

DEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 810/2016, de 28 de octubre de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 438/2016

SUMARIO:

Delito de estafa impropia. Elementos. Engaño bastante. Son elementos del delito de estafa impropia: la existencia de un negocio de disposición sobre una cosa, mueble o inmueble; que haya sido transferida como libre cuando sobre ella pesaba un gravamen; la existencia de ánimo de lucro; el conocimiento del autor sobre aquella circunstancia; la producción de un perjuicio al adquirente. En esta modalidad de estafa, como en la estafa tipo, la concurrencia del engaño es inexcusable, y se materializa con el vocablo «ocultando» la existencia del gravamen, que, a su vez implica el carácter doloso de la acción al tratarse de silenciar consciente y voluntariamente la existencia de la carga que soporta el bien objeto del contrato. Porque en el ámbito de la compraventa, el legislador ha querido constituir al vendedor en garante 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 esta modalidad de estafa no se puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para descubrir la situación real. Porque toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra, implican disposición de un bien, y constituye una afirmación tácita de que no pesan gravámenes.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 242, 248.1, 250 y 251.

Constitución Española, arts. 24 y 120.3.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 142.

PONENTE:

Don Carlos Granados Pérez.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Octubre de dos mil dieciséis.

En los recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley interpuestos por la acusación particular en nombre de D. Everardo y D^a. Lourdes y por el acusado D. Jorge , contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga que condenó al acusado por un delito de estafa impropia, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, siendo también parte el



www.civil-mercantil.com

Ministerio Fiscal y como recurridos Doña Valle y Corporación Hotelera Ceuta, S.L., representados por el Procurador D. José Angel Donaire Gómez, y estando los acusados particulares recurrentes representados por la Procuradora Doña Pilar Rico Cadenas y el acusado recurrente representado por el Procurador D. Domingo José Collado Molinero.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 1 de Málaga instruyó Procedimiento Abreviado con el número 117/2001 y una vez concluso fue elevado a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga que, con fecha 29 de julio de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Que el día 20 de marzo de 2006 los Sres.. D. Everardo y D^a Lourdes , suscribieron un contrato de compraventa privado de finca urbana con la mercantil ABYLA EUROPROMOCIONES SL en concreto de un chalet adosado perteneciente a la promoción a desarrollar sobre la finca NUM000 , siendo el representante legal de dicha empresa el Sr. Cesar , siendo el precio estipulado de 643.083 € de los cuales la parte vendedora recibe la cantidad de 62.222,44 €.- Posteriormente la referida mercantil se asocia con la empresa HERCULES FERRY SL. cuyo administrador es Jorge , a la que cede esta promoción inmobiliaria prestado su consentimiento los Sres. Everardo y Lourdes para la firma de un nuevo contrato que sustituye al anterior y que se firma en la ciudad de Ceuta en fecha 20 de junio de 2008 y en el figura entre otras cláusulas la cláusula duodécima por virtud de la cual el vendedor en este caso la mercantil HERCULES FERRY SL. renuncia a realizar sobre la finca enajenada cualquier acto de disposición, incurriendo en caso contrario en las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar.- No obstante a constar esta prohibición expresa el Sr. Jorge aporta la finca referida en concepto de pago de capital a la nueva sociedad denominada CORPORACION HOTELERA SL, que está representada por la Sra. Valle , produciéndose la inscripción magistral (sic) en fecha 18 de mayo de 2009, sin que esta cesión fuera comunicada a los compradores en el momento en que tuvo lugar, los cuales, a la vista de lo estipulado y en concreto a tenor de lo acordado en la cláusula undécima deciden exigir la resolución contractual, resultando hasta la fecha infructuosa todas las gestiones tendentes a la recuperación del dinero entregado".

Segundo.

La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Condenar al acusado D. Jorge como autor responsable de un delito de estafa impropia, previsto y penado en los arts. 251,2 CP I, a la pena de 1 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.- Igualmente, en concepto de responsabilidad civil condenarle al pago de las cantidades fijadas en el fundamento de derecho octavo de esta resolución y en la forma recogida en el mismo, condenando como responsable civil subsidiario a la mercantil Hércules Ferry S.L.- Finalmente, condenarle al pago de una tercera parte de las costas causadas conforme a lo acordado en el fundamento de derecho noveno de esta resolución.- Absolver a Cesar y a Valle de los hechos por los que han sido denunciados, declarando de oficio las dos tercera partes de costas restantes.- Dedúzcase testimonio de esta resolución, que será



www.civil-mercantil.com

notificada a los interesados con instrucción de sus derechos, y llévase a las actuaciones e incorpórese la presente al legajo de sentencias".

Con fecha 3 de septiembre de 2015, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Málaga dictó auto de aclaración de la sentencia dictada el día 29 de junio de 2015 y cuya parte dispositiva dice: "Que procede realizar la aclaración parcial de la sentencia de fecha 29 de junio de 2015 y en consecuencia se establece lo siguiente: Incluir en el antecedentes de Hecho segundo de la sentencia la cantidad de 96.333,66 euros, suprimiendo la referencia a la cantidad de 78.131,75 euros.- Incluir en el Razonamiento Jurídico Octavo la cantidad de 64.222,44 euros, como cantidad efectivamente entregada, suprimiendo la referencia a la cantidad de 62.222,44 euros.- No se accede a la petición de corrección y complementos solicitadas en el apartado tercero del escrito, en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta resolución.- Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles que contra la misma no cabe interponer recurso alguno".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.

El recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de D. Everardo y Doña Lourdes se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca 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. Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 248.1 y 250.2 del Código Penal en relación con el artículo 250.1.1º y 5º y artículo 251.1.1º y 6º, en su redacción vigente hasta el 23 de diciembre de 2010, todos del mismo texto legal. Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 242 y 250.2 del Código Penal en relación con el artículo 250.1.1º y 5º y artículo 251.1.1º y 6º, en su redacción vigente hasta el 23 de diciembre de 2010, todos del mismo texto legal. Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 251.1 del Código Penal. Quinto.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 251.1 del Código Penal.

El recurso interpuesto por el acusado D. Jorge se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por no haber resuelto la sentencia todos los puntos que han sido objeto de defensa. Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 251.2 del Código Penal. Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4



www.civil-mercantil.com

de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.1 y 2 de la Constitución .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal y demás partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 18 de octubre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACION PARTICULAR EN NOMBRE DE D. Everardo Y DOÑA Lourdes

Primero.

En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca 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.

Se alega que han quedado documentalmente acreditadas las dos siguientes cuestiones fácticas: a) La pertenencia de los tres acusados a un grupo empresarial único con sede en la ciudad de Ceuta; y b) Que la finca registral NUM001 no fue nunca destinada a la finalidad constructiva sino a la financiación del grupo empresarial al que pertenecen los acusados.

Y para acreditar esos extremos fácticos se señalan los siguientes documentos: 1º. El contrato de compraventa de 20 de marzo de 2006 entre los ahora recurrentes y la primera entidad promotora de la parcela "Abyla Europromociones, S.L." y en concreto que consta que el acusado D. Cesar , representante de Abyla, tiene su domicilio en la calle PLAZA000 NUM002 de Ceuta. 2º. El contrato privado de compraventa de 20 de junio de 2008 entre los ahora querellantes y la entidad Hércules Ferry, S.L., y en concreto que el domicilio que consta del acusado D. Cesar es PLAZA000 NUM002 de Ceuta y que el que consta del acusado D. Jorge es CALLE000 nº NUM003 de Ceuta. 3º. Notas simples del Registro Mercantil referidas a las sociedades Abyla Europromociones, S.L., Hércules Ferry, S.L., Corporación Hotelera Ceuta S.L. e Inversiones y Fomento Ceutí, S.L. y en las que consta que la primera sociedad tiene su domicilio en calle O'Donnell s/n, Plaza de Africa de Ceuta; que la segunda tiene su domicilio en la Plaza de Africa 3 de Ceuta; que la tercera tiene su domicilio en Plaza de Africa 3 de Ceuta; y que respecto a la cuarta del documento 8º se dice que el Administrador de la sociedad Inversiones y Fomento Ceutí, S.L., sociedad a cuyo favor se constituye hipoteca sobre la finca de la promoción y que es administrada por el padre de Valle , D. Adrian , Administrador Unico de Gerencia Empresarial de Ceuta y del Estrecho, S.L., entidad que según la nota simple es la Administradora única de Inversiones y Fomento Ceutí, S.L. ; 4º Burofax remitidos por el Letrado de los ahora recurrentes el día 24 de marzo de 2010 y en concreto que en el Burofax a Jorge se remite al domicilio de CALLE000 nº NUM003 de Ceuta, y que hay acuse de recibo de Doña



www.civil-mercantil.com

Sara ; que el remitido a la sociedad Hércules Ferry, S.L. se hace al domicilio calle Millán Astray nº 2, portal 6 de Ceuta y que hay acuse de recibo de Doña Sara ; y que el que se remite a la entidad Abyla Europromociones, S.L. , al domicilio calle Millán Astray nº 2, portal 6 de Ceuta, el acuse de recibo es de Doña Sara .

Con ello, se dice, queda evidenciado que los tres acusados forman parte de un mismo grupo empresarial y que su actuación responde a una unidad de criterio y propósito lo que no es recogido en el relato fáctico de la Sentencia recurrida.

Y respecto a la segunda cuestión fáctica se designan como documentos los siguientes:
1º. Certificación registral de la finca NUM001 , en la que debía desarrollarse la promoción, y en concreto que se menciona que la finca es vendida a Abyla Europromoción, S. L. en el precio de 2.941.100,99 euros que son confesados recibidos y el resto 1.410.534,33 son confesados recibidos mediante cheque bancario; la mención en la inscripción de la hipoteca a favor de la Caja General de Ahorros de Granada que dicha hipoteca se constituye en garantía de la devolución de un préstamo de dos millones de Euros de principal. 2º Nota simple de la misma finca NUM001 en la que consta como carga una hipoteca a favor de la Caja General de Granada por 2.000.000 de Euros; la hipoteca también de Caja Granada concedida a la entidad "Inversiones y Fomento Ceutí, S.L., por 110.000 Euros y la hipoteca también de Caja Granada de la que esta finca responde por un importe de 150.000 Euros. 3º, Certificado de la entidad BMN-CAJA GRANADA, firmado por Carlos Francisco , de 20 de octubre de 2014 y en el que se recogen los tres préstamos hipotecarios concedidos sobre la finca NUM001 , y el destino de dichos préstamos (el primero para la compra del solar en Málaga, con número de finca registral NUM001 ; el segundo para refinanciación de operaciones deudoras; y el tercero con destino regularización y servicio de la deuda). 4º Comunicación remitida por la mercantil SERGEYCO a la Sala por fax el 19 de octubre de 2014 en el que consta lo siguiente: lamentamos comunicarles que no tenemos constancia de trabajos realizados en relación con el estudio geotécnico realizado en el PERI LE-6 de Málaga (Urbanización El Candado) (se documenta que para ello han consultado su base de datos).

Que de todo ello los recurrentes obtienen la conclusión de que la finca registral NUM001 no fue destinada a promoción inmobiliaria sino a la financiación del grupo empresarial al que pertenecen los acusados.

Ha señalado esta Sala en numerosas sentencias (1340/2002, de 12 de julio , entre otras), que este motivo de casación exige, como requisitos, los siguientes: en primer lugar ha de fundarse en una verdadera prueba documental, quedando excluidas las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; en segundo lugar, que el documento sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones; en tercer lugar, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables; y, finalmente, en cuarto lugar, que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

En consecuencia, son exigencias propias de un documento casacional el que goce de literosuficiencia y autonomía probatoria, es decir, que por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas.



www.civil-mercantil.com

Y eso de ningún modo puede afirmarse de los documentos señalados en defensa del motivo para sustentar unos extremos fácticos que, como señala el Ministerio Fiscal, no pueden alterar el pronunciamiento del Tribunal sentenciador.

Ciertamente, el hecho de que los dos de los iniciales acusados pudieran tener el mismo domicilio en Ceuta o que la misma persona hubiese acusado recibo a los burofax que fueron enviados puede sustentar la relación que mediaba entre ellos pero de ningún modo puede acreditar, por sí mismo y con autonomía probatoria, la concurrencia de los elementos que caracterizan a los delitos de estafa común y apropiación indebida de los que fueron acusados ya que ello no se infiere, como razonadamente se explica en la sentencia recurrida, de la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia ni de los hechos que se declaran probados que reflejan esa convicción.

Lo mismo sucede respecto a los documentos que se integran en el apartado B) en los que se hace referencia al destino de la finca o solar relacionado con la promoción o los préstamos hipotecarios con los que se gravaron dicho inmueble. Ello tampoco permite modificar el relato fáctico con entidad para modificar el fallo absolutorio respecto a los delitos de estafa común y apropiación indebida igualmente objeto de acusación.

Los razonamientos expresados en la sentencia recurrida para desechar esas figuras delictivas de ningún modo se ven desvirtuados por los documentos que se señalan para sustentar que se ha producido un error en la valoración de la prueba.

Por todo lo que se deja expresado, el motivo no puede prosperar.

Segundo.

En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 248.1 y 250.2 del Código Penal en relación con el artículo 250.1.1º y 5º y artículo 251.1.1º y 6º, en su redacción vigente hasta el 23 de diciembre de 2010, todos del mismo texto legal.

Se alega, en defensa del motivo, que los hechos que se declaran probados constituyen base suficiente para condenar a los tres acusados por un delito de estafa común.

Debemos recordar que la vía casacional del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como se dice en la Sentencia de esta Sala 589/2010, de 24 de junio, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr. (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. En efecto, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador.

Y de los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida no pueden inferirse los elementos o requisitos que son necesarios para afirmar la existencia de un delito de estafa común.

Tiene declarado esta Sala -cfr. sentencia 880/2005, de 4 de julio - que el delito de estafa precisa como elementos esenciales los siguientes: 1) un engaño precedente o concurrente; 2) dicho engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial; 3) producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la situación real; 4) un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo; 5) nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio a la víctima y 6) ánimo de lucro.



www.civil-mercantil.com

El Tribunal de instancia explica, con correctos razonamientos, la ausencia del requisito esencial de conducta engañosa previa ya que como señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, los compradores sabían, desde el inicio de sus relaciones con la entidad ABYLIA, que ésta carecía de financiación para comenzar la edificación, que no había obtenido la correspondiente licencia de obras e incluso que no estaba hecha la reparcelación y que de las pruebas practicadas no se infería el más mínimo indicio de que los denunciados crearan un entramado societario dirigido a engañar a los ahora recurrentes.

Así las cosas, el motivo debe ser desestimado.

Tercero.

En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 242 y 250.2 del Código Penal en relación con el artículo 250.1.1º y 5º y artículo 251.1.1º y 6º, en su redacción vigente hasta el 23 de diciembre de 2010, todos del mismo texto legal.

Se combate en este motivo la absolución de los tres acusados por el delito de apropiación indebida del que se dice concurren todos sus requisitos.

El Tribunal de instancia, tras recordar la jurisprudencia de esta Sala sobre dicha figura delictiva, rechaza la presencia de los elementos o requisitos que caracterizan al delito de apropiación indebida y por ello no se refleja en el relato fáctico dato alguno que puede sustentar dicho delito.

El cauce procesal esgrimido, como se ha dejado expresado al examinar el anterior motivo, exige que el relato fáctico deba ser rigurosamente respetado y en ellos no se expresa, como se razona en la sentencia recurrida, que haya habido una distracción de la cantidad entregada o que se haya dado una aplicación diferente a la prevista.

En definitiva, están ausentes los elementos precisos para afirmar la existencia de un delito de apropiación indebida y el motivo no puede prosperar.

Cuarto.

En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 251.1 del Código Penal.

Se alega que debió tenerse en cuenta en la responsabilidad civil la indemnización prevista en el contrato en el que se pactaba una indemnización del 50% en caso de resolución de la compraventa.

Como bien señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, la mayor cantidad que se reclama en concepto de responsabilidad civil no deriva del delito apreciado en la sentencia recurrida sino de lo pactado en el documento suscrito entre vendedor y comprador, cuando la responsabilidad civil que estamos examinando se ciñe a la que se deriva del delito por el que ha sido condenado uno de los acusados, máxime cuando tal contrato no ha sido anulado en la sentencia recurrida, entre otras razones, porque tal nulidad no fue solicitada por ninguna de las partes acusadoras.

El motivo debe ser desestimado.

Quinto.

En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 251.1 del Código Penal.



www.civil-mercantil.com

En este motivo se denuncia que no se hubiese acordado, por vía de responsabilidad civil, la nulidad de la venta de la finca efectuada por Hércules Ferry a Corporación Hotelera Ceutí.

Examinadas las actuaciones puede comprobarse que ni el Ministerio Fiscal ni la acusación particular, en sus escritos de acusación, obrantes respectivamente a los folios 374 y 404, solicitan la nulidad de la venta que ahora se interesa en el presente motivo, limitándose a reclamar unas determinadas cantidades, sin que tampoco se incluyera, en las conclusiones definitivas, dicha nulidad.

El Tribunal de instancia, en el ámbito de la responsabilidad civil, no podía extender su pronunciamiento sobre extremos que no habían sido solicitados por las acusaciones.

Este último motivo tampoco puede ser estimado.

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Jorge

Primero.

- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por no haber resuelto la sentencia todos los puntos que han sido objeto de defensa.

En concreto se dice que no se ha dado respuesta a la falta de competencia objetiva de la Sala al entender que el objeto de este procedimiento tiene carácter eminentemente civil y tampoco a la recusación de los Magistrados componentes del Tribunal sentenciador.

Es doctrina reiterada de esta Sala que el expresado motivo del recurso de casación presupone el silenciar o no dar respuesta, positiva o negativa, explícita o implícita, a algún pedimento o pretensión jurídica formulada por las partes en sus calificaciones definitivas. Así, en la Sentencia de esta Sala 2026/2002, de 2 de diciembre se declara que la llamada "incongruencia omisiva" o "fallo corto" constituye un "vicio in iudicando" que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte -integrado en el de tutela judicial efectiva- a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 23 de junio, 8/1998, de 22 de enero y 108/1990, de 7 de junio, entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 de noviembre de 1990, 19 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1997, entre otras muchas). La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este "vicio in iudicando", las siguientes: 1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho; 2) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; 3) que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; 4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución (S.T.S. 771/1996, de 5 de febrero, 263/96, de 25 de marzo o 893/97, de 20 de junio).

De acuerdo con lo expuesto, el vicio de incongruencia omisiva se produce cuando se omite en la motivación requerida por los artículos 120.3 de la Constitución, 142 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la respuesta a alguna de las cuestiones de carácter jurídico planteadas por las partes en sus escritos de calificación o en



www.civil-mercantil.com

tiempo procesal oportuno. Por otra parte, no será ocioso recordar que, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1996, de 15 de abril, la jurisprudencia constitucional ha acentuado la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SS.TC. 95/1990, 128/1992, 169/1994, 91/1995, 143/1995 y 58/1996). Respecto a las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.

No concurren en el supuesto que examinamos los presupuestos que se dejan mencionados en la doctrina expuesta ya que sí ha existido respuesta, en este caso, negativa e implícita, a la alegación de que se trataba de una cuestión civil, a ventilar por Tribunales de ese orden, en cuanto se ha explicado en la sentencia recurrida, con correctos razonamientos, que los hechos son constitutivos de un delito de estafa impropia. Y respecto a la recusación de los Magistrados componentes del Tribunal sentenciador, es cuestión sobre la que ha existido pronunciamiento, obrando incorporado al Rollo de Sala auto, de fecha 11 de diciembre de 2014, por el que se rechaza admitir a trámite el incidente de recusación promovido en nombre del ahora recurrente, sobre unos determinados extremos de la recusación, y la propia Sala, en informe que obra igualmente unido a dicho Rollo rechaza, por no responder a la realidad, la alegación de que quien ejerce junto a su marido la acusación particular hubiese accedido a la Sala, cuando, a puerta cerrada, se decidía sobre la suspensión del juicio por enfermedad, a petición de uno de los Letrados, lo que fue ratificado por la Sala, como reconoce el propio recurrente, al inicio del acto del juicio oral, que es el único extremo, en relación a la recusación, que se señala en el motivo como no resuelto por el Tribunal de instancia.

Así las cosas, todas las pretensiones jurídicas invocadas por las defensas han tenido respuesta y el motivo debe ser desestimado.

Segundo.

En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 251.2 del Código Penal.

Se niega la existencia de un delito de estafa impropia al no concurrir los requisitos que le caracterizan.

Una vez más hay que recordar que el cauce procesal esgrimido exige el más riguroso respeto a los hechos que se declaran probados y en ellos se describen sin duda los elementos que caracterizan al delito de estafa impropia apreciado por el Tribunal de instancia.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 218/2016, de 15 de marzo, que una jurisprudencia constante recuerda que son elementos de este delito de estafa impropia: a) la existencia de un negocio de disposición sobre una cosa, mueble o inmueble; b) que haya sido transferida como libre cuando sobre ella pesaba un gravamen; c) la existencia de ánimo de lucro; d) el conocimiento del autor sobre aquella circunstancia; e) la producción de un perjuicio al adquirente (SSTS 90/2014, 4 de febrero y 333/2012, 26 de abril). También hemos dicho - STS 133/2010, 24 de febrero -, que "... en esta modalidad de estafa, como en la estafa tipo, la concurrencia del engaño es inexcusable, y se materializa con el vocablo



www.civil-mercantil.com

"ocultando" la existencia del gravamen, que, a su vez implica el carácter doloso de la acción al tratarse de silenciar consciente y voluntariamente la existencia de la carga que soporta el bien objeto del contrato. Porque en el ámbito de la compraventa, el legislador ha querido constituir al vendedor en garante 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 esta modalidad de estafa no se puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para descubrir la situación real (STS de 25 de septiembre de 1.992); porque toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra, así como la conclusión de otros negocios jurídicos que implican disposición de un bien, constituye una afirmación tácita de que sobre éste no pesan gravámenes (véanse, entre otras, STS de 29 de febrero de 1.996 y 22 de septiembre de 1.997)" . Se añade en la Sentencia 218/2016 que en el vocablo "dispusiere" pueden integrarse actos de afectación libremente pactados y que conducen, como sucede en el presente caso, a una limitación de la plena capacidad de disposición. Si bien se mira, sólo mediante un acto dispositivo se puede limitar la capacidad de disposición

Y ese acto de disposición aparece descrito en el relato fáctico de la sentencia recurrida en cuanto se declara probado que el ahora recurrente, como administrador de la entidad HERCULES FERRY, S.L., que aparece como vendedora, por cesión del contrato, del inmueble comprado por los querellante, no obstante haberse estipulado que renunciaba a realizar sobre la finca cualquier acto de disposición, el acusado aportó la finca en concepto de pago de capital a una nueva sociedad denominada CORPORACION HOTELERA, S.L., sin que esa aportación fuera comunicada a los compradores, quienes no han podido conseguir la recuperación del dinero entregado, no obstante las gestiones realizada con ese fin.

El Tribunal de instancia explica con suficiencia, en sus razonamientos jurídicos, la concurrencia de los requisitos, antes descritos, que caracterizan esta figura delictiva y en concreto se dice que está presente el ánimo de lucro en cuanto el acusado y ahora recurrente, con esas operaciones ha pretendido refinanciar toda su actividad empresarial, aparte de la promoción que iba a construir el chalet, produciéndose un perjuicio para los denunciante a los que se les hace imposible ver satisfechos sus intereses dada la situación de insolvencia de la entidad administrada por el ahora recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

Tercero.

En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.1 y 2 de la Constitución .

Se alega que ha existido vacío probatorio respecto a la existencia de engaño y que tampoco está acreditado el otorgamiento de dos negocios jurídicos sucesivos.

Como correctamente se explica por el Ministerio Fiscal, al impugnar este motivo, la primera venta ha sido expresamente reconocida por el acusado, ahora recurrente así como la cesión de la finca, mediante su aportación como capital, a la entidad CORPORACION HOTELERA, S.L., y asimismo reconoce que no se comunicó esa cesión a los denunciante. Todo ello corroborado por la documental aportada lo que evidencia que el ahora recurrente era conocedor de la inicial venta y de la disposición posterior que se hizo ocultándola a los compradores, que resultaron perjudicados al traspasarse la finca sin respetar la compra inicialmente realizada y que el engaño subyace en esa ocultación por parte del ahora



www.civil-mercantil.com

recurrente de que en la finca cedida habían adquirido los denunciados una parcela mediante contrato de compraventa.

Ha existido, por consiguiente, prueba de cargo legítimamente obtenida, que enerva el derecho de presunción de inocencia invocado.

III. FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY,

por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar los recursos de casación por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuestos por la acusación particular en nombre de D. Everardo y D^a. Lourdes y por el acusado D. Jorge , contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 29 de junio de 2015 , que condenó al acusado recurrente por un delito de estafa impropia. Condenamos a los recurrentes, tanto acusación particular como acusado, al pago de las respectivas costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, 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 Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarda Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Carlos Granados Perez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, 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.