

Roj: **STS 473/2014 - ECLI:ES:TS:2014:473**Id Cendoj: **28079120012014100066**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/02/2014**Nº de Recurso: **1976/2013**Nº de Resolución: **90/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP O 2302/2013,**  
**STS 473/2014**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de Ley, interpuesto por la representación legal de **Efrain**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Tercera), de fecha 8 de julio de 2013 en causa seguida contra Efrain y Brigida, por un delito de estafa, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por el procurador don Nicolás Álvarez Real y como parte recurrida Laureano representado por la procuradora doña Concepción Montero Rubiato. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de instrucción núm. 2 de Oviedo, incoó procedimiento abreviado 8/2013, contra Efrain y Brigida y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Tercera), rollo de Sala 6/2013 que, con fecha 8 de julio de 2013, dictó sentencia que contiene los siguientes **ANTECEDENTES DE HECHO** :

*"PRIMERO.- Se declaran HECHOS PROBADOS que: El acusado, Efrain, mayor de edad, casado y con antecedentes penales no computables en esta causa, en su condición de Administrador solidario de la entidad "Urbanizaciones y Construcciones Espina S.L." Administrador único de la empresa "Promociones Cucasa S.L." y Gerente único de la Unión temporal de Empresas denominada Urbanización y Construcciones Espina S.L. y Promociones Cucasa S.L." y actuando con ánimo de ilícito beneficio, otorgó en fecha 28 de septiembre de 2005, Escritura Pública de compraventa ante la fe del Notario D. Luis Alfonso Tejuca Pendás, nº de protocolo 3.740, por la que vendía a Laureano, con el que mantenía relaciones comerciales y de amistad desde hacía 20 años aproximadamente, el inmueble sito en la C/ CAMINO000 nº NUM000 de Colloto, piso NUM001 NUM002 NUM003, manifestando el acusado que la Hipoteca se iba a pagar y cancelar con el precio recibido, haciéndose constar en la Escritura Pública que pese a estar afectado el piso por un préstamo con garantía hipotecaria a favor del Banco Popular Español por un principal de 66.400 euros, se encontraba pagado a la fecha de la firma de la escritura, a falta solo de otorgar la correspondiente escritura de cancelación, obligándose el acusado a cancelarla a su costa, en un plazo no superior a tres meses, contados a partir de la fecha de la escritura.*

*No obstante el acusado dispuso del dinero en su propio e ilícito beneficio y mantuvo la carga, que aunque aminorada, no estaba pagada, lo que determinó que en el mes de agosto de 2010, Laureano recibiera comunicación del Registro de la Propiedad nº 4 de Oviedo, como titular registral del citado inmueble por la que se le hacía saber que sobre el mismo se lleva a efecto ejecución hipotecaria en el Juzgado de Primera Instancia*



nº 4 de Oviedo, viéndose obligado a liquidar con la entidad Banco Popular Español S.A. la cantidad pendiente que ascendió a 67.151,43 €, para evitar la pérdida del piso adquirido.

La acusada, Brigida , mayor de de (sic) edad, con antecedentes penales no computables en esta causa, esposa de Efrain no tuvo intervención ni conocimiento alguno de la compraventa descrita, habiendo sido nombrada Administradora Solidaria de la mercantil "Urbanizaciones y Construcciones Espina S.L" según acuerdo adoptado por dicha sociedad, protocolizado el día 15 de mayo de 2007, sucediendo a su esposo por razón de su jubilación incompatibles con dicho cargo, si bien el acusado continuó desarrollando las funciones propias del mismo limitándose aquélla a firmar lo que el acusado le indicaba" (sic).

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

" **FALLO** : Que debemos absolver y absolvemos a Brigida del delito de estafa del que venía siendo acusada.

Que debemos condenar y condenamos a Efrain como autor penalmente responsable de un delito de estafa agravada, ya definido, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de multa de 9 meses a razón de 15 euros día.

Efrain indemnizará a Laureano en la cantidad de 67.151,43€, haciéndolo con carácter subsidiario las entidades "Urbanizaciones y construcciones Espina S.L.", "Promociones CUCASA S.L." y "Urbanizaciones y Construcciones Espina S.L y Promociones CUCASA S:L:U:T:E: ".

Asimismo abonará por mitad las costas procesales causadas sin incluir las de la acusación particular.

Firme la presente resolución dedúzcase testimonio de su contenido para su remisión a la Tesorería de la Seguridad Social a los efectos legales oportunos".

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.-** La representación legal de la recurrente Efrain , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

**I.-** Infracción de ley, al amparo de lo que dispone el art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida de los arts. 248 y 250.8 del CP , cuando tenía que haberse aplicado el art. 251.1 del mismo texto legal . **II.-** Infracción de ley, al no haberse aplicado el art. 131.1 del CP , que determinaría la prescripción del delito cometido y, en consecuencia, la absolución.

**Quinto.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 5 de noviembre de 2013, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la admisión y estimación del recurso.

**Sexto.-** Por providencia de fecha 3 de enero de 2014 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento dela deliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.

**Séptimo.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 29 de enero de 2014.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**1 .-** La sentencia núm. 334/13, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, con fecha 8 de julio de 2013 , condenó al acusado Efrain , como autor de un delito de estafa agravada, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de multa de 9 meses a razón de 15 euros día.

La defensa del acusado interpone recurso de casación y formaliza dos motivos, que son apoyados por el Ministerio Fiscal.

**2 .-** El primero de ellos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , denuncia aplicación indebida de los arts. 248 y 250.8 del CP , cuando tenía que haberse aplicado el art. 251.2 del CP . El segundo de los motivos, por la misma vía casacional, denuncia inaplicación indebida del art. 131.1 del CP , al entender que la calificación de los hechos, conforme al criterio que se propugna, determinaría la absolución del recurrente, al haberse extinguido su responsabilidad criminal por prescripción.

A) Conforme expone el recurrente en el desarrollo del motivo, el Fiscal tras una variación fáctica relativa a los antecedentes, elevó sus conclusiones a definitivas, calificando los hechos como constitutivos de un



delito de estafa del art. 251.2 del Código Penal considerando autores a los acusados Efrain y Brigida para quienes solicitó la imposición a cada uno de ellos de la pena de 2 años de prisión con la accesoria legal correspondiente y que indemnizarán conjunta y solidariamente, con la responsabilidad civil subsidiaria de las empresas intervinientes, a Laureano en la suma de 67.151.34 €. La acusación particular ejercitada por el perjudicado elevó sus conclusiones a definitivas calificando los hechos como constitutivos de un delito de estafa previsto y penado en los arts. 248 , 249 , 250 y 251 del CP , considerando autores de los mismos a los acusados, para quienes solicitó la imposición de las siguientes penas: al recurrente Efrain la pena de 5 años de prisión y multa de 9 meses, a razón de 15 € día y a Brigida la pena de 4 años de prisión y multa de 9 meses a razón de 15 euros día, interesando que los acusados conjunta y solidariamente abonasen a Laureano la suma de 67.151,43 €.

La sentencia de instancia absolvió a la acusada Brigida , pero condenó al ahora recurrente como autor de un delito de los arts. 248 y 250.8 del CP .

Los hechos declarados probados por la sentencia describen cómo el recurrente, actuando con ánimo de ilícito beneficio, otorgó en fecha 28 de septiembre de 2005 escritura pública de compraventa ante Notario, por la que vendía a Laureano el inmueble sito en la calle CAMINO000 núm. NUM000 de Colloto, "*... manifestando el acusado que la hipoteca se iba a pagar y cancelar con el precio recibido, haciéndose constar en la escritura pública que pese a estar afectado el piso por un préstamo con garantía hipotecaria a favor del Banco Popular Español por un principal de 66.400 euros, se encontraba pagado a fa fecha de la firma de la escritura, a falta sólo de otorgar la correspondiente escritura de cancelación, obligándose el acusado a cancelarla a su costa, en un plazo no superior a tres meses, contados a partir de la fecha de la escritura. No obstante el acusado dispuso del dinero en su propio e ilícito beneficio y mantuvo la carga, que aunque aminorada, no estaba pagada, lo que determinó que en el mes de agosto de 2010, Laureano recibiera comunicación del Registro de la Propiedad nº 4 de Oviedo, como titular registral del citado inmueble por la que se le hacía saber que sobre el mismo lleva a efecto ejecución hipotecaria en el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo, viéndose obligado a liquidar con la entidad Banco Popular Español S.A. la cantidad pendiente que ascendió a 67.151,43 €, para evitar la pérdida del piso adquirido*" .

El juicio histórico, tal y como ha sido descrito por la Audiencia, se nutre de una doble fuente probatoria. De un lado, el contenido literal de la escritura de venta (folios 7 a 24), en la que se hace constar que la hipoteca que gravaba el inmueble se hallaba ya pagada y pendiente del acto formal de cancelación. De otro, los testimonios del acusado -al que el Tribunal *a quo* no reconoce credibilidad- y el del querellante, que permitieron a los Jueces de instancia concluir que esa afirmación, relativa a la cancelación de la hipoteca, no era cierta y, en realidad, lo verdaderamente convenido era que parte del precio retenido fuera destinado a la extinción del gravamen real que afectaba al inmueble. En definitiva, entre lo pactado expresamente ante el Notario en escritura pública -la venta del piso libre de cargas, pendiente tan sólo del acto formal de cancelación- y la realidad -el pacto de destinar parte del precio convenido a pagar los importes todavía pendientes del gravamen real-, existe una más que sensible diferencia. Y esa diferencia, tal y como ha sido incorporado al factum, encierra importantes consecuencias jurídicas.

En efecto, si damos como cierto que lo verdaderamente pactado fue que parte del precio de venta fuera retenido por Efrain para, con su importe, extinguir el gravamen hipotecario que pesaba sobre el inmueble, el delito verdaderamente cometido no sería el de estafa de los arts. 248 y 250.8 del CP , sino el de apropiación indebida del art. 252 del CP . El dinero retenido por el vendedor tenía una finalidad predefinida, esto es, aplicar su importe a la extinción de la carga hipotecaria que gravaba el piso sito en el núm. NUM000 del CAMINO000 , en Colloto. Sin embargo, el acusado, quebrantando la confianza otorgada por el comprador, habría hecho suyas esas cantidades en claro perjuicio de Laureano . No existió un engaño con abuso de confianza, como ha entendido el Tribunal *a quo*, sino una deslealtad en la aplicación de los fondos que habrían sido entregados -mediante el pacto de retención- con el exclusivo objetivo de extinguir la deuda hipotecaria pendiente. Y en eso consiste precisamente el delito de apropiación indebida, en su modalidad de administración desleal del art. 252 del CP . Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala. Decíamos en la STS 677/2013, 18 de julio -con referencia expresa a las SSTS 547/2010, 2 de junio ; 47/2009, 27 de enero ; 625/2009, 16 de junio ; y 732/2009, 7 de julio -, que "*...en el tipo de apropiación indebida se unifican a efectos punitivos dos conductas, de morfología diversa, perfectamente discernibles: la que consiste en la "apropiación" propiamente dicha y la legalmente caracterizada como "distracción". La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas - expresamente o por extensión- en el art. 252 CP , el sujeto activo de la acción presuntamente incriminable ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible cuyo dominio no le ha sido transmitido. (...) En el segundo supuesto (...) la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada- sino en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto*".



Centrándonos en el segundo de los supuestos, que es el que motiva nuestra atención, razona esta Sala que "... dos requisitos tan sólo han de concurrir para que esta conducta se integre en el tipo de apropiación indebida: que la distracción suponga un abuso de la confianza depositada en quien recibe el dinero y que la acción se realice en perjuicio de quienes se lo han confiado, esto es, a sabiendas de que se les perjudica y con voluntad de hacerlo, bien entendido que la apropiación indebida no requiere un enriquecimiento del sujeto activo, sino perjuicio del sujeto pasivo, lo que rige tanto en el supuesto de apropiación de cosas como en la consistente en la distracción del dinero, y que el elemento subjetivo del tipo del art. 252 sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados, produciría un perjuicio del titular. No es necesario que se produzca un lucro personal o enriquecimiento del autor, sino lisa y llanamente un perjuicio del sujeto pasivo. La razón es sencilla: el contenido criminal de este delito se da íntegramente con el conocimiento de que el dinero distraído no se ha incorporado al patrimonio de su titular o se le ha dado un destino distinto a aquél para el que fue recibido".

Pues bien, en el presente caso, a la vista de los antecedentes que se reflejan en la sentencia recurrida, no fue objeto de debate en la instancia la posible subsunción de los hechos en el delito de apropiación indebida. Y aunque pudiera entenderse que en el juicio histórico se ofrecen los presupuestos fácticos del delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción de dinero, las exigencias asociadas al principio acusatorio y las reglas que inspiran el procedimiento casacional, impiden ahora corregir la calificación de los hechos con una tipicidad alternativa que no es homogénea, al no presentar su estructura típica, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, una identidad que autorice la sustitución del título de imputación. La sustantividad típica de los delitos de apropiación indebida y estafa -decíamos en la STS 448/2012, 30 de mayo -, está fuera de discusión. Los elementos que vertebran el juicio de tipicidad en uno y otro caso no pueden considerarse coincidentes. Sus respectivos elementos nucleares -engaño versus quebrantamiento de la confianza- aconsejan extremar la precaución desde la perspectiva de las garantías impuestas por el principio acusatorio. No es de extrañar, por tanto, que la jurisprudencia de esta Sala, no sin algunas excepciones (cfr. STS 928/2005, 11 de julio), haya proclamado la heterogeneidad entre los delitos de apropiación indebida y estafa (SSTS 362/1998, 14 de marzo; 918/2008, 31 de diciembre; 1298/2009, 10 de diciembre; 576/2006, 30 de mayo; 1168/2005, 18 de octubre, entre otras), razonando que en el primero el ataque patrimonial se lleva a cabo mediante un engaño con el consiguiente desplazamiento en el patrimonio, mientras que en el segundo el desplazamiento no tiene su origen en aquel engaño motor sino en el abuso de confianza ya depositada en el sujeto activo.

B) Si prescindieramos de esa afirmación fáctica que conduce de forma inexorable a subsumir los hechos en el delito de apropiación indebida -tipo por el que no se formuló acusación- y nos limitáramos a analizar la traducción jurídica del relato de hechos probados en el fragmento en que se hace constar que la hipoteca ya estaba extinguida, pendiente sólo del acto formal de cancelación, el desenlace no puede ser otro que el que sugieren el Fiscal y la defensa. Es decir, los hechos han de ser calificados con arreglo al art. 251.2 del CP.

Así lo ha entendido una jurisprudencia constante que recuerda que son elementos de este delito: 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.

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)".

Y la relación entre los arts. 248 y 251 del CP está regida por el principio de especialidad, conforme a la cual, el precepto especial se aplicará con preferencia al general. Así se desprende del art. 8.1 del CP y así lo hemos entendido en las SSTS 333/2012, 26 de abril y 69/2011, 1 de febrero.



En consecuencia, el engaño de Efrain , que condujo a la ocultación de un gravamen que se dijo extinguido y pendiente sólo de cancelación formal, ha de ser necesariamente encajado en el art. 251.2 del CP , ley especial frente al art. 248 del CP .

La Sala hace suyas las palabras del Fiscal cuando, para argumentar el error de subsunción en el que ha incurrido el Tribunal de instancia y la correlativa necesidad de calificar los hechos como constitutivos de un delito de estafa impropia del art. 251.2 del CP , recuerda que lo cierto es que en la escritura pública otorgada sobre el bien inmueble que fue objeto de transmisión, el recurrente incluyó una declaración mendaz de inequívoca trascendencia, cual es que la hipoteca constituida sobre la vivienda había sido íntegramente reembolsada estando únicamente pendiente de cancelación registral. De esta manera se presentó el inmueble libre de cargas, simulando una realidad inexistente mediante una declaración falaz sobre un elemento esencial del negocio traslativo que, por su importancia intrínseca, resultaba determinante para la realización del acto de disposición, con el consecuente perjuicio patrimonial ocasionado a la víctima, que se encuentra causal y directamente relacionado con la conducta engañosa del sujeto activo.

**3 .-** Una vez subsumidos los hechos en el art. 251.2 del CP , el análisis del segundo de los motivos conduce de modo inequívoco a apreciar la prescripción del delito imputado.

En efecto, la pena fijada por el art. 251.2 del CP es de 1 a 4 años de prisión. Por aplicación de lo prevenido en el art. 131.1, párrafo 4º del CP , el plazo de prescripción se situaría en los 5 años. Pues bien, la consumación del delito se habría producido el día 28 de setiembre de 2005, fecha en la que se ocultó al comprador la carga hipotecaria. La querrela se interpuso el día 21 de marzo de 2012, esto es, casi 7 años después de la comisión del hecho. Y fueron incoadas diligencias previas mediante resolución de 15 de mayo de 2012. Ha transcurrido, con creces, el plazo prescriptivo fijado con carácter general como causa de extinción de la responsabilidad criminal ( art. 130.6 del CP ).

De ahí la necesidad de casar la sentencia y acordar la absolución del recurrente.

**4 .-** Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales.

### III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por la representación legal de **Efrain** , contra la sentencia de fecha 8 de julio de 2013, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo , en causa seguida contra el mismo por un delito de estafa, **casando y anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, 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 D. Juan Saavedra Ruiz D. Julian Sanchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil catorce.

Por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el procedimiento abreviado núm. 8/2013, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 2 de Oviedo, se dictó sentencia de fecha 8 de julio de 2013 , que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la **ponencia** del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Por las razones expuestas en los FFJJ 2º y 3º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación de los dos motivos entablados, declarando que los hechos han de ser calificados con arreglo al



art. 251.2 del CP , constitutivos de un delito de estafa impropia, y que, a la vista del tiempo transcurrido entre la fecha de comisión y la de interposición de la querrela, procede declarar extinguida la responsabilidad penal del acusado recurrente.

### III. FALLO

Que **debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS** al acusado Efrain del delito de estafa por el que venía siendo acusado. Declaramos extinguida su responsabilidad penal por prescripción.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Julian Sanchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO