



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 107/2015, de 20 de febrero de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1705/2014

SUMARIO:

Delito de estafa. Presunción de inocencia: dolo. Estructura de las denominadas estafas impropias. Responsabilidad civil ex delicto. Requisitos de la doble venta como delito de estafa. Cuando verifica esos actos típicos sabe, quiere y desea defraudar patrimonialmente a las personas perjudicadas, en un caso, volviendo a vender lo ya enajenado; en el otro, gravando con hipoteca el inmueble o plaza de garaje ya enajenado. El dolo, en su significación más clásica, supone conocer y querer los elementos del tipo penal. Concorre en continuidad delictiva, pues dos son los contratos, dos las plazas de garaje vendidas -doblemente- y dos las perjudicadas. Dicho dolo solo debe existir en el momento de la segunda venta, no de la primera, y no es necesaria la «traditio» a favor de los perjudicados, basta con la doble venta. Responsabilidad civil del acusado: no puede entenderse renunciada ni reservada la acción civil por el hecho de haber sido ejercitada en un proceso civil que no se dirigía contra el acusado, como persona física, sino contra una persona jurídica de quien era administrador el acusado, con fundamento contractual (resolución contractual por incumplimiento), no «ex delicto». Es decir, es posible condenar civilmente *ex novo* en otra instancia, siempre que haya petición al respecto, claro; y que los pronunciamientos en vía penal deben comunicarse al orden civil, y viceversa, para proceder en consecuencia. Las indemnizaciones fijadas por delitos económicos, en consecuencia, han de ser tenidas en cuenta al efecto de posibles compensaciones. Pero si como ocurrió en el presente caso, los demandados fueron, en el orden penal el acusado como persona física y en vía civil, la empresa de la que aquel era su administrador, no caben tales compensaciones ni entender que era improcedente la condena por responsabilidad civil en la vía penal.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 109.1, 110, 116.1, 117, 248, 251 y 260.3.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 108, 111, 112 y 114.

Código Civil, arts. 609, 1.095, 1.124, 1.400, 1.462 y 1.473.

Constitución Española, art. 24.

PONENTE:

Don Julián Artemio Sánchez Melgar.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil quince.



www.civil-mercantil.com

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por las representaciones legales del acusado Don Pedro Jesús y de la Acusación particular representada por Doña Eulalia y Doña Hortensia , contra Sentencia núm. 38/2014, de 16 de enero de 2014, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, dictada en el Rollo de Sala núm. 16/13 , dimanante del P.A. núm. 55/12 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de los de dicha Capital, seguido por delitos de estafa, apropiación indebida e insolvencia punible contra mencionado acusado; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio fiscal, y estando los recurrentes representados por: el acusado Don Pedro Jesús por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Melchor de Oruña y defendido por el Letrado Don José María Ruiz Jover, y la Acusación particular Doña Eulalia y Doña Hortensia representadas por la Procuradora de los Tribunales Doña Elena Muñoz González y defendidas por la Letrada Doña Rocio Garay Idáñez.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 7 de los de Alicante incoó P.A. núm. 55/12 por delitos de estafa, apropiación indebida e insolvencia punible contra Pedro Jesús , y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha Capital que con fecha 16 de enero de 2014 dictó Sentencia núm. 38/14 , que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Son, y así expresa y terminantemente se declaran, los siguientes: el acusado, Pedro Jesús , mayor de edad y sin antecedentes penales, como administrador único y representante legal de la mercantil "Inversiones Inmobiliarias Compartidas, SL" en fecha 25 de septiembre de 2007, suscribió un contrato privado de compraventa con Hortensia , en virtud del cual, ésta adquiriría la plaza de garaje núm. NUM000 sótano NUM001 del edificio sito en la CALLE000 , núm. NUM002 de El Campello (Alicante), dicho edificio iba a ser construido por la empresa del acusado en un solar de su propiedad. La compradora satisfizo íntegramente el precio fijado de 31.000 euros, incluido el IVA.

De igual forma y en la misma fecha, el acusado suscribió un contrato privado de compraventa con Eulalia , en virtud del cual ésta adquiriría las plazas de garaje núm. NUM003 y NUM004 del sótano NUM001 del referido edificio. El precio se fijó en 60.000 euros IVA incluido, a razón de 30.500 euros por cada plaza, abonando dicha cantidad la compradora en su totalidad.

En la cláusula primera de los citados contratos se hacía constar que la venta se efectuaba libre de cargas y gravámenes.

La mitad de las cantidades entregadas por los compradores quedaron depositadas en una cuenta avalada por la entidad BBVA y la entrega de los garajes se pactó para el mes de agosto de 2008.

En fecha 29 de abril de 2008 el acusado mediante escritura de dación en pago de deuda otorgada ante Notario, transmitió a un tercero, la mercantil "Ferrallas Elig SL"· la propiedad de las plazas de garaje núm. NUM004 y NUM000 , ello a pesar de que con anterioridad había vendido cada una de ellas a Eulalia y a Hortensia , respectivamente.



www.civil-mercantil.com

En fecha 21 de agosto de 2008, el acusado, gravó con una hipoteca a favor del BBVA, la plaza de garaje núm. NUM003 , cuya propiedad había transmitido anteriormente a Eulalia . En fecha 28 de agosto de 2009 el acusado modificó la duración del préstamo obtenido con dicha hipoteca, estableciendo un periodo de carencia con comienzo el 31 de agosto de 2009 y finalización el 28 de febrero de 2010. El 28 de agosto de 2009, el acusado gravó nuevamente la referida plaza de garaje, con otra hipoteca a favor del BBVA.

Hasta la fecha el acusado no ha entregado ninguna de las plazas de garaje a sus compradores.

Las perjudicadas el día 9 de octubre de 2009, demandaron al acusado y a su empresa, dando lugar al Juicio ordinario 261/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante, dictándose sentencia estimatoria de la demanda el día 10 de mayo de 2010, en la que se declaraba resueltos los contratos de compraventa y se condenaba a la empresa vendedora al reintegro de las sumas entregadas y al pago de una indemnización de 9.913 euros en concepto de daños y perjuicios. Posteriormente se instó judicialmente la ejecución de dicha sentencia (ejecución de títulos judiciales 1755/10 y 2434/10 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante)."

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos al acusado en esta causa Pedro Jesús como autor penalmente responsable de un delito continuado de estafa de los arts. 251.2 y 74 del C. penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales, incluidas una tercera parte de las de la acusación particular.

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Pedro Jesús de los delitos de estafa de los arts. 248.1 y 250.1.5º y de insolvencia punible del art. 257 del C. penal , que se le imputaban por la acusación particular, con toda clase de pronunciamientos favorables."

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales del acusado Don Pedro Jesús y de la Acusación particular representada por Doña Eulalia y Doña Hortensia , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Pedro Jesús , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del apartado cuarto del art. 5 de la LOPJ , y del art. 852 de la LECrim ., en relación con el apartado segundo del art. 24 de la CE , por entender vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.



www.civil-mercantil.com

2º.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 de la LECrim ., al haberse infringido el número segundo del art. 251 del C. penal , en relación al delito de doble venta.

3º.- Por infracción de Ley , al amparo del núm primero del art. 849 de la LECrim ., al haber infringido el número segundo del art. 251 del C. penal , en relación al delito de gravar un bien enajenado como libre.

4º.- Por infracción de Ley, al amparo del núm. primero del art. 849 de la LECrim ., al haberse infringido el apartado primero del art. 74 del C. penal .

5º.- Por infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba, al amparo del núm. 2 del art. 849 de la LECrim . , basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador respecto a la cuestión de si la venta se efectuó libre de cargas respecto al momento en que accedió al Registro la hipoteca que gravaba el inmueble vendido, respecto al momento en que se otorga la ampliación de la hipoteca y respecto a la facultad de la parte vendedora para gravar el inmueble.

El recurso de casación formulado por la representación legal de la Acusación particular DOÑA Eulalia y DOÑA Hortensia , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por infracción de Ley del art. 849.1 de la LECrim ., infracción del art. 116.1 del C. penal y del art. 109.1 y 110 del C. penal .

2º.- Por infracción de Ley del art. 849.2 de la LECrim ., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador.

3º.- Por quebrantamiento de forma de acuerdo con el art. 851.1 de la LECrim .

Quinto.

Instruido el Ministerio fiscal del recurso interpuesto, estimó procedente su decisión sin celebración de vista y solicitó la inadmisión y subsidiaria desestimación de todos los motivos del mismo, excepto de los motivos primero y segundo del recurso de la Acusación particular, que expresamente apoyó, por las razones expuestas en su informe de fecha 23 de octubre de 2014; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para el fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 10 de febrero de 2015, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante condenó a Pedro Jesús como autor criminalmente responsable de un delito de estafa (del artículo 251.2 del Código Penal), en grado ejecutivo de continuidad delictiva, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, y le absolvió de otro delito de insolvencia punible, frente a cuya



www.civil-mercantil.com

resolución judicial han interpuesto este recurso de casación, tanto la representación procesal de la acusación particular como el propio acusado en la instancia.

Recurso de Pedro Jesús .

Segundo.

En el primer motivo este recurrente denuncia la vulneración de la presunción de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

El motivo alega que no está probado el dolo del acusado, esto es, que supiera cuando vendió por segunda vez los garajes que existía ya una primera venta y que igualmente conociera cuando gravó lo ya enajenado que carecía de la facultad de gravar. El acusado fue condenado por delito continuado del art. 251.2 CP . Ese tipo cobija dos comportamientos delictivos: enajenar nuevamente un bien inmueble vendido antes como libre y, además, gravar un bien inmueble después de haberlo enajenado.

Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, el motivo discute infructuosamente el dolo. Consta documentalmente que el acusado, como representante legal de INVERSIONES INMOBILIARIAS SL, en fecha 25 de septiembre de 2007, suscribió un contrato privado de compraventa con Hortensia , en virtud del cual vendía a ésta la plaza de garaje nº NUM000 del sótano NUM001 de determinado edificio. También consta que con la misma fecha y en otro contrato privado distinto vendió a Eulalia las plazas de garaje nº NUM003 y NUM004 del mismo inmueble, abonando ambas compradoras en cada contrato la totalidad del precio, comprometiéndose el vendedor a entregar esos garajes a las mismas en el mes de agosto de 2008. Así resulta de la documental de los folios 22 a 27 y 28 a 34, que se refieren a los contratos y de los folios 35, 36, 43 y 44 que acreditan los pagos.

También documentalmente ha quedado acreditado por notas simples del Registro que con fecha 29 de abril de 2008 el acusado volvió a vender las plazas de garaje nº NUM004 y NUM000 otorgando escritura de dación en pago de los mismos a favor de FERRALLAS ELIG SL.

Por consiguiente, se produjo una doble venta, típica en el artículo 251.2 CP .

La Audiencia descartó por completo que el error hubiera motivado la designación de esas plazas nº NUM004 y NUM000 en la escritura de dación de pago. Y reveló como falso que el recurrente hubiera ofrecido a las perjudicadas otras plazas distintas. Igualmente desvela el Tribunal que la alegación de la Defensa de que no se verificó el cambio de las plazas NUM004 y NUM000 porque las querellantes promovieran el juicio ordinario es inadmisibles, pues la escritura de dación en pago fue de abril de 2008 y la demanda civil de octubre del año 2009. Es decir, desde abril de 2008 existieron hasta octubre de 2009 más de 18 meses para haber verificado esa nueva asignación si se hubiera correspondido con cualquier ánimo de subsanación y reparación.

En cuanto al segundo delito, consistente en gravar lo previamente enajenado, consta en el mismo contrato privado antes citado la transmisión de la plaza de garaje nº NUM003 a Eulalia y así lo acreditan los folios 35 y 34 relativos al pago del precio, más los documentos anteriores de los folios 22 a 27 y 28 a 34 relativos al contrato privado. Incluso el acusado reconoce ambos extremos. Después consta documentalmente acreditado a los folios 196 y 197 que tras la firma del referido contrato privado y la percepción del precio, con fecha 21 de agosto de 2008 amplió la hipoteca a favor del BBVA que gravaba dicha plaza por escritura de 9 de agosto de 2007 y que el 28 de agosto de 2009 modificó las condiciones del préstamo y volvió a gravar de nuevo con hipoteca la plaza de garaje nº NUM003 . El acusado vuelve a gravar con



www.civil-mercantil.com

perfecto conocimiento de que ya no era propietario y no podía hacerlo -disposición novena del contrato privado-.

La prueba del dolo reside en los documentos que han sido citados, perfectamente conocidos por el recurrente, y de donde se deduce la constancia de su actuar con dolo, pues dolo, en su acepción más tradicional, es conocer los elementos antijurídicos de la acción y actuar en consecuencia. En efecto, el dolo, en su significación más clásica, supone conocer y querer los elementos del tipo penal. En otros términos, conocer del peligro concreto de la realización del tipo (Sentencia de la Colza 23.4.1992), dado que quien conoce dicho peligro y obra sin hacer algo para impedir su concreción, obra con dolo directo, o con dolo eventual cuando manifiesta una actitud indiferente respecto a su realización.

Cuando verifica esos actos típicos sabe, quiere y desea defraudar patrimonialmente a las personas perjudicadas, en un caso, volviendo a vender lo ya enajenado; en el otro, gravando con hipoteca el inmueble o plaza de garaje ya enajenado.

Consecuentemente el motivo debe desestimarse.

Tercero.

En los motivos segundo y tercero, que han sido formalizados al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la infracción del art. 251.2 del Código Penal , tanto con respecto a la doble venta, como por lo que hace a gravar un bien que ya ha sido enajenado. En realidad, se vuelve a negar el dolo en ambos motivos, censura casacional que ya ha sido analizada en nuestro precedente fundamento jurídico.

Como hemos dicho en nuestra STS 797/2011, de 7 de julio , en el art. 251 del Código Penal se alojan tres comportamientos, calificados doctrinalmente como estafas impropias, que por razones históricas el Código Penal arrastra dentro de un contenido diferenciador del delito de estafa común o propia, definido en el art. 248.1 de aquél, junto a los comportamientos asimilados que se encuentran incluidos en el apartado 2 de este último.

En el primer supuesto típico, el art. 251.1º describe la conducta de la transferencia engañosa de una cosa (mueble o inmueble) mediante el fenómeno de la doble venta, la imposición de un gravamen o el arrendamiento, por quien no tiene ya, o no ha tenido nunca, esa facultad de disposición. El segundo apartado, lo constituye la enajenación mediante ocultación de carga, o bien la venta como libre y a continuación la imposición de un gravamen o enajenación siempre antes de la definitiva transmisión al adquirente, y finalmente, en el tercer apartado, a modo de comprensión general de tales comportamientos, el otorgamiento de un contrato simulado, sin más especificaciones, denominado falsedad defraudatoria o estafa documental. En cualquier caso, se requiere perjuicio de tercero, bien sea al adquirente o propietario del bien, o a un tercero. Y aparte de que los casos típicos de actos de gravamen se encuentran confusamente redactados, es lo cierto que tales comportamientos indudablemente contienen en su descripción una modalidad de engaño que origina un error en el sujeto pasivo que le ha llevado a realizar el acto de autolesión, en que se traduce la estafa propia o común, por lo que la mayoría de tales comportamientos no podrían considerarse atípicos pese a una hipotética desaparición de dicho precepto, sino incorporados a la propia estafa, al colmar tales acciones las exigencias típicas que se describen en el art. 248.1 del Código Penal . En cualquier caso, por razón de especialidad, y alternatividad, se ha de aplicar el referido art. 251 del Código Penal cuando los hechos queden incluidos en tal descripción típica.

Como recuerda la STS 819/2009 , los requisitos exigidos para la sanción de la doble venta como delito 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



www.civil-mercantil.com

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 1.473 del Código Civil .

Señala acertadamente el Ministerio Fiscal, que respecto a la doble venta, el dolo se consuma con el conocimiento y voluntad de transmitir por segunda vez lo que ya se había vendido en una primera ocasión. Esta modalidad del artículo 251.2 CP concurre en continuidad delictiva, pues dos son los contratos, dos las plazas de garaje vendidas -doblemente- y dos las perjudicadas. En cuanto al dolo solo debe existir en el momento de la segunda venta, no de la primera. En efecto, como expresa la STS de 9 de febrero de 1994 , "el dolo concurre aunque no existiendo el propósito defraudador respecto del primer comprador, surja luego de haberse despojado del dominio vendiendo a un segundo".

No es necesaria la "traditio" a favor de los perjudicados, basta con la doble venta. El Tribunal Supremo considera que, aunque no exista la "traditio", real o ficticia, como modo de adquirir el dominio según los arts. 609, 1.095 , 1.400 y 1.462 y siguientes del Código Civil , al concurrir un "ius ad rem" o vocación próxima al derecho real, la constitución posterior del gravamen integra el tipo delictivo. Porque ese "ius ad rem" -como atinadamente recuerda el Tribunal a quo- obligatorio en su origen y real en su finalidad, es un derecho que recae sobre cosas específicas y resulta incompatible con cualquier otro que se le contraponga, y presenta además una naturaleza sui generis que se aproxima más al derecho real que al obligatorio. Por consiguiente, con la celebración del contrato de compraventa se pierde la facultad dispositiva sobre el bien, y al vendedor de un inmueble en contrato privado, aunque la venta no fuese seguida de tradición real o ficticia, le queda rigurosamente prohibido disponer de lo ya vendido, con la trascendencia punitiva prevista ahora en el art. 251.2 del Código Penal . En definitiva, el primer contrato de compraventa realizado, aunque carezca de efectos reales, prohíbe al vendedor cualquier acto dispositivo posterior, bien fuera de enajenación o de gravamen, para así poder cumplir la obligación contraída de entregar la cosa en los términos convenidos (véanse SSTS de 3 de mayo de 2.002 , 28 de junio de 2.002 , 19 de noviembre de 2.002 , 5 de marzo de 2.004 , entre otras). Esta es la tesis acogida en el artículo 251.2 CP actual por el legislador.

En la moderna jurisprudencia, la STS de 23 de marzo de 2012 recalca que "en la doble venta el dolo solo debe concurrir en la segunda venta, sin tener porqué preceder a la primera". Lo mismo ocurre con el gravamen posterior a la enajenación, pues el dolo debe concurrir cuando se grava lo que ya se había enajenado, no en el momento de la enajenación (STS de 27 de enero de 2009).

La STS de 3 de abril de 2014 insiste en el tema al declarar que en síntesis (SSTS 203/2006, de 28.2 , 780/2010, de 16.9 , 209/2012, de 23.3), que se viene exigiendo para la sanción de la doble venta como delito los siguientes requisitos:

- 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 art. 1.473 del Código Civil .



www.civil-mercantil.com

4º. Además, ha de concurrir el dolo como en todos los delitos dolosos, consistente en este caso 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.

La STS 547/2013, de 18 de junio de 2013 , declara que no es necesaria la transmisión efectiva (traditio) del bien vendido o enajenado. La nueva disposición, tras venta en documento privado no resuelta, integra el delito del art. 251.2 CP .

En igual sentido, la STS 524/2014, de 16 de junio de 2014 , que la estafa impropia de doble venta no precisa que concurra un engaño previo en la primera operación de venta del bien inmueble en documento privado. La conducta fraudulenta se produce realmente con la segunda venta en escritura pública a terceros ajenos a los primeros adquirentes. Por consiguiente, no resulta imprescindible que el sujeto activo de las ventas fraudulentas sea la misma persona que intervino como vendedor en las primeras operaciones, sino que es suficiente con que venda los bienes inmuebles a terceros a sabiendas de que ya habían sido enajenados previamente a los primeros compradores, que resultan ahora perjudicados con la nueva venta. En cualquier caso, aunque se siguiera la tesis de la parte recurrente de que era necesario que el acusado hubiera realizado también la primera operación de venta, los hechos serían siempre subsumibles en el primer inciso del mismo apartado segundo del art. 251 del C. Penal , tal como postula el Ministerio Fiscal.

También se lee en la STS 561/2013, de 27 de junio , que el tipo del artículo 251.2 CP no requiere la puesta en marcha o en escena de ninguna maniobra engañosa que afecte al titular de la carga existente sobre la cosa de la que se dispone, ni tampoco al primer adquirente, pues lo que se sanciona, en el primer inciso, es disponer ocultando la existencia de la carga, y en el segundo, gravar o enajenar la cosa que ya había sido vendida como libre.

En cuanto al segundo delito de gravamen de bien enajenado, la posición del dolo es idéntica. Grava lo que ya se había enajenado y que no se podía, consiguientemente, gravar. Con la citada STS de 27 de enero de 2009 , recordaremos que idéntica es la posición del que vende doblemente, del que grava de nuevo, porque la razón del precepto penal es la misma.

En cualquier caso, el dolo se remarca por el Tribunal indicando que "llevó a cabo la segunda enajenación cuando aún mantenía la disposición sobre los bienes vendidos, pues todavía no se había producido la traditio sobre las dos plazas de garaje, siendo entonces cuando, habiendo ya realizado la primera venta aunque se hubiera realizado en contrato privado y no se hubiera transmitido su disposición, verificó la segunda". Y también fue entonces cuando gravó con hipoteca lo ya enajenado.

En consecuencia, esta censura casacional, no puede prosperar.

Cuarto.

Al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la indebida aplicación del art. 74 del Código Penal .

Como dice la Audiencia, el acusado realiza tres actos defraudatorios, con dos dobles transmisiones respecto de la titularidad de las plazas nº NUM004 y NUM000 ; y un acto de gravamen sobre bien enajenado en relación con la plaza nº NUM003 . Consecuentemente, tres acciones típicas, no dos.

El dolo de la continuidad, puede ser conjunto o preconcebido.

En cuanto a la doble venta, la doble transmisión de las plazas nº NUM004 y NUM000 , se consumó con dolo conjunto, aprovechando idéntica ocasión. Esas dos acciones ya integrarían un delito continuado con dolo conjunto. Pero en cuanto a la acción de gravamen



www.civil-mercantil.com

sobre bien inmueble, ésta se unió a las anteriores en continuidad, por cuanto entre las tres concurría dolo preconcebido.

Como dice el Ministerio Fiscal, de no existir delito continuado, nos encontraríamos con 3 delitos del artículo 251.2 CP , que si se sancionasen con arreglo a su importante desvalor defraudatorio -más de 30.000 euros en cada defraudación-, podrían concretarse en tres penas que superarían ese límite aplicado de 3 años y 6 meses de prisión.

Por otro lado, siendo inexcusable la continuidad de las dos dobles ventas, si, hipotéticamente, se desgajase de la trilogía de la continuidad, la defraudación consistente en haber gravado lo ya enajenado, habría que condenar además de por un delito continuado del artículo 251.1 CP -dos dobles ventas-, por un delito de gravamen de lo enajenado, lo que comportaría sumar a la pena continuada otra pena autónoma. Ello sería perjudicial para el recurrente, razón por la cual el motivo no puede prosperar.

Quinto.

El motivo quinto se ha formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en él se denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y cuyos particulares demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

En tesis del recurrente, el error habría surgido en los tres delitos unidos en continuidad al decirse que las plazas de garaje NUM004 , NUM000 y NUM003 se transmitieron libres de cargas y gravámenes. Dice el autor del recurso que las estipulaciones del contrato privado demostrarían que las plazas de garaje estaban gravadas por un préstamo hipotecario cuando se transmitieron a las perjudicadas. También acreditarían que la hipoteca otorgada con fecha 9 de agosto de 2007 accedió al Registro el 4 de septiembre de 2007. Igualmente se quiere ver error en la fecha de otorgamiento de la hipoteca de ampliación. Incluso habría error en la facultad negada a la vendedora de gravar lo enajenado.

El recurrente pretende una distinta valoración de la prueba obrante en autos, sin significación para variar el resultado probatorio, pues aunque se entendiese que los garajes se hallaban gravados por el préstamo hipotecario otorgado al promotor, ello no contradice el hecho de que se vendieron como libres, que es lo que el tipo de la doble venta exige. Incluso de aceptarse la tesis del recurrente de que los garajes estaban gravados y se vendieron como libres, ello no haría sino colocarnos en presencia de la tercera tipicidad del artículo 251.2 CP :



www.civil-mercantil.com

la venta como libre de bien gravado, sin que dicha tipicidad excluyese a las dos aplicadas. Y en último lugar, los errores sobre las fechas de los distintos otorgamientos de hipoteca son irrelevantes de cara al tipo penal.

Consecuentemente el motivo debe desestimarse.

Recurso de la acusación particular.

Sexto.

En su motivo primero, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación de los arts. 116.1, 109.1 y 110 del Código Penal. El segundo motivo por «error facti», es un correlato del anterior.

En esta censura casacional se alega que una vez condenado el acusado penalmente debió haberse declarado una condena civil contra el mismo como prescriben los artículos citados.

La Audiencia razonó que «no procede hacer pronunciamiento alguno relativo a la responsabilidad civil dimanante del hecho enjuiciado, por haber sido ejercitada la acción para obtener el resarcimiento pertinente, en el procedimiento Juicio Ordinario 206/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alicante».

El art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que "La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables".

En el caso enjuiciado, no consta renuncia alguna expresa a la acción civil por quienes ejercitan la acusación particular, y entablan este motivo casacional.

La Audiencia la deduce de la acción ejercitada en el proceso civil, pero como se comprueba con el motivo segundo, la acción civil se ha ejercitado no contra el acusado, sino contra una persona jurídica, concretamente contra la empresa vendedora de los garajes INVERSIONES MOBILIARIAS COMPARTIDAS, pero nunca contra el acusado que no fue parte, como persona física, en aquel proceso civil.

Ambos motivos han merecido el apoyo del Ministerio Fiscal, y esta Sala Casacional debe estimarlos.

En efecto, el procedimiento ordinario nº 2061/2009 D del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alicante se siguió contra la empresa INVERSIONES MOBILIARIAS COMPARTIDAS, pero no contra el acusado, que no fue parte en aquel proceso civil. Desde este escueto razonamiento resulta claro que los acusadores particulares, en aquel procedimiento, como demandantes, no ejercitaron la acción civil contra el acusado como persona física e individual.

Consta en efecto que aquel procedimiento se ejercitaba la resolución contractual que llevaba implícita por imperativo del artículo 1124 del Código Civil la obligación de devolución del dinero entregado como precio de la compraventa, además de la correspondiente indemnización. En ese procedimiento civil fueron partes los querellantes, como demandantes, y la empresa «INVERSIONES MOBILIARIAS COMPARTIDAS SL», como demandada, y la causa petendi de la demanda, que la identifica junto al petitum y las partes, era el incumplimiento de tal entidad mercantil derivado de los contratos de la compraventa de los garajes. Es por ello que el acusado no fue parte demandada en aquel procedimiento y que el objeto del mismo no fue la estafa derivada del artículo 251.2 CP, sino la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas ante el evidente incumplimiento de una de las partes.

Una cosa es la acción civil que pueda ejercitarse contra la persona jurídica y otra distinta el ejercicio de esa misma acción civil contra la persona individual, que, en nuestro caso,



www.civil-mercantil.com

nunca se ejercitó en aquel proceso civil. Comparando la demanda civil del proceso penal que se ejercita en el escrito de conclusiones provisionales con la demanda del proceso civil, ni las partes, ni el petitum, ni la causa petendi coinciden.

En el proceso penal no se ejerció acción por responsabilidad civil subsidiaria contra INVERSIONES MOBILIARIAS COMPARTIDAS, la cual sí que podría haberse solapado con la acción civil del juicio ordinario, sino únicamente la acción civil directa contra el acusado.

En el esquema de la responsabilidad civil del Código Penal existen diferentes legitimaciones pasivas. Están pasivamente legitimados, el autor, partícipe o cómplice; el responsable civil subsidiario; el responsable civil directo del artículo 117 CP e incluso los terceros partícipes a título lucrativo. El esquema evidencia que son compatibles todas esas responsabilidades. Por lo tanto, el hecho de haberse ejercitado la acción contra un escalón de responsables no determina que la acción se haya ejercitado contra los demás.

El Ministerio Fiscal cita en su apoyo la STS de 28 de enero de 1998, que en un supuesto de un cliente herido por el atracador de una entidad bancaria en la que se encontraba cuando se perpetró el robo con intimidación y armas, estimó compatible que se fijara en la sentencia penal la responsabilidad civil del atracador condenado a favor del cliente herido y que se reservasen las acciones civiles contra el banco para ejercitarlas en un proceso civil posterior. En tal Sentencia, esta Sala Casacional señaló que no existió una propia renuncia por parte del cliente herido.

Parecido y más extremo es el caso de la STS de 11 de mayo de 2012, en la que se compatibiliza la condena civil del responsable penal con la previa condena civil a esa misma persona física por idéntica cantidad en favor de la masa de acreedores en un procedimiento universal seguido ante la jurisdicción civil. En esta sentencia se dice que "en materia de responsabilidad civil ligada al delito de insolvencia concursal, la relación entre la jurisdicción civil y penal es autónoma pero interrelacionada. El artículo 260.3 del CP es claro cuando señala, a los efectos que ahora interesan, que "... el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa. El desenlace en el ámbito de la responsabilidad civil estará condicionado, como es obvio, por el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual, una vez se ejercita la acción penal, se entenderá también utilizada la acción civil, a no ser que el perjudicado la renuncie o la reserve expresamente para ejercitarla una vez terminado el juicio criminal. De ahí que no exista cobertura jurídica para afirmar que el Juez penal llamado a enjuiciar el carácter delictivo de la insolvencia concursal carezca de capacidad para pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada de ese hecho ilícito. Las fuentes obligacionales, son distintas y como tal operan en cada uno de los procesos".

Con respecto a este tema, la STS 661/2014, de 16 de octubre, aunque señala que el proceso civil de reclamación de las cantidades adeudadas implica un hecho concluyente de "reserva de la acción civil" que habría debido excluir su viabilidad en el proceso penal, y que, además, iniciado un proceso penal, el proceso civil debió haber sido suspendido hasta el momento de la firmeza de la sentencia penal (cfr. arts. 111, 112 y 114 de la LECrim), es lo cierto que en el caso enjuiciado en modo alguno se ha ejercitado la acción civil frente al acusado, sino contra la persona jurídica, la entidad mercantil citada.

Por consiguiente, procede estimar el motivo, sin que exista inconveniente alguno en condenar «ex novo» en esta instancia casacional, pues se trata de materia civil. En este sentido, la STC 153/2011 y la STC 154/2011, con cita de las SSTC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 3, 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3 y 45/2011, de 11 de abril, FJ 3.

También ha de estimarse el segundo motivo, que complementa los aspectos fácticos exclusivamente en lo referente a la entidad demandada del proceso civil señalado. En efecto, queda acreditado que las partes del mismo fueron las querellantes, como demandantes, y la



www.civil-mercantil.com

empresa INVERSIONES MOBILIARIAS COMPARTIDAS SL, como demandada. También son documentos literosuficientes sobre ese extremo los autos judiciales de ejecución y subastas. Esos documentos acreditan que no fue parte en el juicio ordinario civil como demandado el acusado.

Consecuentemente, como ya hemos anunciado, el motivo debe estimarse.

Séptimo.

El motivo tercero ha sido formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , insistiendo en los aspectos ya analizados, pero ahora desde la perspectiva de una inexistente contradicción.

La única contradicción que constituye quebrantamiento de forma es, según una constante doctrina jurisprudencial, la que reúne las siguientes características: a) tiene que ser interna, es decir, producida dentro de la propia declaración de hechos probados, no pudiendo ser denunciada como contradicción la que se advierta o crea advertirse entre el «factum» y la fundamentación jurídica de la resolución; b) ha de ser gramatical o semántica, no conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada; c) la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no pueda ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato; d) como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el «iudicium», lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas.

Examinada la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, no es posible encontrar en la misma una contradicción de las características enunciadas. En efecto, la contradicción no existe entre los hechos probados, sino entre éstos y la prueba documental. Y esta contradicción ya ha sido puesta de manifiesto.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Costas procesales.

Octavo.

Al proceder a la desestimación del recurso del acusado Pedro Jesús , es procedente su condena en costas, lo contrario de la acusación particular, en cuyo recurso las costas procesales se han de declarar de oficio (art. 910 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación legal de la Acusación particular representada por Doña Eulalia y Doña Hortensia , contra Sentencia núm. 38/2014, de 16 de enero de 2014, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante . Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.



www.civil-mercantil.com

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado Don Pedro Jesús contra Sentencia núm. 38/2014, de 16 de enero de 2014, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante . Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que se dicta a la Audiencia de procedencia a los efectos legales 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. Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Ana Maria Ferrer Garcia Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil quince.

El Juzgado de Instrucción núm. 7 de los de Alicante incoó P.A. núm. 55/12 por delitos de estafa, apropiación indebida e insolvencia punible contra Pedro Jesús , con DNI núm . NUM005 , vecino de El Campello (Alicante), CALLE001 núm. NUM006 , nacido en Alicante el NUM007 de 1962, hijo de Jeronimo y de Sabina y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha Capital que con fecha 16 de enero de 2014 dictó Sentencia núm. 38/14 , la cual ha sido recurrida en casación por las representaciones legales del acusado Don Pedro Jesús y de la Acusación particular Doña Eulalia y Doña Hortensia , y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia , con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Primero.

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

Segundo.

Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, salvo la parte referida a que las perjudicadas han demandado al acusado y su empresa en el proceso civil citado (juicio ordinario 261/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alicante), siendo así que la parte demandada en ese procedimiento fue exclusivamente la entidad mercantil INVERSIONES MOBILIARIAS COMPARTIDAS.



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de condenar al acusado Pedro Jesús en los propios términos dispuestos por la sentencia recurrida, añadiéndose su responsabilidad civil, que se concretará en ejecución de sentencia, sobre la base de lo autorizado en el art. 115 del Código Penal , en los perjuicios originados a Eulalia y Hortensia , de conformidad con las peticiones que obran en autos y lo que, en definitiva, resuelva la Audiencia Provincial de procedencia.

III. FALLO

Manteniéndose la condena penal impuesta en la instancia al acusado Pedro Jesús , se le condena al pago de la responsabilidad civil correspondiente al delito continuado de estafa por el que ha sido condenado, cuya cantidad se concretará en ejecución de Sentencia mediante Auto dictado por la Audiencia Provincial, el que comprenderá los correspondientes intereses, junto a las costas procesales, incluida una tercera parte de las costas de la acusación particular.

Póngase esta Sentencia en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante (autos de juicio ordinario 261/2009).

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Ana Maria Ferrer Garcia Carlos Granados Perez

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.