

Referencia: NCJ058141

## TRIBUNAL SUPREMO

*Sentencia 547/2013, de 18 de junio de 2013 Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 1985/2012*

### SUMARIO:

**Delito de Estafa. Elementos. Venta doble del mismo bien.** *Es suficiente la venta en documento privado sin necesidad de traditio posterior para entender consumada la estafa en su modalidad de doble venta. Si el vendedor 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. Se rechazan las alegaciones de que el primer contrato no era propiamente un contrato de compraventa, sino un «precontrato», ya que era una auténtica compraventa pues se concretó la cosa, el precio y la forma de pago (parte incluso se abona en ese momento), perfeccionándose así la venta.*

### PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 251.  
Código Civil, arts. 1.261, 1.445, 1.450 y 1.473.  
Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 849.1.2.

### PONENTE:

*Don Antonio del Moral García.*

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil trece.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Jorge , contra Sentencia dictada por la Sección nº Dos de la Audiencia Provincial de Almería, que condenó al recurrente y otros por un delito de estafa, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. García de la Cruz Romeral. Siendo parte recurrida Mariano , representado por el Procurador Sr. Calleja García. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

## I. ANTECEDENTES

### Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. Uno de los de Almería incoó Procedimiento Abreviado con el nº 115/2008 (Diligencias Previas 5637/2006), contra Jorge , Ovidio y Rafael , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería (Sec. Segunda) que, con fecha catorce de junio de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<Probado y así se declara que en fecha 30 de diciembre de 2005 el acusado Jorge , mayor de edad y sin antecedentes penales, por mediación de la Inmobiliaria Lomar de Huércal de Almería que actuaba en representación suya celebró contrato de compraventa de la vivienda de su propiedad sita en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Pechina Almería, con Mariano .

El objeto de dicha venta fue, como se ha indicado, la mencionada vivienda que constituía la finca

registrar nº NUM001 del Registro de la Propiedad nº 3 de Almería; se estableció el precio total de 360.607,26 euros, entregando el Sr. Mariano en ese momento y a cuenta del mismo, la cantidad de 120.000 euros y se convino que el otorgamiento de la escritura pública se haría como fecha máxima el 28 de marzo de 2006, momento en que el vendedor entregaría el resto del precio convenido. En aquella fecha de 30 de diciembre de 2005, el acusado aceptó el contrato celebrado en su nombre y percibió los 12.000 euros entregados a cuenta por el comprador.

No obstante lo convenido, el acusado Jorge , mediante escritura pública de 10 de febrero de 2006, vendió la mencionada vivienda a la entidad "Hierros y Aceros de Alborán, S.L.", cuyos socios y administradores, los también acusados Ovidio y Rafael , mayores de edad y sin antecedentes penales, eran conocedores de la venta anteriormente efectuada al Sr. Mariano . Posteriormente estos acusados en fecha 10 de noviembre de 2006, actuando en representación de la mercantil que representaban, procedieron a la venta del inmueble en cuestión a otras personas ajenas a estos hechos.

Los acusados Ovidio y Rafael que habían acordado después de la venta con el otro acusado que reintegrarían al Sr. Mariano los 12.000 euros entregados a cuenta del precio de venta, no lo han hecho hasta la fecha>>.

### **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<< FALLO .- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Jorge , Ovidio y Rafael , como autores de un delito ya definido de estafa, a las penas a cada uno de ellos de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas con inclusión de las causadas por la acusación particular y a que indemnicen conjunta y solidariamente al perjudicado Mariano en la cantidad de 12.000 euros, mas sus intereses legales al pago desde la fecha del 28 de marzo de 2006, sin que en ningún caso la cantidad resultante pueda exceder de 48.000 euros.

Siéndole de abono para el cumplimiento de dicha condena todo el tiempo que hayan estado privado de libertad por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Reclámese del Instructor la pieza de responsabilidad civil de los acusados, terminada con arreglo a Derecho>>.

### **Tercero.**

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el recurrente, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

*Motivos aducidos en nombre de Jorge .*

Motivo primero .-Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim . Por error en la apreciación de la prueba. Motivo segundo .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 251.2 CP .

### **Cuarto.**

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, interesando la impugnación de todos los motivos del recurso, y subsidiariamente su inadmisión ; la Acusación particular personada como recurrida se instruyó igualmente solicitando la inadmisión; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

### **Quinto.**

Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día trece de junio de dos mil trece.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

El recurso se articula en dos motivos aunque no aparecen bien diferenciadas las líneas de impugnación, lo que aconseja contestarlos de manera unificada.

Estamos ante una condena por la estafa impropia consistente en una doble venta. De los tres condenados por el delito del art. 251.2 CP (vendedor y representantes de la entidad compradora) solo recurre el primero, a quien se le achaca haber vendido dos veces la misma finca. El nervio de toda la impugnación es la consideración de que el inicial contrato privado no era propiamente una venta, sino un acto previo. Por tanto, no estarían colmados los elementos típicos de la subsunción jurídico-penal efectuada por la Audiencia.

El primer motivo se canaliza por el cauce que abre el art. 849.2º LECrim . Se invoca el contrato de compraventa privado fechado el 30 de diciembre de 2005 y que aparece unido a los folios 15 y siguientes de la causa. De un lado, se dice que no era propiamente una compraventa. El objeto de ese pacto era la celebración de otro contrato posterior. Al hilo de esa afirmación, exigüamente desarrollada, se deja caer que no existiría base indiciaria suficiente para la condena, lo que es argumento más coherente con un alegato por presunción de inocencia que con el error facti invocado, como reinterpreta el Fiscal para darle también contestación.

El segundo de los motivos se basa en el art. 849.1º, insistiéndose en que el primer acto negocial no constituiría una venta, en alegación que parece querer enlazarse con la STS 1927/2002, de 19 de noviembre que expresamente se invoca en el primer motivo pero que, como veremos, tiende más bien a contradecir la tesis del recurrente.

Se analizará conjuntamente todo el recurso, como se ha dicho, pues el tema de debate parece único. Se solapan y entremezclan los razonamientos que el recurrente vierte en los dos motivos.

### **Segundo.**

No puede darse alcance alguno a la referencia a la prueba indiciaria o a la implícita denuncia de vulneración de la presunción de inocencia. Que el recurrente participase en ambas operaciones como titular de la finca actuando como "parte vendedora" no está controvertido ni ha sido cuestionado. Como tampoco lo está ni la realidad del negocio documentado en fecha 30 de diciembre de 2005 (documento de los folios 15 y siguientes), ni la venta de 10 de febrero de 2006 a "Hierros y Aceros de Alborán, S.L."

Lo que se discute es la aptitud de la primera de las operaciones para integrar "la primera venta" (disposición) presupuesto de la tipicidad del art. 251.2 (doble enajenación). No sería un contrato de compraventa en realidad, sino un "precontrato" o en todo caso, una venta no consumada por cuanto no se había llevado a cabo aún ni la elevación a escritura pública ni la traditio.

Con buen criterio el Fiscal replica este argumento cobijado en el art. 849.2º, explicando que no es un problema propiamente de valoración de la prueba sino de valoración jurídica: el contrato está ahí. Nada de su literalidad es contradicho por la sentencia. Se trata de calificar ese negocio documentado lo que es una cuestión jurídica que la Sala de instancia resuelve de forma clara, rigurosa y precisa; y no solo respetando la literalidad del documento, sino además ajustándose a su lectura más racional y lógica -casi podría decirse que la única posible-:

"Con carácter previo debemos determinar si el contrato de fecha 30 de diciembre de 2005, constituye un verdadero contrato de compraventa a los efectos de la constitución de los elementos del delito previsto en el art. 251.2 CP

Los convenios jurídicos no se califican por las denominaciones que les atribuyan los contratos, sino por lo que real y efectivamente corresponda por su intrínseca naturaleza y contenido obligacionales, se trata en definitiva de un problema de interpretación, o lo que es igual, de indagar en la voluntad de las partes para conocer si éstas le dan a tal contrato la misma virtualidad que al propio contrato de compraventa o si, por el contrario, de alguna manera excluyen todavía sus efectos. De ello que sea 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 aquellos, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación y no de la denominación que le hayan atribuido las partes ( SSTS 3 de noviembre 1988 , 20 de febrero de 1990 y 2 de noviembre de 1991 .

La STS de la Sala 1ª de 16 de julio de 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 de junio de 1973 , 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.

La STS de 3 de junio de 2002 recuerda que «la esencia de la promesa bilateral de compra y venta (a

la que se refiere el artículo 1451 del CC ) 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 también 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 y 8 de julio de 1993 ).

De acuerdo con todo lo expuesto, en el caso enjuiciado entendemos que la intención del los partícipes en el negocio jurídico de 30 de diciembre de 2005 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 . Por tanto, en el documento privado objeto del litigio concurren todos los presupuestos necesarios para considerar el contrato como una compraventa ( art. 1445 CC ), que quedó perfeccionada y por tanto es vinculante por consecuencia del convenio plasmado. En este caso no hubo un contrato que tuviera 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.

Por último, en relación a la cláusula arral contenida en el contrato, hemos de indicar que la misma puede desempeñar una de estas tres funciones: 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 la 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 ( SSTS 11 de diciembre de 1993 , 25 de marzo de 1995 y 23 de julio de 1999 ). De la interpretación de la voluntad de las partes contratantes, deducida de las propias cláusulas del contrato de 30 de diciembre de 2005, que solo faculta a la vendedora para desistir del contrato, y de las declaraciones prestadas en el juicio oral, tanto por el vendedor (acusado) como por el comprador, la arras fueron entregadas como anticipo y parte del precio total convenido.

Esa explicación, larga y rigurosa, justifica la aseveración del hecho probado: " el acusado... por mediación de la inmobiliaria Lomar de Huércal de Almería que actuaba en representación suya celebró contrato de compraventa de la vivienda de su propiedad, sita en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Pechina Almería, con Mariano ".

Ese hecho no solo no está contradicho por el documento aducido, sino que éste se erige en su principal soporte probatorio. El art. 849.2º carece de cualquier capacidad para variar esa afirmación. El hecho probado guarda fidelidad al documento. Su examen pormenorizado confirma la impecable valoración jurídica civil efectuada por la Audiencia. Ni siquiera puede hablarse de cuestión oscura, o de necesidad de complejas y discutibles disquisiciones jurídicas para confirmar que lo plasmado en aquel documento privado era una compraventa. Así se la cataloga expresamente. El recurrente es considerado "parte vendedora". Se

fija el precio del que se adelantan 12.000 euros en concepto de señal; y se consigna una condición resolutoria (la imposibilidad de obtener financiación en términos idóneos) así como una fecha máxima para el otorgamiento de la escritura, anterior al momento en que se produjo una nueva enajenación en perjuicio del ahora querellante.

### **Tercero.**

El hecho de que la finca no hubiese sido entregada y por tanto no existiese una efectiva traslación de la propiedad, no excluye el tipo penal aplicado. Si eso pudo ser discutido en épocas pretéritas bajo una descripción típica que exigía "fingirse dueño", hoy no se duda a la vista de la redacción del art. 251.2 CP que no es necesaria la traditio para que la venta doble pueda ser considerada una estafa impropia en esos casos, siempre que concurra el resto de requisitos.

Aunque algún pronunciamiento ( STS 203/2006, de 28 de febrero ), estima que la doble venta puede encajar en el núm. 1º del art. 251 en algunos casos -enajenación mediante atribución falsa de una facultad de disposición de la que se carece por haberla ya ejercitado en perjuicio del adquirente o de un tercero-; siempre también se podrá acoplar en el segundo inciso del núm. 2º -nueva enajenación antes de la definitiva transmisión al primer adquirente en perjuicio de éste o de un tercero-. Y es doctrina nítida a la que se acoge la sentencia con corrección su incardinabilidad en el art. 251.2 ( STS 1197/2009, de 1 de diciembre ).

Los requisitos exigidos para la sanción de la doble venta como delito, a tenor de las SSTS 819/2009, de 15 de julio y 780/2010, de 16 septiembre , son los siguientes: 1º. Que haya existido una primera enajenación. 2º. Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación "antes de la definitiva transmisión al adquirente" , es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona. 3º. Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quién sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1473 del Código Civil . 4º. Consistente en haber actuado el acusado en tales hechos con conocimiento de la concurrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio.

El problema de la necesidad o no de traditio en la doble venta hace tiempo que dejó de ser tal.

El art. 531 del anterior Código disponía: «Incurrirá en las penas señaladas en el art. 528 quien, fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare, arrendare o gravare. En la misma pena incurrirá el que dispusiere de un bien como libre sabiendo que estaba gravado , y también el que lo enajenare dos o más veces o, lo gravare o arrendare después de haberlo enajenado ».

El carácter consensual del contrato de compraventa, que exige ( art. 609 del Código Civil ) la traditio o entrega de la cosa para la transmisión de la propiedad hizo dudar de la relevancia penal de los casos en que una persona vende y antes de la entrega por traditio real o ficta (vid art. 1462.2 C. Civil ) es decir conservando aún la propiedad, vende la cosa a otra persona. Es decir, si al hablarse de "enajenación" se está exigiendo el traspaso de la propiedad; o basta haberse obligado a traspasarla.

Con la redacción anterior a la reforma de 1983 difícilmente podía incluirse este supuesto en el antiguo art. 531. En la segunda enajenación el autor no se «fingía dueño». Lo era. Pese a ello no faltaron discutibles pronunciamientos condenatorios discutibles ( SSTS de 19 de mayo de 1978 y 28 de mayo de 1981 ).

La reforma de 1983 abrió las posibilidades interpretativas. La jurisprudencia, no obstante, permaneció dividida. Para una línea jurisprudencial, expresada claramente en la STS de 26 de octubre de 1988 , no era precisa la traditio . Cabe citar también las SSTS de 3 de julio de 1992 y 9 de febrero de 1994 .

Ahora bien, subsistió otra robusta dirección jurisprudencial, de la que son exponente las SSTS de 26 de julio de 1988 , 15 de octubre de 1990 , 4 de marzo de 1988 , 29 de enero de 1992 , 5 de febrero de 1993 , 23 de septiembre de 1993 y 14 de febrero de 1994 , que afirmaba la postura contraria: quien no ha perdido la condición de dueño por falta de entrega de la cosa en la primera venta, ni se finge dueño en la segunda venta (531.1 CP), ni la enajena dos o más veces (531.2 CP). «En la legislación española -razona la STS de 21 de febrero de 1989 -, no rige el principio «solo consensus paret proprietatem» , el cual permite la transmisión del dominio y de los derechos reales por el solo consentimiento del «tradens» y «accipiens», sino que, antes al contrario, y como demuestran los arts. 433 , 609 , 1095 y 1462 del CC , rige la teoría del título y del modo, determinando la citada teoría que la transmisión del dominio y de los demás derechos reales no se opera sino mediante la estipulación de un contrato traslativo, seguido de tradición, de tal modo que no basta, para la referida transmisión, con el mero acuerdo traslativo de voluntades, sino que es preciso que el acuerdo sea complementado, en su eficacia transmisiva, con la entrega de la cosa o del derecho que se transmite, conservando, mientras tanto, el «tradens», la propiedad o titularidad que todavía no ha entregado, bien mediante tradición real, bien mediante cualquiera de las formas espiritualizadas o simbólicas de la misma, tales como la instrumental, la «brevi manu» , la «longa manu», el <<constitutum

possessorium», la «traditio per chartam» y otras de índole simbólica» ( STS de 21 de febrero de 1989 ) .

El art. 251 CP 1995 representa la superación definitiva de la polémica, al menos a nivel jurisprudencial. El núm. 2 del art. 251 CP , precisa que el delito se comete cuando habiendo enajenado la cosa como libre la gravare o enajenare nuevamente «antes de la definitiva transmisión al adquirente». Esta locución se introduce para acoger la solución de la no necesidad de traditio . Este entendimiento se refuerza todavía más con la desaparición de la expresión «fingiéndose dueño» que se sustituye ahora por la fórmula «quien atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece». S e puede ser dueño de una cosa sin tener las facultades de disposición como sucede -tal como indicaba la STS de 19 de mayo de 1978 - cuando se ha vendido ya la misma y surge la obligación de efectuar su entrega o traditio .

La jurisprudencia se ha decantado claramente por esta tesis: es suficiente la venta en documento privado sin traditio posterior para entender consumada la estafa en su modalidad de "doble venta". Como advierte la STS 1193/2002, de 28 de junio , si el vendedor 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. La STS 1927/2002, de 19 de noviembre , argumenta que el art. 531 del CP de 1973 contemplaba 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: "Doctrina consolidada en la redacción actual del art. 251 CP 1995, cuyo apartado 1º, además de variar la redacción del art. 531.1 del anterior Código extiende el tipo a la "cosa mueble" y añade el dolo específico "en perjuicio de éste (la víctima) o de tercero", y el apartado 2 para el caso de la doble venta (o gravamen posterior a la venta), precisa que el tipo penal se comete cuando habiendo enajenado (la cosa) como libre, la gravare o enajenare nuevamente "antes de la definitiva transmisión al adquirente", frase ésta que parece salir del paso de los problemas que había venido planteando la necesidad o no de la traditio real o ficticia en la primera venta, resolviendo la polémica en favor del delito aunque falte la traditio".

En igual sentido se pronuncian las SSTS 1193/2002, de 28 de junio , 1651/2003, de 5 de diciembre , 203/2006, de 28 de febrero , 805/2007, de 10 de octubre , 46/2009, de 27 de enero , 819/2009, de 15 de julio y 792/2004, de 28 de junio . Ésta última declara, respecto a la consumación del delito: "no es necesario que el sujeto pasivo haya sido privado de sus derechos, sino que sólo se requiere que el autor haya obrado infringiendo los deberes asumidos respecto del adquirente, aprovechando la diferencia entre el contrato existente entre las partes y lasituación registral del inmueble y poniendo en peligro, mediante una segunda venta o la constitución de un gravamen, la adquisición de los derechos que acordó. Por lo tanto, una vez producida la segunda venta o la constitución de un gravamen, el delito ya ha quedado consumado, pues el perjuicio consiste en la situación litigiosa en la que quedan los derechos del perjudicado".

Como puede verse también la sentencia que invocaba el recurrente en su escrito (1927/2002, de 19 de noviembre) se enmarca en esa dirección exegetica hoy unánime. No ha escapado al certero análisis del Fiscal esa circunstancia: el recurrente quería pescar alguna ganancia en el río revuelto de la polémica jurisprudencial, pero ha capturado una pieza que se vuelve en su contra. La argumentación del Fiscal es coincidente con la desplegada en esa sentencia y en los fundamentos que acaban de desarrollarse.

El recurso está condenado al fracaso

#### **Cuarto.**

Habiéndose desestimado el recurso procede condenar en costas al recurrente ( art. 901 LECrim ).

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Jorge , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, que condenó al recurrente y otros por un delito de estafa, condenándole al pago de las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Tournon Andres Martinez Arrieta Perfecto Andres Ibañez Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia

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