



Roj: **STS 2957/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2957**

Id Cendoj: **28079120012019100494**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/10/2019**

Nº de Recurso: **1374/2018**

Nº de Resolución: **434/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2345/2017,**  
**STS 2957/2019**

RECURSO CASACION núm.: **1374/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Penal**

##### **Sentencia núm. 434/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

D<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 1 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº **1374/2018** interpuestos por D. Joaquín de una parte, y D. Cirilo y D.<sup>a</sup> Beatriz, de otra, representados por los procuradores Sres. Rubio Pelaez y Rico Cadenas, bajo la dirección letrada de D. Evaristo Montoya Iglesias, y D. Demetrio contra Sentencia de fecha 30 de octubre de 2017, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña en causa seguida contra Joaquín por un delito de estafa. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Penal nº 1 de Santiago de Compostela inició PA nº 15/2017, contra Joaquín. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección Sexta) que con fecha 30 de octubre de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< PRIMERO.- El acusado, don Joaquín, con DNI número NUM000, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de la aplicación de la agravante de reincidencia, celebró el día 11 de febrero de 2003 un contrato privado de compraventa con don Cirilo y doña Beatriz, reflejado en un documento privado, en



virtud del cual don Joaquín , actuando en representación de la entidad PROMOCIONES INMOBILIARIAS JUAN SAMPEDRO, S.L., les vendió la vivienda letra NUM001 , NUM002 planta, del edificio que iba a construir dicha promotora en el solar sito en la AVENIDA000 , de la localidad de Boirb, por el precio de 75.126,51 € más el IVA correspondiente.

Previamente a la celebración de dicho contrato, el acusado, actuando en representación de la entidad JUAN SAMPEDRO, S.L., había suscrito con doña Salome y sus hijos un contrato de opción de compra de fecha 16 de abril de 2002 fijándose el precio de la opción en la suma de 60.101,21 €. Ejercitada la opción por parte del acusado, se celebró un contrato de compraventa en fecha 3 de octubre de 2002, documentado en escritura pública, en la cual se pactó un precio de 270.455,45 € que sería abonado en diferentes plazos y del cual habría de descontarse el precio de la opción. Sin embargo, al incumplir el acusado lo pactado en cuanto al precio de la compraventa, doña Salome interpuso en fecha 25 de junio de 2004 una demanda de ejecución dineraria contra dicha mercantil que dio lugar al procedimiento de ejecución de títulos no judiciales nº 226/2004, en cuyo seno se dictó el auto de fecha 28 de septiembre de 2004 que decretó el embargo de las fincas vendidas a don. Cirilo y doña. Beatriz , esto es, la vivienda tipo J, sita en la planta NUM002 . del bloque NUM001 , de la AVENIDA000 , de la localidad de Boira, con el trastero y la plaza de garaje.

SEGUNDO.- Mediante escritura pública de compraventa otorgada el día 24 de enero de 2005 ante el Notario de Boiro, el acusado, don Joaquín , actuando en representación de la entidad JUAN SAMPEDRO, S.L., vendió a los cónyuges don Cirilo y doña Beatriz la finca número NUM003 , descrita de la siguiente manera "vivienda tipo NUM001 , en segunda planta NUM004 , del bloque NUM001 , a la NUM005 *subiendo por la escalera, de la superficie construida* de ciento nueve metros y veinticuatro *decímetros cuadrados* y útil de ochenta y nueve metros y noventa y siete *decímetros cuadrados*, con su correspondiente *distribución interior*. Linda, *tomando como frente la puerta de acceso a la misma: frente, caja de escalera, pasillo y viviendas tipo " NUM006 "*, en su planta *correspondiente; espalda, herederos de Eduardo y Camilo ; derecha entrando, patio de luces entre los dos bloques; e izquierda, viviendas tipo " NUM006 "*, en su planta *correspondiente y AVENIDA000 "*, así como un trastero sito en la planta NUM007 y una plaza de garaje en el NUM008 . En dicha escritura de compraventa se hizo constar. que la finca estaba gravada con. una hipoteca. a favor de la CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA y que no había otras cargas, ni estaba arrendada. El precio pactado ascendió a la cantidad. de ochenta y un mil ciento treinta y seis euros con sesenta y tres céntimos.

El acusado, en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, no mencionó a los compradores la existencia del embargo acordado por el auto de 28 de septiembre de 2004 y que el mismo afectaba a las fincas vendidas y no lo hizo, a pesar de que era conocedor de dicho embargo, al habersele notificado dicho auto el día 10 de octubre de 2004.

TERCERO.- Los compradores, durante los años 2003 y 2005, entregaron a la vendedora diversas sumas a cuenta del precio de la vivienda por un importe total de 16.197,13 € y a raíz de la compra, se subrogaron en las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario suscrito con la entidad LA CAIXA, haciendo frente al pago de las cuotas.

En el año 2008, doña Salome se adjudicó en subasta pública la vivienda, el trastero y la plaza de garaje que habían sido vendidas a don Cirilo y a doña Beatriz , si bien, ante la negativa de estos últimos a abandonar la vivienda, se siguió el procedimiento ordinario nº 271/2011 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Ribeira en el cual recayó sentencia de fecha 30 de mayo de 2012 , en la cual se condenaba a Don Cirilo y a doña Beatriz a abandonar la vivienda en el plazo de 15 días. Recurrida dicha sentencia en apelación, fue confirmada por la sentencia de fecha 28 de mayo de 2014 dictada por la sección 6ª de la Audiencia Provincial de A Coruña >>.

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

"Que debemos condenar y condenamos a don Joaquín , como autor responsable de un delito de estafa impropia, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a lo pena de once meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

Asimismo, se condena a don Joaquín a indemnizar a don Cirilo y doña Beatriz en la cantidad de 36.697,13 €, cantidades que devengarán el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

Asimismo, deberá abonar la cantidad que se determine en fase de ejecución de sentencia correspondiente a las cuotas de hipoteca abonadas por don Cirilo y doña Beatriz a la entidad LA CAIXA, determinación que se realizará en los términos establecidos en el apartado B del fundamento jurídico sexto de la presente sentencia, con el límite máximo de 50.000 €.

Se condena al acusado al pago de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular.



Notifíquese esta Sentencia a los acusados personalmente, y a las demás partes, haciéndoles saber que pueden interponer recurso de casación, preparándolo ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta resolución".

**TERCERO.**- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, recursos que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Cirilo y Beatriz .

**Motivo primero** .- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. **Motivo segundo** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 251.2 CP , o subsidiariamente por inaplicación indebida del art. 8.1 CP en relación con los arts. 250 y 251.2 CP . **Motivo tercero** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 21.6 CP .

Motivos aducidos en nombre de Joaquín .

**Motivo primero** .- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. **Motivo segundo**.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 251.2 CP . **Motivo tercero**.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la valoración de las pruebas. **Motivo cuarto**.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim , por no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos que se consideran probados, manifiesta contradicción entre ellos o consignación de conceptos jurídicos predeterminantes. **Motivo quinto**.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 por no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos que se consideran probados, o manifiesta contradicción entre ellos, o consignación de conceptos jurídicos predeterminantes. **Motivo sexto**.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim por no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos que se consideran probados, o manifiesta contradicción entre ellos, o consignación de conceptos jurídicos predeterminantes. **Motivo séptimo**.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim por no resolver la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.

**CUARTO** .- El Ministerio Fiscal se instruyó de ambos recursos apoyando el motivo segundo del recurso de Cirilo y Beatriz e impugnando el resto de motivos; la representación legal de ambos recurrentes impugnó el recurso interpuesto de contrario. La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**QUINTO**.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 11 de septiembre de 2019.

**SEXTO**.- Se pasa el texto de la sentencia ya redactada por el ponente para firma del resto de integrantes de la sala el 20 de septiembre.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### a) Recurso de Joaquín

**PRIMERO**.- Para someternos a la estricta disciplina casacional trastocamos el orden de análisis de los motivos articulados, subvirtiendo la secuencia que plantea el recurrente. Las previsiones legales nos llevan a comenzar analizando los motivos por quebrantamiento de forma (motivos cuarto a séptimo: arts. 850.1 y 3); y, a continuación, el motivo tercero (*error facti*). Solo entonces quedará despejado el camino para abordar los dos primeros motivos (impugnación de precepto constitucional y de ley) . Es esa la sistemática que con toda lógica impone la *hoja de ruta* legal ( arts. 901 bis y 901 bis b) LECrim ) por más que en caso de desestimación -como sucederá aquí- ninguna consecuencia se derivaría de un apartamiento de la ortodoxia normativa.

**SEGUNDO**.- Los cuatro motivos por quebrantamiento de forma comparten un denominador común: su falta de fundamento que en rigor debiera haber conducido a la inadmisión ( art. 885.1 LECrim ), lo que en este momento procesal se traducirá en su **desestimación** .

Bajo el epígrafe *falta de claridad* (motivo cuarto: art. 851.1 LECrim ) de forma lacónica se vierte una consideración que no acaba de entenderse: unas referencias a un recurso de apelación interpuesto en la causa civil seguida y a la renuncia a una nota simple del Registro. No se adivina qué relación puede tener esa enigmática alusión con la falta de claridad consignada en el art. 851.1: los hechos probados no alimentan



confusión alguna sobre esos extremos. Parece que se quiere insistir en un argumento sobre el supuesto conocimiento por los compradores del embargo que gravaba la vivienda. Pero eso es temática presente en otro motivo y en ese lugar ha de ser contestada.

**TERCERO.-** En el motivo quinto se denuncia **contradicción** confrontando los hechos probados de la sentencia con los de otra sentencia recaída en el orden civil. Se insinúa que la Audiencia no ha entendido bien el argumento defensivo relativo al conocimiento por parte de las víctimas del embargo que gravitaba sobre la vivienda.

Ningún encaje tiene ese alegato en el vicio casacional invocado que exige identificar una contradicción interna del propio hecho probado; es decir, que el relato fáctico contenga aseveraciones incompatibles entre sí. No es este cauce apto para volver sobre apreciaciones probatorias que parece ser lo pretendido por el recurrente.

**CUARTO.-** En el motivo siguiente (sexto) parece aludirse a una supuesta predeterminación del fallo; pero se hace otra vez con tanta avaricia argumentativa que se torna difícil esclarecer qué se quiere denunciar. Sea como sea, estamos también ante un vicio inmanente al hecho probado. Comprobado que en el *factum* no aparece mencionado el auto resolutorio del incidente de oposición a la ejecución (materia sobre la que gira el motivo), es claro que no podemos estar ante ese defecto casacional cuyo punto de partida obligado ha de ser una concreta expresión del hecho probado que encerrase un concepto jurídico.

**QUINTO.- Incongruencia omisiva** es la bandera tras la que se sitúa el alegato que integra el motivo séptimo. Se dice que no se ha refutado la alegación sobre la renuncia a la nota simple registral el 24 de enero de 2005 en la notaría. No es eso exacto.

Amén de no tratarse de una pretensión, sino de un argumento -lo que nos aleja del estricto campo de la incongruencia omisiva para situarnos en el de la exhaustividad de la motivación- es temática que ha sido profusamente analizada en la sentencia de instancia: vid párrafo final del fundamento de derecho primero dedicado a esa cuestión. Allí se encuentran las convincentes razones por las que la Audiencia ha considerado que esa renuncia no era indicativa del conocimiento por parte de los compradores del embargo, reforzando otras pruebas y argumentos que abundan en esa idea y que nutren los párrafos inmediatamente anteriores.

**SEXTO.-** El motivo tercero se canaliza a través del art. 849.2º LECrim de forma también heterodoxa desde el punto de vista casacional. Señala varios documentos; ninguno por sí solo tiene fuerza convictiva en cuanto a los particulares que el recurrente intenta acreditar:

- a) La notificación del Auto del Juzgado de 1ª instancia a la procuradora no demuestra que el acusado desconociese su contenido. Más bien alienta la hipótesis contraria.
- b) La renuncia a la reclamación de nota simple registral al formalizar la compraventa tampoco es por sí acreditativa de que los compradores conociesen el embargo. Lo razona la sentencia ampliamente.
- c) Igualmente, la sentencia recaída en el procedimiento civil no evidencia que los querellantes conociesen la carga. No existe, por otra parte, efecto prejudicial en el orden penal de una sentencia civil.
- d) Menos aún puede deducirse eso de la factura del Registro de la propiedad en cuanto a una nota emitida con posterioridad a la compraventa sin que conste quiénes fueron los solicitantes y fechada en un momento posterior a la escritura pública.
- e) Por fin, y en lo relativo a las cambiales abonadas a la entidad bancaria, es extremo que ha sido diferido para la fase de ejecución. Además, no se designan documentos sobre los que fundar ese supuesto error que, por otra parte, no puede contenerse en ese extremo en el hecho probado en tanto, como explica la fundamentación, no consta qué cantidad se llegó a abonar.

Para que prospere un motivo de este tenor es necesario que el documento enarbolado por sí solo demuestre algo contradictorio con el hecho probado. No puede predicarse esa aptitud de ninguno de los documentos invocados que, por otra parte, son analizados y valorados en la sentencia de instancia que no se aparta en nada de lo que se desprende indubitada y directamente de cada uno de ellos.

**SÉPTIMO.-** En el motivo primero a través del art. 5.4 LOPJ (más correcta sería la invocación del art. 852 LECrim) se denuncia infracción de la presunción de inocencia y otros derechos procesales, así como del art. 51 CE, traído éste a colación de forma dudosamente pertinente con la excusa de que se refiere a la protección de los consumidores.

No hay vulneración de la presunción de inocencia: la prueba documental combinada con la declaración de los perjudicados acredita la presencia de todos y cada uno de los elementos del delito por el que es condenado.



La alusión al art. 51.1 CE quiere evocar el deber de autotutela del consumidor. Pero eso no puede llevar al extremo de implantar un régimen de sistemática desconfianza en el tráfico jurídico. Los perjudicados se vieron sorprendidos en su buena fe por el acusado. No estaban obligados a una extrema diligencia o a la desconfianza y suspicacia so pena de perder la protección que les brinda el derecho penal.

**OCTAVO.-** El motivo segundo, por fin, denuncia aplicación indebida de los arts. 251.2 , 27 , 28 , 109 y concordantes del CP . Lo hace a través del art. 849.1º LECrim pero basándose en presupuestos que se apartan del hecho probado de la sentencia. Se sostiene que el acusado no conocía el embargo sobre la finca. Tal afirmación traiciona el hecho probado lo que aboca al motivo al fracaso tal y como se deduce tanto del propio tenor literal del art. 849.1º como del art. 884.3º LECrim . Si partimos del relato fáctico, como debemos partir, la subsunción jurídica es correcta.

**b) Recurso de Cirilo y Beatriz**

**NOVENO.-** Propugna la acusación particular en su segundo motivo por *error iuris* ( art. 849.1º LECrim ) reconducir la calificación jurídica llevándola desde el art. 251 (estafas especiales) al art. 250.1.1ª (estafas agravadas). Antes construye otro motivo ex art. 852 LECrim que versa sobre la misma cuestión, pero de un modo periférico: la argumentación de la Sala sobre esa cuestión sería insuficiente para colmar las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ).

No puede decirse que la Sala haya resuelto esa temática (estafa agravada *versus* estafa especial) de una forma inmotivada y/o arbitraria. Ha considerado que el principio de especialidad ( art. 8.1 CP ) llevaba de la mano al tipo del art. 251 CP . Es una respuesta que puede considerarse acertada o no, pero que no es ni arbitraria, ni irracional, ni ilógica ni inmotivada. Tan es así que esa es la respuesta que a esta cuestión ha dado en muchas ocasiones la jurisprudencia de esta Sala. Y lo haremos de nuevo en la presente sentencia por más que no podamos sino reconocer que es controvertida y que en contra pueden aducirse argumentos de fuste. Veamos someramente algunos de esos precedentes a que aludimos.

La STS 362/2010, de 28 de abril declara que no son aplicables a los casos encuadrables en el art. 251 las agravaciones del art. 250.1 sin perjuicio de ser ponderadas a través del art. 66 CP en sede de individualización.

De forma similar, y apoyándose en el principio de especialidad, la STS 941/2007, de 8 de noviembre declara que ha de prevalecer el art. 251 cuando concurra con el art. 250. Esa misma premisa llevará a la STS 69/2011, de 1 de febrero a suprimir la pena de multa que había sido impuesta por virtud del art. 250. El art. 251 no lleva aparejada esa penalidad.

No puede hablarse de déficit de motivación (motivo primero), pero sí de la necesidad de abordar nuevamente un problema (motivo segundo) en el que la jurisprudencia no siempre ha sido uniforme como demuestra la STS 954/2010, de 3 de noviembre que es invocada en el motivo segundo del recurso de la acusación particular que se ha granjeado el apoyo del Ministerio Fiscal. Tal sentencia declara que ha de primar el art. 250 que desplazará al art. 251:

"Finalmente en cuanto a la posible subsunción de los hechos en el art. 251.1 CP . al tratarse de viviendas inexistentes, se señala en la doctrina que este artículo contiene tres supuestos de estafa cuya diferenciación con el tipo básico del delito de estafa del art. 248 se justifica no solo por la naturaleza del objeto del delito y la modalidad del engaño determinante del perjuicio, sino también por la pena más grave (1 a 4 años) con que se sancionan dichos supuestos a los que, por otra parte, no es posible aplicar los subtipos agravados de estafa del art. 250 CP , dada la especialidad de las estafas descritas en el citado art. 251 que excluye, lógicamente, la aplicación de las restantes normas reguladoras de las penas contenidas en el Capítulo VI del Libro II del CP , pues a diferencia de lo que establecía el CP. derogado (art. 251) no se prescribe en el vigente remisión alguna a efectos penológicos a los arts. 249 y 250 que determinan las penas correspondientes tanto a la estafa genérica como a los subtipos agravados, lo cual puede resultar con frecuencia incongruente, sobre todo si se tiene en cuenta el considerable valor que hoy en día alcanzan los bienes inmuebles y el hecho de que, en no pocas ocasiones, la estafa del art. 251 recaiga sobre viviendas.

El art. 251.1º del Código Penal cuya aplicación se pretende sanciona "*a quien atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero*". El elemento nuclear del delito de estafa, es decir, el engaño, se plasma, en el hecho de que el sujeto se atribuye falsamente sobre la cosa objeto del delito facultades de disposición de las que carece, bien por no haberlas tenido nunca, bien por haberlas ejercitado con anterioridad y, por lo tanto, carecer igualmente de ellas, falsa atribución determinante del error en el sujeto pasivo del delito y, en consecuencia, del perjuicio. Por tanto, como precisó la STS. 211/2006 de 16.2 , el engaño típico en esta estafa aparece concretado en la tipicidad, esto es, la





maquinación insidiosa, la artimaña, en definitiva, el engaño, se concreta en la actuación de facultades de enajenación o de disposición de las que se carece.

Siendo así debe coincidir con el Ministerio Fiscal que en su escrito de impugnación del recurso, no comparte la afirmación del recurrente de que el art. 251.1 CP , se refiera a engaños elaborados sobre bienes inmuebles inexistentes.

En efecto -como con acierto señala- precisamente el tipo se constituye sobre la previa existencia de un bien sobre el que el sujeto activo va a construir su engaño al carecer de facultad de disposición sobre el mismo, de modo que no es la inexistencia del bien lo que determina la vía atractiva de aquél precepto penal, sino el hecho de carecer de dicha facultad de disposición sobre determinado bien y, no obstante, provocar, mediante engaño, el error en otro de dar por verdadera la apariencia de que realmente se tiene, para, finalmente, lograr la enajenación, el acuerdo o el gravamen, en su perjuicio.

Ciertamente como las acciones descritas en el art. 251.1 tendrían lugar muchas veces, en el ámbito de los negocios jurídicos relativos a viviendas y dicho precepto no contempla agravación específica, surge el problema de su relación con el art. 250.1.1.

La doctrina considera que la puesta en relación del art. 250.1.1 con el art. 251., cuya pena es menos grave que la establecida en aquel puede conducir a insatisfactorias consecuencias pudiendo incluso dejar sin efecto en la práctica, la esfera de protección del tipo agravado.

La solución en estos casos debe ser acudir a lo dispuesto en el art. 8.1 CP ., entendiéndose que el art. 250.1.1 es de preferente aplicación en virtud del principio de especialidad cuando la estafa tenga por objeto negocios jurídicos referidos a la vivienda, puesto que el fraude tipificado en el art. 251 del CP , tiene un ámbito de aplicación más general al titular tanto a las cosas inmuebles, aunque no se trate de viviendas en el sentido restrictivo propio del art. 250.1.1, como a los muebles, o en el art. 8.4 CP , resolviéndose el concurso de normas por el principio de alternatividad que supone que cuando una conducta encaje indistintamente en varias normas sancionadoras, se aplique la del precepto que imponga mayor sanción, en este caso el art. 250.1.1."

El precedente tiene, sin duda, fuerza. No obstante, se imponen de entrada dos matizaciones.

De una parte, que aquí estamos ante otra modalidad del art. 251.1 (vender como libre lo que se sabe gravado) con una singularidad propia. No es totalmente equivalente a la doble venta o a la venta de cosa ajena. En esta tipología son más imaginables, aunque no frecuentes, supuestos que no necesariamente colmarán plenamente la tipicidad del art. 248. En el caso al que nos enfrentamos, por ejemplo, el acto de disposición consecuencia del engaño (cuya potencialidad abstracta -"bastante"- queda mermada por el sistema de publicidad registral de inmuebles) no podría comprender el metálico entregado al autor en tanto el acto defraudatorio es posterior. Sólo podríamos ubicarlo en la acción de subrogarse en las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario.

De otra parte no podemos obviar que, aún después de tal significativo pronunciamiento ( STS 954/2010 ), seguimos encontrando resoluciones de esta Sala que insisten en la tesis tradicional.

Pueden consultarse en esa dirección, las SSTS 524/2014, de 16 de junio o 421/2013, de 13 de mayo (ambas ponencias del Excmo. Sr. D Alberto Jorge Barreiro), aunque la tesis no se desarrolla ni argumenta está implícita claramente en la solución ofrecida. De forma ya expresa la STS 90/2014, de 4 de febrero dirá:

"... 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 JJE, 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".

Se analizaba la venta de una vivienda -como ahora-. E, igualmente, el monto superaba los 50.000 euros. Pese a ello se elude de forma razonada la aplicación del art. 250 CP .

Retomemos, tras estas referencias jurisprudenciales divergentes de la pauta proclamada en la sentencia que sirve de bandera a los recurrentes, el hilo argumental.

El principio de especialidad, sin más, no resuelve la cuestión. Desde un cierto punto de vista es especial el art. 250.1.1º en cuanto que se refiere a una estafa que recae sobre *vivienda* , aspecto que no es tomado en consideración por el art. 251 que habla genéricamente de inmuebles.

Pero desde otra perspectiva puede considerarse especial el art. 251 en cuanto que contempla una modalidad concreta de engaño (ocultación de una carga), siendo así que el art. 250 en relación con el art. 248 se refiere genéricamente a un engaño *bastante* , sin especificar más.

Teniendo ambos preceptos el mismo grado de especialidad (una zona común y sendas vertientes divergentes) habría que solventar el conflicto con otro criterio como la alternatividad (art. 8.4): el precepto especial más grave excluye al precepto con igual grado de especialidad pero menos grave.

Es más, podría hablarse de que en este supuesto el art. 250.1 y 2 contiene un doble elemento de especialidad: no solo la presencia de una vivienda, sino también la cuantía superior a 50.000 euros. Un tipo con dos elementos que lo singularizan prevalecería sobre otro que solo contempla un punto específico propio.

Ese planteamiento, de entrada, es *in casu* rechazable. En efecto, la estimación del recurso no podría ir nunca tan lejos como pretenden las acusaciones. Solo sería de apreciar el art. 250.1.ª (vivienda), pero no el art. 250.2 derivado de la aplicación concurrente de la agravación derivada del valor de la defraudación (más de cincuenta mil euros).

El art. 250.1.5ª se refiere al *valor de la defraudación* y no al *valor del perjuicio* . Solo lo defraudado (lo que podríamos catalogar como "importe de lo estafado") puede servir para integrar esa agravación. Es simplista fijarse en el precio de la vivienda para identificar el valor de lo defraudado. Eso supone ignorar la secuencia desarrollada desde la obligada perspectiva del hecho probado.

Primeramente se celebra un contrato privado de compraventa en el que no se detecta el más mínimo atisbo de fraude: el 11 de febrero de 2003. La vivienda está libre de cargas. En virtud de ese contrato se efectúan diversos pagos (hecho tercero) que llegan a un total de 16.197,13 euros entregados entre 2003 y 2005 (no se precisa la fecha del último de esos pagos por lo que en beneficio del reo ha de presumirse que es anterior al 24 de enero de 2005, fecha del otorgamiento de la escritura de compra-venta; es más eso es lo que viene a sugerir una lectura completa de la sentencia).

Ese importe ha de ser excluido del concepto "valor de la defraudación": son entregas que no son fruto de un engaño que todavía no se ha producido, sino de una obligación contractual asumida válidamente.

Después se realizan otros abonos pero esta vez a resultas de la hipoteca que gravaba la vivienda y a favor no del defraudador, sino de la entidad bancaria. El defraudador consigue liberarse de sus obligaciones hipotecarias. No consta que esos pagos hayan rebasado el dintel de los 50.000 euros. Es esa la cifra invocada por la acusación. Pero, amén de ser insuficiente pues no se superan los cincuenta mil euros, la sentencia en su fundamentación jurídica expresa que no ha quedado demostrado que efectivamente se hayan efectuado todos esos pagos en su integridad (aunque sí da por supuesto que se han efectuado algunos) y además se pone justamente en el tope de 50.000 euros el máximo de indemnización por este concepto a fijar en ejecución.

No se trata sencillamente de que los perjudicados han gozado de la vivienda durante algún tiempo (es más grave vender una vivienda inexistente embolsándose todo el precio; que transmitir una vivienda trabada por un tercero pues también ese beneficio material puede suponerles un coste frente a la ejecutante). Lo determinante es que en rigor no puede decirse que la defraudación haya superado los cincuenta mil euros en tanto los pagos previos al engaño en sentido estricto no forman parte de la estafa, sin perjuicio de que sean también importes debidos e indemnizables.

Por tanto, estaríamos en todo caso, ante el subtipo del art. 250.1.1 y no ante el superagravado del art. 250.2, lo que dejaría la pena privativa de libertad situada en términos similares (el mínimo es de un año) y obligaría sencillamente a introducir una pena pecuniaria debidamente degradada como impone la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas apreciada como cualificada.



Estas observaciones sobre el eventual encuadre correcto de los hechos en caso de estimarse el recurso de la acusación, relativiza bastante la trascendencia práctica de nuestra decisión: solo estaría en juego la adición de una pena de multa, además degradada. La pena privativa de libertad quedaría inalterada.

Pero, aún así, venimos obligados a resolver la cuestión empeñada que ciertamente aparece erizada de dificultades. Lo demuestran esas vacilaciones jurisprudenciales. Y hemos de resolverla reconectando con la jurisprudencia más tradicional que, además, recoge lo que es la opinión mayoritaria en la doctrina, aunque no deje de señalarse que sin duda ese entendimiento de las relaciones entre los arts. 250 y 251 suscita en algún supuesto paradojas; aunque también, de otro lado, aporta coherencia. El principio interpretativo de vigencia quedaría no vulnerado, pero sí seriamente erosionado confinando a supuestos bastantes insólitos la aplicación de los arts. 251.1 y 2 que quedarían extrañamente convertidos en un tipo agravado de la estafa básica situados en un anómalo y poco explicable escalón intermedio entre la estafa básica (248 y 249 CP) y las estafas agravadas (art. 250 CP). Más allá de especulaciones doctrinales sobre la razón de ser del art. 251 en las que ahora no sería pertinente adentrarse, ese entendimiento no es asumible. Convertiría al art. 251 en el continente de tipos muy residuales que agravan por oscuras e incomprensibles razones el art. 249 CP.

No concuerda eso con la histórica inteligencia de esas estafas conocidas con razón como *estafas especiales*. El legislador, con razones buenas o no, ha querido dotarlas de especialidad con una regulación propia y singularizada que por su ubicación sistemática parece querer establecer una ruptura con los dos preceptos anteriores, lo que se acentuó en el Código Penal de 1995, asignándoles una pena diferenciada respecto de las estafas ordinarias para los supuestos del art. 251. En el Código previgente el art. 531 remitía a las penas del art. 528. Y antes de la reforma de 1983 se preveía una pena rebajada, dentro del exacerbado casuismo que entonces caracterizaba la regulación legal de la estafa.

La emancipación penológica llevada a cabo al trasplantar esas figuras al Código de 1995 nos lleva a considerar que el legislador ha querido dar prevalencia en todo caso al art. 251 frente a los arts. 248, 249 y 250. Es un concurso de normas, sin duda. Pero por voluntad implícita del legislador ha de resolverse dando prevalencia al art. 251, sin perjuicio de que al individualizar la pena dentro del marco penal (que no resulta insignificante: uno a cuatro años), se puedan ponderar factores que sin duda representan una mayor gravedad del hecho entre los que pueden aparecer algunos de los descritos en el art. 250, no con aplicación de ese precepto, pero sí de la mano del art. 66 CP.

#### **El motivo se desestima.**

**DÉCIMO.-** Por fin quiere la acusación que se despoje a la atenuante de dilaciones del carácter de cualificada que le ha conferido la Audiencia relegándola a su eficacia ordinaria (mitad inferior de la pena sin capacidad para rebasar el marco penológico abstracto). Argumenta que parte de los retrasos fueron fruto de la conducta del acusado y que la distancia temporal entre la incoación y el dictado de la sentencia no es tan exagerada.

Aunque los hechos suceden en 2005, la causa no se iniciará hasta 2008, al existir un procedimiento civil previo. Pero entre 2008 y mediados de 2019 -fecha en la que se redacta esta sentencia- media un tiempo ciertamente desproporcionado (más de diez años) en comparación con la mínima complejidad del asunto.

No cabe reprochar al acusado que no se personase en fase de instrucción con procurador: no estaba obligado a ello. Y los retrasos en la notificación (folios 691 y 692) tampoco pueden ser achacables a él. Como evidencia el examen de los autos (art. 899 LECrim) son fruto de la desesperante parsimonia en cumplimentar unos exhortos por parte del juzgado encargado de ello; lo que no puede redundar en perjuicio del acusado.

Pero es que, aunque restásemos estos tiempos estaríamos en un supuesto en que difícilmente puede regatearse la condición de muy cualificada: un total cercano a los nueve años (si prescindimos del tiempo invertido en la casación que tampoco es despreciable), en los que aparecen lapsos de parálisis absoluta de casi dos años o de nueve meses que la sentencia se preocupa de detallar (fundamento jurídico cuarto).

Es ponderada la estimación de la Sala y **el motivo debe decaer**.

**UNDÉCIMO.-** Debe condenarse a los recurrentes al pago de las respectivas costas generadas por sus recursos totalmente desestimados (art. 901 LECrim).

## **FALLO**

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

**1.- DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por **Joaquín**, contra Sentencia de fecha 30 de octubre de 2017, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña en causa seguida contra el mismo por un delito de estafa; condenándole al pago de las costas ocasionadas en este recurso.





**2.- DESESTIMAR** los recursos de casación interpuestos por **Cirilo y Beatriz** , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas; condenándole al pago de las costas ocasionadas en sus recursos.

Notifíquese esta resolución a la Audiencia de procedencia con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

Ana Maria Ferrer Garcia Susana Polo Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ