

cuando con la aplicación del indulto debieran ser puestos en libertad quienes estén privados de ella.

— En las causas ya concluidas por sentencia, que no sean firmes, deberán comprobar la situación de los penados, a efectos del indulto, instando lo procedente.

— En las causas resueltas por sentencia firme, utilizando los datos de las fichas de ejecutorias de Fiscalía, se comprobará si es urgente la aplicación del indulto por la incidencia de los artículos 1.º y 6.º del Decreto sobre las penas compuestas y, en caso afirmativo, solicitar su inmediata efectividad.

4. *Otras cuestiones a tener en cuenta por los Fiscales*

— Las causas que terminen por aplicación del indulto anticipado habrán de ser objeto de cómputo especial en la estadística anual de las Fiscalías que se formula con motivo de la Memoria.

— Como no es fácil prever todas las dificultades que pueden surgir de la aplicación del Decreto de Indulto, las dudas que se originen deberán ser objeto de consulta especial.

Madrid, 1.º de diciembre de 1975.

CIRCULAR NUM. 5/1975

CONDUCTAS DELICTIVAS EN MATERIA DE VIVIENDA

La Circular 5/1965, de 1 de diciembre, abordó un tema de gran trascendencia social, que afecta profundamente a una de las misiones del Ministerio Fiscal: la de la satisfacción del interés social en el terreno de la construcción y promoción de viviendas que proporcionen al ciudadano un digno habitáculo para su hogar, como centro de desarrollo de su intimidad y vida familiar. Los análisis que aquella Circular efectuaba de las conductas que pueden interferir el normal desenvolvimiento de la actividad constructora, desviando lo que debe ser un beneficio social hacia el lucro privado y personal, en cuanto tales conductas penetren en el terreno de la ilicitud penal tanto por encerrar un propósito defraudatorio y explotador de la necesidad de viviendas existentes como por conducir a una negligente causación de siniestros y daños previsibles y prevenibles, sigue vigente. Como siguen teniendo actualidad y deben ser observadas por los señores Fiscales de las Audiencias las instrucciones que en ella se daban sobre la necesidad de vivir la realidad de sus respectivos territorios, atentos a la averiguación, persecución y castigo enérgico de todo aquel conglomerado de conductas dañosas e ilícitas, conductas que, desafortunadamente y pese a todo, siguen afligiendo nuestra realidad social.

Sin embargo, desde la fecha de aquella Circular se han dictado algunas disposiciones legislativas que han incidido en la prevención de los fraudes cometidos en la llamada promoción de viviendas, cual la impor-

tante Ley 57/1968, de 27 de julio; así como en el castigo de los actos de tráfico ilícito de viviendas de protección oficial y precio tasado que contempla el artículo 541 del Código penal tras su redacción por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Todo lo cual aconseja volver sobre el tema de aquella Circular para completar su contenido con el análisis de las consecuencias de esta nueva realidad legislativa.

Conductas delictivas defraudatorias en las que pueden incurrir los promotores de viviendas

La Circular 5/1965 examinaba una serie de actuaciones tendentes a un fácil lucro que personas desaprensivas, bien a través de una actuación puramente individual, bien amparándose en la interposición de una sociedad o empresa mercantil, pueden realizar explotando la necesidad y el ansia de vivienda que los desplazamientos migratorios internos y el aumento del nivel de vida han despertado en nuestra sociedad: la simulación de una solvencia económica y eficacia técnica, que esté muy lejos de la realidad y del posible cumplimiento de las ofertas que tentadoramente se hacen; la oculta utilización de materiales cuya calidad es notoriamente inferior a la convenida y anunciada; el ofrecimiento de servicios comunitarios no previstos o, que previstos, no se tiene intención de construir —zonas verdes, educativas, deportivas, mercados, etc.— y cuya falta repercute no sólo en la calidad de vida de los ocupantes de las urbanizaciones afectadas, sino en el valor real de las viviendas enajenadas, con perjuicio para los confiados adquirentes; la simulación documental para aparentar gastos o inversiones en la construcción no realizados, obteniendo su satisfacción y abono por parte del contratante, eran supuestos de clara naturaleza fraudulenta que aquella Circular citaba como constitutivos de los tipos de estafa de los artículos 528, párrafo 1.º, y 529, número 1.º, del Código penal, cuando no de falsedades previstas en los artículos 303, 304 y 306 del propio texto sancionador.

Sin estériles pretensiones de agotar la realidad punitiva del tema, cuya picaresca es siempre más prolífica que la imaginación del penalista, podría agregarse a esa enumeración otros supuestos defraudatorios, no menos frecuentes, y que aprovechan el período de incerteza jurídica que se da entre la perfección de los contratos de venta y su formalización registral: la enajenación de pisos y locales aún no construidos y que se ofrecen como ya existentes; la múltiple venta de un mismo inmueble a varias personas; la ocultación de cargas existentes sobre el bien enajenado como libre; la posterior hipoteca del edificio, que previamente se ha enajenado en titulación puramente privada y que por ello no ha podido acceder al registro, etc. Supuestos que, cuando no son subsumibles en el artículo 529, número 1.º, del Código penal, lo serán en el 531 ó 532, número 2.º del mismo Cuerpo legal, sirviendo como módulo diferenciador el que el perjuicio sea causado mediante el engaño de una apariencia patrimonial o existencia de bienes irreales o mediante la enajenación o gravamen fraudulento de bienes reales, pero que ya han dejado de ser propios.

Es de destacar que una gran parte de ese tipo de fraudes aparecen prevenidos en la "ratio legis" de la Ley 57/1968, de 27 de julio, que dispone la necesidad de garantizar en forma adecuada, utilizando uno de los medios específicos que la misma Ley señala en su artículo 1.º —seguro o aval bancario— la devolución de las cantidades entregadas a cuenta más el 6 por 100 de interés anual en los supuestos de incumplimiento del contrato de construcción de una vivienda, sea o no de protección oficial, con lo que, de darse un caso de resolución o rescisión contractual, la restitución del precio queda asegurada.

El artículo 6.º de esa Ley, en su párrafo 2.º, define un tipo de delito agravado al señalar que "la no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la presente Ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587, número 3.º y 535 del vigente Código penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo". Naturalmente que el módulo diferenciador entre el delito y la falta será el de la cuantía de lo indebidamente apropiado, aunque no se ocultará a la experiencia de los señores Fiscales que, dado el monto de las cantidades que usualmente se manejan en esos contratos, el supuesto de que el hecho sea constitutivo de una mera falta será inusual y lo común será el caso contrario.

La infracción penal se da, pues, con la concurrencia de dos requisitos que se expresan claramente en ese artículo 6.º y que son:

1.º La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, y

2.º La infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley.

Es decir:

a) La falta de contrato del seguro o del aval, y

b) Que se hayan percibido las cantidades anticipadas en forma distinta a las prevenidas en la condición segunda del artículo 1.º.

Ese precepto, que en el fondo utiliza un medio determinador del dolo penal del promotor que incumple sus promesas, en base a que el hecho de haber dejado inicialmente sin garantizar las cantidades que proyectaba recibir a cuenta o recibir las cantidades sin las garantías de publicidad prevenidas, revela ya una mala fe antecedente, viene a clarificar las diferencias entre lo que sería mera ilicitud civil por incumplimiento de contrato, de lo que es un claro supuesto de ilícito penal por indebida apropiación de lo recibido, construyéndose así una figura híbrida en que juega a la vez el engaño inicial y la apropiación definitiva de lo recibido a virtud de un título que, "prima facie", no lleva consigo la obligación de devolver, sino la de entregar la contraprestación prometida. Por lo que cabe afirmar que el párrafo 2.º del artículo 6.º citado establece en realidad un tipo extensivo de apropiación indebida. Por ello ha de hacerse notar que es en esa apropiación donde radica el acento de la antijuricidad penal de la conducta, de modo que no es suficiente el incumplimiento de lo conve-nido y la ausencia de garantías para que entre en juego el delito específico previsto en el citado párrafo 2.º del artículo 6.º de la Ley 57/1975.

sino que ha de darse a la vez el hecho de la apropiación o negativa a la devolución de lo recibido, ya que, en otro caso, aquel incumplimiento sólo originará las sanciones administrativas prevenidas en el primer párrafo del artículo citado.

Por su parte, el Decreto 3.114/1968, de 12 de diciembre, extendió el régimen de garantías y responsabilidades de la Ley de 27 de julio de 1968 citada a las personas físicas y jurídicas que promocionen viviendas que no sean de protección oficial por medio del denominado régimen de comunidad art. 1) y a las Cooperativas constituidas conforme a la Ley de 2 de enero de 1942 y el Reglamento de 11 de noviembre de 1943 (art. 4.º). La cita contenida en este Decreto de 12 de diciembre de 1968 debe entenderse ahora a la Ley 52 de 19 de diciembre de 1974 sobre Sociedades Cooperativas. Conviene señalar que en los supuestos objetivos de ese Decreto se da en el orden subjetivo de los cualificados para responder de la comisión de tales delitos una limitación o restricción, prevista en el artículo 5.º, en cuanto esa responsabilidad queda delimitada en el gestor o gestores a que se refiere el párrafo primero del artículo 2.º de este Decreto y en las personas integradas en las Juntas Rectoras de las Cooperativas a quienes serán aplicadas las disposiciones sancionadoras del artículo 6.º de la Ley 57/1968, de 27 de julio, tanto en el caso de su inobservancia como en el de no devolución de las cantidades aportadas.

La eficacia preventiva de esas Leyes es evidente, ya que la constitución de las garantías en ellas previstas por parte de los promotores impide todo perjuicio sobrevenido a los adquirentes, tanto los que pudieran derivarse de una fraudulenta actuación del promotor como los que se pudieran producir por una desafortunada o negligente gestión que impida el feliz término del proyecto comenzado de buena fe. Pero para que esa eficacia preventiva sea real se hace necesario que en los casos de incumplimiento de las normas precautorias previstas en la Ley actúe la reacción penal con un rápido y eficaz castigo de la conducta ilícita, que también ha previsto el legislador, y es aquí donde el celo de los señores Fiscales ha de mostrar su espíritu alerta y la eficiencia de su actuación. Tanto más importante cuanto que, como ya señalaba la memoria de esta Fiscalía del año 1971, en este tipo de delitos, en que se ven afectados una masa de sujetos pasivos, la dispersión del volumen económico en gran número de perjudicados y las dificultades para una actuación solidaria de los mismos disminuye su capacidad de reacción y defensa. Incapacidad de reacción privada que ha de ser suplida por una mayor capacidad de persecución por parte del detentador de la acción pública, esto es, por parte del Fiscal.

También es de remarcarse en el ámbito temporal la extensión de los efectos de la Ley a las situaciones pendientes tras su publicación, como señala en Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1975 al declarar: "Que es muy de tener en cuenta la finalidad de protección social que inspiró la promulgación de esta Ley frente a la proliferación de desmanes de constructores, defraudatorios de los aspirante a la adquisición de viviendas, muchas veces modestas, y tendente a cortarlas, lo que expli-

ca, y bien claro lo expresa, la exposición de motivos de tan citada Ley, que tenga no sólo proyección de futuro, sino que se quiera extender a este tipo de situaciones pendientes al momento de la promulgación de sus dictados, y a lo que, sin duda, tendió la autorización legislativa contenida en la 2.^a disposición para que los Ministerios de Justicia y Vivienda dictaran las disposiciones complementarias necesarias para el desarrollo de la Ley, autorización legislativa que supone que estas normas complementarias se integraran en la Ley y deban considerarse formando parte de la misma. En este sentido, para la transición de las anteriores situaciones al régimen local se dictó la Orden de 10 de agosto de 1968, que obligaba a declarar, antes de 1.º de octubre de 1968, los contratos de esta clase anteriores a 29 de julio de 1968, calidad que tiene el cuestionado, con la prevención de que al no hacerlo así, como aquí ocurrió, sería íntegramente aplicable la Ley a todos los contratos no declarados, aplicándose como fecha de los mismos, al no haberlo sido oportunamente, lo prevenido en el artículo 1.227 del Código civil y, como quiera que este contrato se incorporó a los autos muy posteriormente a 29 de julio de 1968 —fecha de la promulgación—, le es de entera aplicación la Ley tan repetidamente citada, siendo a mayor abundamiento ponderable que el inicial anticipo no suponía la apropiación, ya que hasta que pasó el plazo de entrega, incumplándose el deber de entregar lo vendido o de devolver lo anticipado con el 6 por 100 desde la fecha de la entrega, no se consumó la apropiación y que en tal tiempo consumativo estaba ya en pleno vigor la Ley y no puede hablarse, por consiguiente, de aplicación retroactiva de sus preceptos, aparte que dicho queda que con Ley o sin ella el delito de apropiación indebida fue cometido”.

Conductas delictivas que afecten al tráfico comercial de las viviendas de protección oficial

La técnica que el Código penal de 1944 utilizaba en el Capítulo V de su Título XIII, del Libro II, provenía del añejo texto de 1848 y respondía a la concepción liberal de la época, de economía de mercado libre y determinación de los precios por el simple efecto de la Ley de la oferta y la demanda. Pese a que en la época en que el Código vigente se publica, los valores económicos en juego habían sufrido un notorio cambio y la intervención estatal en la vigilancia y modificación de las directrices del mercado era ya necesidad constatada y práctica usual, los redactores del Código no plasmaron en él esa nueva realidad económica, tal vez por considerar que la legislación a la sazón vigente en materia de abastecimientos garantizaba suficientemente la sociedad contra los actos de agio y contra la explotación de las necesidades colectivas, que hacían pagar por las mercancías precios superiores a los tasados y desproporcionados con el que para su adquisición en un mercado controlado habían pagado sus tenedores.

El cambio económico-social y la derogación de aquella legislación excepcional ante la nueva realidad de un mercado abastecido y abundante dejó subsistentes los preceptos comunes del Código como único medio de

lucha contra los agiotistas y los que obteniendo ventajas oficiales condicionadas a un precio tasado burlan posteriormente esa tasa o límite. Pero tales preceptos, destinados a amparar tan sólo la Ley natural de la oferta y la demanda, determinada por el libre cambio económico, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1970, mal podrían acomodarse a situaciones en que un promotor de viviendas, usando y abusando de esa Ley de libre concurrencia, fijaba precios acordes con lo que, por la escasez de bienes, estaba dispuesto a pagar el comprador, pero que eran superiores a los que la normativa sobre Viviendas de Protección Oficial autorizaba. Por ello el artículo 112 del Reglamento de 24 de julio de 1968, que establece la prohibición de "todo sobreprecio o prima en el arrendamiento, venta o acceso diferido a la propiedad...", carecía de la correspondiente tutela penal al ser atípicas esas conductas a la luz de los artículos 540 y 541 del Código penal a la sazón vigente.

Esa situación ha sido modificada por la reforma introducida por la Ley 44/1971 en los citados artículos 540 y 541 del vigente Código. Si bien el artículo 540 conserva su rancia estructura de norma penal destinada a tutelar la Ley de la oferta y la demanda en una economía de mercado libre, ha sufrido retoques que extienden su ámbito con la precisión de las cosas objeto de contratación, que se han extendido a "monedas, títulos o valores o cualesquiera cosas muebles o inmuebles", que antes sólo una interpretación extensiva permitiría incluir en el texto; así como se han precisado también los mecanismos utilizados para influir en la alteración de los precios naturales, agregando el empleo de "violencia", amenaza o engaño", amén de extender los "falsos rumores" a las "noticias tendenciosas" y sustituir el ambiguo "o cualquier otro artificio" por la más expresiva fórmula de "cualquier otra maquinación".

Pero la modificación más trascendente se introduce en el artículo 541, en un doble sentido:

a) Dando a su número 1.º una nueva redacción que hace que en los supuestos en que las conductas recaigan sobre los objetos típicos —todos ellos caracterizados por su condición de ser de primera necesidad— se rompa la antigua conexión con el artículo 540 y se prescinda de la forma de determinación del precio. Lo que quiere decir que en tal caso ya no juegan las liberales leyes de la oferta y la demanda, sino que basta la alteración del precio fijado, *cualquiera que sea la forma de su determinación*. Precisión típica que encuentra su razón de ser en la propia estructura legislativa de la economía nacional, en la que juegan una serie de mecanismos, ayudas, tasas y determinaciones de precios que pretenden atenuar las consecuencias excesivas de un mercado libre y que, precisamente en las mercaderías y bienes que el precepto cita, en "numerus appertus", por su condición de objetos de necesidad primaria para los componentes del grupo social, se sustraen a la ley de la oferta y la demanda para someterlos al principio del precio tasado, dirigido a favorecer a los económicamente débiles en razón de la Justicia Social. Resultaría un contrasentido que, siendo los precios fijados por el propio Estado y a través de los órganos constituidos para vigilar el mercado, sólo se sancionaran las.

actividades que alteraran las condiciones de un mercado libre, que, por definición, no puede actuar en aquellos supuestos de precios tasados.

Por ello, constituyendo las viviendas uno de los objetivos típicos sometidos a la tutela del artículo 541, en todos aquellos casos en que su precio de venta, cesión o arriendo estén limitados por una norma legal, inspirada en orientaciones sociales y de promoción de viviendas a favor de los más necesitados de ayuda comunitaria, el empleo de alguna violencia, amenaza o engaño o el uso de cualquier otra maquinación destinada a alterar tales precios constituye el delito previsto en el número 1.º del artículo 541 vigente.

Aparte los supuestos de coacción sobre el que tiene necesidad perentoria de ocupar la vivienda, exigiéndosele entregas suplementarias como contrapartida a la recepción de las llaves, que ya se citaba en la Circular 5/1965, y sin ánimo de agotar las posibilidades de maquinación, citaremos como mecanismos más frecuentemente utilizados para burlar el límite máximo fijado legalmente a las viviendas protegidas, en la cédula de calificación definitiva, los siguientes:

1.º Simular mejoras o sobrevalorar las efectuadas a espaldas y sin autorización de la Administración.

2.º Alegar alteraciones en los precios de coste presupuestados pese a no haberse solicitado o no tener derecho a una revisión de precios.

3.º Enajenar conjuntamente con el piso dependencias anejas sobrevaloradas o descritas con caracteres y condiciones que no reúnen.

4.º Simular contrato de arrendamiento de pisos ya vendidos, que encubren entregas de sobreprecio.

5.º Simular contratos de venta a plazos para encubrir la percepción de alquileres superiores a los señalados con carácter limitado en la Ley.

Cualesquiera de estos hechos u otros análogos son claramente subsumibles en la hipótesis delictiva del artículo 541, número 1.º, que examinamos.

b) Introducción de una nueva figura típica en el número 2.º del artículo 541, en que se sancionan las ilícitas alteraciones de precio "cuando se haya perpetrado el delito con abuso de la condición de beneficiario de alguna concesión, subvención o protección pública". Caen en la previsión de este nuevo tipo agravado no sólo el caso de promotor o constructor que, habiendo recibido una ayuda económica a fondo perdido, deja de hacer la obligada repercusión de la misma a favor de los futuros adquirentes, lucrándose así con un precio superior al que resultaría de haberse efectuado aquella repercusión, sino también todos los casos de alteración no autorizada del destino del inmueble, dedicándolo a fines distintos de los señalados en la cédula de calificación definitiva y obteniendo con ello un beneficio indebido. Los casos más corrientes son los de la enajenación de las viviendas que fueron construidas con fines de arrendamientos, la conversión en locales comerciales de los construidos con destino a viviendas o el dedicar a residencia de temporada explotadas en régimen de arrendamiento de vivienda amueblada u otro cualquiera, el edificio construido con