

Constituye delito de estafa impropia omitir que un bien mueble o inmueble objeto de venta no está libre de cargas.

Razona la Sala que esta expresión debe ser interpretada jurídicamente en el sentido de incluir en su ámbito punitivo tanto los comportamientos omisivos que oculten la carga al comprador, como los activos que informen de la cancelación de la carga sin que dicha información responda a la realidad, que es lo aquí acontecido. Máxime cuando, como sucede en el caso presente, al informar que la cancelación se ha producido el mismo día de la venta, no resulta posible confirmar la efectividad de la cancelación a través del Registro.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia 333/2012, de 26 de abril de 2012

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 1551/2011

Ponente Excmo. Sr. CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Abril de dos mil doce.

En el recurso de casación por infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por D.^a Aurora, contra sentencia de fecha veintiséis de abril de 2.011, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, en causa seguida a Heraclio por delito de estafa, 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. Candido Conde-Pumpido Touron, y estando la recurrente representada por el Procurador D. Miguel Ángel Aparicio Urcía y como recurrido D. Heraclio, representado por la Procuradora D.^a M.^a Concepción Villaescusa Sanz.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción N.º 7 de Málaga, instruyó Procedimiento Abreviado con el N.º 124/2010, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial Málaga, Sección Novena, que con fecha 26 de abril de 2.011, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos: El acusado Heraclio, mayor de edad y sin antecedentes penales, como administrador único de la mercantil "Capuchinos 46, S.L." vendió a los esposos Melchor y Aurora, el día 25 de abril de 2005, en escritura pública autorizada por el notario de Málaga Don Juan Manuel Martínez Palomeque, una plaza de garaje y trastero del edificio sito en las c/ DIRECCION000, donde demarca, con los números NUM000 y NUM001, y DIRECCION000, donde demarca con los n.º NUM002, NUM003 y NUM004 de Málaga (finca registral n.º NUM005 del Registro de la Propiedad n.º 9 de esta capital) por precio de 13.099,66 E, que los compradores abonaron en su integridad.

En la escritura se hacía constar que la finca estaba libre de arrendatarios y de cualquier otra clase de ocupantes y gravada con una hipoteca a favor del Banco Español de Crédito, S.A., respondiendo de la cantidad de 8.816 E, certificando el notario de manera literal que "no obstante lo anterior, dicho préstamo hipotecario que afecta a dicha finca, ha sido cancelado económicamente (sic) en esta misma fecha, transmitiéndose por tanto la finca libre de cargas y gravámenes. Así resulta tanto del título exhibido, de las manifestaciones de la parte vendedora, así como de la nota de información registral resultante de la solicitud de información obtenida por mí, que ha dado lugar a la expedición de la nota registral expedida con fecha 26 de abril de 2005, la cual se ha tenido a la vista en la redacción de esta escritura".

Pese a lo afirmado por el notario, de la nota simple informativa remitida por el Registrador de la Propiedad N.º 9 de Málaga no se desprendía que la hipoteca se encontrase cancelada, y de hecho la Sra. Aurora tuvo que abonar al Banco Español de Crédito, S.A. la cantidad de 7.700 E correspondientes al préstamo hipotecario insatisfecho, más 158,40 E por gastos de notaría y registro".

SEGUNDO- La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLO: "Que debemos absolver y absolvemos al acusado Heraclio de los delitos de estafa y apropiación indebida que se le imputaban, con declaración de las costas de oficio, haciendo expresa reserva de las acciones civiles que asisten a la denunciante.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por infracción de ley por la representación de D.ª Aurora que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de D.ª Aurora, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1.º de la LECrim., por indebida aplicación del artículo 252 del Código Penal. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1.º de la LECrim., por indebida aplicación del artículo 251.2.º del Código Penal, en relación con los artículos 249 y 250 del mismo Texto legal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, expresó su conformidad con la resolución del mismo sin celebración de vista, apoyando los motivos primero y segundo e impugnando el tercero por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el diecinueve de abril pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga con fecha 26 de abril de 2011, absolvió al acusado del delito de estafa impropia objeto de acusación. El recurso interpuesto por la representación de la acusación particular se fundamenta en tres motivos, los dos primeros por infracción de ley apoyados por el Ministerio Fiscal, y el tercero por error en la valoración de la prueba.

SEGUNDO.- Por razones sistemáticas debemos examinar en primer lugar el motivo tercero, articulado al amparo del art 849 2.º de la Lecrim, dado que su eventual estimación afectaría al relato fáctico, cuyo respeto es exigido en el análisis de los motivos por infracción de ley.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 Lecrim, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

En el caso actual los documentos relacionados por el recurrente en la formulación del motivo no prueban directamente, a través de aquello que cada documento por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar, ningún error jurídicamente relevante del relato fáctico de la sentencia impugnada. En efecto el recurrente cita como documentos acreditativos del supuesto error la contestación de Banesto de 30 de julio de 2010 a un oficio del Juzgado Instructor, la nota simple informativa del Registrador de la Propiedad núm. 9 de Málaga y la escritura notarial de compraventa otorgada el 25 de abril de 2005, documentos que no son contradictorios con el relato fáctico, y que, aunque podrían complementarlo, no le añaden nada que resulte imprescindible para la subsunción.

El documento referido a la contestación de Banesto al Juzgado Instructor, en el sentido de que la promotora Capuchinos 46 SL, de la que es administrador único el acusado, no realizó ingreso alguno para cancelar la carga hipotecaria que gravaba el inmueble vendido, no añade nada imprescindible al relato fáctico, pues en éste ya consta explícitamente que el préstamo hipotecario seguía insatisfecho cuando la compradora se vio obligada a abonarlo, tanto en su capital (7.700 euros) como en lo que se refiere a los gastos de Notaría y Registro (8.158,40 euros).

La nota simple del Registro, del mismo día de la venta y que aparece unida a la causa en los folios 12 a 15 de las actuaciones, refleja la subsistencia formal de la hipoteca en el Registro, lo que constituye la lógica consecuencia de que el vendedor alega haber cancelado económicamente la carga el mismo día de la venta, por lo que la cancelación todavía no habría podido tener acceso formal al Registro, aun cuando dicha cancelación se hubiese producido efectivamente. La nota aparece referenciada en el propio relato fáctico, a través de la manifestación del Notario, por lo que su incorporación tampoco añade nada determinante a los hechos probados.

Ha de tenerse en cuenta que en el relato fáctico se establece literalmente que "En la escritura se hacía constar que la finca estaba libre de arrendatarios y de cualquier otra clase de ocupantes y gravada con una hipoteca a favor del Banco Español de Crédito, S.A., respondiendo de la cantidad de 8.816 E, certificando el notario de manera literal que "no obstante lo anterior, dicho préstamo hipotecario que afecta a dicha finca, ha sido cancelado económicamente (sic) en esta misma fecha, transmitiéndose por tanto la finca libre de cargas y gravámenes. Así

resulta tanto del título exhibido, de las manifestaciones de la parte vendedora, así como de la nota de información registral resultante de la solicitud de información obtenida por mí, que ha dado lugar a la expedición de la nota registral expedida con fecha 26 de abril de 2005, la cual se ha tenido a la vista en la redacción de esta escritura".

Aunque la nota del Notario tiene una redacción un tanto confusa, lo que resulta meridianamente claro en el propio relato fáctico es que el Notario hace constar que la finca estaba gravada con una hipoteca a favor del Banco Español de Crédito, que resulta " *del título exhibido* ".

Sin embargo el vendedor transmite la finca "*libre de cargas y gravámenes* " y ello solo es posible porque, según hace constar el Notario, resulta "*de las manifestaciones de la parte vendedora*", que la hipoteca ha sido cancelada en la misma fecha de la venta. Esta afirmación, evidentemente, solo puede proceder de la parte vendedora pues es el vendedor el único que dispone del conocimiento necesario para afirmar, como deudor en el préstamo hipotecario, que lo ha abonado ese mismo día para poder transmitir la finca libre de cargas y gravámenes.

Y el hecho de que la hipoteca se ha cancelado solo "económicamente", según las manifestaciones de la parte vendedora, pero no "jurídicamente", resulta de la propia Nota del Registro, donde todavía figura la hipoteca, ya que si el vendedor manifiesta haber cancelado económicamente la carga el mismo día de la venta, es claro que la cancelación, o abono del préstamo hipotecario todavía no habría podido tener acceso formal al Registro.

Por lo que se refiere a la escritura de compraventa también aparece resumida en lo esencial en el relato fáctico, sin que acredite error alguno de dicho relato, pues aquellos apartados que pueden ser determinantes para la subsunción (que la finca se vendió libre de cargas, y que la parte vendedora afirmó que la hipoteca con la que estaba gravada había sido cancelada económicamente en la misma fecha de la escritura), aparecen perfectamente reseñados en los hechos declarados probados por el tribunal de Instancia.

En consecuencia la documentación en la que se apoya el motivo no acredita error alguno del relato fáctico, que es perfectamente correcto y suficiente para la subsunción, con independencia de que pueda haber incurrido el Tribunal sentenciador en algún error jurídico en su interpretación, lo que procede analizar a través de los motivos por infracción de ley.

Procede, por todo ello, desestimar el presente motivo, manteniendo íntegros y sin modificación alguna los hechos declarados probados por el Tribunal de Instancia.

TERCERO.- El primer motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1.º de la Lecrim, alega vulneración por falta de aplicación del art 252 del Código Penal, por estimar la parte recurrente que los hechos pueden ser constitutivos de un delito de apropiación indebida. Considera la parte recurrente que dado que en los hechos probados se expresa que el acusado, como administrador único de la Sociedad Mercantil "Capuchinos SA", percibió de los compradores la totalidad del precio del bien inmueble vendido y les manifestó que el préstamo hipotecario se había amortizado económicamente el día del otorgamiento de la escritura, tuvo que destinar la parte del precio correspondiente a la hipoteca a otros fines, pues la hipoteca no fue cancelada y la recurrente se vio obligada a abonar más adelante al Banco Español de Crédito la suma de 7.700 euros, importe principal del préstamo, más los gastos notariales de su cancelación. Considera la parte recurrente que si el pago del precio se efectuó en su totalidad es porque la parte vendedora manifestó que la carga hipotecaria la había cancelado con esa misma fecha, pues en otro caso se hubiera hecho constar que los compradores se subrogaban en el préstamo hipotecario con la repercusión consiguiente en la cantidad a entregar a la vendedora. Y como quiera que, no obstante la recepción del precio total de 13.099,66 euros, que incluía el importe de la hipoteca, y de haber manifestado el acusado que la hipoteca ya había sido cancelada económicamente, incorporó la totalidad del precio a su patrimonio sin destinar la parte correspondiente a hacer realidad la cancelación, estiman los recurrentes que se ha desviado una parte del precio incurriéndose en el delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción de efectivo.

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, tiene fundamento, pues efectivamente el acusado recibió el exceso del precio correspondiente al pago de la hipoteca (más del 50% del precio total), y no lo destinó a dicha finalidad, es decir a cumplir la obligación de cancelar el préstamo que según sus propias manifestaciones ya había cumplido, apropiándose por el contrario de la totalidad del precio.

Sin embargo, teniendo en cuenta que no se pactó específicamente ese destino del dinero dado que el acusado había manifestado falsamente que la hipoteca ya estaba cancelada, y por tanto los compradores no podían exigir que se destinase parte del dinero al pago de una deuda que según el contrato de venta ya estaba pagada, no resulta procedente calificar el hecho como apropiación indebida sino como estafa impropia (vender como libre un bien que se encontraba gravado), tipo penal más específico (art. 251 2.º en relación con el 8 1.º del Código Penal) que es el que concurre y debe ser apreciado, como se razonará al examinar el siguiente motivo de recurso.

CUARTO.- El segundo motivo de recurso, también por infracción de ley al amparo del art 849 1.º de la Lecrim, alega falta de aplicación del art 251 2.º, en relación con los arts. 249 y 250 del Código Penal.

Considera la parte recurrente que en los propios hechos probados se pone de relieve la concurrencia de los elementos típicos de la estafa impropia sancionada en el número segundo del art 251 (" *El que dispusiera de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma*") pues si en el relato fáctico se consignó que la finca se vendía libre de cargas porque el propio vendedor afirmó que la hipoteca que la gravaba había sido económicamente cancelada ese mismo día, y ello resulta no solo del título exhibido y de la nota registral sino "de las manifestaciones de la parte vendedora", es evidente que el acusado contribuyó con su conducta al surgimiento de una falsa representación en la compradora, relativa a la ausencia de gravamen alguno sobre la finca en el momento del otorgamiento de la escritura, pues como enseña la doctrina de esta Sala (Sentencias de 2 de febrero de 1991, 29 de febrero de 1996 y 22 de septiembre de 1997), toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra, así como la conclusión de otros negocios jurídicos que impliquen disposición, constituye una afirmación tácita de que sobre el bien no pesan gravámenes.

Invoca asimismo la parte recurrente la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia núm. 419/2009, de 31 de marzo, en la cual se expresa que " *En los negocios no es la regla general que las personas se engañen, mientan o defrauden. Y cuando un comprador es engañado por un vendedor que ante Notario afirma que la hipoteca de la finca que está vendiendo ha sido íntegramente pagada, confiar en esa palabra es simplemente confianza en la honradez del vendedor, y actuar según las reglas de la buena fe*".

El motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal, que en su calificación definitiva en el juicio mantuvo la acusación por esta modalidad de estafa, estimando que si el acusado creó en la parte recurrente la falsa representación de la cancelación del gravamen de la finca, siendo así que le constaba que no se había producido dicha cancelación, su conducta resulta incardinable en el tipo penal del art 251 2.º al concurrir en ella todos los elementos precisos para ello, como son la existencia de un negocio de disposición sobre una cosa, que haya sido transferida como libre cuando sobre ella pesaba un gravamen, la existencia de ánimo de lucro, con el conocimiento del autor sobre aquella circunstancia, y la producción de un perjuicio al adquirente.

QUINTO.- Antes de proceder a la resolución del motivo, procede efectuar algunas consideraciones sobre la naturaleza de los tipos de estafa impropia y sobre los límites del recurso de casación en las sentencias absolutorias.

En primer lugar ha de tenerse en cuenta que no es exigible en los supuestos de estafa impropia del art 251 la aplicación rígida de los elementos de la estafa común, dado que se trata de preceptos autónomos (STS 780/10, de 16 de septiembre, entre otras), por lo que ha de atenderse para la aplicación de estos preceptos a los elementos fácticos que configuran legalmente los respectivos supuestos típicos, sin que sea necesario constatar la concurrencia específica de cada uno de los elementos típicos de la estafa genérica, aun cuando éstos elementos concurren ordinariamente en los supuestos que el Legislador ha seleccionado para su tipificación específica en el art 251 del Código Penal.

Y, en segundo lugar, ha de recordarse que tanto la doctrina de esta Sala (SSTS 1013/2010, de 27 de octubre y 698/2011, de 22 de junio, entre otras), como la del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han establecido un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias que afecta a la revisión fáctica pero no a la revisión estrictamente jurídica, y por ello no impide la realización efectiva de la función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior del orden penal (art. 123 de la Constitución Española), que consiste en la creación de doctrina jurisprudencial penal, es decir en la fijación de criterios interpretativos uniformes sobre la aplicación de las normas penales, para garantizar en este orden jurisdiccional la unidad del ordenamiento jurídico, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la seguridad jurídica.

Un ejemplo reciente de esta doctrina puede apreciarse en la STEDH de 22 de noviembre de 2011 (caso Lacadena Calero) al señalar el Tribunal que en un modelo de recurso que no permite la práctica de prueba ante el Tribunal revisor, como lo es el recurso de casación español, la modificación del relato fáctico en perjuicio del reo, que no pudo ser oído en la alzada, realizada a través de un nuevo análisis probatorio (" *considerando de nuevo algunas evidencias presentadas en la primera instancia*") vulnera el art 6.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero esta vulneración no se produce cuando la revisión se limita a modificar la interpretación jurídica de los mismos hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

El Tribunal Constitucional ha avalado reiteradamente la posibilidad de que el Tribunal Supremo pueda revisar la calificación jurídica de los hechos, posibilidad que " *se proyecta sobre todos los pronunciamientos de la Sentencia de instancia en la medida de que la misma no ha adquirido firmeza. Ello viene determinado por la configuración legal del recurso de casación, en particular por lo dispuesto en el párrafo primero del art. 902 Lecrim, a cuyo tenor: si la Sala casa la resolución objeto de recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la Ley dictará a continuación, pero separadamente, la Sentencia que proceda conforme a derecho*". (SSTC 45/2001, de 11 de abril, 183/2005, de 4 de julio y 26/2006, de 30 de enero, entre otras).

Este criterio jurisprudencial que admite la modificación en casación o apelación de sentencias absolutorias en sentido condenatorio cuando la revisión se funda exclusivamente en la modificación de la subsunción jurídica, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios) o 16 de

noviembre de 2010 (caso García Hernández), en las que se aprecia la vulneración del art 6 1.º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considerando " a contrario sensu" que es procedente la revisión de sentencias absolutorias aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 16 de diciembre de 2008 (caso Bazo González contra España) señala expresamente que *"El alcance del examen efectuado por la Audiencia en este caso conduce al Tribunal a considerar que la celebración de una vista pública no era indispensable. En efecto, el Tribunal constata que los aspectos que la Audiencia tuvo que analizar para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante tenían un carácter jurídico predominante: la sentencia de la Audiencia manifiesta expresamente que no le corresponde proceder a una nueva valoración de las pruebas practicadas, tarea que depende del Tribunal a quo. En consecuencia, se limitó a efectuar una interpretación diferente a la del Juez a quo acerca de los comportamientos despenalizados en aplicación de la Ley 13/1998, relativa al mercado del tabaco. Por otro lado, la Audiencia realiza igualmente ciertas consideraciones sobre las condiciones jurídicamente necesarias para la validez del atestado policial, sin que en ningún momento se pronuncie sobre cuestiones de hecho. Por tanto, a diferencia de otros asuntos (ver Spînu contra Rumanía, Sentencia de 29 abril 2008), la jurisdicción de recurso no conoció el asunto ni de hecho y ni en derecho. En cambio, los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados"*.

SEXTO.- Pues bien, en el caso actual la cuestión que se plantea es estrictamente jurídica y se concreta en la interpretación jurídica que ha de darse a los elementos configuradores del subtipo penal definido en el inciso primero del número segundo del art 251 del Código Penal vigente.

No le compete a este Tribunal casacional efectuar en esta alzada modificación alguna de los hechos declarados probados por el Tribunal de Instancia, porque no nos corresponde realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas. Únicamente constatar si en los hechos, tal y como se han declarados probados por el Tribunal sentenciador, sin modificación alguna, concurren los elementos fácticos integradores del tipo delictivo objeto de acusación y, a partir de esta conformidad fáctica con la sentencia de instancia, realizar la interpretación jurídica que corresponda a los referidos hechos.

Los elementos fácticos que integran el subtipo penal definido en el inciso primero del número segundo del art 251 del Código Penal vigente (disponer de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma) constan con suficiente nitidez en el relato fáctico, sin necesidad de realizar modificación alguna.

Consta efectivamente en el relato fáctico que el acusado dispuso de un bien inmueble en escritura pública "libre de cargas y gravámenes ". Y consta también que esta afirmación no se correspondía con la realidad, pues el inmueble seguía hipotecado y la parte compradora " tuvo que abonar al Banco Español de Crédito la cantidad de 7700 euros correspondientes al préstamo hipotecario insatisfecho, más 158,40 euros por gastos de Notaría y Registro".

Lo relevante para que concurra el tipo es: 1.º) que el vendedor transmita el bien " libre de cargas y gravámenes ", y así consta en la escritura y se recoge con toda claridad en el relato fáctico. Y 2.º) que sin embargo el bien se encuentre gravado, desconociéndolo el comprador, y así se recoge también claramente en el relato fáctico cuando se expresa que el comprador tuvo que abonar al Banco el "préstamo hipotecario insatisfecho", cuando ya había pagado el precio íntegro del bien vendido.

De ahí se deduce que el comprador tuvo que abonar dos veces el coste de la hipoteca, primero efectuando un desplazamiento patrimonial por el precio íntegro del bien, al creer que la carga estaba cancelada, y posteriormente teniendo que volver a pagar al Banco el coste de liberar la hipoteca, con el consiguiente perjuicio.

SÉPTIMO.- En consecuencia la cuestión estrictamente jurídica que se plantea en este recurso es la de interpretar la expresión legal que integra el subtipo penal definido en el inciso primero del número segundo del art 251 del Código Penal vigente " *ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma*".

Se trata de resolver si dicha expresión se refiere únicamente a un comportamiento omisivo del vendedor, es decir no transmitir al comprador la información normativamente pertinente sobre la existencia de la carga, o también se integra con un comportamiento activo, afirmando falsamente que la carga está cancelada.

Y en este sentido procede estimar que ambos comportamientos son punitivamente equivalentes, pues si se afirma falsamente que una carga ha sido cancelada, se está ocultando que la carga persiste, y se está provocando igualmente un error al comprador. Error determinante de un desplazamiento patrimonial mayor del que correspondería realizar en caso de conocer que la carga persiste, ocasionándose con ello al comprador el ilícito perjuicio que la norma penal pretende evitar.

En consecuencia en ambos casos debe tener lugar la imputación objetiva del resultado típico al vendedor porque ha infringido su deber de veracidad al ocultar una información relevante para la decisión del comprador, bien por omisión, al no informar de la existencia de la carga, bien por acción, al informar falsamente sobre su cancelación.

Constituye un criterio jurisprudencial consolidado en la aplicación de este tipo delictivo que el precepto demuestra que el Legislador ha querido constituir al vendedor, en el ámbito de la compraventa, en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa, ya en el momento de celebración del contrato, y por tanto el vendedor tiene el deber de informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación (SSTS de 17 de febrero de 1990 y 18 de julio de 1997, entre otras)

Tampoco cabe excluir la aplicación del tipo acudiendo al deber de autoprotección del comprador, pues como ha señalado esta Sala en la sentencia núm. 419/2009, de 31 de marzo, "*Cuando un comprador es engañado por un vendedor que ante Notario afirma que la hipoteca de la finca que está vendiendo ha sido íntegramente pagada, confiar en esa palabra es simplemente confianza en la honradez del vendedor, y actuar según las reglas de la buena fe*", doctrina jurisprudencial que procede ratificar.

Máxime cuando, como sucede en el presente caso, al informar el vendedor en el propio acto de la venta que la cancelación se ha producido el mismo día, y por ello vende la finca libre de cargas, no resulta posible confirmar la veracidad de dicha afirmación a través del Registro pues la inmediatez temporal entre el pago supuesto del préstamo hipotecario y la disposición patrimonial del bien inmueble como libre de cargas, determina que aunque la cancelación económica de la carga fuese real todavía no estaría formalmente reflejada en el Registro de la Propiedad. Por ello la comprobación de la veracidad de la información del vendedor sobre la cancelación del gravamen no es normativamente accesible para el comprador en el momento de la celebración de la venta.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso interpuesto casando y anulando la sentencia impugnada y dictando segunda sentencia conforme a derecho en la que, manteniendo íntegramente los hechos declarados probados por el Tribunal "a quo", se interprete jurídicamente el subtipo penal definido en el inciso primero del número segundo del art 251 del Código Penal vigente en el sentido anteriormente indicado, es decir incluyendo en su ámbito punitivo tanto los comportamientos omisivos que oculten la carga al comprador, como los activos que informen de la cancelación de la carga sin que dicha información responda a la realidad.

OCTAVO.- Conforme a lo prevenido en el art 901 de la Lecrim, al ser la sentencia estimatoria del recurso, procede declarar las costas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D.^a Aurora, contra sentencia de fecha veintiséis de abril de 2.011, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, en causa seguida a Heraclio por delito de estafa; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar

Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez

Diego Ramos Gancedo

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia 333/2012, de 26 de abril de 2012

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 1551/2011

Ponente Excmo. Sr. CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON

SEGUNDA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Abril de dos mil doce.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción N.º 7 de Málaga, y seguido ante la Audiencia Provincial de dicha capital, Sección Novena con el N.º 124/2010, por delito de estafa contra Heraclio, nacido en Sevilla el NUM006 /1939, sin antecedentes penales, con D.N.I. n.º NUM007, de ignorada solvencia; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 26 de abril de 2011, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia casacional los hechos declarados probados por la sentencia de instancia deben ser calificados como integradores de un delito de estafa impropia del subtipo penal definido en el inciso primero del número segundo del art 251 del Código Penal vigente, disponer de un bien mueble o inmueble como libre ocultando la existencia de cualquier carga sobre el mismo, pues esta expresión debe ser interpretada jurídicamente en el sentido de incluir en su ámbito punitivo tanto los comportamientos omisivos que oculten la carga al comprador, como los activos que informen de la cancelación de la carga sin que dicha información responda a la realidad, máxime cuando, como sucede en el caso actual, al informar que la cancelación se ha producido el mismo día de la venta, no resulta posible confirmar la efectividad de la cancelación a través del Registro.

SEGUNDO.- Del referido delito es responsable en concepto de autor el acusado Heraclio, por haber realizado directa y materialmente la acción que lo integra.

TERCERO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, estimando esta Sala procedente la imposición de la pena en su mínimo legal.

CUARTO.- Toda persona legalmente responsable de un hecho delictivo es responsable también civilmente, por lo que el condenado deberá indemnizar a la perjudicada en el importe de la cantidad abonada para rescatar el préstamo hipotecario, intereses y gastos, sin que proceda efectuar declaración alguna sobre responsabilidad civil de la sociedad mercantil Capuchinos SL porque no consta que haya estado representada en esta alzada.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos al acusado Heraclio, como autor penalmente responsable de un delito de estafa ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular y a indemnizar a D.ª Aurora en la cantidad de 7.700 E correspondientes al préstamo hipotecario insatisfecho, más 158,40 E por gastos de notaría y registro, con los intereses legales desde la fecha en que la perjudicada realizó el pago.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez Diego Ramos Gancedo

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