

Roj: **STS 2229/2004 - ECLI:ES:TS:2004:2229**Id Cendoj: **28079120012004100431**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **31/03/2004**Nº de Recurso: **1726/2002**Nº de Resolución: **458/2004**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de dos mil cuatro.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Mariano , contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León que le condenó por delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, siendo también parte el Ministerio Fiscal y la acusación particular en nombre de Claudio y Margarita , representados por el Procurador Sr. Aguilar Fernández, y estando el recurrente representado por la Procuradora Sra. Gramaje López.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de León instruyó Procedimiento Abreviado con el número 1153/1998 y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de dicha capital que, con fecha 14 de mayo de 2002, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Interesado Claudio en adquirir una vivienda para él y su familia, entró en conversaciones con el acusado Mariano , mayor de edad y sin antecedentes penales, que estaba en vías de construir un edificio en la CALLE000 nº NUM000 de esta ciudad, concertando sus voluntades sobre el objeto del contrato (vivienda tipo H sita en la planta segunda y bajo cubierta, de una superficie construida prevista de 9700 metros cuadrados aproximadamente, la plaza de garaje señalada con el nº NUM001 y el trastero señalado también con el nº NUM001 ) y sobre el precio (10.500.000 ptas., a pagar mediante la entrega de 1.500.000 ptas. más el IVA de dicha cantidad, a la firma del contrato, 4.000.000 ptas. más el IVA correspondiente contra la entrega de certificaciones de obra realizada por el Arquitecto, y 5.000.000 ptas. aplazados "por hipoteca a favor del Banco Central Hispano") el 12 de junio de 1.995, fecha en que el citado Sr. Claudio suscribió con la esposa del acusado Francisca el correspondiente documento privado de compraventa. En la forma en él convenida los compradores llegaron a hacer entrega al acusado de 5.500.00 ptas.- Más tarde, como quiera que Mariano parecía carecer de dinero para concluir la obra y a Claudio le urgía ocupar la vivienda adquirida, con el fin de proporcionarle liquidez y en la idea de enajenarlo cuando lo tuviera en su poder, le compró un apartamento (vivienda tipo A, planta baja, de 55 metros cuadrados con su plaza de garaje y trastero) por un precio de 6.500.000 ptas. más IVA, de los que, según el documento privado nuevamente suscrito con la esposa del acusado y fechado el 4 de julio de 1.996, 2.750.00 ptas. se entregaría a la firma del contrato, 250.000 ptas. mediante diversos pagos efectuados a cuenta y 4.000.000 ptas. aplazados mediante la subrogación en una hipoteca. Llegando a hacer entrega de las dos primeras cantidades, que totalizan 3.000.000 ptas.- Fechas más tarde y como consecuencia de ponerse en contacto con los denunciados la anterior propietaria del solar, que lo había permutado, vinieron en conocimiento, a través de su comprobación en el Registro de la Propiedad, de que el Banco Central Hispanoamericano, S.A. había concedido a Francisca , mediante escritura pública de 17 de febrero de 1.995, un préstamo con garantía hipotecaria, por un importe de 37.900.000 ptas. para la financiación del edificio en construcción, que mediante escritura pública otorgada el 11 de octubre de 1.995, inscrita en el Registro de la Propiedad el 5 de diciembre siguiente, se había procedido a la formación de la propiedad horizontal y distribución de la responsabilidad hipotecaria que hasta entonces gravaba el solar entre las distintas fincas urbanas independientes y que su



piso (finca nº NUM002 ) y su apartamento (finca nº NUM003 ) habían quedado respondiendo por 8.000.000 ptas. de principal, más 1.250.000 ptas. de intereses y 1.200.000 ptas de costas y gastos, caso del primero y 4.000.000 ptas. de principal, 2.600.000 ptas. de intereses, y 600.000 ptas de costas y gastos, en el caso del segundo. Averiguando, asimismo, tras ponerse en contacto con el banco que la deuda total que pesaba sobre su piso y sobre su apartamento y por la que terminaron siendo ejecutados (autos de ejecución hipotecaria nº 211/98 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de León) ascendía a 14.400.000 ptas y 7.200.000 ptas., respectivamente, por que sus propietarios, que habían agotado su capacidad de endeudamiento y tenían pensado vender el apartamento nada más tenerle a su disposición, nada pudieron hacer por liberar de las cargas a los dos inmuebles, que fueron subastados y adjudicados a terceros, viviéndose obligados a abandonar el piso en el que habían instalado su hogar familiar".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Mariano , como autor responsable de un delito, antes definido, de estafa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena principal de UN AÑO DE PRISION con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, condenándole asimismo al pago de las costas procesales, incluidas las ocasionadas por la Acusación Particular, y a que indemnice a Claudio y Margarita en TREINTA Y TRES MIL CINCUENTA Y CINCO EUROS CON SESENTA Y SIETE CENTIMOS (33.055, 57 € = 5.500.000 PTAS.), cantidad que devengará, desde la fecha de la presente resolución hasta su total ejecución, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos. - Conclúyase conforme a Derecho la pieza de responsabilidad civil del acusado.- Dese cumplimiento, al notificar esta resolución, a lo dispuesto en el art. 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 251.2 del Código Penal. Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 29 de marzo de 2004.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 251.2 del Código Penal.

Se niega la presencia de engaño, dolo y ánimo de lucro que son requisitos integrantes del delito de estafa, afirmándose que no se ocultó la existencia de una carga, que el denunciante no se subrogó en la hipoteca final que se adjudicó al piso, que se finalizó la obra y que en el contrato suscrito no se había determinado la cantidad exacta que había asignado el Banco como hipoteca.

El motivo aparece enfrentado al relato fáctico, que debe ser rigurosamente respetado, dado el cauce procesal esgrimido, y en él se deja expresado que el acusado concertó con el perjudicado la venta de un piso de un edificio que iba a construir y se concretó en el precio de 10.500.000, que incluía 5.000.000 de pesetas aplazados por hipoteca a favor del Banco Central Hispano, otorgándose el correspondiente documento privado, en el que intervino la esposa del acusado, con fecha 12 de junio de 1995, que contenía, entre otros, los términos que se dejan expresados. Igualmente se deja probado que más tarde el denunciante vino en conocimiento que en el préstamo con garantía hipotecaria, que se había concedido por la entidad Banco Central Hispanoamericano, S.A., a la esposa del acusado, por importe de 37.900.000 pesetas, en escritura pública de fecha 17 de febrero de 1995, se había procedido, mediante escritura pública otorgada el 11 de octubre de 1995, a la distribución de la responsabilidad hipotecaria atribuyéndose al piso del denunciante, en lugar de los cinco millones estipulados, una hipoteca de 8.000.000 de pesetas de principal, más 1.250.000 de intereses y 1.200.000 pesetas de costas y gastos, y puesto en contacto con el Banco supo que la deuda total que pesaba sobre su piso era de 14.000.000 de pesetas, suma que se le reclamó judicialmente y al no poder liberar tales cargas, fue subastado y adjudicado a tercero, viniendo obligado a abandonar el piso en el que había instalado su hogar familiar.



El Tribunal de instancia subsumió tal conducta del acusado en un delito de estafa, en la modalidad de disponer de una cosa inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre el mismo, tipo previsto y penado en el artículo 251.2 del Código Penal.

En este caso el acusado sabía el importe del préstamo hipotecario concedido por la entidad bancaria y ocultó que la cantidad que repercutiría sobre su piso podría ser mayor que la estipulada, lo que indudablemente tenía que conocer al saber perfectamente los pisos o elementos que quedaban sujetos a un préstamo hipotecario que se había otorgado meses antes del otorgamiento del documento privado, sin que ello se vea desvirtuado por el hecho de que la materialización de la distribución de la carga hipotecaria, en cantidad muy superior a la que se había estipulado, se hiciera en escritura otorgada con posterioridad al documento privado antes mencionado, ya que la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia de que el acusado estaba impuesto y era conocedor de que la cantidad por la que tenía que responder el piso era superior a la estipulada y que era algo que debió transmitir el comprador por su obligado deber de información, lo sustenta en la prueba practicada, tanto en la falta de una explicación lógica respecto a la forma en la que se hizo la distribución de la carga, limitándose a echar la culpa al representante del Banco y al Notario interviniente y lo que es aún más significativo, de la conducta observada por el acusado respecto de otros compradores, en la misma promoción, a los que hizo ver en el contrato que su vivienda ni siquiera estaba hipotecada. Está presente, pues, el elemento subjetivo constituido por el conocimiento que ocultó en el momento de otorgar el documento y percibir parte del precio, lo que implica engaño e indudable ánimo de lucro.

Respeto al tipo objetivo, es cierto que no se trata de ocultar la existencia de la carga, sino que lo que se oculta es que la carga que pesaba sobre el piso vendido era muy superior a la que se estipuló, ocultando al comprador la existencia de esa diferencia. El Ministerio Fiscal impugna el motivo afirmando que es aplicable esta modalidad delictiva cuando se ocultan las reales magnitudes de la carga, y ciertamente es así ya que la ocultación puede consistir bien en la existencia de la propia carga como en el hecho de que se oculte, como en este caso ha ocurrido, la realidad de una carga muy superior a la que se declara, ya que implica, en todo caso, como exige el precepto, la ocultación de la existencia de cualquier carga sobre un bien, en este caso inmueble.

Concurriendo, pues, los elementos subjetivos y objetivos del delito de estafa, en la modalidad apreciada por el Tribunal de instancia, el motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Para acreditar el error en que se dice ha incurrido el Tribunal sentenciador se designan los folios 89 a 96 de las actuaciones en los que obran las inscripciones registrales en las que se constata que la distribución de la hipoteca y por tanto la asignación de la carga fue posterior a la celebración del contrato privado que obra en los folios 6 a 10.

El motivo no puede prosperar.

El hecho de que el otorgamiento de la escritura de distribución del préstamo hipotecario entre los distintos pisos y elementos del inmueble se hubiese efectuado con posterioridad a la venta del piso que adquirió el denunciante, en modo alguno evidencia error en la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia de que el acusado era conocedor del importe del préstamo hipotecario concedido y de su repercusión sobre los distintos pisos, lo que resulta bien evidente al ser de fecha anterior la concesión del préstamo por el Banco, habiendo ocultado esa diferencia al comprador, diferencia que se plasmó en la escritura posterior.

No se ha acreditado, pues, por las escrituras señaladas, que el Tribunal de instancia hubiese incurrido en error.

### III. FALLO

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACION por infracción de Ley interpuesto por Mariano contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León, de fecha 14 de mayo de 2002, en causa seguida por delito de estafa. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Carlos Granados Pérez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.