientes. Los anexos en las 15 hojas con números de serie siguientes. Anexo I, relación A: 1. Eloy , 312.500; 2. Jose Pedro , 403.620; 3. Felipe , 300.000; 4. Juan Carlos , 150.000; 5. Asunción , 336.810; 6. Marcos , 275.000; 7. Antonio , 350.000; 8. Jose Ignacio , 275.000; 9. Carlos Daniel , 236.800; 10. Inocencio , 275.000; 11. Marco Antonio , 300.000; 12. Rogelio , 262.500; 13. Donato ,

312.500; 14. Alejandra , 351.820; 15. Juan Antonio , 300.000; 16. Ángela , 300.000; 17. Ramón , 304.313; 18. Gerardo , 287.500; 19. Victor Manuel , 287.500; 20. Tomás , 1.750.000; 21. Gabriel , 300.000; 22. Jose Luis , 340.566; 23. Jose Francisco , 300.000; 24. Imanol , 275.000; 25. Aurelio , 275.000; 26. Luis Antonio , 311.164; 27. Octavio , 300.000; 28. Enrique , 300.000; 29. Ángel Jesús , 261.000; 30. Jose Daniel , 312.500; 31. Lázaro , 367.500; 32. Diego , 275.0.000; 33. María Rosa , 287.500; 34. María Antonieta , 262.500; 35. Benito , 289.086; 36. Pedro Enrique 300.000; 37. Carlos Francisco , 300.Q00; 38. Rafael , 275.000; 39. Hugo , 300.000; 40. Constanza , 365.908; 41. Eugenio , 212.500; 42. Baltasar , 430.440; 43. Juan Pablo , 239.086; 44. Luis Andrés , 417.030; 45. Juan Miguel , 287.500; 46. Luis Alberto , 261.000; 47. Virginia , 337.500; 48. Carlos Alberto , 262.500; 49. Víctor , 275.000; 50. Roberto , 351.810; 51. Manuel , 175.000; 52. Jorge , 262.500; 53. Héctor , 287.500; 54. Gaspar , 374.156; 55. Francisco , 300.000; 56. Germán , 287.500; 57. Gonzalo , 300.000; 58. Gregorio , 403.620; 59. Íñigo , 289.086; 60. Luis , 300.000; 61. Raúl , 275.000; 62. Simón , 312.500; 63. Mónica , 376.820; 64. Pilar , 262.500; 65. Jesús Ángel , 259.773; 66. Miguel Ángel , 262.500; 67. Andrés , 275.000; 68. Domingo , 300.000; 69. María Purificación , 300.000; 70. Antonia , 275.000; 71. Narciso , 300.000; 72. Jose Antonio , 300.000; 73. Pedro Francisco , 300.000; 74. Bruno , 351.810; 75. Javier , 403.620; 76. Jose María , 300.000; 77. Juan Enrique , 289.086; 78. Cristobal , 262.500; 79. Pedro , 300.000; 80. Juan María , 261.000; 81. Milagros , 275.000; 82. Emilio , 300.000; 83. Valentín , 250.000; 84. Alfonso , 403.620; 85. Lucas , 376.820; 86. Pedro Antonio , 300.000; 87. Ildfonso , 338.855; 88. Juan Ignacio , 250.000; 89. Joaquín , 300.000; 90. Santiago , 140.230; 91. Pablo , 300.000; 92. Bernardo , 262.500; 93. Luis Francisco , 312.945; 94. Diana , 237.500; 95. Matías , 301.810; 96. Clemente , 272.000; 97. Juan Alberto , 363.820; 98. Jose Carlos , 50.000; 99. Luisa , 262.500; 100. Mariano , 351.820; 101. Sandra , 279.313; 102. Gabino , 275.000; 103. Cosme , 311.108; 104. Bartolomé , 300.000; 105. Aurora , 300.000; 106. Estefanía , 289.086; 107. Braulio , 188.865; 108. Armando , 287.500; 109. Constantino , 300.000; 110. Eusebio , 287.500; 111. Ignacio , 262.500; 112. Millán , 300.000; 113. Carlos María , 312.500; 114. María Milagros , 270.000; 115. Guillermo , 364.775; 116. Sergio , 403.620; 117- Juan Pedro , 364.775; 118. Fernando , 282.500; 119. Melisa , 377.720; 120. Marí Trini , 325.910; 121. Jesús Manuel , 312.500; 122. Emilia , 300.000; 123. Maribel , 287.500; 124. Paulino , 312.500; 125. Alejandro , 300.000; 126. Serafin , 312.500; 127. Felix , 297.568; 128. Alexander , 390.230; 129. Jesús María , 351.810; 130. Jose Ramón , 300.000; 131. Elena , 363.390; 132. Rosendo , 287.500; 133. Paloma , 364.775; 134. Jose Manuel , 239.086; 135. Jose Miguel , 287.500; 136. Luis Carlos , 287.500; 137. Abelardo , 188.865; 138. Eduardo , 376.820; 139. Sebastián , 300.000; 140. Alonso , 300.000; 141. Gema , 312.500; 142. Teresa , 300.000; 143. Luis Miguel , 364.765; 144. Lorenzo , 300.000; 145. Blas , 262.500; 146. Silvio , 250.000; 147. Iván , 312.500; 148. Adolfo , 287.500; 149. Benjamín , 300.000; 150. Juan , 390.210; 151. Patricia , 363.410; 152. Juan Francisco , 350.000; 153. Leonardo , 275.000; 154. Benedicto , 300.000; 155. Ernesto , 275.000; 156. Leonor , 300.000; 157. Everardo , 137.500; 158. Jaime , 289.086; 159. Salvador , 300.000; 160. Alfredo , 275.000; 161. Carlos Antonio , 300.000; 162. Plácido , 1.250.000; 163. Rubén , 312.500; 164. Luis Pablo , 351.820; 165. Daniel , 403.620; 166. Irene , 325.000; 167. Jose Augusto 417.030; 168. Jesús Carlos , 337.500; 169. Ángel , 364.775; 170. Oscar , 300.000; 171. Darío , 292.000; 172. Claudio , 300.000; 173. Elsa , 382.780; 174. Valentina , 287.500; 175. Jesus Miguel , 287.500; 176. Vicente , 287.500; 177. Carlos Manuel , 553.640; 178. Marta , 351.820; 179. Gustavo , 300.000; 180. David , 300.000; 181. Lucio , 275.000; 182. Evaristo , 351.800; 183. Julián , 310.568; 184. Cornelio , 338.855; 185. Rodrigo , 300.000; 186. Rodolfo , 300.000; 187. Rocío , 272.000; 188. Filomena , 312.500; 189. Pedro Miguel , 390.230; 190. Bárbara , 351.810; 191. Sonia , 312.500; 192. Luis María , 403.620; 193. Luis Enrique , 325.900; 194. Juan Manuel , 295.822; 195. Luis Manuel , 300.000; 196. Carlos Miguel , 289.086; 197. Jose Enrique , 300.000; 198. Trinidad , 417.050; 199. José , 312.500; 200. Marcelino , 312.500; 201. Rebeca , 312.500; 202. Pedro Jesús , 291.250; 203. Jesús , 95.000; 204. Carlos Jesús , 300.000; 205. Ángel Daniel , 300.000; 206. Cesar , 275.000; 207. Rosa , 351.820; 208. Mauricio , 300.000; 209. Arturo , 300.000; 210. Juan Luis , 364.765; 211. Esteban , 272.000; 212. Federico , 287.500; 213. Fermín , 300.000; 214. María Rosario , 300.000; 215. Luis Pedro , 338.855; 216. Carlos , 325.910; 217. Íñigo , 207.500; 218. Jose Ángel , 337.500; 219. Antonieta , 351.810; 220. Ismael , 275.000; 221. Franco , 364.775; 222. Ricardo , 351.810; 223. Romeo , 289.086; 224. Carlos Ramón , 338.865; 225. Alvaro , 351.810; 226. Luis Angel , 300.000; 227. Fidel , 300.000; 228. Augusto , 150.000; 229. Isidro , 417.030; 230. Miguel , 289.000; 231. Jon , 300.000; 232. Agustín , 287.500; 233. Paula , 396.540; 234. Jesús Luis , 325.900; 235. Rita , 338.865; 236. Juan Ramón , 350.000; 237. Encarna , 350.000; 238. Flor , 351.810; 239. Laura , 351.810; 240. Marisol , 300.000; 241. Verónica , 325.000; 242. Andrea , 312.500; 243. Elvira , 351.810; 244. Margarita , 417.030; 245. María Inmaculada , 287.500; 246. Eugenia , 37.500; 247. Marí Luz , 300.000; 248. Gabriela , 275.000; 249. Ángeles , 300.000; 250. Natalia , 417.030; 251. Eva , 403.620; 252. Blanca , 351.820; 253. María , 287.500; 254. María Angeles , 300.000; 255. Victoria , 287.500; 256. Marí Juana , 279.319; 257. Ana , 12.500; 258. Catalina , 300.000;

259. Guadalupe , 275.000; 260. Penélope , 287.500; 261. Carla , 351.810; 262. Magdalena , 275.000; 263. Celestina , 275.000; 264. María Luisa , 300.000; 265. Montserrat , 417.030; 266. Lina , 245.834; 267. Juana , 325.000; 268. Leticia , 300.000; 269. Regina , 300.000. Total: 84.392.271 pesetas. Anexo I, relación B: Relación de afectados a quienes se fijará en ejecución de sentencia la cantidad a percibir como restitución. Nota: Los nombres que aparecen precedidos de (1) figuran también en la lista de miembros de la Asociación del anexo II: 1. (1) Lidia ; 2. María del Pilar ; 3. Inmaculada ; 4. (1) Carmela ; 5. (1) Alicia ; 6. María Virtudes ; 7. Angelina ; 8. Elisa ; 9. Raquel ; 10. (1) Esther ; 11. Carina ; 12. Begoña ; 13. Esperanza ; 14. Nuria ; 15. Estela ; 16. Cecilia ; 17. Consuelo ; 18. Mariana ; 19. Claudia ; 20. Ariadna ; 21. Flora ; 22. Marí Jose ; 23. Silvia ; 24. (1) Ana María ; 25. (1) Lucía ; 26. Luz ; 27. Almudena ; 28. María Inés ; 29. Eburne ; 30. Cristina ; 31. (1) Remedios ; 32. Susana ; 33. (1) Lourdes ; 34. Camila ; 35. Francisca ; 36. Julieta ; 37. Fátima ; 38. Daniela ; 39. Concepción ; 40. Frida ; 41. (1) Sara ; 42. Julia ; 43. (1) Sofía ; 44. Guadalupe ; 45. María Dolores ; 46. Amanda . Anexo II: Relación de afectados que figuran como miembros de la Asociación en la lista entregada al inicio de las sesiones del juicio oral a quienes se reconoce cantidad líquida a percibir en concepto de restitución. 1. Eloy ; 2. Jose Pedro ; 3. Felipe ; 4. Asunción ; 5. Antonio ; 6. Carlos Daniel ; 7. Marco Antonio ; 8. Donato ; 9. Ángela ; 10. Ramón ; 11. Gerardo ; 12. Víctor Manuel ; 13. Gabriel ; 14. Jose Luis ; 15. Jose Francisco ; 16. Aurelio ; 17. Octavio ; 18. Enrique ; 19. María Antonieta ; 20. Eugenio ; 21. Baltasar ; 22. Juan Pablo ; 23. Luis Alberto ; 24. Virginia ; 25. Carlos Alberto ; 26. Víctor ; 27. Jorge ; 28. Franco ; 29. Gaspar ; 30. Francisco ; 31. Germán ; 32. Simón ; 33. Íñigo ; 34. Mónica ; 35. Pilar ; 36. Domingo ; 37. Miguel Ángel ; 38. Jesús Ángel ; 39. Jose Antonio ; 40. Pedro Francisco ; 41. Bruno ; 42. Valentín ; 43. Cristobal ; 44. Juan Enrique ; 45. Emilio ; 46. Juan María ; 47. Lucas ; 48. Ildefonso ; 49. Joaquín ; 50. Pablo ; 51. Diana ; 52. Matías ; 53. Juan Alberto ; 54. Gabino ; 55. Aurora ; 56. Estefanía ; 57. Armando ; 58. Cosme ; 59. Eusebio ; 60. Juan Pedro ; 61. Guillermo ; 62. Carlos María ; 63. Jesús Manuel ; 64. Maribel ; 65. Emilia ; 66. Alejandro ; 67. Alexander ; 68. Paloma ; 69. Jose Manuel ; 70. Alonso ; 71. Luis Miguel ; 72. Teresa ; 73. Lorenzo ; 74. Silvio ; 75. Iván ; 76. Adolfo ; 77. Benjamín ; 78. Patricia ; 79. Cristina ; 80. Leonor ; 81. Jaime ; 82. Salvador ; 83. Alfredo ; 84. Luis Pablo ; 85. Irene ; 86. Jose Augusto ; 87. Ángel ; 88. Oscar ; 89. Claudio ; 90. Vicente ; 91. Valentina ; 92. Jesus Miguel ; 93. Marta ; 94. David ; 95. Evaristo ; 96. Rodrigo ; 97. Filomena ; 98. Pedro Miguel ; 99. Bárbara ; 100. Luis María ; 101. Luis Enrique ; 102. Juan Manuel ; 103. Luis Manuel ; 104. José ; 105. Pedro Jesús ; 106. Carlos Jesús ; 107. Cesar ; 108. Mauricio ; 109. Federico ; 110. Fermín ; 111. María Rosario ; 112. Jose Ángel ; 113. Luis Andrés ; 114. Luis Angel ; 115. Miguel ; 116. Rita ; 117. Juan Ramón ; 118. Marisol ; 119. Margarita ; 120. Elvira ; 121. Marí Luz ; 122. Natalia ; 123. Eva ; 124. Blanca ; 125. Victoria ; 126. Penélope ; 127. Carla ; 128. Lina ; 129. Juana ; 130. Leticia . Anexo 1-B: Relación de afectados incluidos como miembros de la Asociación en la lista entregada al inicio de las sesiones del juicio oral, a quienes se fijará en ejecución de sentencia la cantidad a percibir como restitución: 1. Lidia ; 2. Carmela ; 3. Alicia ; 4. Esther ; 5. Ana María ; 6. Lucía ; 7. Remedios ; 8. Lourdes ; 9. Sara ; 10. Sofía .»

Tercero: Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de **ley** e infracción de precepto constitucional, por el acusado Jose Pablo y por «Asefa, S.A", Compañía Española de Seguros y Reaseguros, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto: I. El recurso interpuesto por la representación del acusado Jose Pablo lo basó en los siguientes motivos de casación: 1.º Comprendido en *el núm. 1 del art. 849.1 de la LECr* , por infracción de **ley**, por no ser delictivos los hechos de la conducta de mi defendido, infringiéndose así, por indebida aplicación, los *arts. 1.º y 6.º de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con el 535 del Código Penal y el art. 1.º del mismo texto legal* . 2.º Por infracción de **ley** y error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en los autos al amparo del *art. 849.2º de la LECr* . 3º Por infracción de **ley** y error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en los autos al amparo del *art. 849.2.º de la LECr* . 4.º Al amparo del *art. 5.4 de la LOPJ* , por infracción de precepto constitucional y en concreto del *art. 24 de la CE* por cuanto se ha quebrantado el derecho a no sufrir indefensión y a ser informado de la acusación formulada. 5.º Al amparo del *art. 5.4 de la LOPJ* , por infracción de precepto constitucional y en concreto del *art. 24 de la CE* por cuanto se ha quebrantado el derecho al proceso debido y a utilizar los medios de prueba pertinentes que proclama el *art. 24.2 de la CE* y, por consiguiente, vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. 6.º Al amparo del *art. 5.4 de la LOPJ* , por infracción de precepto constitucional y, en concreto, de la presunción de inocencia. 7.º Comprendido en *el núm. 1 del art. 849.1 de la LECr* , por infracción de **ley**, por no ser delictivos los hechos de la conducta de mi defendido, infringiéndose así, por indebida aplicación, los *arts. 1.º y 6.º de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con el 535 del Código Penal y el art. 1.º del mismo texto legal* . 8.º Al amparo del

art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción de precepto constitucional y en concreto de la presunción de inocencia. 9.º Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 24.2 de la Constitución Española, por entender vulnerado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 de la Carta Magna. 10. Al amparo del art. 850.1 de la LECr por quebrantamiento de forma por denegación de prueba pertinente. 11. Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3.º El Tribunal no ha resuelto lo planteado por esta defensa en relación con la impugnación de los documentos aportados a las actuaciones por fotocopia. 12. (No consta). 13. Comprendido en el núm. 1 del art. 849.1 de la LECr, por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 529.7.º del CP.

II. El recurso interpuesto por la representación de «Asefa, S.A.», Compañía Española de Seguros y Reaseguros, lo basó en los siguientes motivos de casación: 1.º Al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al haberse infringido por falta de aplicación del art. 2.º, párrafo último, de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con el art. 2.º de la Orden ministerial de 29 de noviembre de 1968, en cuanto que establecen como único título de garantía a favor del adquirente la póliza individual de seguro. 2.º Al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al haberse aplicado indebidamente el art. 108 del Código Penal, en relación con el art. 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto que «Asefa, S.A.», no se ha lucrado con cantidad alguna ni ha participado en los efectos del delito.

Quinto: Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, impugnó los seis primeros motivos del recurso del acusado Jose Pablo, así como el noveno y el décimo, solicitando la inadmisión de los motivos séptimo, octavo, undécimo, duodécimo y decimotercero, solicitando la inadmisión de los motivos primero y segundo del recurso de «Aséfa, S.A.», Compañía de Seguros y Reaseguros, impugnándolos subsidiariamente, dándose asimismo por instruida la representación de la parte recurrida Asociación de Afectados Proyecto Residencial Playa Azahares, impugnando los dos recursos de las dos partes recurrentes, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo, cuando por turno correspondiera.

Sexto: Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el 24 de marzo de 1995.

## Fundamentos de Derecho

Primero: En lo concerniente al recurso interpuesto por el acusado Jose Pablo, el primer motivo, al amparo del art. 849.1.º de la LECr, acusa haberse incurrido en infracción de ley por indebida aplicación de los arts. 1.º y 6.º de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con el art. 535 del CP y el art. 1.º del mismo texto legal. Y ello habida cuenta -se expone- que del relato de la conducta del recurrente que se hace en el texto de la sentencia, se desprende que aquella no es una conducta típicamente antijurídica, por cuanto garantizó la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de unas viviendas que no llegaron a realizarse. Además, tampoco se dan los elementos subjetivos del tipo descrito en el art. 535 del CP por falta de culpabilidad.

A su vez, el primer motivo del recurso interpuesto por «Asefa, S.A.», Compañía Española de Seguros y Reaseguros, al amparo del art. 849.1.º de la LECr, acusa la infracción por falta de aplicación del art. 2, párrafo último, de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con el art. 2 de la Orden ministerial de 29 de noviembre de 1968, en cuanto que establecen como único título de garantía en favor del adquirente, la póliza individual de seguro. La contratación de dos pólizas colectivas -se dice- no implica ninguna asunción de garantías por parte de «Asefa, S.A.», a favor de los posibles adquirentes de viviendas, dado que la garantía a cada comprador no se produce hasta que no se realiza la emisión de cada póliza de seguro individual, complementaria del respectivo contrato.

Segundo: La conducta descrita por la Ley radica en la no devolución por el promotor de viviendas al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el art. 1.º de la propia Ley (art. 6, párrafo segundo). De ahí que haya de proyectarse la atención sobre las exigencias contenidas en dicho art. 1.º, al imponer al promotor el cumplimiento de ciertas condiciones: 1.º Garantizar la devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes de viviendas más el 6 por 100 de interés anual, mediante contrato de seguro o por aval solidario - uno u otro por las entidades aseguradoras o bancarias que se fijan-, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. 2.º 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. La conducta típica se realiza cuando el sujeto no devuelve las cantidades anticipadas transcurridos los plazos previstos, sin que la construcción se inicie o llegue a buen fin, habiendo desatendido los condicionamientos impuestos por el art. 1.º



Aun acusándose incumplimiento de tales medidas, en tanto se devuelvan por el promotor dinero o intereses, no podrá hablarse del surgimiento o existencia de la infracción penal. Dos son las obligaciones, subdividida la primera en dos órdenes de atenciones, que pesan sobre el promotor que pretenda recibir cantidades a **cuenta** del precio antes de iniciarse la construcción o durante la misma, la referida a la apertura de la **cuenta especial**, así como al manejo o destino de los fondos en ella ingresados, y el aseguramiento de la devolución mediante contrato de seguro o aval solidario. Ante el cumplimiento estricto de semejantes obligaciones, la no devolución posterior de las cantidades sería atípica. Y es que, cual indica la Sentencia de 2 de mayo de 1977, tal cumplimiento haría prácticamente imposible la comisión de delitos como el que se enjuicia, ya que la **cuenta** separada y el aval -o aseguramiento- de lo que procediera devolver en caso de incumplimiento, garantiza en todo caso la devolución voluntaria o judicialmente forzada, de lo adelantado como solución supletoria y optativa por la no entrega de lo contratado.

Los arts. 1 y 6 de la Ley 57/1968, en su necesario ensamblaje, ofrecen un contenido bifronte, orientándose en una doble vertiente civil y penal. El cumplimiento estricto del art. 1 invalida la efectividad del párrafo segundo del art. 6. Paralelamente, la inobservancia de las prescripciones o atenciones del art. 1 desembocarán en la infracción penal del art. 6, párrafo segundo, en tanto no se verifique la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual. Con razón se ha resaltado que la conducta típica reflejada en la Ley no **cuenta** con la mera inobservancia formal de las garantías previstas por la misma -para ello existen las sanciones administrativas fijadas en el párrafo primero del art. 6-, sino con la no devolución del dinero tras acusarse la falta de entrega de la vivienda adquirida. El simple incumplimiento de formalidades exigidas por la Ley no deviene automáticamente en la configuración de un ilícito penal apropiatorio porque ello supone prescindir de elementos sustanciales del tipo penal (Sentencias de 20 de marzo de 1978, 23 de febrero de 1988, 5 de junio de 1991 y 25 de abril de 1994).

Tercero: Son varias y reiteradas las resoluciones jurisprudenciales que, partiendo de una consideración finalista de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y atendiendo a su específica normativa, centran la presencia del delito a que la misma provee, en definitiva asimilado a la apropiación indebida, en la comprobación de los elementos o requisitos antes mencionados. Dicha disposición tiene su ratio legis en la evitación de que promotores o constructores desaprensivos, abusando de la imperiosa necesidad de alojamiento familiar, reciban, previa exigencia, cantidades anticipadas, no correspondientes con la construcción prometida y nunca iniciada o proseguida, apropiándose los oferentes de las mentadas cantidades anticipadas, que nunca son restituidas y menos con los intereses condignos. En definitiva, anotada legislación surge ante la consideración de un hecho muy grave desde el punto de vista social, al que se da relieve penal, cual es el de recibir cantidades para un destino muy concreto, como es la construcción de viviendas, procedente de los que van a ser sus adquirentes y, conociendo esta realidad, no garantizan su devolución con interés, de acuerdo con lo establecido en la norma (cfr, Sentencias de 16 de mayo de 1990, 5 de junio de 1991 y 21 de marzo de 1992).

La doctrina de esta Sala compendia como requisitos condicionantes del buen hacer del promotor, suficientes para conjurar la imputación de una infracción penal: 1.º Garantizar la devolución de las sumas anticipadas y el pago de intereses mediante contrato de seguro concertado con compañía de seguros autorizada e inscrita. 2.º Percibir las sumas anticipadas a través de una entidad bancada o caja de ahorros, en las que han de depositarse en una **cuenta especial**. 3.º Disposición por el promotor o constructor de tales cantidades tan sólo para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas (cfr. Sentencias de 20 de marzo de 1978, 25 de septiembre de 1984, 18 de marzo de 1985, 14 de octubre y 25 de noviembre de 1987 y 23 de febrero de 1988). Importancia adquiere este específico deber de destino capaz en su inobservancia de teñir, por sí solo, de antijuridicidad el actuar del promotor. Vacío acusable en cuanto «no se cumplan las formalidades sobre la utilización de las cantidades entregadas» (Sentencia de 25 de septiembre de 1984). Patrimonio separado en posesión del promotor de la construcción de las viviendas del que sólo puede disponer, en cuanto depósito irregular, aplicándolo al fin previsto, de modo que si con desvío de esa finalidad lo hace suyo, incurre en la distracción citada como modus operandi del delito del art. 535 del CP (Sentencia de 25 de noviembre de 1987). Para que se defina el proceder típico que acarreará la sanción penal, lo primero en el tiempo es el incumplimiento de las obligaciones relativas a la **cuenta** corriente -a su apertura y a su uso- y aseguramiento de la devolución, seguido del incumplimiento contractual por parte del promotor, opción del comprador por la rescisión del contrato y no devolución del dinero entregado cuando el promotor viene obligado a ello de forma exclusiva, conforme a los arts. 1 y 2 de la Ley.

Cuarto: Se da por probado que el acusado convino con «Asefa, S.A.», pólizas de seguro de afianzamiento colectivo para garantizar las cantidades anticipadas entregadas por los compradores de viviendas. El 21 de octubre de 1982, la compañía de seguros indiciada emite póliza de afianzamiento colectivo por importe de 160.000.000 de pesetas referente a las 289 viviendas de la primera fase de la urbanización

Los Angeles de la Barrosa. El 2 de diciembre del mismo año emite otra póliza, por importe de 80.000.000 de pesetas, para las 114 viviendas de la segunda fase, ambas con vencimiento en 1984. También se reconoce que el acusado abrió una **cuenta** corriente a nombre de Jose Pablo «Residencial Playa Azahares» en el Banco Hispano Americano de Puerto Real, que tuvo movimiento de 54.967.707 pesetas al haber y 54.799.314 pesetas al Debe, con un saldo final a su favor de 168.,393 pesetas. Al firmar los contratos con los adquirentes de viviendas el promotor entregaba generalmente a los compradores una fotocopia de la póliza de afianzamiento colectivo emitida por la Compañía de Seguros «Asefa, S.A.».

Puede partirse, cual ha realizado la Sentencia recurrida, del hecho de que las cantidades entregadas por los sucesivos adquirentes no han sido ingresadas íntegramente a través de la **cuenta especial**. Parte de ellas no siguieron indicado camino, si bien el acusado trate de justificarlo aludiendo a las sumas anticipadas por el mismo y que la Sentencia viene a reconocerle en parte. Pero la conducta más grave que cabe imputar a Jose Pablo viene constituida por la distracción y desvío del dinero ingresado -cantidad cifrada en 54.967.707 pesetas- que no consta haya tenido traducción inversora en la construcción -inexistente-, ni siquiera en la facilitación del ejercicio del derecho de opción de compra de los terrenos que el acusado dejó caducar, absteniéndose de ejercitarlo en la prórroga concedida que expiró el día 20 de enero de 1983. No importa las atenciones a que se dedicaran o si lo fue en actos preparatorios. En cualquier caso, no se han devuelto a los compradores las sumas anticipadas.

La Sentencia da por probado el abono por el acusado a la dirección jurídica de la «Asociación de Afectados por el Proyecto Residencial Playa Azahares», la suma de 22.000.000 de pesetas, estimándose debe imputarse ese pago al capital, que ha de deducirse del global de las indemnizaciones de los integrantes de dicha Asociación.

Quinto: Tampoco puede concluirse que el acusado dio debido y correcto cumplimiento al deber sobre él gravitante de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores de vivienda mediante un contrato de seguro concertado y formalizado con todas las exigencias que le dotasen del abarcamiento y operatividad precisos para el cumplimiento de la finalidad con que viene concebido. Se concertaron, efectivamente, dos pólizas de afianzamiento colectivo, una en 21 de octubre de 1982 por importe de 160.000.000 de pesetas, referente a las viviendas de la primera fase de la urbanización, y otra en 2 de diciembre del mismo año por importe de 80.000.000 de pesetas para las 114 viviendas de la segunda fase, ambas con vencimientos en 1984, cuyas primas, ascendentes en total a 263.203 pesetas, fueron tardíamente satisfechas. Según las condiciones generales de tal contrato colectivo de seguro, se garantiza a los cesionarios de viviendas que anticipen cantidades a **cuenta** -asegurados-, a los que se emitirán pólizas individuales complementarias de este seguro colectivo, la devolución de dichas cantidades en los casos que se determinan (art. 1.º). El objeto del contrato es el pago de una indemnización a cada uno de los asegurados por las pólizas individuales que forman parte de él para los casos especificados (art. 3.º). El promotor debe dar gradual cumplimiento a las obligaciones contraídas con cada uno de asegurados, así como las impuestas en la *Ley 57/1968, de 27 de julio -art. 5.º, a )-*. Merece destacarse especialmente que en el contrato de seguro colectivo se señala una prima provisional equivalente a una mensualidad sobre el total de los anticipos que se ha previsto percibir, incrementada en un 6 por 100 y calculada al tipo de prima indicado en las condiciones particulares (art. 7.º). Independientemente, el contratante o promotor pagará una prima por cada una de las pólizas individuales emitidas, calculada aplicando el tipo de prima estipulado, sobre una base formada por el importe de cada anticipo más sus intereses al 6 por 100 anual, por el plazo de duración comprendido desde la fecha de percepción de cada anticipo hasta la fecha prevista para la entrega de las viviendas. La prima provisional mínima correspondiente al contrato colectivo será retenida por la compañía hasta la finalización del seguro (art. 7.º). Guardan correspondencia las mentadas condiciones generales con la normativa recogida en la *Orden de 29 de noviembre de 1968, cuyo art. 2.º* distingue entre el contrato de seguro colectivo y la póliza individual de seguro entre asegurador y asegurado complementaria de la anterior, como título de la garantía a favor de este último. Según su art. 5.º, a medida que vayan quedando incorporados al contrato los asegurados se extenderán las respectivas pólizas individuales de seguro.

Ya la *Ley 57/1968, en el párrafo final de su art. 2.º*, establece que en el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del contrato que acredite la garantía referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a **cuenta** del precio.

Sexto: El seguro de caución, como se conceptuó el que nos ocupa, es un negocio a favor de tercero de aquellos a que se refiere el *art. 1.257 del Código Civil*; en los mismos el tercero ha de hacer llegar su aceptación al obligado antes de que haya sido revocada la estipulación. Una vez producida la aceptación del beneficiario, el negocio despliega ya todos sus efectos y, en concreto, el derecho del asegurado se hace

exigible frente a la compañía aseguradora. En virtud de la aceptación por parte del beneficiario -aquí los adquirentes o cesionarios de viviendas- del seguro de caución, surge a favor de éste y a cargo de la compañía aseguradora una especie de obligación de fianza, obligación autónoma entre fiador-asegurador y acreedor-adquirente. Nos hallamos ante un seguro por **cuenta** ajena encuadrable en la categoría propia de los contratos a favor de terceros, quedando amparado el patrimonio de los compradores de viviendas frente a los posibles daños sufridos a consecuencia del incumplimiento por el promotor.

Conectando las diversas consideraciones que preceden, ha de reconocerse la importancia de las pólizas individuales para entender consolidado y definido en su alcance el seguro de afianzamiento que la **Ley** prevé como auténtica garantía. Aquéllas reflejan la identidad del adquirente beneficiario, el quantum de las sumas anticipadas, la prima congruente con ellas y con el plazo de duración de la garantía, la efectividad de su abono, todo como justa contraprestación al riesgo asumido por la aseguradora. Tan relevantes resultan semejantes formalidades complementarias que la **Ley** -art. 2.º, párrafo último- obliga al cedente o promotor a que en el momento de otorgamiento del contrato de compraventa, haga entrega al cesionario del documento que acredite la garantía individualizada; sobre aquél recae el deber de abono de la aludida prima. Según el art. 3.º de las condiciones generales de la póliza, el objeto del contrato de seguro es el pago de una indemnización a cada uno de los asegurados -adquirentes- por las pólizas individuales que forman parte de él, para el caso de que la construcción de la vivienda especificada en las condiciones particulares de cada una de dichas pólizas individuales no se iniciare, lo llegare a buen fin o no fuere entregada en los plazos convenidos en los contratos de cesión, o no fuere expedida la cédula de habitabilidad, y no les fueren devueltas, total o parcialmente, las cantidades percibidas a **cuenta** por el contratante más el 6 por 100 de interés anual. Observemos que la prima provisional del contrato colectivo se retiene por la compañía y será devuelta al término del seguro, en cuyo momento se reintegrará al promotor, salvo el supuesto de que deba cumplir la función de reajuste que el párrafo último del art. 7.º de las condiciones generales le asigna.

La Dirección General de Seguros, en Resolución de 26 de septiembre de 1983, estima que en virtud de lo dispuesto en *el núm. 8 de la Orden de 5 de junio de 1964*, en el seguro de cantidades anticipadas para viviendas, la contratación de pólizas colectivas por la constructora, no implica ninguna asunción de garantías a favor de los posibles adquirentes de viviendas; la garantía a cada comprador no se produce hasta que no se realiza la emisión de cada póliza de seguro individual, complementaria del respectivo contrato (f. 334).

Séptimo: Puesto en entredicho el correcto proceder de la compañía de seguros respecto a la atendibilidad de las pólizas individuales, alegándose por aquélla la no recepción ni participación oportunas de los singulares contratos de venta, invocados a lo largo de los recursos infracción de derechos fundamentales, y necesitada esta Sala del examen de la causa para la mejor comprensión de los hechos conforme al *art. 899 de la LECr*, autorizado se halla el Tribunal para la lectura y apreciación directa del contenido de los autos. La compañía de seguros, en carta dirigida a Joaquín, confirma la contratación de una póliza de afianzamiento colectivo, advirtiendo que, conforme se desprende del condicionado general, la cobertura a cada uno de los compradores se extiende con un certificado individual que, a la fecha de la carta -9 de febrero de 1983-, no se ha emitido a ninguno de los compradores de la promoción; siendo ello debido a que no se hallan en la compañía las correspondientes copias de los contratos que permitirían la emisión de los certificados individuales (f. 333). La respuesta dada por télex a un comprador por parte de compañía no tiene un sentido inequívoco, pareciendo más bien señalar cuál es el trámite a seguir con cada comprador, tras ratificar el concierto del contrato colectivo (f. 508). En télex dirigido a «Residencial Playa Azahares, S.L.», en 1 de febrero de 1983, se le recuerda por la compañía estar pendientes de recibir sendos ejemplares debidamente firmados de pólizas referenciadas, y que se hallan pendientes de pago las primas por importe de 263.203 pesetas. Asimismo se les recuerda un télex de 28 de enero, significando que precisan el resto de documentación y contratos para emisión de pólizas individuales, advirtiendo que caso de no recibir respuesta antes del día 5 de los corrientes, procederán a anular las pólizas referenciadas, exigiendo envío de otra documentación que se enumera (f. 518). El 23 de febrero, un apoderado de «Asefa» comparece ante Notario a fin de que por vía notarial se enviase a «Residencial Playa de Azahares» una carta, fotocopia del antedicho télex y un cheque de 120.000 pesetas en concepto de entorno de prima. En la carta se participa que «Asefa, S.A.» rescinde los contratos colectivos existentes, y ello ante el reiterado incumplimiento de las obligaciones por parte de usted, instándoles a que retiren los 332 contratos llegados a la entidad (f. 517). En nueva acta notarial levantada en 18 de marzo de 1993, a instancia de apoderado de «Asefa» (f. 523), ésta hace saber a «Residencial Playa de Azahares», que la emisión de las pólizas colectivas de seguro de afianzamiento no implica ninguna asunción de garantía en favor de los posibles adquirentes de viviendas, la garantía a cada comprador no se formaliza hasta que no se produce la emisión de cada póliza individual. Asimismo le comunica que «Asefa, S.A.», no tuvo conocimiento de la existencia de contratos de venta hasta que no se produjeron llamadas telefónicas y algunos escritos reclamando pólizas

individuales. Telegráficamente se instó a «Residencial Playa de Azahares» a que regularizara la anómala situación producida, así como para que presentase memoria, balances, estado de **cuenta especial**, etc. La rescisión fue consecuencia de los incumplimientos de «Residencial». Fue en 9 de febrero de 1983, según la Sentencia, cuando se entregaron en las oficinas de la compañía 332 contratos. Es indudable, y ello viene abonado por la normativa **especial**, que si el asegurador comprueba que se están incumpliendo por parte del promotor sus obligaciones puede dejar de emitir las pólizas individuales, como asimismo rescindir el contrato colectivo. La compañía hizo una exposición minuciosa al Juzgado de todo lo acaecido en sus relaciones con el acusado (f. 658). Según la Sentencia, el acusado prestó declaración ante la Policía Municipal el día 2 de febrero de 1983; y después de esa fecha no pudo practicarse ninguna otra diligencia con él porque no estuvo localizable en Puerto Real, de donde se marchó y estuvo ausente durante varios años, regresando en septiembre de 1986.

Octavo: Lo que resulta incuestionable es que el cedente promotor se inhibió de su deber de gestionar la confección y entrega de la pólizas individuales, probablemente en afán de evitar la carga económica que sobre él pesaba de satisfacer las primas correspondientes, privando así a los cesionarios del instrumento formal de garantía de devolución, en su caso, de las cantidades anticipadas. Pese a los requerimientos recibidos se abstiene de enviar la documentación demandada por la compañía de seguros, obligación impuesta por el art. 5.º de la condiciones generales -memoria, balance, **cuenta** de pérdidas y ganadas, situación de la **cuenta especial**, etc.-. Esa emisión acumulada y tardía de 332 copias de contrato en 9 de febrero de 1983, sin hacer entrega de la documentación referenciada, habría de suscitar inquietud y desconfianza en la aseguradora, máxime teniendo en **cuenta**: 1.º Que la prórroga o ampliación del plazo de opción de compra de la finca sobre la que Blasco Bellido se proponía construir las viviendas expiró el 20 de enero de 1983, perdiendo su derecho ante su pasividad y abstención al respecto. Lo que suponía el fracaso e irrealización del proyecto, tiñendo de fraudulencia el intento de obtener de la compañía una entrega de pólizas individuales cuando la construcción era ya prácticamente imposible. 2.º El saldo de la **cuenta especial** en 9 de febrero de 1983 era ínfimo (f. 420), habiéndose dispuesto prácticamente de la totalidad de lo ingresado. 3.º El día 1 de febrero de 1983 se formalizaron las primeras denuncias contra Jose Pablo por adquirentes de viviendas, a las que sucedieron las demás. Mal puede atribuirse a «Asefa, S.A.», la culpa en la no expedición de las pólizas individuales.

Se han cumplido, pues, los presupuestos definidores del delito que aparece recogido en el art. 6.º de la Ley 57/1968, no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas, fracasado el proyecto de construcción, e infracción por aquél de lo dispuesto en el art. 1.º de la Ley . El motivo del acusado ha de decaer y ser desestimado, en tanto el motivo de la compañía de seguros «Asefa, S.A.», debe ser acogido.

Noveno: Prosiguiendo con el recurso interpuesto por el acusado Jose Pablo , el segundo de los motivos, por infracción de **ley** y error en la apreciación de la prueba, con invocación del art. 849.2.º de la LECr , se basa en documentos que obran en la causa. Y ello -según se expone- porque entre las cantidades justificadas como aplicadas a la promoción que se mencionan en el fundamento jurídico primero de la Sentencia, no figuran los pagos abonados en concepto de honorarios de los Arquitectos. El propio recurrente reconoce que no se trata de obtener una rectificación de los hechos probados; aun dando por satisfecha la suma de honorarios de Arquitectos que se indica, no cambiaría el sentido y fundamento de la consideración vertida por la Audiencia en su Sentencia y párrafo que se indica. El deber de devolución de las sumas anticipadas por los compradores y el dictado de incumplimiento por el promotor de las obligaciones legales a que se refiere el párrafo primero de la **Ley**, no se alteran por la circunstancia de haberse satisfecho en parte los honorarios de Arquitectos.

El motivo debe desestimarse. Por igual razón se impone el rechazo del motivo tercero, alegando, al amparo del art. 849.2.º, que en el párrafo tercero del fundamento jurídico primero de la Sentencia no figuran los pagos abonados en concepto de primas de seguro a la entidad «Asefa».

Décimo: El cuarto motivo se configura al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por infracción de precepto constitucional y en concreto del art. 24 de la CE , por cuanto se ha quebrantado el derecho a no sufrir indefensión y a ser informado de la acusación formulada. El recurrente efectúa una enumeración de las cantidades que las distintas acusaciones fijan como recibidas por el promotor, consignando también las que definitivamente estiman en su postrer calificación, llegando a apuntar cantidades muy superiores a las que la Sentencia admite. El que el Ministerio Fiscal solicitase en trámite de instrucción informe a practicar por peritos y no se efectuase no puede fundar alegación alguna de indefensión, en cuanto que la defensa ha tenido oportunidades, tanto durante la tramitación de la causa como en fase de plenario, de proponer las pruebas que considerase oportunas. El delito configurado en la **Ley** de 1968 no halla propiamente su base en la determinación de la concreta diferencia entre las cantidades entregadas y las invertidas en la construcción, sino en la no devolución de las primeras, tras el frustrado proyecto de construcción, sin que las exigencias

legales del art. 1.º de la **Ley**, hayan tenido debido cumplimiento. Cual refleja la Sentencia, no se han devuelto a los compradores ni las cantidades recibidas de los mismos ni la mayor parte de las letras que aceptaron; tampoco les ha entregado las viviendas, con lo cual queda reflejada la desviación o distracción de las sumas recibidas, al menos en parte, y con ello se integra la tipificación penal. La Sala sentenciadora, en global apreciación de la prueba practicada, ha sentado sus conclusiones propias. Ello no entraña violación alguna del principio acusatorio, máxime no sobrepasando las cantidades aceptadas por la Sentencia a aquellas otras que algunas acusaciones establecían. El motivo ha de desestimarse.

Undécimo: El motivo quinto, residenciado en el *art. 5.4 de la LOPJ*, denuncia infracción del *art. 24 de la CE*, por decirse quebrantado el derecho al proceso debido y a utilizar los medios de prueba pertinentes que proclama el *art. 24.2 de la CE*, y por consiguiente vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. Y ello, entre otras causas, por haberse utilizado prueba sin las debidas garantías. Se basa fundamentalmente el recurrente en el hecho de que al inicio de las sesiones del juicio oral se presentaron documentos, aduciendo la defensa que no se valoraran los documentos aportados por fotocopias que no fueron reconocidas por aquellos a quienes perjudicaran. En todo el transcurso de la vista no se ratificaron documentos unidos a los autos, limitándose las acusaciones a dar aquéllos por reproducidos; por la parte hoy recurrente se impugnaron los documentos aportados por fotocopias y los no incorporados. Advertidos de que conforme a lo prevenido en el *art. 793.2 de la LECr*, resulta factible la proposición de pruebas en ese momento preliminar del juicio oral, incorporación de documentos susceptibles, naturalmente, de ser exhibidos a las partes y de quedar sujetos a contradicción, ha de sentarse que la Sentencia, en principio, ha dispuesto de declaraciones y ratificaciones efectuadas a través de la causa por parte de perjudicados, valorando la prueba en su conjunto; que el tema forma parte específicamente de la cuestión relativa a la responsabilidad civil, cuyos aspectos quedan remitidos a la fase de ejecución de Sentencia, cualquiera que llegue a ostentar la condición de responsable civil; los documentos que ahora se impugnan, como informa el Ministerio Fiscal, no afectan al hecho en sí y a su calificación jurídica. En la fase de ejecución, tras la comprobación oportuna, debe quedar fijado definitivamente la identidad y número de los adquirentes de viviendas, y cuantía total de las cantidades anticipadas. Ello viene hoy facilitado y refrendado por la disposición del *art. 798, primera, de la LECr*. Lo que supone la estimación parcial del motivo, en el aspecto indicado, y el rechazo en lo demás.

Duodécimo: El motivo sexto se configura igualmente por el cauce del *art. 5.4 de la LOPJ*, invocando de nuevo la presunción de inocencia. Se intenta combatir la afirmación de la Sentencia que se recurre de que se considera acreditado que el acusado percibió la cantidad de 85.667.578 pesetas por parte de los compradores de viviendas. Y ello por haberse obtenido tal cantidad por la Sala valorando especialmente la prueba documental. Se han valorado documentos que no tienen ese carácter al haberse aportado por fotocopias, no ratificándose en el juicio oral, siendo alguno de ellos desconocidos. En cualquier caso la configuración del tipo penal no va indisolublemente ligado a referido quantum que, afectante a la responsabilidad civil, en ejecución de sentencia, tras la comprobación oportuna, debe obtener su precisión definitiva. Como mínimo, indudablemente fueron entregadas las 54.967.707 pesetas que pasaron por la **cuenta especial**, las que no figuran devueltas a los compradores, incumpliendo los deberes o condiciones a que se refiere el art. 1.º de la **Ley**. El motivo, al igual que el anterior, merece una estimación parcial y su desestimación en el resto.

Decimotercero: El motivo séptimo, con sede del *art. 849.1.º de la LECr*, da por infringidos los *arts. 1.º y 6.º de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con el art. 535 del CP y el art. 1.º del mismo texto legal*. Dado que el motivo se articula sobre el presupuesto de estimarse los precedentes motivos 2.º a 6.º, carecerá de todo efecto al no poder partirse de semejante premisa.

Decimocuarto: El motivo octavo, con base en el *art. 5.4 de la LOPJ*, señala infracción de precepto constitucional y, en concreto, de presunción de inocencia. Las afirmaciones contenidas en los fundamentos jurídicos que se mencionan y alusivas a desviación de fondos acusable en la promoción de las viviendas, son consecuencia de las facultades valorativas de la prueba reconocidas al Tribunal sentenciador. Su sentido, como bien consta en el fundamento primero, es deducir, ante la carencia de fondos en la **cuenta especial**, la no devolución a los adquirentes de las cantidades anticipadas, y la no construcción de las viviendas, la aplicación de aquéllas a otros fines, posiblemente para cubrir las dificultades financieras surgidas en otros negocios del acusado. Los factores probatorios en que se apoyan tales aseveraciones se hallan enunciados en los hechos probados. Ha de decaer y desestimarse el motivo indicado.

Decimoquinto: El motivo noveno, por la vía del *art. 5.4 de la LOPJ* y con cita del *art. 24 de la CE*, entiende vulnerado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Abierto el juicio oral y con posterioridad al trámite de calificación provisional de la defensa, transgrediendo lo prescrito en el *art. 790.1 de la LECr*, se admitió la personación de nuevas acusaciones particulares y que se unieran a los autos los escritos

de calificación de dos acusadores particulares, produciendo indefensión. La Sentencia de instancia, en su fundamento cuarto, da respuesta a la cuestión suscitada, ya hecha valer ante la Audiencia, remitiéndose, a su vez, a lo decidido y argumentado en el Auto de la Sala de 27 de julio de 1983, al que hay que añadir la cita del Auto de 2 de febrero de 1983. Incuestionable resulta la **ausencia** de la alegada indefensión desde el momento que a la representación del acusado se le dio traslado de los escritos de calificación admitidos por si estima conveniente modificar o ampliar su escrito de calificación provisional (f. 74). El Auto de 2 de febrero de 1993, denegando la nulidad de actuaciones, recuerda que, cuando se invoque la indefensión, habrá de concretarse el perjuicio en concreto que sufre la parte que lo alega. El Auto de la Sala de 27 de julio de 1983, debidamente fundado, abogó por la prevalencia y sobreestimación de un proceso sin dilaciones indebidas ante la alegación de alguna irregularidad o vulneración de norma procesal manifiestamente inocua en orden a una posible indefensión de la parte.

En el motivo se suscita una segunda cuestión. En sus escritos de acusación -se expone-, tanto el Ministerio Fiscal como las tres acusaciones particulares, presentan como conclusión primera el mismo relato fáctico y, no obstante ello, legítimamente, discrepan en cuanto a la calificación jurídica de los hechos. Así el Ministerio Fiscal entiende que el acusado es autor de un delito de apropiación indebida del art. 535, la representación de afectados de «Residencial Playa de Azahares» manifiesta que se trata de un delito de apropiación indebida peculiar que tipifica la *Ley 57/1968* y posteriormente modifica a estafa en trámite de conclusiones definitivas, la representación don Tomás y otros considera que Jose Pablo es autor de un delito de estafa y, por último, la defensa de Juan Ignacio, que fue la que se personó una vez abierto el juicio oral y calificado el Letrado que le dio la venia, entiende que los hechos, y es la única que lo mantiene en calificación definitiva, son constitutivos de un delito del art. 6.º de la **Ley especial**. Mantenido la vigencia y validez de las calificaciones, ha de afirmarse que aquella aceptada por la Sentencia es coincidente con alguna de las formuladas por las acusaciones. De todas formas, dado que la descripción típica del art. 6.º de la *Ley de 1968 constituye según el mismo el delito sancionado en el art. 535 del vigente Código Penal*, difícilmente resultaría admisible hablar de heterogeneidad y vulneración del principio acusatorio por el hecho de condenar por un delito de apropiación indebida del art. 535 del CP, en relación con el art. 6 de la *Ley 57/1968, de 27 de julio*, cuando la calificación del Ministerio Fiscal aludiese tan sólo a un delito de apropiación indebida del art. 535 del CP. La Sentencia de 28 de octubre de 1975 considera que la **Ley** no viene a ser más que una forma de interpretación auténtica del art. 535, al puntualizar y prevenir en el art. 6, párrafo segundo, que la no devolución se entiende encasillada en el antijurídico penal común citado, y de paso creando una agravación específica por motivos socio-económicos cuando esta apropiación gravita sobre la promoción de construcción de viviendas. Como último argumento para poner de relieve la sinrazón del motivo, baste recordar los principios básicos imperantes en la jurisprudencia acerca del principio acusatorio en el sentido de: a) No puede penarse por un delito más grave que el que ha sido objeto de la acusación, b) menos aún puede castigarse por infracciones por las que no se ha acusado; c) ni por un delito distinto al que ha sido objeto de la acusación; d) la prohibición alcanza a la apreciación de circunstancias agravantes o de subtipos agravados no invocados por la acusación. Como excepciones cabe señalar: a) Que se haya hecho uso de la facultad que el art. 733 de la *LECr* concede al Tribunal de plantear la tesis, con tal de que sea asumida la misma por cualquiera de las acusaciones; b) que el delito calificado por la acusación y el delito calificado por la Sentencia sean homogéneos, en el sentido de que todos los elementos del segundo estén contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación, es decir, que en la condena no exista elemento nuevo alguno del que el condenado no haya podido defenderse (cfr. Sentencias de 25 de mayo y 15 de octubre de 1992 y 10 de junio de 1993, entre muchas).

A la vista de lo expuesto ha de concluirse la procedencia de desestimación del motivo.

Decimosexto: El motivo décimo se articula al amparo del art. 850.1.º de la *LECr*, por quebrantamiento de forma al haberse denegado una prueba pertinentemente propuesta en el escrito de conclusiones provisionales, tal la de acreditar el precio de una hoja de publicidad en distintos periódicos de la región. Por Auto de 10 de enero de 1994 fue rechazada, subsiguendo la oportuna protesta. La Sala no accedió a la misma en base a que en la fase de instrucción, de tan prolongado espacio, pudo instarse tal prueba. Más hacedero resultaba, y menos proclive a la intensificación de dilaciones, haber hecho aportación de facturas acreditativas de pagos efectuados por tal motivo. Como venimos afirmando, semejante prueba no ha de influir en la calificación jurídica de los hechos, por lo que sería desproporcionado y rayano en lo absurdo, acceder a tal prueba en esta etapa del proceso. Ha de desestimarse el motivo.

Decimoséptimo: El motivo undécimo lo es también por quebrantamiento de forma, al amparo esta vez del art. 851.3.º, por cuanto el Tribunal no ha resuelto lo planteado por la defensa en relación con la impugnación de los documentos aportados por fotocopia. Falta el folio 39 del escrito de recurso, por lo que se priva a esta Sala de la exposición alegatoria pertinente. En cualquier caso, y conforme se ha expuesto con precedencia,

procede entenderse implícita una respuesta denegatoria de la Sala sentenciadora, en cuanto la misma, según se dijo, verifica una apreciación global de las pruebas elaborando sus conclusiones a la vista de todas ellas.

Decimotavo: El motivo decimotercero, amparado en el *art. 849.1.º de la LECr*, lo es por infracción de **ley** y supuesta aplicación indebida del *art. 529.7.º del CP*. Se ha aplicado indebidamente la *circunstancia 7.ª del art. 529 del CP*, por cuanto el valor de lo defraudado se debe entender para cada perjudicado, ya que éste reviste **especial** gravedad debido a que hay múltiples perjudicados y esta circunstancia se ha tenido en **cuenta** al aplicar *la agravante 8.ª del art. 529 del CP*. Aunque no es uniforme el sentir de la jurisprudencia es cierto que algunas resoluciones han entendido que debe rechazarse *la agravación 7.a del art. 529 del CP* si ello procede por la acumulación o suma de cuantías de las diversas acciones que forman el sustrato fáctico del delito continuado (cfr. Sentencias de 17 de marzo de 1989, 22 de noviembre de 1990, 22 de junio de 1992 y 29 de mayo de 1993). Y, desde luego, viene sosteniéndose -cual realiza la Sentencia de 22 de junio de 1992- la imposibilidad de apreciar conjuntamente la concurrencia de las circunstancias 7.ª y 8.ª del art. 529, cuando la primera proviene de la referida acumulación de cuantías singulares o individuales. Un mismo hecho sería valorado doblemente, en perjuicio del acusado; por lo mismo, como el importe total de la defraudación es consecuencia del elevado número de perjudicados, es esta circunstancia 8.ª la básica y fundamental, que consiguientemente debe prevalecer. La Sentencia de 21 de junio de 1994, no obstante, parece mostrarse favorable a la posibilidad concurrente de ambas circunstancias.

Ha de observarse que algunas de las aportaciones que la Sentencia reconoce exceden de 500.000 y del millón de pesetas, y que los hechos tuvieron lugar en 1982. Ello permitiría apreciar la **especial** gravedad sin el recurso a la continuidad delictiva.

La cuestión carece de relevancia ya que, aplicable la agravatoria 1.ª del art. 529, al concurrir con la 8.ª -de estimarse inaplicable la 7.ª-, determinaría igualmente la pena de prisión mayor, la que ha sido seleccionada en el mínimo posible. Procede, pues, desestimar el motivo.

Decimonoveno: En el segundo de los motivos del recurso interpuesto por «Asefa, S.A.», al amparo del *art. 849.1.º de la LECr*, se aduce haberse aplicado indebidamente el *art. 108 del CP, en relación con el art. 615 de la LECr*, en cuanto que la compañía de seguros no se ha lucrado con cantidad alguna, ni ha participado en los efectos del delito. Se aduce que el envío extemporáneo de los contratos a la aseguradora pudo obedecer a un intento, por parte del promotor, de evadir la responsabilidad en la que había incurrido. El otorgamiento de las pólizas individuales implica un concierto de voluntades y el pago de la prima por cada contrato individual, ya que la prima inicial es mínima y provisional, desproporcionada con respecto a la cuantía total a garantizar como máximo, y la contraprestación para la aseguradora va creciendo, paulatinamente, cuando se van emitiendo esas pólizas individuales, con concreción del adquirente y de las sumas ante él garantizadas. Ahora bien, como quiera que no llegaron a ser emitidas las pólizas individualizadas a cada adquirente y nunca se ha pagado prima alguna por este tipo de pólizas, «Asefa, S.A.», no ha cobrado cantidades por tal concepto, máxime cuando las pólizas colectivas fueron rescindidas, ante los incumplimientos reiterados de la promotora. Por lo tanto, no cabe atribuir a la compañía participación lucrativa en los efectos del delito, ni mucho menos considerar que las pólizas colectivas son títulos lucrativos determinantes de ese supuesto enlace al que cabe atribuir el sentido de la condena.

El legislador penal, en el art. 108 y rematando el listado de personas a las que vincula la carga de la responsabilidad civil, incluye a aquellas que pudieron ser beneficiarias de los efectos del delito, lucrándose con los mismos de alguna manera, sin haber contraído una responsabilidad penal directa a título de autor, cómplice o encubridor, respecto del delito básico que se juzga. El tercero participante por título lucrativo es totalmente ajeno a la defraudación precedente. Se trata de obviar y vedar el beneficio que con causa ilícita se produciría a favor de una persona que recibe por título lucrativo algún efecto del delito de autores, cómplices y encubridores y en perjuicio del ofendido por la infracción penal. Nada de ello puede acusarse en la compañía concertante de un contrato de seguro de caución, perceptora de una prima, precio de la obligación de fianzamiento asumida.

La presencia de la compañía de seguros en el proceso penal, como tercero responsable civil según el *art. 615 LECr*, viene justificada, y en cierto modo exigida, en razón a la responsabilidad en que la misma pueda verse comprometida frente a los adquirentes de las viviendas o asegurados por causa del incumplimiento del promotor o tomador del seguro, y al objeto de dar realidad a la comprometida cobertura - efecto normal del seguro de caución- de los daños patrimoniales sufridos. El interés asegurado no es otro que el del titular del derecho de crédito, persona distinta del tomador del seguro. Pero, a su vez, el promotor, por el hecho del seguro, no queda desvinculado de la responsabilidad civil inherente a la infracción penal tipificada en el art. 6, párrafo segundo, de la **Ley**, pendiendo sobre el mismo la obligación de devolución de las primas percibidas de los cesionarios más el 6 por 100 del interés anual [ *art. 2, a), de la Ley 57/1968* ]. La acción directa de

los afectados contra el promotor, como contra la entidad aseguradora, permite alinear a ambos en el frente pasivo del proceso penal, acusándose un vínculo de solidaridad en su ineludible respuesta indemnizatoria. Cedente y compañía tienen indudable interés en la doble presencia de ambos, lo que permitirá la adecuada contradicción y defensa de uno y otra al objeto de definir y precisar el grado de atendimiento acusable en sus respectivas obligaciones, en cuanto pueda ser determinante de un desplazamiento o minoración en orden a las responsabilidades. De modo más o menos implícito así ha venido a entenderlo la Sentencia, quedando fuera de la órbita del *art. 108 del CP*, cualquier razonamiento sobre la eventual responsabilidad de la compañía aseguradora. El motivo debe ser desestimado.

#### FALLAMOS:

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de precepto constitucional, con estimación parcial de sus motivos quinto y sexto, desestimando el resto de los motivos fundados en quebrantamiento de forma, infracción de **ley** e infracción de precepto constitucional, del recurso interpuesto por el acusado Jose Pablo; estimando igualmente el recurso interpuesto por «Asefa, S.A.», Compañía Española de Seguros y Reaseguros, respecto al motivo primero, por infracción de **ley**, desestimando el segundo interpuesto igualmente por infracción de **ley**; y en su virtud, casamos y anulamos la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Segunda, de fecha 28 de marzo de 1994, en causa seguida contra el acusado Jose Pablo, por delito de apropiación indebida. Se declaran de oficio las costas procesales correspondientes a sus respectivos recursos. Y comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, que en su día remitió.

ASI, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Enrique Ruiz Vadillo.- Francisco Soto Nieto.- Justo Carrero Ramos.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. don Francisco Soto Nieto, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la villa de Madrid, a cinco de abril de mil novecientos noventa y cinco.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de El Puerto de Santa María, en las diligencias previas con el núm. 1 de 1990, y seguida ante la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Segunda, por delito de apropiación indebida, contra el acusado Jose Pablo, con DNI núm. NUM000, natural de Lebrija y vecino de Puerto Real, nacido el 14 de enero de 1951, hijo de Vicente y de Josefa, con instrucción, sin antecedentes penales, de solvencia no declarada y en libertad provisional por esta causa, de la que no aparece haber estado privado, sin perjuicio de lo que pueda concretarse en ejecución de Sentencia, y en cuya causa se dictó Sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 28 de marzo de 1994, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al final y bajo la ponencia del Excmo. Sr. don Francisco Soto Nieto, hace constar lo siguiente:

#### Antecedentes de hecho

Primero: Procede dar por reproducidos los hechos probados de la Sentencia de instancia y que, a su vez, constan transcritos en la Sentencia primera de esta Sala, con la excepción referente a las alusiones contenidas a que el acusado enviaba al asegurador copias de los contratos celebrados para emisión de las pólizas individuales de los adquirientes. Tales copias no consta que fueran remitidas regularmente, hasta que fueron entregadas en las oficinas de la compañía aseguradora 332 contratos en 9 de febrero de 1993, tras los varios requerimientos efectuados, sin hacer entrega de la documentación reclamada, memoria, balances, estado de la **cuenta especial**, etc.; y ello después de la pérdida del derecho de opción de la finca sobre que se proponía construir las viviendas, hallarse la **cuenta especial** prácticamente sin fondos, y formalizadas denuncias por los adquirientes de viviendas.

Segundo: Asimismo se tendrán en **cuenta** los demás antecedentes de hecho de la sentencia referida y la dictada por este Tribunal.

#### Fundamentos de Derecho

Primero: Procede dar por reproducidos los fundamentos de Derecho primero a quinto de la Sentencia de instancia. El sexto, con la salvedad de la remisión que a la fase de ejecución de Sentencia, en orden a la responsabilidad civil, se decreta. El séptimo, con la advertencia de que cuanto se expone y regula en el



mismo será aplicable a aquella relación de afectados que en ejecución de Sentencia se determine abonaron cantidades anticipadas y fueran destinatarios de los 22.000.000 de pesetas pagadas por el acusado. Se dan por reproducidos, a su vez, los fundamentos octavo y decimoquinto, sustituyéndose los restantes por cuanto se deja expuesto en la Sentencia rescindente.

Segundo: En consecuencia, procede absolver a la compañía de seguros «Asefa, S.A.», de la pretensión indemnizatoria contra ella ejercitada por no reunir la condición de responsable civil directo. Procede mantener la condena del acusado a la restitución a los adquirentes de viviendas que se determinen en ejecución de Sentencia las cantidades anticipadas al efecto que así se comprueben. Condenándose al pago del 6 por 100 de interés anual de la cantidad que corresponde a cada perjudicado, con efectos desde marzo de 1983. Siempre teniendo en **cuenta** la reserva y especificidad a que se ha aludido en relación con el fundamento séptimo de la Sentencia de la Audiencia. Y reservándose a los adquirentes desconocidos las acciones que puedan corresponderles para su ejercicio en la vía civil.

Vistos los preceptos legales de aplicación al caso.

### FALLAMOS:

Que debemos condenar y condenamos al acusado Jose Pablo , como responsable en concepto de autor de un delito de apropiación indebida, antes definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales, excluidas las de las acusaciones particulares. Y le absolvemos del delito de estafa de que ha sido acusado por la acusación particular a nombre de don Tomás y otros.

Asimismo condenamos al acusado a restituir a los adquirentes de viviendas a que se refieren los hechos proyecto «Residencial Playa Azahares» las cantidades anticipadas al efecto, debiéndose en ejecución de Sentencia determinar la identidad de los mismos y cuantía de aquellas entregas, comprobándose debidamente todo ello; condenándose, a su vez, al pago del 6 por 100 de interés anual de la cantidad que corresponda a cada perjudicado, con efectos desde marzo de 1983. Siempre teniendo en **cuenta** la reserva y especificidad a que se ha aludido en relación con el fundamento séptimo de la Sentencia de instancia, en lo concerniente a los 22.000.000 de pesetas pagados por el acusado. Y reservándose a los adquirentes desconocidos las acciones que puedan corresponderles para su ejercicio en la vía civil.

Absolvemos a la compañía de seguros «Asefa, S.A.», de la pretensión de pago de las restituciones antes aludidas y de sus intereses.

De acreditarse el fallecimiento de algún perjudicado, la indemnización que se le reconozca se abonará al cónyuge superviviente en régimen de gananciales, y en otro caso a los herederos.

Abonamos al acusado el tiempo de prisión preventiva por esta causa, si en ejecución de Sentencia se acreditare haberla sufrido, y en caso de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades. Acredítese la solvencia del acusado.

ASI, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Enrique Ruiz Vadillo.- Francisco Soto Nieto.- Justo Carrero Ramos.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. don Francisco Soto Nieto, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.