



Roj: **STS 2037/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2037**

Id Cendoj: **28079120012020100361**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2020**

Nº de Recurso: **3643/2018**

Nº de Resolución: **336/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 1605/2018,**
STS 2037/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 336/2020

Fecha de sentencia: 19/06/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3643/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/06/2020

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: SEC. 5ª AP MURCIA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3643/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 336/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco



D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 19 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones legales de los acusados **DON Camilo , DON Cecilio y DON Celso** contra Sentencia 133/18, de 26 de junio de 2018 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, dictada en el Rollo de Sala núm. 11/17 dimanante del PA núm. 49/15 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de San Javier, seguido por delito de estafa contra mencionados recurrentes. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan han constituido Sala para deliberación y fallo del presente recurso de casación, bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal; como recurrentes los acusados DON Camilo representado por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Sola Carrascosa y defendido por el Letrado Don Valeriano Avilés Tárraga, DON Cecilio representado por el Procurador de los Tribunales Don Álvaro Conesa Fontes y defendido por el Letrado Don José Antonio García Sánchez, y DON Celso representado por el Procurador de los Tribunales Don Rafael Gamarra Megías y defendido por el Letrado Don Luis Divar; y como recurrido la Acusación particular DON Enrique , DOÑA Maite , DOÑA Maribel , DOÑA Marisol , DON Fidel , DON Eladio , DOÑA Nieves , DOÑA Nuria , DON Gregorio , DON Hermenegildo , DOÑA Pura , DOÑA Regina , DON Inocencio , DOÑA Rosalía , DON Javier y DOÑA Sandra representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Dolores Canto Cánovas y defendida por la Letrada Doña María Trinidad López Calero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de San Javier (Murcia) incoó PA núm. 49/15 por delito de estafa contra **DON Camilo , DON Cecilio y DON Celso** y una vez concluso lo remitió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia que con fecha 26 de junio de 2018 dictó Sentencia núm. 133/18, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Son hechos probados, y así se declaran, que, en fecha 25 de abril de 2006, los acusados Camilo y Cecilio , actuando como administradores de la mercantil PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., y en nombre y representación de ésta, otorgaron escrituras públicas ante el Notario Alfredo Gómez Hita por las que compraban a Enrique , Maite , Maribel , Marisol , Fidel , Jesus Miguel , Flora , Abelardo , Joaquina , Nuria , Miriam , Clemente , David , Inocencio , Rosalía , Javier y Sandra sus viviendas sitas en el Paraje de Los Albaladejos del término municipal de San Pedro del Pinatar, pertenecientes al Registro de la Propiedad nº 2 de San Javier:

Libro NUM000 de Pinatar, folio NUM001 , finca NUM002 , inscripción 5^a.

Libro NUM003 de Pinatar, folio NUM004 , finca NUM005 , inscripción 5^a.

Libro NUM006 de Pinatar, folio NUM007 , finca NUM008 , inscripción 12^a.

Libro NUM000 , folio NUM009 , finca NUM010 , inscripción 3^a.

Libro NUM000 , folio NUM011 , finca NUM012 , inscripción 5^a.

Libro NUM000 , folio NUM013 , finca NUM014 , inscripción 4^a.

Libro NUM000 , folio NUM015 , finca NUM016 , inscripción 5^a.

Libro NUM000 , folio NUM017 , finca NUM018 , inscripción 4^a.

Libro NUM000 , folio NUM019 vuelto, finca NUM020 , inscripción 5^a.

Libro NUM000 , folio NUM021 , finca NUM022 , inscripción 3^a.

Libro NUM023 , folio NUM024 , finca NUM025 , inscripción 6^a.

Dichas compras se hicieron al objeto de derribar las viviendas, agrupar las fincas y, sobre la resultante, un solar de 1000 m2, construir un edificio. Resultado de la agrupación efectivamente realizada en la misma fecha, número de protocolo 3059, fue la finca registral número NUM026 del Registro de la Propiedad Número Dos de San Javier.

Ese mismo día, 25 de abril de 2006, y en la misma Notaría de Alfredo Gómez Hita, la mercantil PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., representada por los acusados, Camilo , Cecilio y Celso , como sus administradores,



constituyen sobre dicha finca hipoteca a favor de BANCO SABADELL, S.A., para garantizar un préstamo por importe de principal de 1.663.000 euros.

También ese mismo día, 25 de abril de 2006, y en la misma Notaría, la mercantil PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., representada por los acusados Camilo y Cecilio, como administradores de la misma, otorgan escrituras públicas de compraventa de cosa futura por la que a los que antes fueron vendedores, confesando haber recibido íntegramente el precio con anterioridad al acto, les adjudica el pleno dominio de viviendas y plazas de garaje del edificio que iba a construir, compuesto de sótano, planta baja, dos plantas más y cubierta, conformado por 24 viviendas, siete locales comerciales, 26 plazas de garaje y 24 trasteros, y concretamente las siguientes fincas:

- Planta NUM027 tipo G, plaza de garaje nº NUM028
- Planta NUM027 tipo D, plaza de garaje nº NUM029
- Planta NUM027 tipo B, plaza de garaje nº NUM030
- Planta NUM027 tipo I, plaza de garaje nº NUM031
- Planta NUM027 tipo II, plaza de garaje nº NUM032
- Planta NUM027 tipo E, plaza de garaje nº NUM033 con trastero anejo
- Planta NUM027 tipo C, plaza de garaje nº NUM034
- Planta NUM027 tipo I, plaza de garaje nº NUM035
- Planta NUM027 tipo F, plaza de garaje nº NUM036 y NUM037

En esas escrituras de compraventa de cosa futura aquéllos compran las viviendas y plazas de garaje con conocimiento y consentimiento de la referida carga hipotecaria sobre el solar por el préstamo de 1.663.000 euros, y en ellas PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., se comprometía a entregar la posesión de las fincas objeto de la operación una vez finalizada la ejecución del proyecto de construcción, libre de cargas y en un plazo o superior a contar desde el día 25 de abril de 2006.

El día 30 de octubre de 2006, en la misma Notaría, la mercantil PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., representada por los acusados Camilo y Celso, también en su condición de administradores de ella, otorgan dos escrituras públicas. Una de obra nueva en construcción y división horizontal, adjudicándose el 100% del pleno dominio de las fincas; y otra de novación modificativa de aquella hipoteca con ampliación de capital y distribución de responsabilidad entre todas las fincas procedentes de la división horizontal, incluidas aquellas objeto de las compraventas de cosa futura, en virtud de la cual, sin conocimiento de aquellos compradores en esas compraventas, aquel préstamo de 1.663.000 euros fue ampliado en la cantidad de 2.998.000 euros, por lo que el capital total del préstamo pasó a ascender a la cantidad de 4.661.000 euros.

Concluida la construcción del edificio, aquella entrega de la posesión tuvo lugar a mediados del año 2018.

PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., representada por el acusado Cecilio, en su condición entonces de administrador único de ella, acuciada por la crisis económica y de la construcción, otorgó escrituras de 26 de septiembre de 2008, de novación modificativa del préstamo, ampliando la vigencia del préstamo hipotecario y el tipo de interés, y de 16 de diciembre de 2009, de modificación del préstamo, concretamente en cuanto a las condiciones de disposición, periodo de carencia y plazo de amortización, entrando finalmente en concurso de acreedores, en el que aquellas fincas fueron subastadas y adjudicadas a otra mercantil.

La denuncia origen de las actuaciones fue presentada en el Juzgado Decano de San Javier en fecha 23 de abril de 2010, la causa fue incoada, como Diligencias Previas, por el Juzgado de Instrucción Número Tres de San Javier por auto de fecha 25 de marzo de 2011 y el juicio oral se celebró en fecha 14 de junio de 2018".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados, Camilo, Cecilio y Celso, como autores penal y civilmente responsables de un delito de estafa previsto y penado en el artículo 251.2º del Código penal, concurriendo la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de prisión de un año y seis meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, por partes iguales y a que, como responsabilidad civil, conjunta y solidariamente, indemnicen, por los perjuicios causados, a Enrique, Maite, Maribel, Marisol, Fidel, Eladio, Nieves, Nuria, Gregorio, Hermenegildo, Pura, Regina, Inocencio, Rosalia, Javier y Sandra, en las cantidad que se determine en ejecución de sentencia.



Se declara responsable civil subsidiaria a la mercantil PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., sin incluir en esta declaración a la familia Inocencio y Javier y Sandra).

Notifíquese esta sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que, en virtud de lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra la misma cabe interponer recurso de casación dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.>>

TERCERO.- La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia con fecha 11 de julio de 2018, dicta **Auto** cuya **Parte Dispositiva** es la siguiente:

"SE ACUERDA: Aclarar la sentencia dictada en el presente Rollo en el sentido indicado en el razonamiento jurídico de esta resolución.

Póngase en la sentencia nota de referencia a este auto, que se incluirá en el libro de sentencias, dejando en las actuaciones certificación de esta resolución.

Notifíquese esta resolución de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que contra la misma no cabe recurso alguno".

La citada resolución modifica los hechos probados de la sentencia de instancia, en el sentido siguiente:

<<...Tal y como se advierte en el escrito interesando la aclaración, por un error material de transcripción: a) en los hechos probados se recoge " *Planta NUM027 tipo I, plaza de GARAGE n° NUM031* " y *Planta NUM027 tipo II, plaza de garaje n° NUM032* ", cuando tales tipos son "L" y "H", respectivamente; b) también en los hechos probados se dice que " *se comprometía a entregar la posesión de las fincas objeto de la operación una vez finalizada la ejecución del proyecto de construcción, libre de cargas y en un plazo o superior a contar desde el día 25 de abril de 2006*", habiéndose omitido el concreto plazo, no superior a dieciocho meses, por lo que la frase correcta es la siguiente: "se comprometía a entregar la posesión de las fincas objeto de la operación una vez finalizada la ejecución del proyecto de construcción, libre de cargas y en un plazo no superior a dieciocho meses a contar desde el día 25 de abril de 2006"; y c) que en el fundamento jurídico séptimo, en su consideración 3ª, se omitió como heredera de los cónyuges Jesus Miguel y Flora a Nuria y se recoge como segundo apellido de Carlos María el de Luis Enrique cuando en realidad es Jesús Luis . Procede, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acceder a la aclaración solicitada.>>

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se **preparó** frente a la misma recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de **los acusados DON Camilo , DON Cecilio y DON Celso** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Celso , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

MOTIVO PRIMERO.- Al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho a un Juez imparcial (falta de imparcialidad objetiva) consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución y en el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950, para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas.

MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución.

MOTIVO TERCERO.- Al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

MOTIVO CUARTO.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 251.2 del Código Penal.

MOTIVO QUINTO.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 14 del Código Penal.

MOTIVO SEXTO.- Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 27 y 28 del Código Penal, en lo que a la actuación de D. Celso se refiere.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Camilo , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:



PRIMER MOTIVO.- Recurso de casación por Infracción de Ley del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Indebida aplicación del artículo 251.2 CP por Infracción de los artículos 1, 3, 4, 5 y 10 del Código Penal. Que constituye también infracción de precepto constitucional. Artículos 25.1 y 24.1 y 2 Constitución Española. Al amparo del artículo 5.4 LOPJ.

SEGUNDO MOTIVO.- Por infracción de Ley, del art. 849.1º LECrim: se ha vulnerado en la sentencia el derecho a la doble instancia establecido en el art. 846 bis. a LECrim, porque establece como único recurso posible contra dicha sentencia condenatoria el recurso de casación, véase antecedente de hecho uno.

TERCER MOTIVO.- Infracción de Ley al amparo del art. 849.1.0 de la L.E.Crim., por indebida inaplicación del art. 21.6.0 del Código Penal.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Cecilio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

PRIMER MOTIVO.- Por error en la apreciación de la prueba al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO MOTIVO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la indebida aplicación al supuesto que nos ocupa de los artículos 27 y 28 del Código penal.

TERCER MOTIVO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la indebida aplicación al supuesto que nos ocupa del artículo 251.2 C.P.

CUARTO MOTIVO.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por violación del artículo 24.2 de la Constitución Española, en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva, proceso penal con todas las garantías y proscripción de la indefensión, al haberse postergado la determinación de la responsabilidad civil al momento de la ejecución de sentencia sin fijar las bases para dicha determinación.

QUINTO MOTIVO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la indebida aplicación al supuesto que nos ocupa del artículo 66.1.2 C.P.

SEXTO.- Por escrito de fecha 15 de marzo de 2019 el recurrente DON Celso se adhiere al recurso de los demás recurrentes.

SÉPTIMO.- Por escrito de fecha 20 de marzo de 2019 el recurrente DON Camilo se adhiere al recurso del resto de los recurrentes.

OCTAVO.- Es **recurrida** en la presente causa la **Acusación particular DON Enrique , DOÑA Maite , DOÑA Maribel , DOÑA Marisol , DON Fidel , DON Eladio , DOÑA Nieves , DOÑA Nuria , DON Gregorio , DON Hermenegildo , DOÑA Pura , DOÑA Regina , DON Inocencio , DOÑA Rosalia , DON Javier y DOÑA Sandra** , que impugna el recurso de los recurrentes por escrito de fecha 20 de marzo de 2019.

NOVENO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista e interesó la inadmisión a trámite del mismo, en base a las consideraciones expuestas en su informe de fecha 7 de mayo de 2019; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

DÉCIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 14 de mayo de 2020 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 2 de junio de 2020; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO .- Conforme al Acuerdo de 16 de enero de 2020, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 11 de diciembre de 2019, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, relativo a la composición y funcionamiento de las salas y secciones del Tribunal Supremo y asignación de ponencias para el año judicial 2020, publicado en el BOE de 13 de febrero de 2020, en el Apartado 3, correspondiente a la Sala Segunda, se señala lo siguiente: "Cuando en cualquier votación el Ponente vote en forma distinta de la mayoría y quiera formular voto particular, pasará la Ponencia al Magistrado más moderno, salvo que la asuma el Presidente, o designe a otro Magistrado o el propio Magistrado Ponente exprese su disposición a reflejar el criterio de la mayoría". Esto último es lo que ocurre en este caso, en tanto que el propio Ponente reflejará el criterio de la mayoría de la Sala en esta Sentencia.

PRIMERO .- La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, con sede en Cartagena, en el Rollo 11/2017, procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de San Javier, Procedimiento Abreviado nº 49/2015, por delito de estafa, condenó a los acusados Camilo , Cecilio y Celso , como autores criminalmente responsables de un delito de estafa impropia, del art. 251.2º del Código Penal, en la modalidad de venta de un



inmueble como libre siendo gravado posteriormente antes de la definitiva transmisión al adquirente, dejando la responsabilidad civil para ejecución de sentencia, conforme a los dictados del art. 115 del propio Código, a las penas que hemos dejado reflejadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación los aludidos acusados en la instancia, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Recurso de Celso .

SEGUNDO .- En su primer motivo, al amparo de los autorizado en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia la vulneración del derecho a un juez imparcial consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española y en el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950; censura que basa en que uno de los magistrados integrantes del Tribunal que enjuició y condenó al acusado, intervino como ponente del Auto de 16 de abril de 2016 dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena que resolviendo los recursos de apelación interpuestos contra el Auto de incoación de Procedimiento Abreviado, acordó revocar el sobreseimiento provisional acordado respecto del acusado y la continuación del procedimiento contra el mismo, resolución que al hacer un pronunciamiento sobre los hechos y sobre la participación en concepto de autor inhabilita a dicho magistrado para integrar el Tribunal que enjuició los hechos, razón por la cual debe declararse la nulidad de la sentencia y procederse a un nuevo enjuiciamiento de los hechos por un Tribunal con distinta composición.

Reconoce el recurrente en el escrito de recurso que la representación procesal del acusado en la instancia ni intentó en tiempo y forma la recusación del magistrado, ni planteó cuestión previa alguna referida a la violación del derecho fundamental al juez imparcial. Sin embargo, entiende que la doctrina jurisprudencial admite como excepción al planteamiento de cuestiones nuevas en casación aquellas que versen sobre infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión, entre las que sin duda se halla la de falta de imparcialidad objetiva, con cita de precedentes jurisprudenciales en apoyo de su pretensión.

La STS 460/2016, de 27 de mayo, confirmando una línea que se va imponiendo en esta Sala Casacional, declara que el plazo para recusar computa a partir de la notificación de la primera resolución por la que se dio a conocer la identidad de los magistrados a recusar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 223.1,1º LOPJ. Y ello, no solo por razones de legalidad por aplicación del mencionado precepto, sino también de seguridad jurídica, impiden dejar la determinación del momento inicial para el ejercicio de un derecho al criterio de las partes. Como dice el Ministerio Fiscal, el recurrente no ha cuidado el facilitar a este Tribunal de Casación los medios mínimos para poder realizar un efectivo control respecto al pronunciamiento de la sentencia recurrida en el aspecto que nos ocupa. Pero lo que resulta más trascendente, es que el mismo declinó formular recusación temporánea, y con ello hizo dejación del instrumento idóneo para solventar la falta de imparcialidad que ahora reivindica. No ajustó su actuación a las normas que señalan el momento procesal oportuno para el planteamiento de la pretensión, regulan su tramitación y establecen sus consecuencias.

En este caso, además, concurre otra circunstancia más, y es que el juicio oral, que estaba señalado en un principio para el día 27/09/2017, quedó suspendido por motivo de que este recurrente debía de nombrar otro abogado que lo defendiera, posponiéndose el juicio para día 1/03/2018, y más tarde para el 14/06/2018, fecha en la que se celebró el juicio. En todas las referidas ocasiones, la Sala Provincial estuvo compuesta por los mismos magistrados.

Y ni siquiera se planteó la recusación en trámite de cuestiones previas, como se exige por nuestra Sentencia de 6 de julio de 2017.

Pero ni siquiera desde el fondo de la cuestión de pérdida de la imparcialidad objetiva, tiene razón el recurrente, en tanto que en el Auto de transformación en procedimiento abreviado dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de San Javier -folios 1117 a 1120 Tomo III- contiene el siguiente relato de hechos: *"De lo actuado hasta ahora se desprende que en fecha 25 de abril de 2006, los imputados, don Camilo y don Cecilio , en su condición de administradores de la mercantil PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., compraron a los denunciante sus viviendas al objeto de tras unificarlas y derribarlas dar lugar a un único solar que es la finca nº NUM038 según inscripción primera del Registro de la Propiedad nº 2 de San Javier. Tras constituir una hipoteca sobre dicho solar a favor del Banco Sabadell ese mismo día la mercantil PROCLAMI celebra un contrato de compraventa de cosa futura adjudicando el pleno dominio de determinados pisos a cada uno de los denunciante comprometiéndose a entregar dichos pisos libre de cargas en el plazo no superior a 18 meses a contar desde la escritura de compraventa de cosa futura celebrada el 25 de abril de 2006. Los imputados con conocimiento de esos contratos de compraventa el día 30 de octubre de 2006 proceden a otorgar escritura de declaración de obra nueva y división horizontal sobre la finca nº NUM038 resultado de la agrupación, adjudicándose a sabiendas de no ser cierto, el cien por cien del pleno dominio de esa finca, ampliando sin conocimiento ni consentimiento de los denunciante propietarios cada uno de ellos de un piso en virtud de compraventa de cosa futura, la hipoteca a favor del Banco*



Sabadell por un importe de 4.661.000 euros, llevando a cabo sucesivas ampliaciones en los mismos términos, el 26 de septiembre de 2008 y el 16 de diciembre de 2009".

El Juez Instructor acordó el sobreseimiento provisional respecto de Celso con un único y lacónico argumento: "al no tener intervención en los contratos de compraventa".

La razón de revocar la resolución interlocutoria citada era exclusivamente jurídica, y se limita a señalar que los actos de los administradores sobre los compradores afectaban a todos, y entendiéndolo así la Audiencia, es por lo que ordena que el proceso siga frente a los tres, sin dejar fuera a ninguno.

Esta misma cuestión es suscitada, como tema estrictamente jurídico, en el ámbito de este recurso de casación.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO .- En el segundo motivo, y al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Sostiene el recurrente que el órgano competente para el enjuiciamiento era el Juzgado de lo Penal porque la acusación por el delito de estafa agravada o por el delito continuado de estafa impropia no se sostenía con ninguna interpretación admisible en derecho, hasta el punto que el Juzgado de Instrucción acordó la apertura del juicio oral sólo por el delito de estafa impropia del artículo 251.2º del Código Penal. La estimación del motivo conduciría a la declaración de nulidad del Auto de apertura del juicio oral y la remisión de las actuaciones al Juzgado de lo Penal como órgano competente para el enjuiciamiento de los hechos.

Como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, también esta cuestión ha sido planteada "ex novo" en casación como el propio recurrente reconoce.

Y merece ser desestimada, pues la competencia objetiva no se puede plantear una vez abierto el juicio oral, ya que, como hemos dicho en STS 513/2018, de 30 de octubre, "en virtud del principio "perpetuatio jurisdictionis", no es admisible suscitar cuestiones de competencia una vez abierto el juicio oral. La alegación de falta de competencia planteada, no es estrictamente una cuestión de competencia territorial, que en función de las circunstancias podía ser planteada como cuestión previa, siguiendo lo establecido en el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos de previo pronunciamiento del proceso sumario ordinario, sino que es más bien una cuestión de competencia de tipo objetivo, que no admite su planteamiento una vez abierto el juicio oral por el juez de instrucción ante la Audiencia Provincial correspondiente".

En efecto, en el Auto de apertura del juicio oral se abre juicio oral ante la Audiencia Provincial como consecuencia de la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de estafa agravada imputado por las acusaciones y se fija como órgano competente para el enjuiciamiento a la vista de la pena en abstracto señalada en el artículo 250 del Código Penal, a la Audiencia Provincial (f. 1446 a 1449 de las actuaciones).

De nuevo con el Fiscal: la decisión no es solo la correcta desde el punto de vista procesal, sino la única posible en atención a la pretensión acusatoria. El hecho de que se califiquen definitivamente en sentencia los hechos como de estafa impropia, ni modifica el ámbito competencial delimitado por el auto de apertura del juicio oral, ni supone una atribución arbitraria de la competencia objetiva para el enjuiciamiento, máxime cuando el cuestionamiento de dicha competencia se propugna directamente en el recurso en clara y flagrante contradicción con la postura procesal adoptada en la instancia.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO .- En el motivo tercero, y al amparo de lo autorizado en el art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba, se invoca como documento literosuficiente la cláusula que consta en todas las escritura públicas de compraventa de cosa futura obrantes en las actuaciones que contienen, todas ellas, la siguiente cláusula: "*La mercantil "Proclami Costa Blanca, S.L." se obliga formal y expresamente a cancelar a su cargo la hipoteca que grava el solar sobre el que construirá la finca adquirida en esta escritura o las que puedan gravar dichas fincas con el fin de financiar su construcción, en el momento de la obtención de la licencia de primera ocupación y como máximo en el plazo no superior a 18 meses desde el día de hoy*".

En tesis de la parte recurrente, esta cláusula contradice la afirmación del "factum" según la cual los denunciados no fueron informados de la novación modificativa de la primera hipoteca con ampliación de capital y distribución de responsabilidad entre todas las fincas procedentes de la división horizontal. Además, dicha cláusula acredita que los compradores tenían conocimiento de que ya se había constituido antes de la firma del contrato la hipoteca que gravaba el solar (préstamo suelo) y que se iban a constituir otras hipotecas



que gravarían las fincas para poder financiar la construcción, de suerte que los hechos no son típicos, ni encuentran encaje en la conducta prevista en el artículo 251.2º del Código Penal.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

En efecto, la cláusula ha de estar incluida en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, ya que la Sala considera que contradice la falta de conocimiento de la hipoteca que gravaba el piso adquirido, y es necesario tomarla en consideración para el enjuiciamiento de esta causa.

En consecuencia, el motivo será estimado, y tal cláusula integrará los hechos probados, sin que podamos llevar a cabo otras correcciones del *factum* relativas a elementos personales, por tratarse de prueba personal.

QUINTO.- En el motivo cuarto, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la parte recurrente denuncia la indebida aplicación del art. 251.2º del Código Penal.

La cuestión suscitada en este motivo es que los hechos no pueden subsumirse en el tipo penal que lo han sido, porque no hubo ocultación en momento alguno de la carga hipotecaria, ni de la inicial, ni de la subsiguiente, porque estaba autorizada por la escritura de venta de cosa futura.

De manera que ni se silenció ni se ocultó la posible constitución de otros gravámenes que financiaran la construcción del edificio.

La Audiencia relata que PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L. adquiere las fincas de los perjudicados mediante permuta de las mismas por otras (viviendas y plazas de garaje) del edificio que iba a construir en el solar - finca registral- resultante de la agrupación de aquéllas, más una suma de dinero, nos dice textualmente en su fundamentación jurídica; todo ello documentado en escrituras de compraventa (los perjudicados venden sus fincas a la promotora) y de compraventa de cosa futura (la promotora vende viviendas y plazas de garaje del nuevo edificio a los perjudicados), con la expresa confesión de haber recibido íntegramente el precio antes del acto.

Es indudable que los perjudicados suscribieron las compraventas de cosa futura aceptando la carga que gravaba la finca matriz resultante de la agrupación, esto es, de la hipoteca que garantizaba un préstamo de 1.663.000 euros concedido por el BANCO DE SABADELL, S.A.

La mercantil citada, además de la escritura de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal de la promoción, otorgó la escritura pública de fecha 30 de octubre de 2006 de novación modificativa de hipoteca con ampliación de capital y distribución de responsabilidades entre todas las fincas procedentes de la división horizontal ampliando aquel préstamo de 1.663.000 euros en la cantidad de 2.998.000 euros, por lo que el capital total del préstamo pasó a ascender a la cantidad de 4.661.000 euros, cuyo otorgamiento no fue comunicado a los "compradores" -permutantes-.

Razona también la Audiencia que, desde luego, las fincas permutadas podían haber sido excluidas de la distribución de responsabilidad por esa ampliación del préstamo en la cantidad de 2.998.000 euros. Así lo vino a poner de relieve el testigo Don Evelio, quien fuera el director de la oficina en la que se negoció y concedió el préstamo desde octubre de 2000 hasta 2008, advirtiendo que en la época era habitual que se pactaran permutas y que también habitualmente se respetaran los pisos permutados. Y, sin embargo, no fueron excluidas de esa distribución de responsabilidad (pues tal testigo dijo no tener siquiera conocimiento de las compraventas de cosa futura).

Concluye la Audiencia que, en definitiva, a los compradores perjudicados no se les comunicó aquella ampliación del préstamo -en 2.998.000 euros- y que las fincas por ellos adquiridas, con la correspondiente distribución de responsabilidades, fueron gravadas con una nueva hipoteca, por lo que se les imposibilitó



impugnar el acuerdo o negocio entre ellos que ciertamente ya no les resultaría beneficioso o cuando menos sin riesgos, infringiendo de este modo la promotora sus deberes de garante frente a los compradores, quedando así consumado el delito.

En los hechos probados de la sentencia recurrida se declara que, con fecha 25 de abril de 2006, los acusados Camilo y Cecilio, actuando como administradores de la mercantil PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., y en nombre y representación de ésta, otorgaron escrituras públicas ante Notario. Por medio de la primera, la mercantil citada compraba a los nominados en el *factum* las fincas referidas, con objeto de derribar las viviendas existentes, agrupar las fincas y, sobre la resultante, un solar de 1000 m², construir un edificio.

Otra escritura, ese mismo día, 25 de abril de 2006, y en la misma Notaría, por medio de la cual, la mercantil PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., representada por los acusados, Camilo, Cecilio y Celso, como sus administradores, constituyen sobre dicha finca hipoteca a favor de BANCO SABADELL, S.A., para garantizar un préstamo por importe de principal de 1.663.000 euros.

Y finalmente, también ese mismo día, 25 de abril de 2006, y en la propia Notaría, la mercantil PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., representada por los acusados Camilo y Cecilio, como administradores de la misma, otorgan escrituras públicas de compraventa de cosa futura a los que antes fueron vendedores, confesando haber recibido íntegramente el precio con anterioridad al acto, les adjudican el pleno dominio de viviendas y plazas de garaje en el edificio que iban a construir, cada uno una vivienda y plaza de garaje, con las singularidades dispuestas en los términos igualmente relatados en el *factum* de la sentencia recurrida.

Y concretamente, en tales escrituras de compraventa de cosa futura "aquéllos compran las viviendas y plazas de garaje con conocimiento y consentimiento de la referida carga hipotecaria sobre el solar por el préstamo de 1.663.000 euros, y en ellas PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., se comprometía a entregar la posesión de las fincas objeto de la operación una vez finalizada la ejecución del proyecto de construcción, libre de cargas y en un plazo no superior a dieciocho meses a contar desde el día 25 de abril de 2006".

Por otro lado, y con esa misma fecha, la mercantil citada "se obliga formal y expresamente a cancelar a su cargo la hipoteca que grava el solar sobre el que construirá la finca adquirida en esta escritura o las que puedan gravar dichas fincas con el fin de financiar su construcción, en el momento de la obtención de la licencia de primera ocupación y como máximo en el plazo no superior a 18 meses desde el día de hoy".

De modo que, siguiendo con los hechos probados, posteriormente, el día 30 de octubre de 2006, en la misma Notaría, la mercantil PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., representada por los acusados Camilo y Celso, también en su condición de administradores de ella, otorgan dos escrituras públicas, una de obra nueva en construcción y división horizontal, adjudicándose el 100% del pleno dominio de las fincas; y otra de novación modificativa de aquella hipoteca con ampliación de capital y distribución de responsabilidad entre todas las fincas procedentes de la división horizontal, incluidas aquellas objeto de las compraventas de cosa futura, en virtud de la cual, sin conocimiento de aquellos compradores en esas compraventas, aquel préstamo de 1.663.000 euros fue ampliado en la cantidad de 2.998.000 euros, por lo que el capital total del préstamo pasó a ascender a la cantidad de 4.661.000 euros.

Concluida la construcción del edificio, aquella entrega de la posesión tuvo lugar a mediados del año 2018 (sic), aunque ha de referirse a 2008.

Por problemas económicos, surgidos más tarde, hubo de refinanciarse los préstamos, pero sin aumentar la cantidad, mediante escrituras de fechas 26 de septiembre de 2008 y de 16 de diciembre de 2009, de modificación del préstamo, concretamente en cuanto a las condiciones de disposición, periodo de carencia y plazo de amortización, entrando finalmente en concurso de acreedores, en el que aquellas fincas fueron subastadas y adjudicadas a otra mercantil.

SEXTO .- Castiga el Código Penal en el art. 251.2º, inciso segundo, del Código Penal a quien habiendo enajenado una cosa como libre, la gravare después antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 218/2016, de 15 de marzo, que una jurisprudencia constante recuerda que son elementos de este delito de estafa impropia: a) la existencia de un negocio de disposición sobre una cosa, mueble o inmueble; b) que haya sido transferida como libre cuando sobre ella pesaba un gravamen; c) la existencia de ánimo de lucro; d) el conocimiento del autor sobre aquella circunstancia; e) la producción de un perjuicio al adquirente (SSTS 90/2014, 4 de febrero y 333/2012, 26 de abril). También hemos dicho - STS 133/2010, 24 de febrero-, que "... en esta modalidad de estafa, como en la estafa tipo, la concurrencia del engaño es inexcusable, y se materializa con el vocablo "ocultando" la existencia del gravamen, que, a su vez implica el carácter doloso de la acción al tratarse de silenciar consciente y voluntariamente la existencia de la carga que soporta el bien objeto del contrato. Porque en



el ámbito de la compraventa, el legislador ha querido constituir al vendedor en garante del no surgimiento de una falsa representación en el comprador, relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa, estando obligado el vendedor a informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación, porque lo expresamente reputado como constitutivo del engaño en esta modalidad de estafa no se puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para descubrir la situación real (STS de 25 de septiembre de 1.992); porque toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra, así como la conclusión de otros negocios jurídicos que implican disposición de un bien, constituye una afirmación tácita de que sobre éste no pesan gravámenes (véanse, entre otras, STS de 29 de febrero de 1.996 y 22 de septiembre de 1.997)". Se añade en la Sentencia 218/2016 que en el vocablo "dispusiere" pueden integrarse actos de afectación libremente pactados y que conducen a una limitación de la plena capacidad de disposición.

También hemos señalado como requisitos de este delito, los siguientes:

- a) Que exista un negocio jurídico de disposición de un bien o de una cosa cualquiera, entendida esta en su más amplio significado.
- b) Que a través de ese negocio jurídico se haya trasferido el bien como libre de cargas cuando sobre el mismo pesaba un determinado gravamen. La jurisprudencia ha concretado que el concepto de gravamen no puede limitarse a los reales (prenda, hipoteca), sino se extiende, asimismo, a las anotaciones preventivas, prohibiciones de enajenar, etc.
- c) Que con conocimiento de la existencia del gravamen se lleve a cabo la transferencia dicha silenciando/ocultando esa existencia con la intención de que la transmisión tenga lugar, esto es con la intención de obtener un lucro, es decir como en la estafa tipo, el engaño es también exigible en ésta con la palabra ocultando la existencia y subsistencia del gravamen.

La Sentencia del Tribunal Supremo 133/2010 de 24 de febrero, tiene declarado respecto al delito de estafa impropia del artículo 251.2º del Código Penal que *"... en esta modalidad de estafa, como en la estafa tipo, la concurrencia del engaño es inexcusable, y se materializa con el vocablo "ocultando" la existencia del gravamen, que a su vez, implica el carácter doloso de la acción al tratarse de silenciar consciente y voluntariamente la existencia de la carga que soporta el bien objeto del contrato. Porque en el ámbito de la compraventa, el legislador ha querido constituir al vendedor en garante del no surgimiento de una falsa representación en el comprador, relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa, estando obligado el vendedor a informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación, porque lo expresamente reputado como constitutivo del engaño en esta modalidad de estafa no se puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para descubrir la situación real"*.

El legislador quiso así constituir al vendedor en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa en el momento de celebración del contrato, de ahí que al concertarse las respectivas voluntades es cuando el vendedor debe hacer uso de su deber de información (SSTS 759/1998 de 26 de mayo y 282/2001, de 21 de febrero entre otras).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2012, trata de resolver si la expresión "ocultando" se refiere únicamente a un comportamiento omisivo del vendedor, es decir no transmitir al comprador la información normativamente pertinente sobre la existencia de la carga, o también se integra con un comportamiento activo, afirmando falsamente que la carga está cancelada. La jurisprudencia ha concluido que ambos comportamientos son punitivamente equivalentes, pues si se afirma falsamente que una carga ha sido cancelada, se está ocultando que la carga persiste.

- d) Que como consecuencia de todo ello se produzca un perjuicio o daño patrimonial al adquirente o a un tercero.
- e) La existencia del ánimo de lucro y la relación de causa a efecto entre engaño y perjuicio.

Este tipo penal requiere, desde luego, que se oculte la carga al adquirente, y así lo hemos dicho en Sentencia 170/2018, de 11 de abril, pues no concurre tal tipo cuando se incorpore dicha información en la escritura pública de venta.

En suma, la ocultación de la carga es la esencia del engaño en este tipo penal, pues la estafa impropia requiere también la existencia de este elemento, consustancial a todos los delitos de estafa.

Para apreciar la existencia del delito de estafa es preciso la necesidad de la concurrencia de un engaño suficiente y antecedente a la firma del contrato objeto de este proceso.



Y vemos que en el caso enjuiciado no ha existido engaño, pues los adquirentes conocían no solamente que la mercantil vendedora habría de cancelar a sus expensas la hipoteca que gravaba el solar sobre el que construirá la finca adquirida en tal escritura, sino también "las que puedan gravar dichas fincas con el fin de financiar su construcción", razón por la cual no pudieron desconocer su existencia.

Siendo ello así, concluye la Sala, en opinión que refleja, no existe el engaño típico de la estafa, al no haberse vendido propiamente como libre, sino como gravado.

Es por ello que la constitución de tal gravamen por la mercantil, después de la escritura de venta (futura, mientras se llevaba a cabo la construcción del edificio de viviendas), no fue ocultada a los adquirentes.

La propia Audiencia razona que los acusados no tuvieron intención de engañar a los querellantes en el momento inicial de contratar, al informarles del préstamo hipotecario sobre el solar en el que se iba a edificar el inmueble.

Señala la Audiencia: "... Y no cabe apreciar un ánimo de engañar en el momento en el que se llegó a ese acuerdo. En efecto: a) ciertamente, el día 25 de abril de 2006, es decir, el mismo día que se otorgan las escrituras de compraventa y de compraventa futura, la finca resultante de la agrupación es gravada con una hipoteca para garantizar un préstamo de 1.663.000 euros concedido por el BANCO DE SABADELL, S.A., para financiar precisamente la adquisición de esa finca (v. folios 536 a 562), pero en las mismas escrituras de compraventa de cosa futura se hace constar esa carga y se incluye una estipulación en la que se dice que "La mercantil PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L." se obliga formal y expresamente a cancelar a su cargo la hipoteca que grava el solar sobre el que se construirá la finca adquirida en esta escritura o las que puedan gravar dichas fincas con el fin de financiar la construcción, en el momento de la obtención de la LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN, y como máximo en un plazo no superior a dieciocho meses desde el día de hoy"; b) como vemos, en esa estipulación se anunciaba a los "compradores" [las] hipotecas "que puedan gravar dichas fincas con el fin de financiar la construcción", lo que enlaza con el hecho del otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal de la promoción, imprescindible para poder obtener financiación para la construcción, y con el del otorgamiento de la escritura pública de fecha 30 de octubre de 2006 de novación modificativa de hipoteca con ampliación de capital y distribución de responsabilidad entre todas las fincas procedentes de la división horizontal, en virtud de la cual aquel préstamo de 1.663.000 euros fue ampliado en la cantidad de 2.998.000 euros, por lo que el capital total del préstamo pasó a ascender a la cantidad de 4.661.000 euros (folios 338 a 395); c) el edificio fue construido y las viviendas y plazas de garaje entregadas a los "compradores" -permutantes- (así lo reconocen éstos en el juicio, en mayo de 2008); y d) en el año 2008, coincidiendo con la crisis económica e inmobiliaria y la pérdida de las ventas de las viviendas, plazas de garaje y locales del edificio construido que no fueron objeto de las permutas (incluso los "compradores" perjudicados reconocen que quedaron viviendas, locales y plazas de garaje sin ocupar), y precisamente por ello, PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., otorgó las escrituras de 26 de septiembre de 2008, de novación modificativa del préstamo, ampliando la vigencia del préstamo hipotecario y el tipo de interés (folios 396 y ss), y de 16 de diciembre de 2009, de modificación del préstamo, concretamente en cuanto a las condiciones de disposición, periodo de carencia y plazo de amortización (folios 608 y ss), entrando finalmente en concurso de acreedores".

Hemos dicho que la información sobre las cargas o gravámenes de la cosa transmitida impide la comisión del delito de estafa impropia en la modalidad que estamos enjuiciando.

La información suministrada a los adquirentes sobre la posibilidad de gravar las fincas mediante la hipoteca del suelo o a la de las fincas futuras es suficiente a efectos de enervar el delito, en tanto que no se engañó a los compradores, y no existiendo engaño, no es posible hablar de delito de estafa.

Es cierto que los acusados se comprometieron a entregar la posesión de las fincas objeto de la operación, libres de cargas, una vez finalizada la ejecución del proyecto de construcción. Ello sin embargo no impedía que se pudieran gravar las fincas con el fin de financiar la construcción. De hecho, al tiempo de la celebración del contrato denominado de compraventa de cosa futura se hacía constar la existencia de una carga sobre los bienes y la posibilidad de que se constituyeran futuras cargas sobre los mismos.

La sentencia de instancia señala que con el ánimo de financiar la construcción se otorgó la escritura pública de fecha 30 de octubre de 2006 de novación modificativa de hipoteca con ampliación de capital y distribución de responsabilidad entre todas las fincas procedentes de la división horizontal, en virtud de la cual aquel préstamo de 1.663.000 euros fue ampliado en la cantidad de 2.998.000 euros, por lo que el capital total del préstamo pasó a ascender a la cantidad de 4.661.000 euros. También destaca que el edificio fue construido y las viviendas y plazas de garaje entregadas a los "compradores" -permutantes-, y en el año 2008, coincidiendo con la crisis económica e inmobiliaria y la pérdida de las ventas de las viviendas, plazas de garaje y locales del edificio construido que no fueron objeto de las permutas (incluso los "compradores" perjudicados reconocen que quedaron viviendas, locales y plazas de garaje sin ocupar), y precisamente por ello,



PROCLAMI COSTA BLANCA, S.L., otorgó las escrituras de 26 de septiembre de 2008, de novación modificativa del préstamo, ampliando la vigencia del préstamo hipotecario y el tipo de interés, y de 16 de diciembre de 2009, de modificación del préstamo, concretamente en cuanto a las condiciones de disposición, periodo de carencia y plazo de amortización, entrando finalmente en concurso de acreedores. De ello se infiere no solo que los acusados obraron conforme a lo pactado, sino que los mismos no procedieron a la entrega de las viviendas como libres de cargas, tal y como se habían comprometido, probablemente por problemas financieros sobrevenidos.

En consecuencia el motivo será estimado, y se dictará Sentencia absolutoria.

Recursos de Cecilio y Camilo .

SÉPTIMO .- Ambos recurrentes han formalizado motivos sustancialmente equivalentes a lo mantenido por el anterior, sosteniendo la atipicidad de los hechos consecuencia de la inexistencia de engaño por la prestación oportuna de información.

Por consiguiente, sus recursos serán igualmente estimados.

No procede ya, en consecuencia, el análisis de los demás motivos formalizados por los recurrentes.

Costas procesales.

OCTAVO .- Al proceder la estimación de los recursos, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los acusados **DON Camilo , DON Cecilio y DON Celso** contra Sentencia 133/18, de 26 de junio de 2018 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia.

2º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

3º.- CASAR y ANULAR la referida Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar Andrés Palomo del Arco

Pablo Llarena Conde Camen Lamela Díaz

RECURSO CASACION núm.: 3643/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde



D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 19 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de los acusados DON Camilo , DON Cecilio y DON Celso contra Sentencia 133/18, de 26 de junio de 2018 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia. Resolución que fue recurrida en casación por las representaciones legales de los recurrentes, y ha sido casada y anulada, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, al estimarse la totalidad de los recursos. Por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la misma Presidencia, dictan esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, añadiéndose a los mismos la siguiente cláusula firmada con fecha 25 de abril de 2006: "La mercantil "Proclami Costa Blanca, S.L." se obliga formal y expresamente a cancelar a su cargo la hipoteca que grava el solar sobre el que construirá la finca adquirida en esta escritura o las que puedan gravar dichas fincas con el fin de financiar su construcción, en el momento de la obtención de la licencia de primera ocupación y como máximo en el plazo no superior a 18 meses desde el día de hoy".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de absolver a los acusados Camilo , Cecilio y Celso del imputado delito de estafa del art. 251.2º del Código Penal, con declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Camilo , Cecilio y Celso , con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar Andrés Palomo del Arco

Pablo Llarena Conde Camen Lamela Díaz

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, FRENTE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 3643/18.

Con el máximo respeto a la Sentencia dictada por la Mayoría de la Sala, mi discrepancia se centra en el alcance que debe darse al engaño en los delitos de estafa, y particularmente, en los delitos denominados impropios de estafa, concretamente en el art. 251-2º del Código Penal, que es el objeto de nuestro análisis.

Los hechos -sobre los que no existe controversia- nos relatan que unos propietarios de unas fincas, ante la perspectiva de construir un edificio en el terreno resultante de la agrupación de todas ellas, celebran un contrato con una inmobiliaria, denominado de venta de cosa futura, por medio del cual, los compradores adquieren en el edificio resultante, la propiedad de un piso (y en casi todos los casos) de una plaza de garaje, entregando como precio, cada uno ellos, la finca de su propiedad y una parte en dinero, según resulta de los hechos probados. Se les informa también expresamente que sobre la finca matriz se constituirá un gravamen para financiar la promoción, concretamente una carga hipotecaria sobre el solar, por el préstamo de 1.663.000 euros, que será cancelada antes de la entrega de los pisos.



En concreto, las escrituras firmadas señalaban que la promotora "se comprometía a entregar la posesión de las fincas objeto de la operación una vez finalizada la ejecución del proyecto de construcción, *libre de cargas* y en un plazo no superior a dieciocho meses a contar desde el día 25 de abril de 2006".

Pero meses después, y antes de la entrega, la mercantil escrituró la obra nueva y la división en propiedad horizontal, y sobre los pisos resultantes de tal división, hipotecó los apartamentos que habían sido vendidos como libres de cargas, por un valor muy superior al expresado para el préstamo suelo, concretamente por una cantidad de 2.998.000 euros, por lo que el capital total del préstamo pasó a ascender a la cantidad de 4.661.000 euros, siendo finalmente subastados y rematados a terceros.

Consecuentemente, los compradores, que habían pagado el precio íntegro de su piso, lo recibieron hipotecado, y además en cuantía desconocida para ellos, cuando lo habían comprado como libre.

La Sentencia dictada por la Mayoría entiende que no hay engaño, lo que resulta de la siguiente cláusula:

La mercantil "se obliga formal y expresamente a cancelar a su cargo la hipoteca que grava el solar sobre el que construirá la finca adquirida en esta escritura *o las que puedan gravar dichas fincas con el fin de financiar su construcción*, en el momento de la obtención de la licencia de primera ocupación y como máximo en el plazo no superior a 18 meses desde el día de hoy".

El engaño típico de la estafa -propia o impropia- supone que el autor desfigura la realidad, de modo que con sus maniobras o artificios genera un error en el sujeto pasivo que le lleva a realizar un acto de disposición patrimonial, en su perjuicio o en el de un tercero. Es un delito de autolesión, puesto que al perjudicado se le traslada una configuración imaginaria de la realidad (que es en lo que constituye el engaño), y lleva a cabo un acto contra su patrimonio. Dicho en otras palabras, se le comunica una falsa información, que tanto puede producirse por acción como por omisión.

La jurisprudencia ha concluido que ambos comportamientos son equivalentes, pues si se afirma falsamente que una carga ha sido cancelada, se está ocultando que la carga persiste (STS 26 de abril de 2012).

De manera que solamente una información completa y veraz impide el delito de estafa.

Ahora bien, este concepto de información -y aquí es donde radica mi discrepancia-, no puede ser formal, sino material. La información debe abarcar todos los elementos sustanciales de la operación, so pena de no ser completa, que es lo mismo que engañosa.

Si este concepto de engaño es válido en el tipo propio de la estafa (art. 248), mucho más en los impropios, en donde el legislador acuña un comportamiento al que concede la conceptualización asimilada al delito de estafa, asignándole un pena, que no está función de los parámetros que se configuran en el art. 250.1 del Código Penal.

Obsérvese que en tales tipos impropios, el contenido del engaño, diríamos que sus rasgos esenciales, ya se expresan en el propio tipo penal.

Para lo que nos afecta, el Código Penal castiga a quien habiendo enajenado una cosa como libre, la gravare después, antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero.

En el caso, concurren todos los aludidos elementos, en tanto que la cosa se ha vendido como libre, el gravamen se constituye unos meses después, y en todo caso, antes de la definitiva transmisión al adquirente, y obviamente resulta en su perjuicio.

Desde mi punto de vista, concurre el engaño típico de la estafa, puesto que la información suministrada podía ser, a lo sumo, meramente formal, pero no material. En efecto, a los compradores se les prometió la entrega de la cosa vendida como libre, no gravada; también se les informó de la constitución de una carga real sobre la finca matriz, que sería cancelada antes de la entrega. Por ello, si no hubiera sido cancelada, no podrían haberse sorprendido sobre su existencia, pues se les informó de la misma. Pero no se les informó de que cada uno de los pisos adquiridos, podrían ser hipotecados de forma individual, y esta información, es muy relevante desde mi punto de vista. Y lo es porque ni conocían que podían adquirirlos como bien hipotecado, ni se les informó sobre una posible subrogación en la hipoteca concertada por el promotor (como suele ser habitual), ni tampoco dispusieron de una información trascendente, sobre qué cuantía de la carga hipotecaría tendrían que afrontar una vez que se llevara a cabo el mecanismo de la subrogación, que ni siquiera se mencionaba en la escritura pública de adquisición de los pisos mediante compraventa, ni la causa de tal subrogación, pues téngase en cuenta que ya habían pagado completamente el piso. Lógicamente, en la escritura de ampliación del gravamen a los pisos nominalmente considerados, surgidos de la división en propiedad horizontal, no tuvieron ni participación ni conocimiento, cuando los pisos, individualmente considerados (piso y letra) ya estaban vendidos en la escritura pública inicial.



Y es aquí donde mantengo que la información que neutraliza el engaño ha de ser completa y clara, porque el engaño típico de la estafa está basado en una desfiguración de la realidad (también denominado como "medias verdades"), que no puede conducir a que, mediante tal mecanismo, puedan considerarse atípicos, desde mi punto de vista, los hechos enjuiciados.

De manera que cuando la mercantil "se obliga formal y expresamente a cancelar a su cargo la hipoteca que grava el solar sobre el que construirá la finca adquirida en esta escritura o *las que puedan gravar dichas fincas con el fin de financiar su construcción...*", no me permite entender, siempre desde mi modesto juicio, que se esté informando a los adquirentes de los pisos de la facultad de la inmobiliaria de gravarlos individualmente con una hipoteca en la que se van a tener que subrogar, sobre una cuantía indeterminada (pues recuérdese que no quedaba parte del precio pendiente de pago), y en unas condiciones (fecha, plazo, ...) que tampoco se describen.

En consecuencia, como dice nuestra jurisprudencia, el vendedor es garante frente a los compradores - STS 133/2010, 24 de febrero- de la realidad de las condiciones de la venta, sancionando los contratos criminalizados, muchos de los cuales son considerados por el Código Penal como estafas impropias, o con otra terminología, comportamientos especiales consignados por el legislador como tales (doble venta, contratos simulados, etc.).

En el caso, siempre desde mi punto de vista, hubo engaño, y en consecuencia, el recurso debió ser desestimado, salvo en el caso de uno de los acusados (Cecilio), que no participó en la escritura de gravamen posteriormente impuesto.

Fdo.: Julián Sánchez Melgar