



Roj: **STS 2313/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2313**

Id Cendoj: **28079120012018100295**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2018**

Nº de Recurso: **1038/2017**

Nº de Resolución: **305/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Málaga, Sección 9ª, 10-02-2017,  
STS 2313/2018**

RECURSO CASACION núm.: **1038/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 305/2018**

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 20 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por **D. Eduardo** representado por la procuradora Dña. Blanca Murillo de la Cuadra y defendido por la letrada Dña. Concepción Cristobalena Jorquera y de **D. Andrés** representado por la procuradora Dña. Pilar Moneva Arce y defendido por el letrado D. Israel Héctor Romero Megías, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, de fecha 10 de febrero de 2017, que les condenó por delito de estafa en su modalidad de doble venta y estafa procesal en grado de tentativa, siendo también parte el Ministerio Fiscal; y como parte recurrida D. Federico, representado por la procuradora Dña. María Natalia Martín de Vidales Llorente y D. Carlos Miguel Romero Gómez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 4 de Marbella, instruyó Procedimiento Abreviado 103/13 contra **D. Eduardo y D. Andrés**, por el delito de estafa en su modalidad de doble venta y estafa procesal en grado de tentativa, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, que con fecha 10 de febrero de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "De la



apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos: Andrés , mayor de edad y sin antecedentes penales y Eduardo mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, el primero como representante legal de la mercantil Península Project Management S:L y el segundo como administrador de la misma vendieron el 15-7-2010 por escritura pública con subrogación en el préstamo hipotecario que sobre ella pesaba la siguiente finca:

Finca registra n- NUM000 inscrita en el Registro de la Propiedad de Santa Fe consistente en una vivienda tipo NUM001 sita en el bloque NUM002 portal NUM003 de la URBANIZACIÓN000 de la localidad de Atarfe.

Los compradores fueron tres matrimonios ingleses que compraron pro-indiviso. Esa misma vivienda había sido vendida a Federico el 5-10-2005 en contrato privado.

El Sr. Federico había solicitado a Andrés , Eduardo y Península Project Management S.L. la resolución del contrato con devolución de las cantidades entregadas, concretamente 45.817 euros, lo que no fue en ningún momento aceptado por los mismos, que haciendo caso omiso del requerimiento le citaron en la notaría a fin de otorgar la escritura pública de la vivienda manteniendo en todo momento la vigencia del negocio.

Ante esta situación no le quedó otro remedio al Sr Federico que presentar demanda de resolución del contrato, lo que hizo el 22-1-2010, demanda que correspondió al juzgado de primera instancia 11 de los de Granada que dictó sentencia condenatoria de los acusados el 7-6-2011 .

Al contestar a la demanda del Sr. Federico el 4-10-10, Eduardo y Península Project Management S:L se opusieron y reclamaron del demandante el pago completo del precio y la elevación a escritura pública del contrato, ocultando que la transmisión de la vivienda era ya imposible por haberla vendido en julio de ese año a los matrimonios ingleses a que se hizo referencia en el párrafo anterior.

No consta acreditado que Andrés tuviera participación en este procedimiento.

De nuevo, al interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia ocultaron que la vivienda había sido vendida, viendo frustrado su propósito de que el Sr. Federico fuera condenado al pago completo de la vivienda al desestimar la Audiencia íntegramente el recurso por ellos intentado.

La sentencia definitiva de la Audiencia Provincial de Granada fue dictada el 24 de febrero de dos mil doce .

En aquella fecha la empresa Península Project Management se había situado en una situación de insolvencia real que dio lugar a que fuera declarada en concurso de acreedores".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenarnos a Andrés y Eduardo como autores criminalmente responsables de un delito de estafa impropia sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a cada uno de ellos.

Indemnizarán de manera conjunta y solidaria con la entidad Península Project Management S.L a Federico 45.817,40 euros con sus intereses legales a contar desde el 10-7-2010 hasta el completo pago.

Y debemos condenar y condenarnos a Eduardo como autor de un delito de estafa procesal en grado de tentativa a la pena de once meses de prisión con la accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo necesario durante el tiempo de la condena y a la pena de cinco meses multa a razón de 25 euros diarios.

Ambos abonarán las costas de este juicio incluidas las de la acusación particular de la siguiente manera :

La mitad serán abonadas por Eduardo , una cuarta parte por Andrés , y una cuarta parte se declaran de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala II del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia.

Así, por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones de **Eduardo y Andrés** , 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.

**CUARTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación de Eduardo :



PRIMERO.- Por el cauce del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española en relación con el derecho a la presunción de inocencia, respecto a ambos delitos por los que resultó condenado el acusado.

SEGUNDO.- Por el cauce del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción de Ley, por indebida aplicación

del art. 251 del Código Penal , al haberse renunciado por el adquirente a la compra de la vivienda, al margen de la existencia o inexistencia de un procedimiento civil declarando la resolución del contrato.

TERCERO.- Por la vía del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca infracción de Ley por indebida aplicación del art. 250.1.7º del Código Penal .

La representación de Andrés :

PRIMERO.- Aduce el recurrente que el requerimiento efectuado por el Sr. Federico para resolver el contrato y que le fuera devuelta la suma de 45.817 € no fue a la persona del acusado Andrés , sino a la entidad Península Project Mangement, S.L. de la que únicamente era apoderado, particular que carece de transcendencia a los efectos perseguidos en la medida en que el título que ostentaba el acusado era suficiente para decidir sobre la resolución del Contrato, respondiendo con el requerimiento al denunciante para que otorgara escritura pública, oponiéndose finalmente a la demanda formulada por este, omitiendo el particular tantas veces citado, relativo a que la finca en cuestión había sido vendida a terceros en el mismo año, por la entidad representado por el acusado y su hijo, que culminó con que la misma fuera declarada en concurso de acreedores finalmente. Incurrir por todo ello el motivo en la causa de inadmisión del nº 1 del art. 885 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

SEGUNDO.- Por la vía del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca vulneración de lo establecido en el art. 120 de la Constitución Española y 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aduciéndose falta de motivación en la sentencia, sobre la base del error invocado en el motivo precedente.

TERCERO.- Por el mismo cauce se invoca infracción de Ley, por aplicación indebida de lo dispuesto en los artículos 28 y 251.1 del Código Penal , al aseverarse en la sentencia que el acusado tuvo pleno conocimiento y dominio del hecho delictivo.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 21 de mayo 2018 se señala el presente recurso para fallo para el día 5 de junio del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia objeto de la presente censura casacional condena a ambos recurrentes como autores criminalmente responsables de un delito de estafa impropia a la pena de 2 años de prisión; y además, al recurrente Eduardo como autor de un delito de estafa procesal, en grado de tentativa, a las penas de 11 meses de prisión y multa de 5 meses a razón de 25 euros diarios.

En síntesis, el relato fáctico -expuesto por cronológico- indica lo siguiente:

1) Ambos recurrentes enajenaron un inmueble sito en la URBANIZACIÓN000 de la localidad de Atarfe a Federico , el 5 de octubre 2005, en contrato privado.

2) Federico solicitó a los recurrentes y a la entidad a la que representaban (PENÍNSULA PROJECT MANAGEMENT S.L.) la resolución del contrato con devolución de las cantidades entregadas, concretamente 45.817 euros, lo que no fue en ningún momento aceptado por los mismos, que hicieron caso omiso del requerimiento y le citaron en la notaría a fin de otorgar la escritura pública de la vivienda, manteniendo en todo momento la vigencia del negocio.

3) Ante esta situación, el comprador presentó demanda de resolución del contrato el día 22 de enero de 2010, demanda que correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 11 de Granada que dictó sentencia condenatoria en contra de los acusados el 7 de junio de 2011 .

4) Los recurrentes, uno como representante legal de la mercantil citada y otro como administrador de la misma, vendieron el 15 de julio 2010 por escritura pública el inmueble a tres matrimonios ingleses que compraron pro-indiviso.



5) Al contestar a la demanda del Sr. Federico , el 4 de octubre de 2010, el recurrente Eduardo y la mercantil se opusieron y reclamaron del demandante el pago completo del precio y la elevación a escritura pública del contrato, ocultando que la transmisión de la vivienda era ya imposible por haberla vendido en julio de ese año a los matrimonios ingleses antes señalados. De nuevo, al interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, ocultaron que la vivienda había sido vendida, viendo frustrado su propósito de que Federico fuera condenado al pago completo de la vivienda, al desestimar la Audiencia íntegramente el recurso por ellos intentado, mediante sentencia de fecha 24 de febrero de 2012 .

6) El relato de hechos probados de la sentencia concluye con la afirmación de que en aquella fecha (24 de febrero de 2012 ) la empresa PENÍNSULA PROJECT MANAGEMENT S.L. se había situado en una situación de insolvencia real que dio lugar a que fuera declarada en concurso de acreedores.

Ambos recurrentes interponen sendos recursos, oponiendo tres motivos en cada uno de ellos.

Los tres motivos formulados por Andrés y el motivo primero del recurso interpuesto por Eduardo han de ser analizados conjuntamente, al incidir en la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El primer motivo del recurso de Andrés se interpone por error de hecho, afirmando que la sentencia no alude a ninguna prueba concreta, ni testifical ni documental, que pueda atribuirle la comisión del delito objeto de condena, ya que su participación se limitó a firmar una escritura de venta, haciendo uso del poder que al efecto le tenía conferido la empresa, que era administrada y dirigida en todo momento por el coacusado, sin que él pudiera conocer si dicha vivienda se encontraba anteriormente vendida. Asimismo, sostiene que diferentes documentos, que deben interpretarse de forma conjunta, demuestran que no tuvo conocimiento de la existencia de la venta previa, como son: el contrato de compraventa firmado por el querellante; el requerimiento efectuado por el mismo a la entidad mercantil instando la resolución de su contrato de compraventa; el burofax de requerimiento efectuado al Sr. Federico para comparecer en la notaría para otorgar escritura de compraventa y abonar el resto del precio de la vivienda; el acta de presencia otorgada ante el notario el 9 de febrero del año 2010; y los contratos privados firmados por los tres matrimonios ingleses, sobre viviendas de la misma promoción y que finalmente canjearon por la vivienda litigiosa.

En el motivo segundo de su recurso, denuncia la infracción del deber de motivación y afirma que es un motivo enlazado al error puesto de manifiesto en el motivo anterior. Y, en el tercer motivo de recurso, formulado por error de Derecho, denuncia la indebida aplicación de los artículos 28 y 251 CP y señala que la sentencia le considera autor del delito, sin que resulte acreditado que tenía pleno conocimiento y dominio del hecho delictivo, y sin que sea posible entender que ostentar un poder de representación de la mercantil y el 33% del accionariado supone tener el control efectivo de la misma.

Por su parte, el motivo primero del recurso interpuesto por Eduardo se formula por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en relación con los dos delitos por los que es condenado. En relación con el delito de doble venta sostiene que no existió el mismo en la medida en que el comprador inicial dio por resuelto el contrato de compraventa, por lo que si ya no quería comprar y sólo quería la devolución de las cantidades entregadas no concurre ni ánimo doloso de vender a otro ni un engaño suficiente en su actuación. Respecto al delito de estafa procesal indica que no se produjo daño al demandante en el proceso civil, ya que la compraventa a los nuevos compradores se inscribió en el Registro de la Propiedad, lo que evidencia claramente que la venta no se quería ocultar y que lo único que hubo en este procedimiento fue un simple error derivado de los numerosos procedimientos en curso en aquellos momentos de contenido igual (para resolución de los contratos), así como la realidad de la imposibilidad de perjuicio real en tales circunstancias.

En definitiva, como ya hemos indicado, la exposición de los referidos motivos evidencia que, pese al diverso cauce casacional articulado, en realidad denuncian la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, tanto por la insuficiencia probatoria como por la irrazonabilidad y falta de lógica de las conclusiones que fundaron el fallo condenatorio.

Los motivos deben ser desestimados.

La función de un tribunal de revisión, como es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando conoce de impugnaciones formalizadas con invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, es la de revisar la función jurisdiccional ejercitada por el tribunal de instancia en orden a la valoración de la prueba. No es una función puramente nomofiláctica, la más genuina de un tribunal de casación, sino que participa de las exigencias de la revisión, del reexamen de la función valoradora de las pruebas por un tribunal superior conforme exigen los Tratados Internacionales y de un sistema penal que pretende asegurar el control de los posibles errores jurisdiccionales. En este sentido, el control jurisdiccional alcanza al examen de la licitud de la prueba, a su regularidad, al proceso debido, a la observancia de los principios constitucionales y legales del ejercicio de la jurisdicción, también al examen de la suficiencia de la actividad probatoria y a su consideración



de prueba de cargo, extremos estos últimos que permiten al tribunal de casación ejercer una labor revisora de la actividad probatoria con unas funciones, propias de la jurisdicción, que van más allá de la que pueda ejercer el Tribunal Constitucional, dada su consideración de órgano del Poder Judicial y cúspide de la organización judicial.

El contenido de la motivación de la sentencia y de las propias actuaciones, que realizamos al amparo del art. 899 de la LECRIM, ponen de manifiesto que nos encontramos ante una situación en la que la prueba, valorada por el tribunal que ha dispuesto de la inmediación precisa, permite considerar como acreditados los hechos objeto de condena en autos.

Así, el Tribunal *a quo llega* a tal conclusión tras una valoración de un elenco plural de medios de prueba. En primer lugar, se debe destacar la documental aportada, especialmente el contrato de compraventa inicial en el año 2005 celebrado entre el Sr. Federico y la mercantil PENÍNSULA PROJECT MANAGEMENT S.L. (representada en ese acto por el recurrente Eduardo -folios 19 y siguientes de las actuaciones-); el procedimiento judicial por el que se acredita que, pese a que Federico pretendió resolver el contrato referido ante el incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, el mismo no se pudo tener por resuelto hasta que se dictó sentencia por la Audiencia Provincial de Granada resolviendo el recurso de apelación; de tal procedimiento también se constata que se produjo la oposición y reconvencción formulada por la mercantil citada; el contrato de compraventa sobre mismo inmueble entre la mercantil (en ese acto representada por el recurrente Andrés) y tres matrimonios ingleses, que fue elevado a escritura pública en fecha 15 de julio de 2010, es decir con posterioridad a la primera venta de fecha 5 de octubre de 2005 y con anterioridad a la resolución judicial de aquella primera venta; y la documental mercantil de la empresa en la que se acredita la diversa función que tenían ambos acusados dentro de la misma: Andrés era propietario del 33 % de la referida sociedad y apoderado de ella -hasta el punto que fue quien actuó como tal en la venta de fecha 15 de julio de 2010-, y Eduardo era el representante legal de la referida mercantil.

Además, el Tribunal de instancia valoró como prueba de cargo las propias declaraciones de los recurrentes y, en particular, la declaración del recurrente Eduardo quien afirmó en el plenario que, de un lado, en el año 2004 su padre ya era apoderado de la mercantil (es decir, con anterioridad a la primera de las ventas) con poderes amplios "ya que tenía firmas de ventas en diferentes sitios"; y, de otro lado, que cuando se vendió el inmueble por segunda vez existían problemas con el Sr. Federico, ya que aunque se le requirió para que compareciera a elevar a escritura pública el contrato de compraventa de la vivienda celebrado en octubre de 2005 no lo hizo. Por ello, afirmó, que tuvo por resuelta aquella primera venta y autorizó la venta del mismo inmueble a los segundos compradores, a pesar de que sabía que Federico había pedido que se le devolviese el dinero entregado a cuenta.

Conforme a la referida prueba en el sentido expuesto, el Tribunal concluyó que ambos recurrentes, a través de una entidad mercantil, de la que eran representante legal y administrador, en el año 2005, vendieron, mediante contrato privado una vivienda y, posteriormente, en el año 2010 vendieron la misma vivienda a tres matrimonios ingleses (en proindiviso) mediante escritura pública. Así como que tales hechos los llevaron a cabo con pleno conocimiento de la previa existencia y vigencia de la venta previa.

En los recursos se indica, en esencia, que o bien cabe una explicación alternativa de los hechos o bien, especialmente, en el caso del recurrente Andrés, no era conocedor de que la vivienda que vendió como apoderado de la mercantil había sido ya vendida con anterioridad.

Respecto a la primera cuestión, esta Sala ha destacado la naturaleza de derecho reaccional del derecho a la presunción de inocencia, no necesitado de un comportamiento activo de su titular, que se extiende sobre dos niveles: a) fáctico, comprensivo tanto de la acreditación de hechos descritos en un tipo penal como de la culpabilidad del acusado, entendida ésta como sinónimo de intervención o participación en el hecho de una persona; y b) normativo, que abarca tanto a la regularidad en la obtención y producción de la prueba como a la comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador, lo que se realizará a través de la necesaria motivación que toda sentencia debe tener.

Desde esta perspectiva, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo con los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, se debe controlar el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo.

Esos extremos son los que esta Sala ha de comprobar constatando la motivación de la sentencia. Ello porque el control casacional, como el que pueda realizar el Tribunal Constitucional, en un amparo ante el mismo,





no es una ulterior instancia y no puede referirse a la posible existencia de alternativas a comparar con la sentencia que se recurre, sino que lo determinante para el éxito de la pretensión revisora ha de concretarse en la lógica y racionalidad de la convicción que el tribunal de instancia obtiene del material probatorio. En definitiva, no es función propia de esta Sala realizar de nuevo un examen exhaustivo de la prueba de cargo y de descargo que figura en la causa, entrando a ponderar individualizadamente las pruebas practicadas en la instancia y el grado específico de eficacia de cada prueba personal o material, y a reelaborar por tanto los argumentos probatorios de cargo y descargo que se recogen en la sentencia. Nuestra misión debe centrarse, tal como ya se ha explicitado en otras resoluciones de esta Sala, en supervisar la estructura racional del discurso valorativo plasmado por el Tribunal sentenciador, cuestionando aquellas argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias.

En lo que respecta al pretendido desconocimiento por parte de uno de los acusados de que la vivienda que vendió como apoderado de la mercantil había sido ya vendida con anterioridad, el Tribunal *a quo* justificó de forma bastante, en los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo de la sentencia, que ambos recurrentes tenían tal conocimiento. No sólo a tenor de la prueba antes expuesta, sino, en particular, del hecho de que al tiempo de que se produjo la primera de las ventas (año 2005) era apoderado general y del hecho de que, al tiempo en que se produjo la segunda de ellas (año 2010), el recurrente fue la persona física que actuó en representación de la referida mercantil como apoderado general (tal y como se advierte en la escritura pública de compraventa de fecha 15 de julio de 2010 -folio 62 y 62 vuelto-) y, asimismo, era accionista de ella al ser titular del 33% de las participaciones. Por último, el Tribunal de instancia afirmó que la documental del procedimiento civil era demostrativa de que los dos recurrentes conocían la referida reclamación, ya que fue realizada por Federico contra la mercantil en la que ambos tenían ambos poderes de administración y disposición.

Finalmente, en relación con los hechos que el Tribunal calificó como un delito de estafa procesal por el que resultó condenado solo uno de los recurrentes, la Sala *a quo* justificó sobradamente que ocultó en el procedimiento de primera instancia (y posteriormente ante la Audiencia Provincial en fase de apelación) el hecho de que se había producido la segunda de las ventas. Para lo cual tuvo en cuenta la documental existente en el procedimiento civil: escrito de oposición a la demanda y de demanda reconventional y las sentencias dictadas en primera y segunda instancia en ese procedimiento, donde se advierte que la parte demandada ocultó la existencia de la segunda venta y, además, reclamó el cumplimiento forzoso del contrato de compraventa inicial, en una fecha en la que el inmueble se había enajenado por segunda vez. Asimismo, el Tribunal de instancia justificó que de estos hechos solo debía responder el recurrente Eduardo pues solo él fue, en cuanto representante legal de la entidad, quien dio orden de presentar, de un lado, la referida contestación a la demanda y, de otro lado, el recurso de apelación contra la sentencia dictada. Esta circunstancia es reconocida por el recurrente en su recurso, aunque, afirma que en ningún caso se dieron instrucciones concretas en el caso que nos ocupa, sino que la orden de oposición y reconversión fue general e igual a la pluralidad de procesos civiles en los que estaba inmersa la mercantil.

A la vista de lo indicado, hemos de concluir que la sentencia impugnada ha realizado una valoración racional de la prueba practicada en el juicio oral sujetando la apreciación a los criterios anteriormente expuestos. Para su convicción se apoya en la documental y las declaraciones oídas en el juicio y la motivación expresada por el tribunal es extensa, razonable y expresada de forma convincente, sin que esta Sala, carente de la percepción inmediata en el desarrollo de la prueba, pueda variar esa convicción.

Por ello, los motivos se desestiman.

**SEGUNDO.**- El segundo motivo del recurso de Eduardo se formula por error de Derecho, alegando la indebida aplicación del artículo 251 CP .

En el mismo sostiene, con cita de resoluciones de esta Sala, que no puede existir delito cuando el comprador ha renunciado en firme a su compra, al margen de que haya o no un procedimiento civil en curso para que se declare la resolución de contrato. Así lo manifestó en el caso concreto el comprador inicial, que resuelve el contrato con anterioridad y reitera su petición en una demanda civil e insiste en el juicio oral del procedimiento que su voluntad, desde el principio, fue la resolución en firme de la compraventa. En tal caso, no hay delito de estafa por doble venta porque no puede haber engaño alguno cuando el vendedor ha renunciado a su compra y no hay mala fe ni fraude a los derechos del primer comprador.

Sin perjuicio de poner de manifiesto los contornos difusos que pueden presentar las figuras delictivas recogidas en el artículo 251 CP , no sólo entre sí sino también con diversos preceptos del Código Civil (baste citar a modo de ejemplo su artículo 1473), lo cierto es que los recurrentes no discuten la subsunción jurídica llevada a efecto por el Tribunal *a quo* en el precepto legal que indica en su resolución ( art. 251.1 CP ).



La cuestión que se plantea, esto es, si cabe hablar de actuación delictiva en los supuestos en los que el comprador inicial ha manifestado su voluntad de resolver el contrato, ha sido objeto de tratamiento en diversos precedentes de esta Sala.

En unas ocasiones, la cuestión se ha abordado en la esfera del tipo objetivo.

Al respecto, ya indicamos en la STS 1927/2002, de 19 de noviembre, que el incumplimiento de la obligación de los compradores, quienes rechazaron la elevación a escritura pública de los contratos, *«desnaturaliza el compromiso pactado en los documentos privados y ese incumplimiento le resta capacidad para su conceptualización como título de la venta»*. En ese momento, la posterior venta a un tercero ya no supone la doble venta tipificada como hecho delictivo, sin perjuicio de las reclamaciones civiles que se pudieran realizar por los créditos existentes entre las partes.

En la STS 1507/2004, de 21 de diciembre, señalábamos que no cabe hablar de la existencia de una venta precedente ni de la causación de un perjuicio a ninguno de los posibles adquirentes de la cosa cuando -antes de producirse la segunda enajenación- el primer comprador, previamente a consumir su adquisición, expresó de manera formal, y con insistencia, su voluntad de rescindir la operación y que le fuera reintegrado el dinero que había anticipado, devolución que posteriormente se produjo.

Igualmente, en la STS 1428/2011, de 20 de diciembre, indicamos que no se aprecia el engaño propio del delito de estafa en el caso siguiente: en una compraventa con pago de precio a plazos se pacta que la falta de pago de cualquiera de las fracciones aplazadas por parte del comprador operaría de forma automática como cláusula resolutoria del contrato, de manera que, producido el incumplimiento de tal obligación, el vendedor dio por resuelto el contrato enajenando posteriormente el bien a un tercero. En este caso, afirmamos que el comprador no tenía más que un derecho obligacional, que no cumplió, haciendo dejación de sus derechos y obligaciones, y el vendedor entendió que su compromiso anterior había quedado resuelto por la falta de pago. Ante lo cual la sentencia citada señala: *«Que lo hubiera sido así, o no, es una cuestión que ha de ventilarse en la vía civil, sin que se aprecie el engaño propio del delito de estafa en la doble venta denunciada»*.

En otras ocasiones, la materia se ha abordado desde la perspectiva del tipo subjetivo.

Es el caso de la STS 4/2012, de 18 de enero, en la que el supuesto de hecho, en síntesis, era el siguiente: los primeros adquirentes de un inmueble no llegaron a otorgar escritura pública y fueron requeridos notarialmente por la entidad vendedora a tal fin en varias ocasiones, con intervención del notario para recibir en depósito un pagaré a favor de uno de los compradores, dando por resuelto el contrato con notificación a los efectos del artículo 1504 CC. También consta probado que la empresa vendedora interpuso demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de resolución de contrato por incumplimiento contra los compradores. Partiendo de tales elementos fácticos, la resolución indicada señala que este delito presenta dos fases perfectamente diferenciadas. La primera, integrada por la compraventa de un bien (en este caso el documento privado otorgado entre las partes). Las incidencias que puedan derivar del incumplimiento del contrato por cualquiera de las partes se solventarán en la vía civil. La segunda fase, que trasciende la esfera civil y convierte el hecho en punible, se inicia con el otorgamiento de un nuevo contrato de compraventa sobre el mismo bien a personas distintas, que provoca la tipificación delictiva del asunto, en la que las incidencias del incumplimiento del primer contrato no afectan a su punibilidad, *«excepto cuando se considere que la segunda venta carece de intencionalidad ilícita»*, como ocurre cuando el primer adquirente no culmine su prestación contractual para adquirir definitivamente la cosa, bien porque no cumpla su obligación recíproca (no paga el precio restante, se resiste a otorgar la escritura...), bien, porque manifieste su voluntad inequívoca de rescindir el contrato; actitudes que justificarían la segunda compraventa otorgada por el vendedor y suprimiría la relevancia penal de la misma.

Desde esta perspectiva subjetiva, también se trató la materia en la STS 916/2013, de 11 de diciembre, que resuelve un recurso de casación contra una sentencia absolutoria. En este caso, el vendedor remitió un burofax a los compradores citándoles para el otorgamiento de escritura pública, sin que comparecieran ni manifestaran nada sobre el requerimiento, por lo que el vendedor entendió que se desprendían de cumplir sus compromisos de elevar el contrato privado a escritura pública y, por ende, de adquirir la vivienda, por lo que consideró resuelto el contrato con libertad para disponer sobre la misma. La resolución de esta Sala indica que concurre el aspecto objetivo de la conducta típica y resta determinar si sucede lo mismo con el dolo de defraudar requerido para la estafa; es decir, por la conciencia de estar operando con engaño. A tal efecto, considera que el modo de proceder del acusado no es el propio de quien, habiendo ya dispuesto de un bien, procede sin más a disponer de él nuevamente. De manera que es razonable concluir que pudo haber sido consciente de estar operando de un modo no jurídicamente regular, pero no abiertamente delictivo y que la duda que se expresa en la sentencia de instancia (que, recordemos, fue de sentido absolutorio) acerca de la concurrencia de un dolo específicamente criminal no es en absoluto arbitraria, sino que goza de justificación suficiente.



A todos estos precedentes (citados en el recurso) podemos añadir la STS 645/2016, de 14 de julio . En el caso concreto, al tratar sobre la concurrencia del tipo subjetivo, se alegó por la condenada (vendedora) que la prueba practicada no permitía sostener que conociera las obligaciones derivadas del primer contrato de compraventa que suscribió, ni tampoco que llegara a suponer que no había quedado resuelto y afirma que envió un requerimiento notarial al adquirente, advirtiéndole que si el contrato no se elevaba a escritura pública en determinada fecha, daría por resuelto el contrato, con devolución del dinero recibido. La sentencia mantiene la concurrencia del dolo y señala que el contrato en modo alguno puede quedar resuelto sin la voluntad de ambos contratantes o resolución judicial y añade que es de percepción general para cualquier persona que el estatus jurídico que tiene con respecto a una cosa, por la celebración de un contrato, cambia en un aspecto esencial, que no es otro que saber tras la firma del contrato quedará vinculado.

Como ya hemos indicado, el recurrente entiende que el comprador había renunciado en firme a su compra, al margen de que hubiera o no un procedimiento civil en curso para que se declarara la resolución de contrato; y así lo manifestó en el caso concreto, que resuelve el contrato con anterioridad y reitera su petición en una demanda civil e insiste en el juicio oral del procedimiento que su voluntad desde el principio fue la resolución en firme de la compraventa.

Partiendo de la inmutabilidad del hecho declarado probado, lo que es obligado dado el cauce casacional empleado, en él no se declara que el comprador hubiera renunciado en firme a su compra o hubiera resuelto el contrato con anterioridad, sino que se declara lo siguiente: i) que el comprador «*había solicitado [a los acusados y la entidad mercantil] la resolución del contrato*» con devolución de las cantidades entregadas; ii) que ello «*no fue en ningún momento aceptado por los mismos*» ; iii) que «*haciendo caso omiso del requerimiento*» los recurrentes le citaron en la notaría a fin de otorgar la escritura pública de la vivienda «*manteniendo en todo momento la vigencia del negocio*» ; iv) que al comprador «*no le quedó otro remedio*» que presentar demanda de resolución del contrato; v) que al contestar a la demanda Eduardo (es decir, el propio recurrente que interpone el motivo) y la entidad mercantil se opusieron y «*reclamaron del demandante el pago completo del precio y la elevación a escritura pública del contrato*» .

De todo ello se deduce que el comprador no dio por resuelto el contrato unilateralmente, sino que acudió a los tribunales para obtener un pronunciamiento judicial, y que fueron los acusados (y este elemento fáctico es singularmente relevante) los que mantuvieron, con una cierta contumacia, que el contrato debía ser cumplido por el comprador en los términos pactados. Este dato diferencia al supuesto que nos ocupa de los tratados en las sentencias referidas anteriormente, ya que lo decisivo no es si el comprador tuvo por resuelto el contrato de manera unilateral (cosa que ya hemos dicho que no fue así) o si mostró su voluntad de resolverlo, sino que fueron los vendedores los que sostenían que no debía ser resuelto y que, por el contrario, debía ser cumplido. Así lo hicieron atendiendo a su actitud extrajudicial (citaron el comprador en la notaría a fin de otorgar la escritura pública de la vivienda) y a la actitud del propio recurrente en el seno del proceso judicial (se opuso a la demanda que reclamaba la resolución y presentó reconvenición, reclamando el cumplimiento). En consecuencia, del hecho probado se colige que, al momento de producirse la segunda venta, el recurrente era consciente de la vigencia del primer contrato de compraventa (porque así lo venía sosteniendo) y de las obligaciones que se derivaban del mismo como parte vendedora.

Como ya hemos dicho, este dato es el determinante. La jurisprudencia citada se centra en el supuesto en el que el comprador muestra con sus actos que ya no mantiene la vigencia del contrato y, en consecuencia, el vendedor «se siente liberado» de sus obligaciones iniciales para vender nuevamente; de manera que al hacerlo o falta el engaño (elemento objetivo) o falta el dolo (elemento subjetivo) en su actuar. Sin embargo, esa jurisprudencia no es aplicable a un caso como el presente, en el que es la parte vendedora la que no está dispuesta a que el comprador inicial «se libere de sus obligaciones» y pese a ello procede a vender por segunda vez a otro comprador.

Por ello, el motivo se desestima.

**TERCERO.-** El tercer motivo del recurso de Eduardo también se formula por error de Derecho, alegando la vulneración del artículo 250.1.7 CP .

En esencia, los argumentos que sustentan la impugnación son dos: i) si se le imputa haber ocultado en el procedimiento civil que el inmueble se había transmitido y haber reconvenido y apelado respecto a la demanda de resolución del Sr. Federico , ello jamás podría haber llevado a perjuicio alguno del demandante, porque se vería que la sentencia no podía ejecutarse y el demandante reclamaría la indemnización correspondiente; y ii) la jurisprudencia ha declarado que las alegaciones falsas y la omisión de hechos no constituyen estafa procesal y la ocultación en este caso no se refería a hechos esenciales para la cuestión litigiosa.

Hemos de iniciar la resolución del motivo partiendo del hecho declarado probado. En el mismo se señala que: i) al contestar a la demanda del Sr. Federico , el 4 de octubre de 2010, el recurrente y la mercantil se





opusieron y reclamaron del demandante el pago completo del precio y la elevación a escritura pública del contrato, «ocultando que la transmisión de la vivienda era ya imposible por haberla vendido en julio de ese año a los matrimonios ingleses antes señalados»; y ii) de nuevo, al interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, «ocultaron que la vivienda había sido vendida, viendo frustrado su propósito de que Federico fuera condenado al pago completo de la vivienda», al desestimar la Audiencia íntegramente el recurso por ellos intentado, mediante sentencia de fecha 24 de febrero de 2012.

La sentencia de instancia considera que estos hechos constituyen un delito de estafa procesal con sustantividad propia respecto al previo delito de estafa impropia, en la medida en que se produjo una ocultación de un dato fáctico al Juzgador. Esto es, la conducta en la que se basa el engaño punible es una omisión: ocultar en el proceso que la vivienda había sido vendida por segunda vez. Al respecto, la reciente STS 258/2018, de 29 de mayo, indica que los límites del delito de estafa procesal han de ser fijados «partiendo de la idea clave de que, en un procedimiento civil, inspirado por el principio de rogación, no toda ocultación de un hecho que, de haber sido puesto en conocimiento del Juez, habría contribuido a la justicia de la resolución, puede considerarse típica. De ahí que -decíamos en la STS 853/2008, 9 de diciembre - una versión parcial y, como tal, interesada de los hechos, una omisión de cuestiones fácticas o jurídicas de importancia para el tratamiento jurisdiccional del objeto del proceso o, simplemente, una selección del procedimiento afectada por el particular interés de quien lo promueve, no integran, sin más, la acción típica». La citada resolución manifiesta que esta doctrina jurisprudencial flexibiliza el entendimiento de la estafa procesal, dejando fuera de su ámbito estrategias defensivas que se limitan a valerse de alegaciones no siempre compatibles con el principio general de buena fe (art. 11 de la LOPJ).

Además, del propio relato fáctico se colige que la conducta posterior del recurrente en el proceso civil está ligada al previo delito consumado de estafa impropia. Esa ligazón es objetiva y subjetiva: i) objetiva, porque se oculta la transmisión de la vivienda por segunda vez, esto es, se oculta el acto consumativo del delito de estafa impropia; y ii) subjetiva, porque en el proceso civil el recurrente actúa con el propósito de que el primer comprador fuera condenado al pago completo de la vivienda (lo que es un lucro añadido de manera indirecta al precio recibido por la segunda venta).

En consecuencia, partiendo de la interpretación jurisprudencial ciertamente restrictiva sobre la estafa en el seno del proceso civil por la mera omisión de datos fácticos, la conducta del recurrente se debe considerar como una actuación tendente tanto a ocultar la comisión de un delito previo de estafa impropia como a coadyuvar la consecución del propósito u objetivo que se perseguía con la comisión de tal delito. Es decir, se trata de una actuación que forma parte de la fase de agotamiento del delito, que ya está penada en el tipo penal objeto del inicial reproche y no procede que sea objeto de punición por medio de otra figura delictiva (cfr., STS 286/2015, de 19 de mayo).

En este sentido, el recurso debe ser estimado, lo que supone que el recurrente debe resultar absuelto del delito de estafa procesal, como se acordará en la sentencia que se dicte a continuación.

**CUARTO.-** De conformidad con el art. 901 LECrim, la desestimación del recurso interpuesto por Andrés comporta la condena en costas al citado recurrente. Sin embargo, la estimación parcial del recurso interpuesto por Eduardo supone la declaración de oficio de las costas causadas por su recurso de casación.

## FALLO

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

**Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación de **Andrés** contra sentencia dictada el día 10 de febrero de 2017 en causa seguida contra el mismo y otro, por delito de estafa. Asimismo se le impone el pago de las costas ocasionadas por su recurso.

**Estimar parcialmente** el recurso de casación interpuesto por la representación de **Eduardo** contra sentencia dictada el día 10 de febrero de 2017 en causa seguida contra el mismo y otro, por delito de estafa, declarando de oficio el pago de las costas ocasionadas por su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: **1038/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta



Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 20 de junio de 2018.

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Novena, de la Audiencia Provincial de Málaga, que condenó por sentencia de fecha 5 de febrero de 2018 a **D. Eduardo y D. Andrés**, por delito de estafa en su modalidad de doble venta y estafa procesal y que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.**- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

**SEGUNDO.**- Que por las razones expresadas en el Fundamento Jurídico Tercero de esta resolución se absuelve a **Eduardo** del delito de estafa procesal, en grado de tentativa, por el que fue condenado en la resolución recurrida.

#### FALLO

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

**Absolver** a Eduardo del delito de estafa procesal, en grado de tentativa, por el que fue condenado en la sentencia dictada el día 10 de febrero de 2017 por la Audiencia Provincial de Málaga .

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la instancia.

Eduardo abonará una cuarta parte de las costas causadas en la instancia, incluyendo las causadas a la acusación particular, declarando la cuarta parte restante de oficio.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la instancia respecto a Andrés .

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

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

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Vicente Magro Servet