



Roj: **STS 5540/1997 - ECLI:ES:TS:1997:5540**

Id Cendoj: **28079120011997103254**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/1997**

Nº de Recurso: **172/1997**

Nº de Resolución: **1158/1997**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Septiembre de mil novecientos noventa y siete.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Gustavo contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia que le condenó por delito continuado 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 del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. Don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, siendo también partes el Ministerio Fiscal y como recurrido D. Mariano , estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Martín Palacín y dicho recurrido por la Procuradora Sra. Ruano Casanova.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Murcia incoó Procedimiento Abreviado con el número 99/95 contra Gustavo y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la citada Capital que, con fecha 2 de diciembre de 1996 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Probado y así se declara, que durante los años 1990 y 1991, el acusado Gustavo , nacido el 23 de julio de 1948, celebró diversos contratos de compraventa en documento privado con los querellantes Mariano , Virginia , Jose Ángel , María Consuelo , Luis Andrés , Lourdes y Ana , cuyo objeto era la venta de viviendas que el acusado proyectaba ejecutar en el término municipal de Murcia, partido de Puente Tocinos, Casillas, DIRECCION000 nº NUM000 . En dichos contratos, cuya redacción era coincidente, decía actuar el acusado en nombre de la entidad DIRECCION001 ( DIRECCION001 ), que constituyó posteriormente de forma ficticia para mayor facilidad de sus negocios, expresando que la parte vendedora "tiene cedidos por sus propietarios legales los derechos de la siguiente finca: Finca en el término municipal de Murcia, partido Puente-Tocinos, Casillas, DIRECCION000 nº NUM000 , escriturado ante Notario Don Pedro Martínez Pertusa, número de finca NUM001 , con una extensión de mil ochocientos metros cuadrados. Sobre la indicada finca se construirá una obra adaptada al Proyecto Técnico que ha sido redactado por el Arquitecto Don Franco ".- No obstante, en dichos contratos se ocultaba que la adquisición del solar para la referida construcción la había realizado el propio acusado a su nombre, en escritura pública de 28 de agosto de 1990, en la cual los propietarios don José y doña María Inmaculada , le transmitían el solar con una condición resolutoria, plasmada en su estipulación octava, en cuya virtud "el incumplimiento por parte del Sr. Gustavo de cualquiera de las obligaciones que asume mediante esta escritura, y en especial lo estipulado en el apartado quinto de este otorgamiento (solicitud de licencia de obras en el plazo de cinco meses), así como el impago de sus respectivos vencimientos, de alguna de las letras reseñadas como pago aplazado, será causa bastante y dará lugar a que de pleno derecho quede resuelta esta escritura, volviendo la finca transmitida al dominio y propiedad de los cedentes, perdiendo el cesionario las cantidades que hasta ese momento tuviere entregadas, en concepto de indemnización por daños y perjuicios".- En cumplimiento, por parte de los compradores, hoy querellantes, de lo estipulado en los contratos celebrados con el acusado, hicieron entrega a éste de las siguientes cantidades: Virginia : 2.827.356 ptas.; Luis Andrés y Lourdes : 2.974.968 ptas.; Jose Ángel y María Consuelo : 2.798.171; Ana : 2.339.986 ptas. y Mariano : 1.943.086 ptas.- El acusado, tras obtener la oportuna licencia de obras,



comenzó su ejecución, quedando paralizadas hacia finales de 1991, habiéndose determinado pericialmente que la inversión realizada en la obra asciende a diecisiete millones noventa y ocho mil seiscientos catorce pesetas, cantidad por tanto superior a la percibida de los compradores.- Sin embargo, el acusado dejó de cumplir sus obligaciones con los transmitentes del solar y con los proveedores, de modo que los primeros han hecho uso de la condición resolutoria impuesta en el contrato para la reversión de la propiedad del solar a su favor con todo lo construido, quedando sí perjudicados los querellantes en las cantidades que constan como entregadas a cuenta del precio fijado en el contrato para la adquisición de sus viviendas.

SEGUNDO.- Lo anterior resulta del conjunto de la prueba practicada y especialmente de la documental a que se ha hecho referencia, así como de las declaraciones testificales prestadas en el acto del juicio, de todo lo cual se deduce la realidad de los extremos anteriormente reflejados."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Gustavo como autor responsable de un delito continuado de estafa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a pena de DOS AÑOS Y SIETE MESES DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas causadas con inclusión de las correspondientes a la Acusación Particular, así como a indemnizar a los perjudicados: Virginia : 2.827.356 ptas.; Luis Andrés y Lourdes : 2.974.968 ptas.; Jose Ángel y María Consuelo : 2.798.171 ptas.: Ana : 2.339.986 ptas. y Mariano : 1.943.086 ptas.- Una vez sea firma la presente resolución, comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes."

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el acusado Gustavo que se tuvo por 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.

4.- El recurso interpuesto por la representación de Gustavo se basa en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 251-2 del nuevo Código penal de 23/11/95. SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2 de la LECr., por entender que la Sala sentenciadora incide en error en la apreciación de las pruebas al interpretar los documentos auténticos designados en el escrito de preparación con los particulares.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal impugnó ambos motivos. La Sala admitió a trámite el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento, se celebró la Votación prevenida el día 17 de septiembre.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia condenó al acusado, Gustavo , como autor de un delito de estafa del artículo 251,2º del Código Penal de 1995 a las penas, indemnizaciones reparatorias y costas.

Impugna tal fallo condenatorio el acusado, a través de su representación y defensa con un recurso de casación por infracción de Ley articulado en dos motivos de esta clase. Por razones lógicas debe anteponerse el examen del segundo y último, que denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, al primero que se acoge a la vía casacional del nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- El segundo y último motivo se ampara en el nº 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denuncia error en la apreciación de la prueba por parte de la Sala de instancia al interpretar los documentos designados en el escrito de preparación bajo el nº 6 de los unidos al escrito de querrela, folio 56 NOTA del Registro Mercantil donde se demuestra que el único accionista de la entidad DIRECCION001 es el recurrente y por tanto no existe ningún engaño.

Asimismo los documentos 6 y 9 de la instrucción -Actuaciones Sumariales señala, por error el motivo, pues se trata de un Procedimiento Abreviado- folios 130 y 369 a 371, Cédula de notificación de la subasta del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Murcia y sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Murcia, en el juicio de menor cuantía nº 895/92 donde se demuestra que el valor de lo edificado es superior en la subasta a lo apostado por los querellantes y en ningún momento el recurrente ocultó la existencia de ningún procedimiento ni acción contra él. En resumen, que la Sala a quo apreció tales pruebas en sentido contrario al realmente factible y visible a través de dichos documentos.



No es por la breve formulación del motivo, transcrito casi a la letra en lo anteriormente consignado, en donde no aparecen diferenciadas las usuales distinciones de encabezamiento, breve extracto y desarrollo del mismo, sino por la ausencia de fundamento y razón por lo que debe perecer. Los pretendidos errores de la sentencia no son tales y las afirmaciones de la resolución recurrida de tipo fáctico, no contradicen lo que los documentos proclaman y en todo caso, existen otras pruebas corroborantes de lo afirmado por la Sala.

Hubiera sido mejor para el impugnante haber releído la sentencia de la Audiencia que proclama en su relato histórico de Hechos Probados: <<Habiéndose determinado pericialmente que la inversión realizada en la obra asciende a diecisiete millones noventa y ocho mil seiscientas catorce pesetas, cantidad por tanto superior a la percibida por los compradores>> para así haberse evitado señalar tal dato como una patentización de la equivocación en la sentencia a quo, cuando ella mismo lo recoge.

La cédula de notificación obrante al folio 130 referente al juicio de menor cuantía, con respecto a la celebración de tercera subasta y al ofrecimiento de 15.131.225 pesetas por la finca nº NUM002 del Registro de la Propiedad nº 1 de Murcia, por si el recurrente deseaba hacer uso de lo señalado en el art. 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta irrelevante y patentiza, además, que el ahora impugnante dejó de cumplir sus obligaciones con los propietarios del solar, como proclama el factum y otro tanto ocurre con el documento obrante a los folios 369 a 371, certificación de una sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Murcia donde se proclama que el acusado no cumplió sus obligaciones con los vendedores del solar y en cuyos autos estuvo en rebeldía y no formuló oposición siquiera.

La irrelevancia de tales documentos resulta patente.

Finalmente, en relación al documento obrante al folio 56, se trata de una NOTA SIMPLE INFORMATIVA referida a la entidad DIRECCION001 S.L. hay que señalar que no demuestra que el único accionista sea el recurrente, pues nada de ello expresa, limitándose al domicilio, comienzo de sus operaciones, duración, objeto capital social y datos registrales de Tomo y folio, así como "órganos sociales apoderados donde figura como DIRECCION002 Isabel y al acusado ni se le menciona.

Mas en todo caso, el propio recurrente manifiesta en su primera declaración "que es el representante de la empresa DIRECCION001, que la forman él y una Secretaria que tenía llamada Isabel, estando inscrita en el Registro Mercantil como Sociedad Limitada, haciéndose diez participaciones de diez mil pesetas para el declarante y cuarenta para la citada Isabel. Que la gerente era ella y así se hizo con la finalidad de concesión de créditos". Añadiendo, que ha utilizado esta empresa como marketing de propaganda, ya que al hacer los contratos no existía tal sociedad.

Asimismo la declaración de la citada Isabel destaca lo ficticio de la Sociedad, creándose la entidad con unas participaciones de ella que en mayor o menor medida considera ficticia y proclama que no puso dinero y después se las vendió al recurrente.

La irrelevancia documental aducida hace perecer el motivo, e incluso que aunque la tuviese -lo que desde luego se niega- estaría contradicho por otras pruebas, obrantes en la causa y entre ellas por las propias declaraciones del acusado y testigos.

El motivo debe ser desestimado por ello.

TERCERO.- El primer motivo se ampara en el nº 1º del artículo 849 de la Ley procesal penal y denuncia la aplicación indebida del artículo 251,2 del Nuevo Código Penal de 1995. En el parco desarrollo del motivo, formalmente indiferenciado del total, denuncia contradicción a la sentencia recurrida, porque en principio aplica adecuadamente el artículo 528 del Código Penal vigente a la ocurrencia de los hechos y sin embargo "posteriormente con un argumento falaz y trasnochado cronológicamente hablando, le condena por considerar que existe delito continuado de estafa del artículo 251,2 del nuevo Código" -dice literalmente el recurrente-.

A continuación añade que no se pudo cometer tal delito, porque a la sazón no existía dicho precepto, luego aduce que no existía ánimo defraudatorio, ni disposición de cosa mueble o inmueble, pues en su actuar el recurrente no realizó ninguna transmisión o enajenación, limitándose a la ejecución de unas obras, previa licencia municipal e invirtiendo cantidades superiores a las recibidas. Concluye señalando que en el incumplimiento de los contratos por el acusado no hubo engaño, ni ocultación de ninguna clase y por ello no se realizó en ningún momento el delito de estafa inmobiliaria y con cita de tres sentencias, sostiene que debe existir una transmisión del dominio para la existencia de la infracción penada.

El motivo con dicho planteamiento no puede prosperar. Las magnificaciones que hace el recurrente sobre la contradicción en que ha incurrido la Sala de instancia no existen. La Audiencia Provincial se limita a excluir los hechos probados de la estafa del artículo 528 del Código Penal de 1973 (hoy 248 del texto vigente), habida cuenta de la necesaria presencia de un ánimo defraudatorio logrando la disposición patrimonial de un tercero



en propio beneficio y a través de un engaño, porque niega la existencia de dicho animus, habida cuenta que el acusado invirtió en la obra que proyectaba ejecutar cantidades superiores a las recibidas de los compradores de las futuras viviendas.

Hasta aquí todo resulta correcto en el razonamiento y en la motivación de la sentencia, pero entiende el Ministerio Fiscal que a continuación sí existe un "salto lógico", que sería conveniente desarrollar. Esta Sala estima que lo que ocurre es que el razonamiento de la sentencia de la Audiencia, lógico y correcto en la aplicación normativa, ha sido demasiado sintético, escasamente explicativo. No cabe duda que los hechos ocurren bajo la vigencia del texto anterior, pero en su momento, la acusación particular al elevar a definitivas sus conclusiones, las modificó señalando la existencia de un delito continuado de estafa y estimó más favorable penalmente la aplicación del nuevo texto. El Tribunal a quo ha seguido esta tesis, pero sin explicitar, ni razonar la equivalencia o semejanza entre el viejo artículo 531,2º y el nuevo 251,2. El derogado precepto sancionaba a "el que dispusiera de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado", mientras que el texto vigente establece: "El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma..." No ofrece duda que la disposición como libre de un bien resulta equivalente a disponer de una cosa mueble o inmueble ocultando cualquier carga sobre la misma. La aplicación más favorable del nuevo Código que resulta obligada, pues elimina la aplicación de las agravaciones del nuevo art. 250. En resumen, que la sentencia recurrida aplicó la nueva normativa por ser más favorable que la del texto vigente a la ocurrencia de los hechos.

Mientras que al art. 251.2 del Código Penal de 1995 no le son aplicables las agravaciones del art. 250, que están circunscritas a la estafa genérica del art. 249, la doctrina de esta Sala admitió, que no existía obstáculo legal alguno para que se aplicasen las distintas circunstancias del artículo 529 del Código a las estafas especiales de los artículos 531 y 532 - sentencias de 19 de septiembre de 1994 y 1280/1995 de 19 de diciembre- por lo que el texto nuevo aparece obviamente como mucho más favorable.

El problema que plantea el Ministerio Fiscal -no así el recurrente en su breve motivo- es de si el verbo disponer, común a los artículos 531.2 viejo y 251.2 nuevo, verbo nuclear de la conducta típica en ambos, se satisface con la venta en documento privado o era necesario el otorgamiento de escritura pública, que no pudo realizarse en este supuesto.

Se trata ciertamente de unos contratos privados que determinaron, por su carácter obligacional y para evitar la resolución y pérdida de eficacia de lo convenido que los compradores tuvieran que entregar a la firma del contrato una cantidad, más el 6% de IVA, parte en metálico y el resto en letras aceptadas a 90 días, pero en tales documentos privados se ocultó muy bien la situación del vendedor, consignándose por el contrario que "el vendedor tiene cedido por sus propietarios legales las deudas de la finca". La ocultación de la cláusula resolutoria explicitada en la escritura pública otorgada con los dueños del inmueble resulta patente, pues si se les hubiera advertido de su existencia y conocido que cualquier incumplimiento por parte del comprador, luego vendedor en los contratos privados de terreno edificados, desencadenaba la resolución del contrato documentado notarialmente, y que tales exigencias eran económicas y de tiempo de realización, no hubieran firmado el documento privado, ni realizado los anticipos del pago del precio de compra.

Ha existido el engaño, manifestado por el conocimiento del sujeto activo respecto al gravamen existente, que se cuida muy mucho de ocultar a los compradores, gravamen entendido en sentido amplio - sentencia de 5 de diciembre de 1990-, no advirtiendo a los compradores, que pesaban cargas sobre el terreno - sentencia de 23 de enero de 1992- conociendo el enajenante las circunstancias que acompañaban al objeto de la relación jurídica, deducible, sin más el engaño, del hecho de que hallándose impuesto de la pendencia del gravamen lo silencia al tiempo de contratar, ocultando al adquirente su existencia y vigencia - sentencia de 12 de junio de 1992-.

Pese al excesivo laconismo del art. 531.2º, la jurisprudencia de esta Sala declaró que era indiferente que se tratase de mueble o inmueble y de cosa propia o no y que el concepto de gravamen no puede limitarse a los reales (como prendas o hipotecas), sino se extiende asimismo a las anotaciones preventivas, prohibiciones de enajenar, etc., etc. En este sentido la sentencia de este Tribunal de 20 de junio de 1986, comprendió no sólo la prenda, hipoteca, anticresis, anotación preventiva, embargo judicial y prohibición de enajenar, sino hasta garantía de carácter personal y el arrendamiento de finca urbana, consistiendo el delito del agente, que hallándose impuesto de la pendencia de un gravamen, lo silencia al tiempo de contratar, como recoge la sentencia de 26 de septiembre de 1986, volviendo a reiterar la de 7 de junio de 1988, que el gravamen debe entenderse en sentido amplio, incluso la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, que tienen carácter constitutivo, no empece a la comisión del delito, siempre que el vendedor lo ocultase - sentencia de 13 de febrero de 1990- porque en el ámbito de la compraventa, el legislador ha querido 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, estando obligado el vendedor a informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación - sentencia de 4 de septiembre de 1992- porque lo expresamente reputado como constitutivo del engaño en el art. 531.2º del Código Penal, no se



puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para descubrir la situación real de la finca - sentencia de 25 de septiembre de 1992- porque toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra, así como la conclusión de otros negocios jurídicos que implican disposición, constituye una afirmación tácita de que sobre el bien no pesan gravámenes - sentencias de 2 de diciembre de 1991, 28 de noviembre de 1992, 207/1996, de 29 de febrero-.

A la vista de tal doctrina jurisprudencial, el motivo y recurso deben ser desestimados.

### III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de Ley, interpuesto por Gustavo , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, de fecha 2 de diciembre de 1996, en causa seguida al mismo, por delito de estafa. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese la presente resolución a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa, que en su día se remitió.

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

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.