



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL
ORDEN PENAL
Nº 5 JUNIO 2016

EDICIÓN: AJFV
MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL
COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín



ÍNDICE

1.- Trabajos en Beneficio de la Comunidad como condición para la suspensión de la pena privativa de libertad. Naturaleza jurídica y competencia para su control.

Artículo jurídico elaborado por el Ilmo. Sr. D. LUIS CÁCERES RUIZ, Magistrado del Juzgado de lo Penal nº 2 de Badajoz.

2.- Delito de apropiación indebida. Dinero entregado a cuenta como parte del precio por compradores de vivienda al contratista, el cual ni construyó la obra ni devolvió el dinero.

STS Sala Segunda, de 12 de febrero de 2016
Nº Sentencia: 89/2016
Nº Recurso : 1781/2014

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO PATROCINIO POLO, Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz.

1.- TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD COMO CONDICIÓN PARA LA SUSPENSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. NATURALEZA JURÍDICA Y COMPETENCIA PARA SU CONTROL.

LUIS CÁCERES RUIZ

Los Trabajos en Beneficio de la Comunidad (TBC) son una pena regulada en el artículo 49 del Código penal y el RD 840/2011, debiendo controlar su ejecución los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (JVP). Los trabajos podían imponerse como una pena de manera directa o como sustitución de la pena privativa de libertad. La reforma del Código penal por LO 1/2015 ha suprimido la sustitución, regulando un nuevo régimen de suspensión condicionada a la realización de TBC. Se plantea la cuestión de si dichos TBC fijados como condición son una pena -cuyo control corresponde a los JVP- o no son una pena, sino una mera condición, correspondiendo el control a los Juzgados de lo Penal (JP). Se adelanta que aquí se defiende la postura de que no pierden su carácter de pena y por tanto debe atribuirse su control a los JVP.

COMENTARIO

La pena de TBC viene contemplada en el art. 39 del Código penal como una pena privativa de derechos, fijándose una duración de un día a un año en el art. 40. Una característica específica de esta pena es que no puede ser impuesta sin el consentimiento del penado.

El art. 49 del CP regula sus condiciones y modo de cumplimiento, estableciéndose que *la ejecución se desarrollará bajo el control del Juez del Juez de Vigilancia Penitenciaria*. El RD 840/2011, de 17 de junio, concreta de modo más preciso el régimen remitiéndose para su control al JVP.

Además de como pena impuesta de manera directa, el artículo 88.1 del Código penal en su redacción anterior a la reforma de la LO 1/2015 disponía que *los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en*

la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate.

Se aplicaba así la pena de TBC como pena sustitutoria, sin que se cuestionase su control en la ejecución por los JVP. En definitiva, se le aplicaba el mismo régimen jurídico tanto si eran pena directa como si eran pena por sustitución, salvo en lo relativo al incumplimiento. Si eran como pena directa, se deducía testimonio por delito de quebrantamiento y si eran pena por sustitución se procedía al cumplimiento de la pena sustituida en aplicación del art. 88.2.

La reforma del Código penal de 1/2015 ha cambiado el régimen de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, aunando ambas instituciones en una única -la suspensión-, en la que se pueden imponer, entre otras condiciones, el cumplimiento de TBC o pago de multa.

Artículo 84.1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

3ª La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

No se usa la expresión de pena de TBC, sino que se engloba dentro de las prestaciones o medidas.

condición para la suspensión de la prisión? ¿Cambia su naturaleza jurídica? La cuestión no es meramente académica, ya que puede influir tanto en su régimen de ejecución como en el órgano judicial competente para su control - JP o JVP-.

Pretender que con la nueva regulación legal los TBC impuestos en el régimen de suspensión no son una pena, supone acogerse a una interpretación meramente literal del artículo 84, sin tener en cuenta el resto de preceptos del CP.

Aunque sean una *condición*, no por ello dejan de ser una pena. Así viene contemplado en el CP.

El legislador en la reforma de la LO 1/2015 ha hecho una modificación técnica de la suspensión y sustitución, regulando todas las variedades anteriores en la suspensión, con más variantes. Así lo dice la exposición de motivos: *Al tiempo, se pone fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos. Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. De este modo se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas.*

Es decir, la anterior sustitución de prisión por TBC pasa a ser la suspensión condicionada al cumplimiento de TBC. Esa es la voluntad del legislador y así se deduce de una interpretación sistemática de los distintos preceptos penales.

Una interpretación meramente literal del art. 84 del CP -TBC como condición y no como pena-, plantea consecuencias jurídicas de difícil

solución. El órgano competente para su control sería el JP en vez del JVP, por la competencia general de cada órgano jurisdiccional para ejecutar sus propias resoluciones. Pero si no rigen las normas del CP y del RD 840/2011 que determinan la competencia en el control de los JVP, tampoco pueden regir dichas normas en el resto de aspectos. Así, al no ser aplicable en estos casos a los TBC el art. 49 y el RD 840/2011, carecerían de cualquier norma o regulación. Podría plantearse incluso su inconstitucionalidad al carecer de una delimitación exacta en su concreción y ejecución¹.

En resumen, debe aplicársele el mismo régimen a los TBC tanto si son pena directa como si son condición para la suspensión, por los siguientes motivos:

1º El hecho de que sean una condición para la suspensión no significa que a la vez no sean una pena.

2º Los distintos preceptos deben ser interpretados de manera sistemática.

3º Tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, la intención del legislador ha sido exclusivamente regular la sustitución de la prisión por trabajos como un modalidad de suspensión.

4º Una interpretación literal, pretendiendo que los trabajos como condición para la suspensión son distintos de la pena de TBC, supondría que quedarían sin regulación alguna, planteándose dudas sobre la constitucionalidad de los TBC sin una regulación expresa y concreta al no regir entonces los límites y garantías del art. 49 del CP.

¹ Una interpretación en sentido contrario puede verse en GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad”, en Diario La Ley, nº 8688, 25 de enero de 2016, pp. 4 y 5.

2.- STS SALA SEGUNDA, DE 12 DE FEBRERO DE 2016

Nº DE SENTENCIA 89/2016

Nº DE RECURSO 1781/2014

JOSÉ ANTONIO PATROCINIO POLO

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que la perjudicada suscribió un contrato de compraventa para la compra de una vivienda con una entidad mercantil cuyos administradores solidarios eran los acusados, promotores-constructores, entregando a cuenta 29.000 € en el momento de firmar el contrato. La entidad mercantil no ha iniciado las obras a la que se hallaba obligada. Tampoco ha devuelto la cantidad ni acredita que la empleara al fin para el que la misma se entregó. Los acusados no subscribieron aval para la devolución de las cantidades entregadas y tampoco las ingresaron en cuentas separadas de las restantes propias o del grupo, o de las asignadas a otras promociones.

COMENTARIO

La referida sentencia de la Sala Segunda del TS confirma la de la Audiencia Provincial de Badajoz que condenó a los acusados, promotores constructores, como autores de un delito de apropiación indebida. Dicha sentencia del TS contiene un voto particular del Magistrado D. Antonio del Moral García que particularmente comparto, aunque por imperativo legal la Audiencia de Badajoz sigue el criterio mayoritario de la Sala Segunda del TS cuando interpreta este complejo y difícil delito de apropiación indebida.

Según la sentencia del TS, respecto de las cantidades anticipadas que perciban a cuenta del precio los promotores inmobiliarios antes o durante la construcción, estos tienen unadoble obligación alternativa: o bien constituir (con dichas sumas recibidas de los compradores) un patrimonio separado de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, dinero que deberá ser destinado exclusivamente a las atenciones

derivadas de la construcción de las viviendas, de manera que si esto no hacen y disponen de las mismas para sí o para sus negocios, cometen el delito de apropiación indebida.

También pueden constituir un seguro o aval sobre dichas cantidades, garantizando, de esta manera, la eventual devolución del dinero entregado por los compradores en el caso de que no se construyan o entreguen las viviendas. El incumplimiento de estas obligaciones conlleva, ya de por sí, la comisión del delito de apropiación indebida si al final no se entregan las viviendas. Esta obligación legal se estableció ya en la ley 57/1968, que posteriormente fue ratificada por la ley de ordenación de la edificación-ley 38/1999 y por la actual ley 20/2015 de 14 de julio. Con esta línea interpretativa se pretende justamente la tutela penal de los ahorros de las familias que fueron destinados a la obtención de un bien de primera necesidad como es una vivienda.

Supuesto lo anterior, entiendo que en algunos supuestos y al amparo de esta doctrina, el TS lleva a cabo una interpretación excesivamente radical y poco acorde con el principio de intervención mínima del derecho penal. Es cierto, a mi juicio, que los ahorros de los ciudadanos merecen una protección penal frente a los abusos de los promotores inmobiliarios y en este sentido la aplicación del delito de apropiación indebida parece correcta y justa respecto de aquellos “que se quedan con el dinero”, no hacen la obra comprometida y dedican las sumas recibidas a finalidades distintas (se compran, por ejemplo, un vehículo de alta gama). Ahora bien, hay otros supuestos diferentes: piénsese en el promotor-constructor que destina el dinero recibido a cuenta a la realización de la obra, a la construcción de las viviendas, pero que por causas ajenas a su voluntad (la crisis, por ejemplo, la falta de financiación a mitad de obra, una huelga imprevisible, etc), no puede realizar su cometido y no puede construir las viviendas o las deja a medias. En estos casos (entiendo yo) no se puede aplicar el mismo rigor. El TS los equipara y condena también por apropiación indebida en el supuesto de que no devuelvan el dinero y no hayan constituido un patrimonio separado del resto de sus fondos o no hayan

constituido un patrimonio separado del resto de sus fondos o no hayan asegurado o avalado el dinero recibido a cuenta por parte de los compradores. Considero que en estos casos, a diferencia del criterio mayoritario de la Sala Segunda del TS, estamos en presencia de una cuestión civil. Acúdase a la vía civil para reclamar las sumas entregadas a cuenta del precio de las viviendas, pero no puede criminalizarse tales conductas so pena de conceder una extensión desmesurada al delito de apropiación indebida el cual, tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, ha suprimido el verbo “distraer” de la redacción típica del actual artículo 253, de manera que ahora se castiga solo por el delito de apropiación indebida a los que se “apropiaren”, no a los que “distrajeren” dinero, etc., conducta ésta que sí estaba incluida en el antiguo artículo 252 CP. Es decir, considero que solo habrá antijuricidad penal cuando el promotor destina las cantidades recibidas a otros fines-personales o empresariales- distintos a la propia construcción de las viviendas. O si se prefiere, el incumplimiento de las garantías establecidas a favor de los compradores de viviendas respecto de las cantidades anticipadas, no convierte automáticamente la disposición de esos fondos en actos incardinables en la conducta de apropiación indebida. Solo ocurrirá si se dedican tales cantidades a “otros fines” ajenos o extraños a la propia construcción de las viviendas.

En definitiva, y en palabras del propio voto particular citado, “el derecho penal vendrá llamado a desempeñar un papel cuando exista desviación de fondos, pero no cuando las cantidades recibidas han sido íntegramente invertidas en la promoción y construcción de las viviendas. Otro entendimiento extiende de forma desmesurada los tentáculos del derecho penal y equipara anómalamente conductas muy diferentes”.

Referencia CENDOJ: ROJ: STS 373/2016 - ECLI:ES:TS:2016:373