

## ¿RESPONDE PENALMENTE EL PROMOTOR QUE DESVÍA LAS CANTIDADES ANTICIPADAS POR VIVIENDA SOBRE PLANO?

Cuando un consumidor decide comprar una vivienda sobre plano, es decir, que aún no está construida, es consciente de que asume una serie de riesgos que, lógicamente, no suelen estar presentes cuando el edificio ya está terminado. Es por eso que las garantías sobre las cantidades anticipadas entregadas por los futuros propietarios deben reforzarse para evitar, precisamente, que una mala gestión por parte de la promotora o que prácticas directamente ilegales por parte de la empresa inmobiliaria echen a perder la futura vivienda y las cantidades entregadas.

En este sentido, la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación establece que:

*“Uno. Obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas.*

Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:

- a) *Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.*
- b) *b) Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior”.*

La reciente Sentencia 412/2018 de 20 septiembre de la Sala de lo Penal, Sección 1ª del Tribunal Supremo reitera la doctrina jurisprudencial fijada por la Sala en relación con la subsunción del delito de apropiación indebida, artículo 253 del Código Penal, en el caso de cantidades entregadas para la construcción de viviendas no depositadas en una cuenta especial, en aquellos supuestos en que no se produzca la entrega de las viviendas y se destinen las citadas cantidades a otros fines ajenos a la obra en cuestión.

---

El Tribunal se remite a la línea jurisprudencial seguida en diferentes pronunciamientos en base a la cual, el delito de apropiación indebida se consuma cuando se llega al denominado “punto sin retorno”, esto decir, cuando el promotor incumpla definitivamente la doble alternativa prevista por la ley, entregar la vivienda o devolver el dinero que debería haber garantizado. El incumplimiento relativo a la obligación de devolver las cantidades anticipadas percibidas se produciría en el supuesto de que el promotor haya dado, con vocación de permanencia, a las citadas cantidades entregadas a cuenta del precio **un destino distinto al obligado**, de manera que ello le impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo (SSTS 513/2007 de 19 de junio (RJ 2007, 4989), 938/98 de 8 de julio (RJ 1998, 5831).

Recuerda la citada Sentencia que, tal y como ha quedado aclarado en virtud del Acuerdo de la Sala 2ª en Pleno no jurisdiccional, de fecha 23 de mayo de 2017

*“1.- En el caso de cantidades anticipadas a los promotores para la construcción de viviendas, **el mero incumplimiento, por sí solo**, de las diligencias previstas en la Disposición Adicional primera de la Ley 38/1999 de 5 noviembre (RCL 1999, 2799) , de ordenación de la Edificación, en la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio (RCL 2015, 1088), consistentes en garantizar mediante un seguro la devolución de dichas cantidades para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, y de percibir esas cantidades a través de cuenta especial en cantidades de crédito, **no constituye delito de apropiación indebida.***

*2.- Cuando las cantidades entregadas no se hayan destinado a la construcción de las viviendas comprometidas con los adquirentes, podrá apreciarse un delito de estafa si concurren los elementos del tipo, entre ellos un engaño determinante del acto de disposición, o bien un delito previsto en los arts. 252 ó 253 CP, si concurren los elementos de cada tipo”.* La doctrina del Tribunal Supremo respecto a la precepción por parte de los promotores de cantidades entregadas de forma anticipada por parte de los futuros adquirentes establece que:

- a) Los promotores estarán obligados a abrir una cuenta especial en la que necesariamente habrán de ingresarse las cantidades anticipadamente entregadas por los futuros adquirentes.
- b) Dichas cantidades en cuanto forman un patrimonio separado afecto a un fin concreto – la construcción de la vivienda, bloque o urbanización concernida – solo podrán estar destinadas e invertirse en tales obras.
- c) Se trata de una norma imperativa cuyo origen está en la Ley en garantía de la protección de los intereses de los consumidores, que son los más débiles en esa relación económica, y por tanto tales obligaciones quedan fuera del ámbito de disposición de las partes.
- d) En caso de incumplimiento de esta obligación por parte de las personas obligadas, se podría incurrir, por un lado, en las responsabilidades administrativas previstas en la Ley y, por otro, se incurre en responsabilidad penal.
- e) En el caso de que el promotor incumpla las obligaciones de abrir la cuenta especial y dedicar las cantidades ingresadas en ella a la obra comprometida, y las dedica o las confunde

---

con otros patrimonios de otras promociones, si los futuros adquirentes le solicitan la devolución de las cantidades adelantadas y éste las devuelve o no las reintegra **pero puede acreditar que ha destinado las mismas a la ejecución de la obra** -aunque no esté acabada-, en ese supuesto el promotor podrá incurrir en responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento de tales obligaciones, pero **no delito de apropiación indebida**.

De lo dicho anteriormente se puede deducir que, respondiendo a la pregunta que se formula en el título, el promotor que distraiga o desvíe a fondos distintos las cantidades entregadas por los futuros propietarios, puede incurrir en responsabilidad penal, aunque el delito que se le podría imputar puede variar, desde la apropiación indebida a la estafa, en función de los actos que lleve a cabo.

En cualquier caso, la doctrina y la jurisprudencia reiterada de los Tribunales suponen un refuerzo de las garantías de los consumidores que, como el propio Tribunal Supremo reconoce, son siempre la parte más débil de la ecuación cuando nos referimos a la promoción inmobiliaria.

**Mará Teresa de Haro**

**Abogada en DJV Abogados**