

Roj: **STS 3218/2005 - ECLI:ES:TS:2005:3218**Id Cendoj: **28079120012005100624**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/05/2005**Nº de Recurso: **856/2004**Nº de Resolución: **646/2005**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Mayo de dos mil cinco.

En los recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por Fidel , y TEMPRA SL., responsable civil subsidiario, y Miguel , al que se adhirió Romeo , representado por el Procurador Morales Hernandez-San **Juan**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Tercera, que condenó a los acusados, por un delito Estafa; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Juan Ramón Berdugo Gómez** de la **Torre**, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Cristobal , representado por la Procuradora Sra. Ortiz Cornago, y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Vázquez Guillen, Martín Cantón

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Bisbal, incoó Procedimiento Abreviado con el número 30 de 1999 , contra Fidel , TEMPRA SL. y Miguel , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Gerona, cuya Sección Tercera, con fecha 12 de febrero de 2004, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: UNICO.- El 13 de noviembre de 1992 el acusado Fidel , mayor de edad, y sin antecedentes penales, compró a Cosme el inmueble ubicado en la CALLE000 nº NUM000 de Begur, inscrito en el Registro de la Propiedad de Palafrugell finca número NUM001 , Sección de Begur, Libro NUM002 , Tomo NUM003 , por el precio de 14.500.000 pesetas, intermediando en esa compraventa el también acusado Araceli mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando como gerente de Promobegur API. constituyéndose sobre la finca, en ese mismo acto de la compraventa y en presencia de los dos coacusados, una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros Provincial de Girona en garantía de un préstamo por valor de 14 millones de pesetas.

En el año 1994 el acusado Fidel aportó la citada finca, de la CALLE000 nº NUM000 de Begur, junto con otras, a la sociedad Temptra, SL, domiciliada en Barcelona, en la calle Badal nº 35, en pago del capital suscrito de la indicada sociedad familiar.

El coacusado Fidel encargó a Araceli , como gerente de Promobegur API, la venta en bloque de la finca de la CALLE000 nº NUM000 de Begur y ante la imposibilidad de su venta en bloque, los acusados Fidel y Araceli acordaron vender el referido inmueble por plantas.

Es a comienzos del año 1995, ante el interés mostrado por el señor Cristobal por adquirir la planta baja y una habitación de la primera planta del indicado inmueble, cuando los acusados Fidel , obrando ya en nombre de la sociedad Temptra SL. en ese momento propietaria de la finca de la CALLE000 nº NUM000 , y el también acusado Araceli , obrando como gerente de Promobegur API, unidos por una relación que va más allá de la estrictamente profesional, y con la intención de obtener un lucro ilícito para ellos y para sus representadas, acordaron obtener el dinero necesario para el pago de las obras que debían realizarse, para la división y venta del inmueble, mediante la venta al señor Cristobal de la planta baja y una habitación de la primera planta.





un precio de 15.000.000 de pesetas, sin poner en conocimiento del comprador la hipoteca existente, a pesar del conocimiento que tenían de la misma, garantizando de esta forma el desembolso del dinero. Asimismo, Fidel, obrando en la condición antes indicada, encargó a Araceli, en su condición de constructor, la realización de las referidas obras, las cuales se debía financiar con el dinero obtenido de esa forma, del señor Cristobal.

En ejecución de ese plan común, el acusado Araceli acordó la compra-venta de la planta baja y una habitación del primer piso del referido inmueble con D. Cristobal por un precio de 15 millones de pesetas, más un millón por gastos de obras y 750.000 pesetas, por gastos de notaría y representaciones, firmándose a tal efecto por ambos, Cristobal y Araceli, un contrato privado de venta fechado el 20 de mayo de 1995 donde, entre otras cláusulas, se estipulaba la venta de la vivienda libre de cargas y gravámenes, no obstante conocer ambos acusados que la finca había sido previamente hipotecada a favor de la Caixa de Girona por un montante de 14 millones de pesetas y que posteriormente en el año 1994 se había aportado dicha finca por Fidel a la sociedad Temptra, SL. sociedad de la que el acusado Fidel es hoy legal representante, constando ambas operaciones debidamente inscritas en el Registro de la propiedad correspondientes, y de las que D. Cristobal sólo tuvo conocimiento después de firmar el contrato reseñado, haber efectuado el pago íntegro de las cantidades pactadas y haber recibido las llaves del piso.

En cumplimiento del contrato, el señor Cristobal procedió al pago total de las cantidades acordadas. No obstante, por parte del vendedor, a pesar de la insistencia del Sr. Cristobal, no se efectuó la correspondiente firma de la escritura pública. En fecha 7 de mayo de 1996, D. Cristobal efectuó requerimiento notarial al coacusado Araceli para la firma de la correspondiente escritura, procediendo a la entrega de las llaves del piso al Sr. Cristobal.

Asimismo, y conforme al plan inicialmente ideado, con el dinero recibido por parte del comprador Sr. Cristobal, Araceli pagó el importe total de las obras, las cuales comenzaron en el verano de 1995, efectuándose la correspondiente solicitud de licencia de obras, hasta el momento inexistente, en octubre de 1995, solicitud hecha por Araceli, en nombre y representación de Temptra SL. y encargando a Romeo (entonces propietario de Promobegur API), en su condición de aparejador, la realización de las obras pendientes. Las obras fueron supervisadas por el acusado Fidel, quien visitó, en diversas ocasiones, las mismas a fin de ver su desarrollo. Asimismo, Temptra SL. recibió, por lo menos, 1.400.000 pesetas de ese dinero. Y Promobegur API, cobró una comisión del 5%.

A pesar del correspondiente requerimiento notarial por parte del Sr. Cristobal al acusado Araceli, y la correspondiente entrega de las llaves del piso al comprador Sr. Cristobal, el acusado Fidel en su condición de representante legal de Temptra SL, con la firme voluntad de no cumplir lo pactado en su nombre y representación, se ha negado hasta la fecha a firmar la correspondiente escritura pública.

En fecha 11 de noviembre de 1999 el Sr. Cristobal, para no perder la propiedad así adquirida, que iba ya a tercer remate, adquiere mediante cesión, el crédito hipotecario nº NUM004 en el procedimiento sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de la Bisbal, autos nº 251/98, debiendo pagar a La Caixa la suma de 48.309,25 euros, más gastos, subrogándose en los derechos y acciones crediticias.

Finalmente, también desde finales de 1996 y antes de que se realizara la venta de los otros dos pisos, el Sr. Cristobal se vio obligado al pago de los servicios de luz correspondientes a todo el inmueble. Así como al pago del impuesto correspondiente al inmueble.

Con todo ello, se ha causado un enorme detrimento en el patrimonio del Sr. Cristobal, lucrándose de ello, los acusados, la Sociedad Temptra SL. titular del inmueble en esas fechas, y Romeo como titular de Promobegur API.

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

FALLO: Que debemos condenar y condenamos a los acusados Fidel y Araceli como coautores responsables de un delito de estafa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de prisión de un año.

Asimismo como responsables civiles directos, deberán:

a) a título de restitución, devolver la suma de dinero pagado por Cristobal por la compra del crédito hipotecario que asciende al importe de 8.037.983 pesetas (48.309,25 euros), incrementado en los intereses de mora, al interés de 16,75% anual, pactados en el referido préstamo hipotecario, desde la fecha de su compra hasta el pago total de la deuda.

b) a título de reparación del daño, se declara la plena propiedad del inmueble detallado (Fundamento Octavo) como de exclusiva propiedad de Cristobal. Y se establece la obligación de elevar a escritura pública el contrato



de compraventa, por parte de Fidel , como legal representante de la sociedad Tempra SL. para proceder a su registro, debiendo pagar el comprador los gastos e imposiciones correspondientes, descontándose las 750.000 pesetas ya abonadas por este concepto que correrán a cargo de los condenados.

c) a título de indemnización, pagar a Cristobal , por los perjuicios morales causados, la suma de 12.000 euros. Con los correspondientes intereses del art. 921.4 de la LECrim. Ambos responderán solidariamente y por mitad en favor del perjudicado de la responsabilidad civil señalada, con los intereses indicados.

Se declaran responsables civiles subsidiarias a Tempra SL. y a Romeo .

Se imponen por partes iguales el 50% de las costas procesales de la instancia a los condenados, con inclusión de las de la acusación particular.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Fidel , Tempra SL. y Miguel , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por Fidel y Tempra SL..

PRIMERO y SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 251.2 CP. 1995 .

TERCERO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba.

CUARTO y QUINTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por errónea aplicación de los arts. 109 y 110 CP. de 1995 e indebida aplicación del art. 111 CP . (art. 101 y 102 CP. de 1973).

Recurso interpuesto por Miguel .

PRIMERO.- al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 251.2 en relación con el art. 248.1 CP .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la valoración de la prueba.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la impugnación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día diez de mayo de dos mil cinco.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Fidel Y TEMPRA SL.

PRIMERO: El primer motivo por infracción de Ley con cauce en el art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 251.2 CP. 1995 .

La sentencia recurrida al aplicar el art. 251.2 CP. 1995 , a hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, orilla el régimen mas favorable al reo que contemplaba el Código de 1973, del que resultaba atipicidad cuando la constitución de la carga hubiera acontecido con anterioridad a la traslación del dominio.

Además, aún cuando la tipicidad aplicada participa de la estructura del tipo básico, orilla que la actividad engañosa, significadamente en el ámbito patrimonial inmobiliario y habida cuenta los instrumentos registrales que dotan de mayor seguridad a ese trafico, impide afirmar merecimiento de tutela penal cuando el error trae causa de una inactividad desidiosa del adquirente, a quien le es exigible lo que se significa como autotutela patrimonial.

Como primera cuestión se suscita por el recurrente que la sentencia condena por delito de estafa del art. 251.2 CP. 1995 , siendo así que por el Ministerio Fiscal y la acusación particular se solicitaba condena por el delito de estafa del art. 528 en relación con el art. 529.7 CP. 1973 vigente al tiempo de los hechos, alterando el presupuesto fáctico frente al que articularon su defensa los acusados, produciendo así un cierto relajamiento del principio acusatorio, pues inicialmente el engaño se refería a la venta misma del inmueble que habían acordado celebrar los acusados a los solos fines de lograr para su ilícito enriquecimiento (pago del precio por el adquirente engañado), sin intención real de contratar, y en la sentencia se ubica en la no



información al comprador de la existencia del gravamen al momento de la firma del contrato privado, situando el desplazamiento patrimonial en el pago del precio.

Considera el recurrente que de este modo la propia sentencia rechaza la concurrencia del engaño precedente sobre el que edificaban las acusaciones su pretensión de condena y así afirma en el Fundamento de Derecho primero, párrafo sexto que después de haberse pagado el importe total del precio y tras haberse concluido las obras, el querellante Cristobal requirió a Miguel para la correspondiente firma de la escritura pública y ante la imposibilidad de obtener la misma "realizó un requerimiento notarial obteniendo de esta forma, por un lado, la efectiva entrega del inmueble y por otro, que Miguel requirió a Fidel para la firma de la escritura", y como al propio tiempo afirma en el mismo Fundamento Primero, párrafo octavo, que no se ha dado probado que el plan inicial de los acusados incluyese fingir unas desavenencias a fin de negarse a firmar la escritura pública de venta tal y como lo postulan el Ministerio Fiscal y la parte acusadora, de ello hay que inferir la inexistencia de "dolo in contrahendo", al momento de la firma del documento privado de 20.5.95, cual venían manteniendo las acusaciones, esto es, inexistencia de voluntad antecedente o coetánea o la contratación de incumplimiento de la formalización de la venta en escritura pública cuyo no otorgamiento obedecía a otras causas, encontrándonos ante un mero incumplimiento civil por completo ajeno a la estructura de la estafa.

Esta alegación deviene improsperable.

Así en relación a la pretendida vulneración del principio acusatorio ciertamente. El sistema acusatorio que informa el proceso penal particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, reforzado en nuestro país desde la Constitución de 1978 que estableció con rango de Derechos Fundamentales un sistema de garantías procesales en su art. 24, exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no puede articularse la estrategia exigida por la Ley su garantía de la posición procesal del imputado.

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

En esta línea la STS 1678/93 de 5.7, señala que la base fáctica vincula al Tribunal de modo que éste no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliarse las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; pero no puede traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener trascendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o agravación de la responsabilidad penal, porque si lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

El otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación. La clase de delito, si este fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por Ley corresponda conforme a todos estos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de ejecución o la participación más grave, ni apreciar una inexistencia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación.

Estos dos componentes de la acusación, el conjunto de elementos fácticos y su calificación jurídica, conforman el hecho punible que constituye el objeto del proceso penal, el cual sirve para delimitar la correspondiente responsabilidad criminal, porque, si se excediera de los límites así marcados, ocasionaría indefensión al imputado que no habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado.

Y al efecto hay que considerar que esta Sala en sentencia de 30.4.90 precisó que no se vulneraba el principio acusatorio porque el Fiscal subsumiera los hechos en el art. 531 y la sentencia en el art. 528 en los siguientes términos: Respecto a las calificaciones jurídicas hay que decir lo siguiente: Con independencia de las posiciones doctrinales respecto a la estafa del art. 531 del Código Penal sobre si es una estafa propia o impropia, hay que señalar que es indudable que la conducta que se subsume en el citado precepto penal ofrece determinadas especificidades porque en otro caso, si todas las estafas previstas en el art. 531 estuvieran incorporadas en el art. 528, se daría, se dice, el absurdo de que la especialidad estaría comprendida en





generalidad, pero acaso dada la definición actual del art. 528, ningún obstáculo se ofrecería, desde el punto de vista del principio de legalidad, en subsumir él en las conductas del 531, aunque el legislador, ante la eventualidad de que se entendiera de otra manera, creó un precepto especial. Pero, en todo caso, hay una abrazadera o denominador común no sólo en cuanto a los efectos punitivos (reenvío penológico del art. 531 al 528), sino también en su esencia. La conducta del art. 531 implica una ficción que determina un error en el adquirente como consecuencia del cual se produce un perjuicio al mismo o a la persona con derechos sobre la cosa. La diferencia con la estafa propia, si existe, no es esencial, sino accidental, a través de la dinámica comisiva: El fingimiento del dominio para llevar a cabo una enajenación, un arrendamiento, un gravamen o la disposición de un bien como libre sabiendo que estaba gravado o la constitución de un gravamen o de un arrendamiento después de haberlo enajenado.

Así las cosas, no hay la vulneración del principio acusatorio dados los términos en que el problema viene planteado y la doctrina que sobre el mismo ha establecido el Tribunal Constitucional y esta Sala. En esencia, el principio acusatorio se reconduce a un problema de proscripción de indefensión. Si los hechos objeto de acusación y de decisión acusatoria en la sentencia son homogéneos y defendiéndose de aquéllos se defiende de ésta, si los respectivos delitos tienen idéntica naturaleza aunque puedan existir diferencias accidentales y la pena impuesta ha sido inferior a la pedida (en este caso por aplicación del principio de retroactividad favorable) no puede entenderse violado el indicado principio acusatorio en el que, fundamentalmente ha de verse la protección del justiciable impidiendo materialmente la proscripción de la indefensión en el sentido de que quede menospreciado el derecho del acusado a conocer perfectamente el contenido de la acusación. El principio acusatorio prohíbe al Tribunal realizar funciones acusatorias, imponiéndose en los supuestos de condena un obligado correlato entre la acusación y el fallo.

En virtud de cuanto antecede no ha lugar a la estimación de la anterior infracción.

SEGUNDO: Igualmente debemos recordar que, no obstante el laconismo del texto del párrafo 2º del art. 531 CP . puede afirmarse que la doctrina legal ha completado, sin una discusión, los requisitos que configuran el delito consistente en disponer de un bien sabiendo que estaba gravado. Así la jurisprudencia ha declarado:

- a) Es indiferente que el bien sea mueble o inmueble.
- b) Que se trate de cosa propia -aunque el delito puede ser cometido cuando se actúa con poder y representación del propietario, también para diferenciarse del párrafo 1º.
- c) Ha concretado el concepto de gravamen, que no limita exclusivamente a los reales (como prendas o hipotecas), sino también a anotaciones preventivas, embargos judiciales, ciertas prohibiciones de enajenar, etc.
- d) Como la estafa tipo, el engaño es también exigible en ésta, con la palabra "sabiendo" (ahora "ocultando") la existencia y subsistencia del gravamen.
- e) El perjuicio patrimonial que no exige que sea determinado con absoluta precisión, bastando con que rebase la cifra que le diferencia con la falta.
- f) La circunstancia de que la enajenación fraudulenta afecta a bienes muebles o inmuebles, propia que unas veces el perjudicado era el adquirente (generalmente ante gravámenes reales),. otras veces lo será el titular del gravamen, si no es real ni se refiere a inmuebles, pues entonces entrarán en juego los preceptos civiles sobre créditos preferentes.
- h) Finalmente la existencia del animo de lucro y la relación de causa a efecto entre engaño y perjuicio son obvios en todo delito de estafa (SSTS. 692/97, 795/98 de 26.5, 2193/2001 de 19.11, 1080/2001 de 9.7, 282/2001 de 21.2).

Respecto al argumento de que la tipicidad descrita en el art. 531.2 CP. 1973 es inaplicable, considera el motivo que la sentencia infringe normas sustantivas a tener en cuenta en la aplicación de la Ley penal, a saber los arts. 433, 609, 1095 y 1462 Cc . en cuya virtud y conforme a la teoría del título y el modo que rige en nuestro derecho civil, para la adquisición del dominio y demás derechos reales se exige la concurrencia tanto de una causa remota (título), consistente en el acuerdo sobre el precio y la cosa, como de una causa próxima (modo de adquirir) inexistente en la entrega real, simbólica o fáctica de la cosa.

La sentencia sitúa el momento de la comisión del delito en la firma del documento privado de 20.5.95, la constitución de la hipoteca se había producido el 13.11.92, y en el momento de la firma de aquel contrato no se informa al adquirente de la existencia de la hipoteca previamente constituida. Con posterioridad se produce por el adquirente el pago del precio. Tras ello el 7.5.96 por Miguel , informando que él no podía firmar la correspondiente escritura -pues no era el titular del inmueble- procede, no obstante, a la entrega de llaves al comprador. No se ha otorgado hasta la fecha escritura pública de compraventa.





En estos supuestos (constitución de hipoteca con anterioridad a la entrega) entiende el recurrente que es doctrina reiterada de esta Sala la que sostiene tal conducta no resulta incardinable en el art. 531 CP. 1973. Así quien aún habiendo vendido un bien en documento privado no ha perdido la condición de dueño por falta de la entrega de la cosa, ni se finge dueño cuando la enajena grava o arrienda con posterioridad, no incurriendo, por tanto en la conducta prevista en el art. 531.1º CP. 1973 , ni tampoco podría ser incardinable su conducta en el art. 541.2º al faltar el requisito esencial de haber enajenado, haber dispuesto del bien en el sentido de haber verificado la efectiva traslación de su dominio.

En definitiva se sostiene en el motivo que con arreglo a una tal concepción del modo de adquirir la propiedad, a cuya luz habrá que interpretar las conductas descritas en el art. 531 CP. 1973 , el CP. 1995, tipificó expresamente, abordando una cierta laguna de punibilidad denunciada en la doctrina, la conducta de quien habiendo enajenado como libre cosa mueble o inmueble la gravare o enajenare nuevamente antes de la efectiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero (art. 251.2 CP), precepto de imposible aplicación retroactiva a los hechos declarados probados en la sentencia conforme a lo dispuesto en los arts. 2.2 CP . y 9.3 CE .

El motivo no puede ser acogido.

Ciertamente, como señala la STS. 1329/2003 de 18.10 , la presente cuestión ha sido objeto de encontradas posiciones jurisprudenciales.

Por una parte, el criterio rigurosamente civilista según el cual la transmisión de la propiedad exige la concurrencia del título y el modo (artículos 609, 1095, 1462 C.C .) de forma que no consumándose la venta con la "traditio" el vendedor seguiría siendo dueño de la cosa y en consecuencia no realizaría ningún acto fraudulento mediante la segunda venta, tratándose en todo caso de un ilícito civil a resolver por las normas de dicho Código, Jurisprudencia tanto anterior como posterior a la reforma del artículo 531 por la Ley de 1.983 (S.S.T.S. 17/12/76, 17/11/77, 19/05 y 18/10/78, 22/07/84, 25/02/85, 26/07/88, 26/05 y 15/10/90, 29/01/92, 19/06/97, 02/04/98, 20/07/00 , entre otras). Por otra parte, la Jurisprudencia que ha dado cabida a la doble enajenación en supuestos de enajenación sin "traditio" y venta a un segundo comprador, por cuanto en estos casos el vendedor común se finge dueño de un bien que ya no le pertenece, como parece desprenderse de los artículos 1450 y 1473, ambos C.C . (S.S.T.S. 09/10/68, 15/04/70, 21/03/77, 11/06/79, 20/10/88, 30/03/90, 03/07/92, 14/02/94, 13/10/98, 28/06/02 nº 1193, 19/11/02 nº 1927 , entre otras). Tampoco podemos olvidar que incluso antes de la reforma de 1983 la doble venta ya se incardinaba por la Jurisprudencia en el artículo 531, primer párrafo, considerándose desde antiguo que incurría en estafa quien fingiéndose ser dueño de una cosa inmueble la enajenara, siendo por ello innecesaria la reforma excepto en lo relativo a incluir también los bienes muebles como objeto de la infracción.

Desde el punto de vista del Código Civil el artículo 1473 , que se refiere específicamente a la doble venta, presupone una única parte vendedora y una pluralidad de partes compradoras intervinientes en ventas separadas, válidas pero no consumadas, como se deduce inequívocamente de dicho precepto, pues de no ser así no se trataría de un supuesto de doble venta sino de venta de cosa ajena. Por otra parte, el artículo 1450 C.C ., que consagra el carácter consensual de la compraventa, sin que requiera para su perfección la escritura pública, establece la distinción entre la perfección y la conclusión del contrato, sin perjuicio de la eficacia meramente obligatoria del acuerdo sobre la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, lo que parece ser más conforme a la finalidad perseguida por el Legislador que trata de preservar más la eficacia obligatoria del contrato que la consumación del derecho real, teniendo en cuenta que se trata de proteger en la mayoría de los casos a las víctimas de fraudes inmobiliarios que después de hacer entrega de anticipos sobre el precio de la compraventa en documento privado podían verse desprotegidos frente a adquirentes posteriores amparados en el Registro de la Propiedad.

La última Jurisprudencia de la Sala se ha decantado claramente por la segunda tesis que considera suficiente la venta en documento privado sin "traditio" posterior para entender consumada la estafa en su modalidad de "doble venta". Como expone la reciente S.T.S. nº 1193/02, de 28/06, con cita de la precedente de 14/02/94 , "la denominada estafa de doble venta, prevista y penada en el artículo 531.2 del Código Penal de 1973 , fue modificada por Ley Orgánica de 25 de Junio de 1.983 introduciendo algunos supuestos delictivos que antes no estaban expresamente previstos, entre ellos precisamente este supuesto de la doble venta. Y en esa sentencia se recoge una cuestión esencial cual es que la existencia de la doble venta punible exige que el vendedor mantenga la disposición y la titularidad de los bienes vendidos de tal manera, que cuando realiza la segunda venta sepa y conozca la realización de la anterior, aunque haya sido en documento privado y no haya transmitido la disposición, exteriorizando de esta manera su propósito defraudatorio. Si hubiese dejado de tener la disposición al haberse consumado la venta anterior no existiría propiamente una segunda venta y simplemente se trataría de un contrato simulado o fingimiento de venta, modalidad de estafa que viene prevista en el párrafo primero del artículo 531 antes citado ", añadiendo que "si el vendedor, adem





de otorgar el documento privado de venta, cumpliéndose el perfeccionamiento del contrato como dispone el artículo 1450 del Código Civil, hubiese seguido la entrega de la cosa vendida, aunque hubiese sido simbólica o instrumentalmente, lo que hubiese determinado la consumación de la compraventa, al entregarse la disposición, la segunda venta no sería tal, sino que el sujeto fingiría ser dueño de algo que ya no es suyo, y esa conducta, como se ha expresado con anterioridad, viene prevista en el párrafo primero del artículo 531 del Código Penal de 1973 que castiga al que fingiéndose dueño de una cosa mueble la enajenare y no incardinaría, por el contrario, en el párrafo segundo que exige, como se ha dejado expuesto, que la venta no se haya consumado". La S.T.S. nº 1927/02, de 19/11, abunda en esta línea, con cita de la S. 1193/02, argumentando que "los dos párrafos del art. 531 del CP, Texto de 1973, contemplan dos supuestos distintos, el de la venta consumada, mediante la realización del título y el modo, y el de la venta no consumada porque el vendedor, pese a la realización de un contrato -título- no ha transmitido la cosa -modo-, pero la venta ha sido realizada. A esta posición nos adscribimos con reiteración de la jurisprudencia de esta Sala que así ha interpretado este tipo penal. La argumentación de la sentencia impugnada, en cuanto refiere la atipicidad de la conducta declarada probada porque no existió una auténtica compraventa al no concurrir la <<traditio>>, entendiendo que existe un derecho de crédito del <<comprador>> frente al vendedor, pero no una enajenación que pueda ser considerada como tal y presupuesto de la estafa inmobiliaria, no puede ser compartida toda vez que la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 531 (T.R. 1973), permite distinguir los dos supuestos antes referidos: la venta consumada, con título y modo, y la realizada y no transmitida que es objeto de nueva enajenación, doble venta, al que se refiere el segundo párrafo del art. 531 del Código Penal aplicable a los hechos".

De conformidad con esta línea precedente, debemos concluir que el presente caso la conducta atribuible al recurrente si tiene encaje en el delito del art. 531.2 CP. No se trata de quien habiendo vendido en documento privado, posteriormente constituye una hipoteca, conducta que con anterioridad a la adición del último párrafo del apartado 2º ("habiéndose enajenado como libre la gravare.... antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero"), podrá plantear los problemas sobre la necesidad o no de tradición real o ficticia en aquella primera venta, supuesto contemplado en la STS. 1012/2002 de 30.5, sino de hipoteca previamente constituida, que se oculta en el momento de la venta en documento privado, conducta que integra el tipo del art. 531.2, actual 251.2, primer párrafo ("el que dispusiera de una cosa mueble o inmueble ocultado la existencia de cualquier carga sobre la misma...") cuya tipología requiere:

- a) que exista un negocio jurídico de disposición de un bien o de una cosa cualquiera, entendida ésta en su más amplio significado.
- b) que a través del mismo haya sido transferido dicho objeto como libre de cargas cuando sobre el mismo pesaba un determinado gravamen.
- c) que con conocimiento de tal gravamen se lleve a cabo la transferencia dicha silenciando esta existencia con la intención de que la transmisión tenga lugar, esto es con la intención de obtener un lucro; y
- d) que como consecuencia de todo ello se produzca un perjuicio o daño patrimonial al adquirente o a un tercero (SS.T.S. 759//98 de 26.5, 2193/2001 de 19.11, 1080/2001 de 9.7).

El legislador quiso así constituir al vendedor en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa en el momento de la celebración del contrato, de ahí que al concertarse las respectivas voluntades es cuando el vendedor debe hacer uso de su deber de información (STS. 17.2.90).

TERCERO: Finalmente en este mismo motivo primero argumenta el recurrente que en el hecho probado se describe una realidad incompatible con la existencia de engaño bastante propio del delito de estafa del art. 531.2 CP. 1973 ó 251.2 CP. 1995, cual es que a la fecha de la suscripción del contrato privado 20.5.1995, las circunstancias de ser el bien inmueble titularidad de la mercantil Tempra SL. y hallarse gravado con hipoteca a favor de la Caixa de Girona eran "operaciones debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad", que no obstante fueron conocidas por el comprador sino "después de firmar el contrato reseñado, haber efectuado el pago íntegro de las cantidades pactadas y haber recibido las llaves del piso", lo cual permite la aplicación al supuesto presente de la doctrina jurisprudencial que señala que entre el engaño y la disposición patrimonial debe darse una relación de causalidad que quede excluida cuando el sujeto pasivo ha omitido un comportamiento diligente en la conclusión del negocio jurídico, esto es, cuando el sujeto de la disposición patrimonial tuvo la posibilidad de despejar su error de una manera simple y normal en los usos mercantiles, no será de apreciar engaño bastante en el sentido del tipo del art. 528 ó 531.2 CP., como sucede en el caso que se examina en el que la existencia del Registro de la Propiedad pudo llevar al comprador a conocer la existencia del gravamen y al no acudir al Registro para comprobarlo el engaño no puede considerarse idóneo y no puede hablarse de estafa.





El motivo no puede merecer favorable acogida.

La inscripción en el Registro de la Propiedad de la hipoteca que tiene carácter constitutivo, no empece la comisión del delito, siempre que el vendedor lo ocultase, porque en el ámbito de la compraventa el Legislador ha querido constituir al vendedor en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa estando obligado el vendedor a informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación, porque lo expresamente reputado como constitutivo del engaño en el art. 531.2 CP, no se puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para describir la situación real de la finca, porque toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra, así como la conclusión de otros negocios jurídicos que impliquen disposición constituye una afirmación tácita de que el sobre el bien no pesan gravámenes.

Se trata de un problema de distribución de riegos y fundamentación de posiciones de garante: por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

En todo, existe un margen en que se está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido defenderá de lo que sea adecuado en el sector en el que se opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones a que se obliga. Cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratantes, las circunstancias personales del sujeto pasivo y a la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

De acuerdo con este principio de autoresponsabilidad, la doctrina ha excluido la imputación objetiva en la estafa de los siguientes casos:

- a) negocios de riesgo calculado o especulativos, por ejemplo, la concesión de créditos sin comprobar el estado patrimonial del solicitante.
- b) relaciones jurídico-económicas entre comerciantes. Se entiende que existe corresponsabilidad, pues los móviles de diligencia exigidos en este caso son mayores.
- c) utilización abusiva de tarjetas de crédito por su propio titular, pues siempre hay una actuación negligente del comerciante o de la entidad emisora y pueden ser fácilmente evitables con una mínima diligencia.
- d) casos de excesiva comodidad de la víctima, en los que hubiera podido evitar el error con el despliegue de una mínima actividad.

Doctrina esta que no sería aplicable al caso que se examina. La inscripción en el Registro de la Propiedad que necesariamente acompaña a toda hipoteca (es un elemento formal constitutivo de la misma) no impide que este delito pueda cometerse. Es claro que cuando el comprador adquiere el inmueble en una Agencia API con establecimiento abierto al público y oferta de venta del mencionado inmueble, no hay desconfianza en el adquirente que le incite a acudir al Registro Público para comprobar si hay algún gravamen sobre el bien que adquiere. En todo caso, como dice la STS. 846/2000 de 22.5, incluso sin las circunstancias específicas del presente supuesto, es claro que la posibilidad de acudir al Registro de la propiedad para conocer la existencia del gravamen no impida la realización del delito (SS. 13.10.87, 12.11.87, 15.10.99, 23.1.92, 4.9.92, 25.9.92, 207/96 de 29.2, 115/97 de 29.1, 1158/97 de 22.9, 18.3.98, 26.5.98, 24.7.98, 1182/98 de 13.10, 5.11.98 y 25.1.2000).

De admitirse la tesis del recurrente estaríamos vaciando de contenido al art. 251.2 CP, es decir, este artículo sería inaplicable y, por decirlo de otro modo, sobraría. Por ello si el CP. prevé la estafa inmobiliaria es porque prevé la posibilidad de que se venda un inmueble gravado con hipoteca, sin poner de manifiesto el vendedor al comprador la existencia de tal gravamen y sin que el comprador haya consultado el Registro de la Propiedad, más aun en el caso que se examina en el que la venta se hizo a través de una agencia API y el contrato fue redactado por el encargado de la misma, confiando el comprador en la solvencia y honradez de una Agencia dedicada con titulación oficial a la intermediación inmobiliaria incumpléndose por aquél su obligación legal de hacer constar en el contrato la existencia de cargas en el inmueble.

CUARTO: El segundo motivo de casación por infracción de precepto constitucional, art. 25 CE, en cuanto garantiza la irretroactividad de las normas penales, por el cauce del art. 5.4 LOPJ.

La sentencia condena a Fidel por el delito del art. 251.2 CP. 1995 que aplica a hechos cometidos bajo la vigencia del CP. 1973, no contemplados por el anterior art. 531.2 CP. 1973, en el que tenía cabida la constitución de gravamen y su ocultación al adquirente antes de la definitiva transmisión, hecho que declara probado.





la sentencia acudiendo a la tipicidad del art. 251.2 CP . con quiebra del principio de irretroactividad de las normas penales previsto en los arts. 2 CP. 1995 , 23 y 24 CP. 1973 , y arts. 9.3 y 25 CE . que solo admiten la aplicación retroactiva de aquellas mas favorable, pero cuando los hechos declarados probados evidencian su insumibilidad en la norma vigente al tiempo de cometerse los hechos, no cabe acudir a la nueva redacción que extiende a otros supuestos la conducta típica.

El motivo deviene inadmisibile.

Tal como se ha explicitado en el motivo anterior los hechos declarados probados si serian subsumibles en el art. 531.2 CP. 1973 , y la aplicación del actual art. 251.2 CP. 1995 resulta correcta.

La STS. 1158/97 estudia la equivalencia o semejanza entre el viejo art. 531.2 CP . y el nuevo art. 251,2 CP . El derogado precepto sancionaba a: a "el que dispusiera de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado", mientras que el texto vigente establece: "el que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma..." pero mientras que el art. 251.2 CP . no le son aplicables las agravaciones del art. 250, que están circunscritas a la estafa genérica del art. 249, la doctrina de esta Sala admitió, que no existía obstáculo legal alguno para que se aplicasen las distintas circunstancias del artículo 529 del Código a las estafas especiales de los artículos 531 y 532 - sentencias de 19 de septiembre de 1994 y 1280/1995 de 19 de diciembre - por lo que el texto nuevo aparece obviamente como mucho más favorable.

QUINTO: El motivo tercero por infracción de Ley del art. 849.2 LECrim . por concurrir error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Entiende el motivo que el contrato privado de 20.5.1995, folios 10 y 11, en su literalidad, lleva a afirmar que estamos ante una simple promesa de venta que se hará en un futuro libre de cargas y gravámenes.

Así en la cláusula tercera se recoge que D. Miguel en la representación que ostenta de D. Fidel promete vender a D. Cristobal la planta baja descrita por el precio y condiciones que seguidamente se establecen.

En la cláusula sexta estipula el documento que "la venta se hará libre de cargas y gravámenes, respondiendo el vendedor al saneamiento y evicción conforme a Derecho".

En la cláusula séptima el contrato prevé que "en caso normal y legal que no se efectúan operación de compraventa por motivos anormales, se devolverá la cantidad de arras y paga y señal sin indemnización alguna.

Por último, estipula la cláusula octava que la parte compradora acepta la promesa de venta con modificación que se efectuará con reforma de la escalera de acceso a la primera planta por la cocina

El documento en su literalidad configura, en esencia, una promesa de venta o compra prevista en el art. 1451 Cc , cuya esencia radica en diferir para un momento posterior la perfección y entrada en vigor del contrato proyectado, quedando mientras tanto solamente ligadas las partes por el peculiar vinculo que produce el precontrato que contiene el proyecto o Ley de bases del siguiente y que consiste estrictamente en "quedar obligado o obligarse".

Y si la calificación jurídica del negocio celebrado no admite duda a tenor de la literalidad de sus cláusulas, igualmente hay que negar que se produzca al momento de la firma del documento ocultación de la carga hipotecaria que pesaba entonces sobre el bien.

El contrato solo prevé que la venta "se hará" libre de cargas y al utilizarse el tiempo verbal futuro eso en modo alguno constituye mendacidad ni ocultación de la situación registral de la finca en el momento de la suscripción del documento momento comisivo del delito según fija la sentencia, constituyendo solo la asunción de una obligación al momento en que "la venta" se haga, luego no hay ocultación sobre la situación del bien al momento de la firma del documento, sino solo compromiso de inexistencia de cargas al momento de otorgarse escritura, y por lo demás, siguiendo, con su literalidad, el contrato privado describe la figura en términos registrales, con expresión de Registro, tomo, libro, folio y numero de finca, lo que se muestra incompatible con maquinación insidiosa tendente a la ocultación y el desconocimiento del sujeto pasivo.

El motivo deviene inadmisibile.

La sentencia de instancia, Fundamento de Derecho segundo, establece que el contrato celebrado entre el Sr. Miguel y el Sr. Cristobal es de venta" y continua "el Sr. Cristobal pago íntegramente el precio de la cosa". En el Fundamento de Derecho tercero, "existe un acto de disposición, en concreto de venta, plasmado en documento privado con fecha 20.5.95", "que la referida venta se realizó existiendo y conociendo los acusados sin gravamen sobre el inmueble, consistente en una hipoteca..." "que el documento privado no se limita a omitir cualquier referencia sino que va más allá y una supuesta que la venta se hará libre de cargas".





Pues bien por la vía del art. 849.2 LECrim . solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

El ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente, se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal.

Por tanto, como acertadamente señala la acusación particular en su impugnación al recurso, si se entiende que el contrato privado de compraventa de 20.5.95, no es un contrato de compraventa sino un precontrato, debió optar por la vía del art. 849.1 LECrim . y no por la del art. 849.2 LECrim . que como recuerda la STS. 24.6.2001 se limita a rectificaciones puramente fácticas y no a cuestiones jurídicas propias de la subsunción por lo que su objetivo es la modificación de determinados pasajes del relato fáctico y no la concurrencia o no de los elementos integradores del tipo delictivo como pretende el recurrente.

SEXTO: No obstante y en aras de huir de un exacerbado formalismo incompatible con el Derecho Constitucional a la tutela judicial efectiva analizaremos las alegaciones formuladas por el recurrente, dada su voluntad impugnativa.

El motivo no puede ser estimado.

Es doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que la naturaleza de un negocio depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación (SS. 3.11.88, 20.2 y 2.11.90, 30.9.91), y por otro lado que la calificación jurídica de las relaciones que unen a las partes litigantes es función privativa de los Juzgados de instancia y ha de ser mantenido en casación en tanto no se revele como ilógica o contraria a las normas de hermeneútica contractual (SS. 3.5.93 y 3.6.94).

la STS. Sala 1ª 16.7.2003 , recuerda que la promesa de vender o de comprar, habiendo conformidad en la cosa y el precio dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato habiendo señalado la STS. de 26.6.73 , que los efectos de la promesa de compra y venta, recíprocamente aceptada, no pueden diferenciarse de los que produce la compraventa. Sus efectos son los del contrato perfecto, si consta que ésta es la verdadera intención de las partes, ha señalado la S. 1.6.66 . En resumen, la doctrina jurisprudencial de esa Sala ha recogido que el precontrato ya es en si mismo un autentico contrato que tiene por objeto celebrar otro en el futuro, conteniendo el proyecto o Ley de bases del siguiente (SS. 25.6.96 y 19.7.94).

La STS. Sala 1ª 3.6.2002 recuerda que esa Sala tiene declarado que "la esencia de la promesa bilateral de compra y venta (a la que se refiere el artículo 1451 del Código Civil) radica en diferir para un momento posterior la perfección y entrada en vigor del contrato proyectado, quedando mientras tanto solamente ligadas las partes por el peculiar vínculo que produce el precontrato, que contiene el proyecto o ley de bases del siguiente y que consiste estrictamente en <<quedar obligado a obligarse>> (STS de 28 de noviembre de 1994); que "resulta plenamente diferenciable la promesa bilateral de compra y venta de un contrato definitivo de compraventa, extremo que depende de la voluntad de los interesados y de los pactos a través de los cuales hayan constituido sus recíprocas relaciones, si bien la jurisprudencia ha distinguido siempre entre la promesa bilateral de vender y comprar y el contrato de compraventa" (STS de 23 de marzo de 1995); y que "es incuestionable que no siempre se presenta de la misma forma y manera el contrato de promesa de venta, pues unas veces las propias partes contratantes han dejado para el futuro la propia obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir mas que a la exigencia -por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso- de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, mientras que en otros supuestos, las mismas partes, demuestran su decidida voluntad -en todos los pormenores y detalles- de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como falta de autorizaciones o liberación de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo, poniendo de manifiesto su voluntad de presente, sino exacta y total para cuando cesen aquellos obstáculos o venza el término establecido, momento a partir del cual es incuestionable que si uno incumple lo prometido el otro estará facultado a exigir el cumplimiento no de la promesa en sí, sino tambi





del contrato definitivo al que aquella voluntad se determinó y para cuya realidad actual no existe ya obstáculo anterior" (STS de 24 de diciembre de 1992 , seguida en iguales términos por la de 8 de julio de 1993).

Como ya se expresó, la distinción entre contrato definitivo y mera promesa ha de buscarse en la voluntad de las partes contratantes y en los pactos a través de los cuales hayan constituido sus recíprocas obligaciones; en este caso, la intención de los partícipes en el negocio es clara: se concreta la cosa, se fija el precio y la forma de pago, (parte incluso se abona en ese momento) y se perfecciona la compraventa con la firma del documento, art. 1450 Cc ..

Del artículo 1445 Cc , se deducen los requisitos esenciales del contrato de compraventa:

a) es un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento, como resulta de la expresión "se obliga" y del artículo 1450 Cc , el cual dispone que la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.

b) es un contrato bilateral, pues de él nacen obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes.

c) es un contrato oneroso, por la correspondencia entre las contraprestaciones de las partes; y

d) es traslativo de dominio, en el sentido de que sirve de título para adquirir el dominio de la cosa vendida, de conformidad con la doctrina del título y del modo seguida por el Código Civil (artículos 609 y 1095).

Pues bien, en el documento privado objeto del litigio concurren todos los presupuestos necesarios para considerar el contrato como una compraventa, que quedó perfeccionada y es vinculante por consecuencia del convenio plasmado.

No empece a esta conclusión que el contrato solo prevea que la venta "se hará" libre de cargas y las expresiones relativas a la que "la parte promete vender", se recibe cantidades "en concepto de arras, pago y señal" y se recoja sanción por incumplimiento constreñido a la devolución estricta de las arras (cláusula séptima).

En este caso no hubo un contrato que estuviera por objeto la celebración de otro posterior (contrato preliminar o preparatorio, precontrato o promesa de contrato) pues las partes no se obligaron a realizar después otro contrato con las bases antes fijadas, sin perjuicio de las acciones que a las partes asistan para compelerse a elevarlo a escritura pública con el cumplimiento de las condiciones establecidas.

Y respecto al pacto arral (como cláusula accesoria de un contrato principal perfeccionado, generalmente una compraventa) puede desempeñar una de estas tres funciones (determinantes, respectivamente, de otras tantas clases de arras): como señal de la celebración de un contrato, en que la cantidad entregada es un anticipo o parte del precio (arras confirmatorias), como garantía del cumplimiento o arras penales, que se pierden si el contrato se incumple, pero que no permiten desligarse del mismo: y como arras penitenciales, que son las únicas que permiten resolver o desistir del contrato, mediante la pérdida o la restitución doblada y a las que específica y únicamente se refiere el artículo 1454 del Código Civil , y, por otro lado, ha de recordarse que es reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, la de que no cabe entender que el empleo de la palabra "señal" exprese necesariamente la facultad de separarse del contrato, sino que, por su condición de penitencial, para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de las partes, claramente constatada, se establezcan tales arras, expresando de una manera clara y evidente la intención de los contratantes de desligarse de la convención por dicho medio resolutorio, ya que, en otro caso, cualquier entrega o abono habrá de valorarse como parte del precio o pago anticipado del mismo, teniendo tal precepto legal un carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en el sentido de que se trata de arras penitenciales, ya que, en otro caso, la suma recibida sirve precisamente para confirmar el contrato celebrado (Sentencias 12.12.91, 31.7.92, 11.12.93, 25.3.95, 23.7.99).

Por último, que no existe ocultación del gravamen porque en el documento privado de 20 mayo 1995, se limita el vendedor a decir que la venta se hará libre de cargas, resulta inadmisibile.

Los hechos probados de la existencia declaran expresamente esa ocultación del gravamen al afirmar que los hoy recurrentes "unidos por una relación que va más allá de la estrictamente profesional y con la intención de obtener un lucro ilícito para ellos y para sus representantes, acordaron obtener el dinero necesario para el pago de las obras que debían realizarse para la división y venta del inmueble, mediante la venta al Sr. Cristobal ... sin poner en conocimiento del comprador la hipoteca existente, a pesar del conocimiento que tenían de la misma, garantizando de esta forma el desembolso del dinero...".

Hubo pues un incumplimiento de dicho momento de la obligación de informar al comprador de la existencia de la hipoteca, sin que sea excusa el único hecho de que en el contrato se especifiquen los datos registrales de





la finca, pues se ocultan de forma consciente y deliberada datos registrales esenciales en relación a la misma, cuales eran que la finca estaba hipotecada y además aportado a la sociedad Tempra, SL. sin olvidar que la jurisprudencia admite esta modalidad delictiva no solo cuando se oculta la propia carga sino la realidad de una carga muy superior a la que se declara ya que implica, en todo caso, como exige el precepto, la ocultación de la existencia de cualquier carga sobre un bien, en este caso inmueble (STS. 458/2004 de 31.3).

SEPTIMO: El cuarto motivo de casación, por infracción de Ley con cauce en el art. 849.1 LECrim . por errónea aplicación de los arts. 109 y 110 CP. 1995 e indebida inaplicación del art. 111 del mismo Texto Legal (arts. 101 y 102 CP. 1973). Entiende el motivo que la sentencia en materia de responsabilidad civil aplica acumulativamente las consecuencias de restitución, reparación e indemnización, siendo así, que a tenor del hecho probado y la estructura típica de la estafa, atendible por ser obligación exdelicto y no ex contrato, una tal consecuencia habría de constreñirse a la restitución, es decir, a la devolución con intereses del precio pagado con la cosa y eventualmente de lo pagado por el Sr. Cristobal , por la cesión de la hipoteca, dado que el Legislador, art. 110 CP , relaciona las consecuencias civiles ex delicto, según un orden de prelación en el que figura con carácter preferente la restitución que "siempre que sea posible" es excluyente de la reparación.

El motivo no puede prosperar.

La restitución de los mismos bienes es la primera vía de reparación con carácter general en los delitos contra el patrimonio (art. 110 CP. 1995 , art. 101 CP. 1973) pero no la única. Así la jurisprudencia STS. 22.10.2002 , precisa que la restitución es solo susceptible de imponerse jurídicamente en los casos de ilegítima disposición pues según el diccionario "restituir" es volver una cosa a quien la tenía antes El recurrente cuestiona esta afirmación sosteniendo que la restitución es prioritaria a la indemnización, pero esto solo es cierto cuando existiendo la cosa, el perjudicado hubiera sido desposeído de la misma, lo que no ha sucedido en el caso presente, precisamente porque el Sr. Cristobal adquirió la propiedad del inmueble mediante compraventa perfecta y consumada con abono total del precio y entrega de las llaves y toma de posesión del piso, y pago de 48.309,25 E, correspondiente a la cesión del crédito hipotecario que en el procedimiento sumario art. 131 LH , se estaba ejecutando en el Juzgado 1ª Instancia 4 de la Bisbal, autos 251/98, precisamente por la falta de pago de la hipoteca por los titulares registrales.

Siendo así el pronunciamiento de la sentencia que no acuerda la restitución de la cosa sino la reparación condenando a Fidel , como legal representante de Tempra SL. a elevar a escritura publica el contrato privado de compraventa, y a ambos acusados como responsables civiles directos a devolver la suma de dinero pagado por el Sr. Cristobal por la compra del crédito hipotecario, debe entenderse correcto.

En efecto ejercitada la acción civil en el propio procedimiento penal para el resarcimiento del perjuicio estrictamente derivado del delito objeto de condena (art. 109.1 CP .) es el propio procedimiento penal en el que debe procederse a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados (art. 109.2 y concordantes del CP . art. 111 y concordantes LECrim .).

Sentado que los perjudicados cuentan con la opción legal de acudir al proceso penal para deducir sus pretensiones civiles derivadas del hecho delictivo, no existe norma legal alguna que limite el contenido de tales pretensiones a las propias de la responsabilidad extracontractual, una interpretación tanto literal como lógica, y sistemática de todas las normas sobre responsabilidad civil "ex delicto", -así las contenidas en el CP. como en el CC.- ha de llevarnos a la inequívoca conclusión de que los perjudicados pueden deducir en el seno del proceso penal cualquier tipo de pretensiones civiles "ex delicto", tanto de condena como meramente declarativas o incluso, constitutivas.

Por tanto, si el perjudicado puede en el proceso penal ejercitar cualquier tipo de acciones tendentes a lograr cualquiera de las contenidas que a la responsabilidad civil "ex delicto" asigna el art. 110 CP ., es evidente que estará en libertad para configurar su pretensión en los términos que le parezca más convenientes, sea fundándola en supuestos de responsabilidad contractual o extracontractual, lo que vendrá normalmente indicado por la formulación de la conducta típica que sea objeto de enjuiciamiento.

Esto es, parece evidente que las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el CP. pueden integrarse con lo que el Derecho Civil dedica a las distintas formas de responsabilidad civil, las cuales tendrán así carácter supletorio respecto de los arts 109 y ss. CP , supletoriedad que no se refiere única y exclusivamente a las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, sino a todas las disposiciones civiles reguladoras de las distintas modalidades de responsabilidad, y por supuesto, a la responsabilidad contractual.

Siendo así, el art. 1124 Cc . faculta al perjudicado a escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultan imposible. Habiendo optado el



querellante por la primera, esto es, exigir el cumplimiento mediante el otorgamiento de la escritura pública y la indemnización de daños y abono de intereses nada puede objetarse a tal posibilidad.

La petición resolutoria del recurrente, deviene, por el contrario, inadmisibile. La resolución solo puede solicitarla quien ha cumplido por su parte (SSTS. Sala 1ª 20.12.93, 9.5.94, 24.11.95, 24.9.97, 5.7.99), constituye, por ello, un principio básico en materia de resolución contractual, aquel que niega dicha facultad al titular de una obligación reciproca que hubiera dejado de cumplir lo que a él incumbía, es decir, para ejercitar la facultad resolutoria, el reclamante tiene que aparecer como fiel cumplidor, independientemente de la conducta atribuible a la parte contraria pues en otro caso nos encontraríamos ante dos incumplimientos recíprocos, en vez del supuesto que contempla el precepto legal (STS. 13.3.90 . Según reiterada doctrina de la Sala Casación civil (SS. 18.3 y 22.5.91, 8.5.94), se exige a quien pretende resolver que no haya incurrido en incumplimiento de las obligaciones que le correspondían y con mayor incidencia si se trata de esenciales (SSTS. 9.5.96, 9.7 y 4.12.98).

OCTAVO: El motivo quinto, por infracción de precepto constitucional, por infracción del derecho de defensa, derecho a un procedimiento con todas las garantías y a ser informado de la acusación, ex art. 24 CE . por el cauce del art. 5.4 LOPJ .

Alega el recurrente que, sin que por el Ministerio Fiscal ni la acusación, hubiera peticionado indemnización por daños morales, la resolución recurrida produce, sin esa cobertura habilitante, condena al pago de cantidad por daño moral, con infracción principios acusatorio, rogación y congruencia.

La indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito penal doloso, como es el caso que nos ocupa, que realice el Tribunal de instancia, fijando el alcance material del "quantum" de las responsabilidades civiles por tratarse de un criterio valorativo soberano, más que objetivo o reglado, atendiendo a las circunstancias personales, necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, daño emergente y lucro cesante, no puede ser sometida a la censura de la casación por ser una cuestión totalmente autónoma y la de discrecional facultad del órgano sentenciador, como ha venido a señalar la jurisprudencia de esta Sala que únicamente permite el control en el supuesto que se ponga en discusión las bases o diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva, o lo que es igual, el supuesto de precisar o si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza SSTS 18.3.2004, 29.9.2003, 29.9.99, 24.5.99).

Por ello la cantidad indemnizatoria únicamente será objeto de fiscalización en casación cuando: a) existe error en la valoración de las pruebas que hubieran determinado la fijación del "quantum" indemnizatorio, indemnizando conceptos no susceptibles de indemnización o por cuantía superior a la acreditada por la correspondiente prueba de parte; y b) que se indemnice por cuantía superior a la solicitada por las partes, en virtud del principio acusatorio que rige nuestro Derecho Procesal Penal, y del principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, bien independientes, bien acumuladas a las penales correspondientes.

No otra cosa ha sucedido en el caso que examinamos.

Así el Ministerio en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el número 6 solicitó una indemnización a favor del Sr. Cristobal de 16.750.000 pts., y la acusación particular en sus conclusiones definitivas como petición principal la elevación a escritura pública del contrato privado de venta, el pago de la cantidad que costó la cesión de hipoteca 8.037.983 ptas. más los intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de la escritura de cesión del crédito hipotecario y la declaración de la finca propiedad de Cristobal libre de cargas y gravámenes.

De las anteriores solicitudes se deduce que no hubo petición alguna por el concepto de daño moral, que la sentencia de instancia establece a titulo de indemnización en la suma de 12.000 euros, además de la devolución de la suma de dinero pagado por Cristobal por la compra del crédito hipotecario que asciende a 8.037.983 ptas. (48.309,25 E), incrementado en los intereses de mora, al nominal del 16,7% pactados en el referido préstamo hipotecario, desde la fecha de su compra hasta el pago total de la deuda, a titulo de restitución; y de la declaración de la plena propiedad del inmueble como de exclusiva propiedad de Cristobal , con la obligación de elevar a escritura pública el contrato de compraventa por parte de Fidel , como legal representante de la sociedad Tempra SL. para proceder a su registro, debiendo pagar el comprador los gastos e imposiciones correspondientes, descontándose las 750.000 ptas. ya abonadas por este concepto que correrán a cargo de los condenados a titulo de reparación del daño.

Debemos por tanto recordar que la incongruencia extra petitum es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente



deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso.

La incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse o decidir sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que en su calidad de verdaderos "domini litis" conforman el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos por los sujetos del mismo (partes) por lo pedido (petitum) y por los hechos o la realidad histórica que sirve como razón o causa de pedir (causa petendi) todo lo cual no comporta que el juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado, el principio "iura novit curia" permite al juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que son de pertinente aplicación al caso, aunque no hallan sido invocados por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el juez o tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia necesaria o imprescindible de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.

Desde la perspectiva constitucional el T.C. ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiere relevancia constitucional y puede ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E., se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum) "suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes" (s T.C. 20/82) de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de los cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieron por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (ss 86/86, 29/87, 156/88, 365/93, 172/94, 91/95, 191/95 y 60/96).

Situación que es la producida en el caso que examinamos en relación a los perjuicios morales.

El motivo, por lo razonado, debe ser estimado, eliminando el Fallo del pronunciamiento relativo a la condena por perjuicios morales de 12.000 E de Fidel y a Miguel , como responsables civiles directos y a Tempra SL. y Romeo , como responsables civiles subsidiarios, dado lo preceptuado en el art. 903 LECrim . cuando el recurrente sea solo uno de los acusados, la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les fuese favorable y les sean aplicables el motivo alegado por el que se declare la casación de la sentencia.

RECURSO DE Miguel

NOVENO: El motivo primero por infracción de Ley al considerar infringido el art. 251.2 CP . en relación con el art. 248.1 del mismo Cuerpo legal que requieren la existencia de engaño bastante para inducir a error en otro, considerando que no actuó con engaño ni produjo el error consiguiente al hoy recurrente.

Argumenta el motivo que en el contrato de 20.5.95, la ausencia de cargas es diferida a un momento futuro que será el de formalización de la venta en escritura pública; que si no se efectuó la correspondiente firma de escritura publica tampoco ha de inferirse elemento engañoso imputable al Sr. Miguel , por cuanto no era propietario de la finca y no podía otorgar el instrumento publico ni consta que tuviera poderes para ello; que la propia sentencia reconoce que el recurrente realizó las obras con conocimiento del representante de la entidad propietaria que fue su supervisor; que el Sr. Miguel entregó las llaves y la posesión al Sr. Cristobal .

De estos hechos entiende el recurrente -se desprende- que :

- el Sr. Miguel intervino como mediador en el negocio jurídico de adquisición por parte del Sr. Cristobal de un elemento dividido de la finca
- que la finca debía ser objeto de obras de remodelación para efectivizar la división de una vivienda en tres distintas y tales obras las realizó el propio Sr. Miguel , sufragando su importe con los pagos que iba haciendo el Sr. Cristobal .
- que la gestión del Sr. Miguel abarató el importe de las obras, según conclusiones del perito Sr. Juan Francisco .
- que el Sr. Miguel . solicitó los documentos para poder encargar la escritura publica que debía otorgar el otro acusado Sr. Fidel en nombre de Tempra SL.





- que el Sr. Fidel llegó a remitir los documentos y fue éste quien se negó a otorgar el instrumento publico exigiendo al Sr. Miguel un pago adicional de 7 millones de pesetas.

Pues bien de estos hechos establecidos por el Tribunal sentenciador, fundamenta la parte su recurso por entender

1º) Que ninguno de tales hechos permite establecer la deducción de que hay un acuerdo de voluntades entre el Sr. Miguel y el Sr. Fidel para engañar al Sr. Cristobal .

2º) Que la operación de dividir una finca en tres partes, realizar las obras de acondicionamiento, vender una de las tres partes para sufragar el importe de las obras y finalmente cancelar las hipotecas que puede haber con el importe restante obtenido por las ventas en general es absolutamente lícito y constituye una actividad normal en el mercado inmobiliario.

3º) Que el momento en que aparece el elemento irregular en toda la correlación de hechos no es otro que aquel en el que el Sr. Fidel se niega a otorgar la escritura a favor del Sr. Cristobal y cancelar la hipoteca existente sobre la finca, hecho que no puede ser imputado al Sr. Miguel que, en cambio, fue la persona que realizó la entrega de la posesión de la finca

4º) que debe valorarse el contrato de 20.5.95 como de compromiso de venta en el que se establece no solo una futura obligación de que la finca haya de transmitirse libre de cargas sino también en mecanismo concreto para resolución del contrato en caso de que la finca no hubiese estado libre de cargas, entre otros motivos resolutorios posibles.

5º) Tampoco puede haber engaño cuando nos encontramos en un supuesto en el que la situación registral de la finca adquirida por el Sr. Cristobal evidenciaba la existencia de la hipoteca.

El motivo no puede prosperar, por cuanto en su desarrollo no se respetan los hechos probados haciendo afirmaciones contradictorias con el relato fáctico, y en este sentido esta Sala viene declarando que el objeto de este recurso en esta vía casacional, se reduce exclusivamente a comprobar si dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, que han de ser respetados en su integridad, orden y significación, se aplicaron correctamente a los mismos, por los Juzgadores de instancia, los preceptos penales sustantivos en que se subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían, o fueron inaplicados o dejados de aplicar erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación (SSTS. 25.2.2003, y 6.5.2002). Esta vía casacional del art. 849.1 LECrim . exige, como pone de relieve la S. 17.2.96 , seguida por la de 30.11.98, "un respeto reverencial y absoluto al hecho probado" cualquiera que sea la parte de la sentencia en que consten (STS. 31.1.2000), pues cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento desencadena inexcusablemente la inadmisión del motivo (art. 884.3 LECrim) y en trámite de sentencia su desestimación.

En consecuencia, el motivo, dada la vía elegida por el recurrente, debe ser desestimado. Así, los hechos declarados probados de la sentencia establecen expresamente, que los acusados Miguel y Fidel "unidos por una relación que va más allá de la estrictamente profesional y con la intención de obtener un lucro ilícito para ellos y para sus representantes, acordaron obtener el dinero necesario para el pago de las obras que debían realizarse para la división y venta del inmueble mediante la venta al Sr. Cristobal ... sin poner en conocimiento del comprador la hipoteca existente, a pesar del conocimiento que tenían de la misma, garantizando de esta forma el desembolso del dinero.

De tal relato fáctico el engaño típico del delito de estafa, no puede ser cuestionado. en el contrato relativo a una cosa gravada se ha de disponer como libre o, como de modo más expresivo dice ahora el art. 251.2 CP . vigente, se ha de ocultar la carga o gravamen existente sobre la cosa de que se dispone. En el caso presente se vende parte del inmueble sin poner en conocimiento del comprador que estaba hipotecado junto con las demás partes del inmueble. Tal ocultación de gravamen a quien paga un precio calculado como si tal gravamen no existiera constituye el engaño propio de esta clase especial de estafa. Lo que interesa es que, como de hecho se ocultó la hipoteca, el precio fue en realidad muy superior al que se habría acordado de haberse conocido que se adquiriría el inmueble con esa carga. Aquí radica el engaño, en esa ocultación de ese derecho real limitativo del dominio que aparece inscrito en el Registro de la Propiedad y acompaña al objeto transmitido.

No es aceptable la afirmación de ser lícito dividir la finca en tres, ejecutar las obras pertinentes de acondicionamiento pagando las obras mediante la venta de una de las partes y finalmente cancelar las hipotecas.

En efecto tal actuación partiría de una premisa indispensable cual sería no haber ocultado al comprador de esa parte del inmueble la existencia de la hipoteca, y en todo caso la conducta posterior del vendedor revela la existencia inicial del mecanismo engañoso puesto en marcha por los querrelados. Así se deja pagar la hipoteca motivando con ello la iniciación de un procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 LH . y tras dejar





pasar las dos primeras subastas, presentarse el Sr. Fidel en el Juzgado, antes de la tercera subasta y solicitar que se le diera conocimiento del precio del remate final al objeto de mejorarlo y adjudicarse la finca vendida por él mismo, ocultando la hipoteca.

Actuación ilícita de los querellados que no comienza cuando el Sr. Fidel se niega a otorgar la escritura pública, sino tal como se recoge en los hechos probados a comienzos del año 1995 cuando el querellante mostró su interés por adquirir la planta baja y habitación de la primera planta del inmueble, y los acusados "unidos por una relación que va más allá de la estrictamente profesional y con la intención de obtener un lucro ilícito... acordaron obtener el dinero necesario para el pago de las obras... mediante la venta al Sr. Cristóbal sin poner en conocimiento del comprador la hipoteca existente a pesar del conocimiento que tenían de la misma...

Por último, las alegaciones relativas a la existencia de un mecanismo para el incumplimiento contractual que impediría la existencia de la estafa, al ser el contrato privado de 20.5.1995, un mero compromiso de venta, y la existencia del Registro de propiedad y la mención parcial de los datos registrales de la finca que revelaría la inexistencia del engaño propio de la estafa, ya han sido analizadas en el recurso interpuesto por el coacusado Sr. Fidel y desestimadas con argumentos que se dan por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones.

DECIMO: El motivo segundo, al amparo del art. 849.2 LECrim . por haber existido error en la apreciación de la prueba ya que diversos documentos obrantes en autos acreditan que la conclusión de la sentencia de atribuir actuación engañosa al recurrente no pueden ser válida, pues dichas pruebas indican una actuación lícita.

El motivo deviene inadmisibile.

Recordamos que la invocación de este motivo exige para su admisibilidad la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.
- 2) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en sentido preciso que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS 10.11.95 en lo que se precisa por tal "... aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originador o producidos fuera de la causa e incorporadas a la misma ...". Quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personal, aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y Acta del Plenario, entre otras.

La justificación de alterar el "factum" en virtud de prueba documental -y solo ésta- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador.

- 3) Que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que cabe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como litero-suficiencia.

- 4) Que a su vez ese dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros documentos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras, y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim. Por último, es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el Fallo y no contra los elementos de hecho o de Derecho que no tienen aptitud para modificarlo (SSTS 22.9.92, 21.11.96, 11.11.97, 24.7.98).

Pues bien los documentos que cita el recurrente para poner de manifiesto el pretendido error en la apreciación de la prueba no acreditan por si mismos, es decir por su propia naturaleza y contenido, por su propia eficacia probatoria nada que pueda considerarse contradictorio con lo que la Audiencia ha estimado probado. Las contradicciones o conclusiones que pretende mostrar el recurrente lo son, no por lo que los propios documentos acreditan por si mismos, sino por la interpretación que de ellos nos ofrece dicha parte distinta de la que acogió el Tribunal de instancia, en uso de la facultad de libre valoración que la Ley procesal le reconoce (art. 741 LECrim).

Estos argumentos son suficientes para desestimar el motivo.





DECIMO PRIMERO: La parcial estimación de los recursos interpuestos conlleva la declaración de oficio de las costas, art. 901 LECrim .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Fidel y TEMPRA SL., con estimación de su motivo quinto por infracción de precepto constitucional, con efectos extensivos en relación al interpuesto por Miguel y la adhesión de Romeo , y desestimación del resto de los motivos de ambos recursos, contra sentencia de 12 de febrero de 2004, dictada por la Audiencia Provincial de Gerona , Sección Tercera, en causa seguida contra los mismos por estafa, debemos casar y anular referida sentencia con declaración de oficio de las costas.

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 Joaquín Delgado García Julián Sánchez Melgar **Juan Ramón Berdugo Gómez** de la **Torre**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Mayo de dos mil cinco.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Bisbal, con el número 30 de 1999, y seguida ante la Audiencia Provincial de Gerona , Sección 3ª, por delito de estafa, contra Miguel , mayor de edad, soltero, con DNI. NUM005 , y Fidel , mayor de edad, divorciado, con DNI. NUM006 , Administrador de la entidad mercantil Temptra, SL.; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en 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. **Juan Ramón Berdugo Gómez** de la **Torre**, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se aceptan y se dan por reproducidos los de la sentencia recurrida.

Segundo.- Conforme a lo razonado en el Fundamento Jurídico Octavo de la sentencia precedente, debe excluirse de la responsabilidad civil acordada en la sentencia a cargo de los acusados Fidel y Miguel , como responsables civiles directos y de los responsables civiles subsidiarios Temptra, SL. y Romeo , la suma de 12.000 E, a título de indemnización por perjuicios morales.

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos penales y civiles de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Tercera, de fecha 12 de febrero de 2004 , debemos excluir de la responsabilidad civil acordada en dicha resolución, la suma de 12.000 euros a título de indemnización por perjuicios morales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Delgado García Julián Sánchez Melgar **Juan Ramón Berdugo Gómez** de la **Torre**

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

