

Roj: STS 1242/2014
Id Cendoj: 28079120012014100231
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1439/2013
Nº de Resolución: 247/2014
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Abril de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **AUTO JACRE SL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, que absolvió al acusado Jacinto como autor penalmente responsable de un delito de estafa; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Jacinto, representado por la Procuradora Sra. Santoz Erroz, y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Rosch Nadal.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid incoó Procedimiento Abreviado con el número 41 de 2011, contra Jacinto, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valladolid, cuya Sección Cuarta, con fecha 13 de junio de 2013, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: 1.- (Folio 99) La entidad mercantil PROMOCIONES AVALPE, S.L. era propietaria desde el día 20 de agosto de 2002 (en que lo compró mediante un documento privado) de una parcela de terreno urbanizable, con una superficie aproximada de 10.000 metros cuadrados, ubicada dentro del polígono al que afecta el PGOU de la localidad de Aldeamayor de San Martín (Valladolid).

II. (folio 91) El día 28 de abril de 2005 la entidad mercantil PROMOCIONES AVALPE, S.L. vendió mediante un contrato de compraventa con arras a la entidad INGENIERIA I CONSTRUCCIÓN BARCELONA 2003 S.L., representada por su Administrador Unico, Don Jacinto (la persona aquí acusada, mayor de edad y sin antecedentes penales), tres parcelas sitas en el Polígono Industrial "El Brizo", nº 77, 78 y 79, del plan parcial sector sud nº 13 "EL BRIZO 2", sito en Aldeamayor de San Martín (Valladolid), y entre las condiciones del contrato, figuraban los siguientes pactos:

Segundo.- El precio de venta será de 132,2.- euros el metro cuadrado, pagaderas de la siguiente manera:

.- Se entrega en este acto, en concepto de Arras la cantidad de 12.000 (DOCE MIL) .- euros, sirviendo el presente documento como el más eficaz de los recibos, recibiendo PROMOCIONES AVALPE S.L., la cantidad entregada a su entera conformidad.

.- El resto se abonará en el plazo de 18 meses a partir de la firma del presente documento, en el momento de otorgar la correspondiente Escritura Pública de compraventa.

.- La Escritura Pública de Compraventa se otorgará ante el Notario que designe la parte COMPRADORA, pudiendo, en ese momento firmar la sociedad aquí representada o cualesquiera otra persona física y/o jurídica que ésta designe.

Tercero.- La Escritura Pública de compraventa se otorgará ante Fedatario Público antes del día 22 de octubre de 2006.

III.- (Folio 5) La entidad *INGENIERIA I CONSTRUCCIÓ BARCELONA 2003 S.L.* tenía previsto proceder a la construcción de una serie de edificaciones industriales en las parcelas que había comprado, para proceder a su venta, y así el día 9 de noviembre de 2005 la citada entidad, representada por el aquí acusado Jacinto » parte vendedora, y la sociedad *AUTO JACRE S.L.*, como parte compradora, firmaron un contrato privado de compraventa en el que, entre otros aspectos, exponían:

1.- Que la mercantil *INGENIERIA I CONSTRUCCIÓ BARCELONA 2003 S.L.* es propietaria de tres parcelas en el Polígono Industrial "El Brizo II", sito en Aldeamayor de San Martín, provincia de Valladolid, siendo dichas parcelas las nº 77, 78 y 79 de la U1 del Sector SUD nº 13 del PGOU de Aldeamayor de San Martín (Valladolid)

II.- Que la mercantil *INGENIERIA I CONSTRUCCIÓ BARCELONA 2003 S.L.* va a construir una serie de edificaciones industriales en dichas parcelas.

III.- Que la sociedad *AUTO JACRE S.L.* está interesado en la compra de la nave industrial nº 6 m2 cada uno sumando un total 409,20 m2, con sus respectivos patios de 27,9 m2 cada uno sumando un total de 55,80 m2, según el plano que se adjunta.

IV.- Que Ambas partes están de acuerdo en la compraventa de dicho edificio y pactan como fecha tope de firma de la escritura pública un mes después de la concesión de primera ocupación, entregando la edificación libre de cargas y gravámenes.

Entre los Pactos, se acordaba:

1.- Que la mercantil *INGENIERIA I CONSTRUCCIÓ BARCELONA 2003 S.L.* es propietaria de la nave N° 6 así como de sus respectivos patios, de la Promoción Industrial en el Polígono Industrial "El Brizo II" dentro de las parcelas descritas en el Expósito (sic) 1 del presente documento.

II.- Dichas naves constan de un patio delantero no cerrado de 27,9 m2 y otro trasero de 27,90 m2 y de 409,20 m2 la nave y, que siendo propiedad del comprador podrá cerrarlo cuando quiera.

III.- El precio que se pacta para la construcción se refiere a la edificación de las naves, y el patio, según proyecto, un baño para la nave según proyecto en planta baja y forjado de oficinas igual a la superficie del baño.

IV.- El precio total para la edificación de la industria N° 6 y un patio de nave es de 187.524,79 #, siendo el importe de la nave y de 5.355,00 # el total de uno de los patio (el otro está excluido del precio), el IVA no está incluido en el precio por lo que se entiende que se incrementará.

Dicho importe se abonará de la siguiente forma:

El 20 % del principal es: 38.575,96 # no incluido IVA a la firma del presente contrato, de la forma que a continuación se especifica:

- con coche Ford Mondeo Matrícula 9848-BWH valorado en 9.000,00 #.
- con coche Renault Kangoo Matrícula 2629-BFY valorado en 3.800,00 #.
- con coche Renault Kangoo Matrícula 8225-BLL valorado en 3.800,00 #.
- con coche Renault Kangoo Matrícula 8232-BLL valorado en 3.800,00 #.
- con coche Renault Kangoo Matrícula 8239-BLL valorado en 3.800,00 #.
- con coche Renault Laguna Matrícula I325-CFN valorado en 7.600,00 #.
- Con Pagaré al vencimiento 90 días de cantidad 6.775, 96.

Total: 38.575,96 #. /

El resto del importe, 154.303,83 # más el iva correspondiente se abonará a la firma de la Escritura de Compraventa.

V.- Si la parte compradora desistiere de la presente compraventa, perderá la cantidad del 50 % entregada en este acto. Si fuere la parte vendedora que decidiere o no pudiese otorgar la correspondiente escritura de compraventa, por cualquier causa no imputable a la parte compradora, deberá devolver la cantidad recibida.

IV.- La mercantil *INGENIERIA I CONSTRUCCIÓ BARCELONA 2003 S.L.* comenzó las actividades dirigidas a construir las naves industriales, y así:

(folios 228 y siguientes, 238 y siguientes) Encargó al Ingeniero Técnico Industrial Don Felipe la elaboración del Proyecto de Ejecución de un conjunto de naves nido para usos polivalentes, dentro del cual estaba incluida la nave industrial vendida a AUTO JACRE S.L., proyecto que fue confeccionado en el verano de 2005, y que fue visado en el Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales el día 1 de septiembre de 2005.

(Folio 111) Una vez elaborado y visado el Proyecto, procedió a solicitar la correspondiente Licencia de Obras al Ayuntamiento de Aldeamayor de San Martín, la cual le fue concedida por Decreto de 2 de enero de 2006.

Una vez obtenida la licencia de obras, comenzó a realizar, por sí mismo, y a través de terceros (con los que había subcontratado distintos trabajos, como movimientos de tierras, adquisición de materiales), los trabajos para proceder a la construcción de las naves proyectadas.

(Folios 112, 192, 193) Con fecha 7 de junio de 2005 la entidad ESMA CONTROL, S.A., empresa que se dedica a la fabricación y montaje de naves industriales confeccionadas en prefabricado de hormigón, la fabricación y montaje de las naves, les había hecho ya el Presupuesto n° A6011903 por un importe de 240.360,23 #, que después se convirtió en el Contrato de fecha

8 de mayo de 2006.

(Folios 113, 114) La mercantil INGENIERIA I CONSTRUCCIÓ BARCELONA 2003 S.L., como consecuencia de estas actividades dirigidas a la construcción de las naves en las parcelas que había comprado, el día 11 de agosto de 2006 procedió al abono del Impuesto de Construcciones Instalaciones y Obras por importe de 12.840,10 #, y ese mismo día abonó la Fianza de Reposición de Aceras y Firmes, por importe de 5.900 # (pagos que fueron hechos directamente por la mercantil EL EQUILIBRIO 2003 S.A., dado que era la empresa que se iba a hacer cargo de la promoción de las naves, y que tenían previsto que fuera quien firmara la Escritura Pública de compraventa, tal y como se permitía en el pacto Segundo del contrato privado de compraventa de 28 de abril de 2005 al que antes hicimos referencia)

(Folio 130 y siguientes) También abonó a THINSA la tasación pericial que esta entidad le hizo, al objeto de solicitar un crédito hipotecario para la compraventa en escritura pública que debía otorgar antes del día 22 de octubre de 2006.

(Folios 192 y 193) De igual manera procedió EL DIA 5 DE JUNIO DE 2006 a abonar a ESMA CONTROL S.A. las sumas de 106.798,22 # y 116.361,69 #, en cumplimiento del contrato que con ella tenía de 8 de mayo de 2006, dirigido a la fabricación y montaje de las citadas naves industriales.

(Folios 194 a 223) Asimismo, procedió a pagar a los proveedores por la realización de las obras de explanación y preparación del terreno, el suministro de hormigón y áridos, para así proceder a la construcción de las naves industriales conforme a lo proyectado, abonando facturas por un importe total de 60.106,82 a EXCAR, S.L., TRASERCO, S.L., FERRALLAS IRIS, S.L., EXCAVACIONES TOÑO, EXCAVACIONES Y ARIDOS ACEVES, S.L., CASTELLANA DE PRÉSTAMOS S.L., BRIZO GRES, S.L., MADERAS PISUERGA, S.L., ARIHORVA ARIDOS Y HORMIGONES VALLADOLID, S.L.

V.- (Folios 106 y siguientes) El día 25 de septiembre de 2006, la entidad INGENIERIA I CONSTRUCCIO BARCELONA 2003 S.L., a través de su Letrado, a la vista de que se aproximaba la fecha en la que el contrato privado de compraventa suscrito el día 28 de abril de 2005 con la entidad mercantil PROMOCIONES AVALPE, S.L., tenía que ser elevado a Escritura Pública, sin haber tenido noticias de la misma, procedió a enviar un Burofax a la entidad PROMOCIONES AVALPE, S.L., requiriéndoles a fin de que se procediera al otorgamiento de la citada escritura pública.

Dado que la entidad PROMOCIONES AVALPE, S.L. informó de forma expresa a INGENIERIA I CONSTRUCCIÓ BARCELONA 2003 S.L. de que no iba a proceder al otorgamiento de la citada Escritura Pública (Folio 109), el día 19 de octubre de 2006 INGENIERIA I CONSTRUCCIÓ BARCELONA 2003 S.L. (Folio 65 y siguientes) presentó demanda de Juicio Ordinario contra PROMOCIONES AVALPE, S.L., procedimiento n° 1127/2006 del Juzgado de Primera Instancia n° 7 de Valladolid, por la que se interesaba que se condenara a la mercantil demandada a que otorgara la Escritura Pública de compraventa sobre los terrenos que habían sido vendidos en documento privado, y de no ser posible el citado otorgamiento, que se procediera a la resolución del contrato firmado en su día, y que se procediera a la condena de la entidad demandada a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la demandante que allí se detallaban.

(Folios 559, 567 y 581) Este pleito terminó por medio de una Transacción Judicial acordada entre las partes el día 5 de junio de 2007, que fue aprobada por Auto de fecha 12 de diciembre de 2007, con el siguiente contenido:

"1.- PROMOCIONES AVALPE S.L. se compromete a otorgar escritura pública de compraventa de las parcelas que constituyen el objeto del procedimiento a favor de la mercantil DUNCAN FAYE S.L. en los términos que constan en el borrador de minuta unida al acta de la audiencia previa de cinco de junio de dos mil siete (folios 493 a 498 de las actuaciones, y que se da por reproducido en la presente resolución). La escritura se otorgará en la Notaría de DON JOSE MARIA LABERNIA antes de las 15,00 horas del viernes día 8 de junio de 2007. En ese acto DUNCAN FAYE S.L., hará entrega de dos talones cuya copia se acompaña al presente escrito por la, suma total de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS QUINCE EUROS (454,415 EUROS), que junto con la cantidad recibida con anterioridad por la vendedora constituyen la totalidad del precio de venta de los inmuebles, IVA incluido.

2.- Demandante y demandado asumirán por mitad los gastos notariales.

3.- El presente documento es suscrito, en conformidad con su contenido por D. Rubén , quien interviene en representación de DUNCAN FAYE S.L. según poder otorgado a su favor por el Notario DON JOSE MARIA LABERNIA CABEZA, con núm. De protocolo 1393".

(Folio 78 y siguientes del Rollo) En realidad la citada compraventa otorgada en escritura pública entre PROMOCIONES AVALPE S.L. como vendedora, Y DUNCAN FAYE, S.L., como compradora, había tenido lugar ya el día 7 de junio de 2007 ante el notario de Valladolid Don José María Labernia Cabeza, número de su protocolo 1.440.

VI.- (Folio 50 y siguientes) A la vista de la imposibilidad que iba a tener la entidad INGENIERIA I CONSTRUCCIO BARCELONA 2003 S.L. de cumplir con sus obligaciones, asumidas con respecto a AUTO JACRE S.L. en el contrato de fecha 9 de noviembre de 2005, al que antes hemos aludido, por INGENIERIA I CONSTRUCCIO BARCELONA 2003 S.L. se confeccionó un documento, a modo de Borrador de documento de resolución del citado contrato, que fue entregado el día 28 de agosto de 2007 a Juan Enrique (como representante de AUTO JACRE S.L.), en el que se exponía:

1.- Que, con fecha 9 de noviembre de 2005, ambas partes suscribieron un contrato privado de compraventa sobre una nave industrial sita en el Polígono Industrial El Brizo II, en Aldeamayor de San Martín.

II.- Que, por medio del presente documento la mercantil AUTOJACRE S.L., desiste y da por resuelto dicho contrato de compraventa, conforme al PACTO V, del documento de fecha 9 de noviembre de 2005. La mercantil ENGYNERIA I CONSTRUCCIO

BARCELONA 2003 S.A., acepta el desistimiento y, en consecuencia, la resolución contractual instada de contrario.

III. El pago de la cantidad reseñada en dicho punto, se hará efectivo por parte de ENGYNERIA I CONSTRUCCIO BARCELONA 2003 S.A. antes del próximo día 7 de septiembre del año en curso; caso, que, llegada esa fecha no se hubiera producido el pago, el presente documento quedará sin efecto, quedando plenamente vigente el contrato privado firmado entre las partes con fecha 9 de noviembre de 2005.

Tal documento, en el que se pretendía por INGENIERIA I CONSTRUCCIO BARCELONA 2003 S.L. atribuir la responsabilidad del incumplimiento contractual a AUTOJACRE, S.L., con las consecuencias de la cláusula y que se contenía en el contrato privado de 9 de noviembre de 2005 (la pérdida del 50 % de la cantidad que había sido entregada en aquel acto) no fue suscrito por el representante de esta empresa, que procedió el día 22 de mayo de 2008 a la presentación de la querrela criminal que dio origen a la presente causa.

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

FALLO: Absolvemos al acusado Jacinto del delito de estafa y también del delito de estafa impropia de los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables, y declarando de oficio las costas procesales causadas.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por AUTO JACRE SL. que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación del recurrente , basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

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

SEGUNDO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . denuncia indebida inaplicación del art. 251.1 CP .

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

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veinte de marzo de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Articula la acusación particular Auto Jacre SL, contra la sentencia absolutoria por los delitos de estafa, art. 248.1 , 250.1.1 , 4 y 6 y subsidiariamente por estafa impropia , art. 251.1 CP , **dos motivos de recurso de casación, el primero al amparo del art. 849.2 LECrim . error en la apreciación de la prueba; y el segundo, como consecuencia del anterior, y al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, por inaplicación del art. 251.1 del CP .**

Con carácter previo debemos recordar la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda Tribunal Supremo en orden a las exigencias para la revocación de sentencias penales absolutoria y en especial en casación.

En este sentido (SSTS. 970/2013 de 18.12 , 176/2013 de 13.3 , 896/2012 de 21.11 , 236/2012 de 22.3 , hemos traído a colación la STC. 135/2011 de 12.9 , que recordando la doctrina de dicho tribunal iniciada en la S. 167/2002, de 18-9 ; y reiterada en numerosas posteriores sentencias (las últimas 21/2009, de 26.1 ; 108/2009, de 11.5 ; 118/2009 de 18.5 ; 214/2009, de 30.11 ; 30/2010, de 17.5) y sirviéndose en su exposición de la STC 1/2010 de 11-1 , precisa: "nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absolutorio, que se inicia en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y ha sido reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre las más recientes SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2 ; 24/2009, de 26 de enero, FJ 2 ; y 118/2009, de 18 de mayo , FJ 3), señala que 'el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción'. En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Habiéndose enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 170/2005, de 20 de junio , FJ 2, 164/2007, de 2 julio, FJ 2 , y 60/2008, de 26 de mayo , FJ 5). De acuerdo con esa misma jurisprudencia la constatación por las indicadas razones de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) determina también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3 ; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1 ; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1 ; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2 ; 360/2006, de 18 de diciembre , FFJJ 3 y 4). "En este sentido, la reciente STC 45/2011, de 11 de abril , FJ 3, nos recuerda que "el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania, § 55 ; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumania, § 39 ; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64 ; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania , §§ 58 y 59)". Respecto de esta misma cuestión,

en las SSTC 120/2009, de 18 de mayo (FFJJ 3 y 6), y 2/2010, de 11 de enero, (FJ 3), a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, hemos dicho que "cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32 ; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan -Å ke Andersson c. Suecia , § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia , § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu c. Rumania , §§ 54 y 55, 58 y 59- que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de julio de 2000 -caso Tierce y otros c. San Marino, §§ 94, 95 y 96-, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación. Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31) de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionarán la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas» (STC 196/2007, de 11 de septiembre). En efecto, tempranamente pusimos ya de manifiesto en la STC 170/2002, de 30 de septiembre (RTC 2002\170) (F. 15) la doctrina sentada por la STC 167/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002\1 67) no es aplicable cuando, a partir los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el tribunal pueda decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH 29 de octubre de 1991 (TEDH 1991 \46), caso Jan-Ake Andersson c. Suecia, aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con intermediación en la apelación en los supuestos en que « no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos», por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (RCL 1999\1 190) (en el mismo sentido, SSTEDH de 29 de octubre de 1991 [TEDH 1991/45], caso Fejde c. Suecia ; de 5 de diciembre de 2002 [2002\72], caso Hoppe c. Alemania ; y de 16 de diciembre de 2008 , caso Bazo González e. España, § 36).

En segundo lugar, no en todo control sobre la actividad probatoria desarrollada en la primera instancia se proyecta la garantía de intermediación. Decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de intermediación a que nos venimos refiriendo. Más aún, el referido test no se proyecta sobre la valoración de cualesquiera medios de prueba sino sólo sobre las que venimos denominando pruebas de carácter personal.

En efecto, no será de aplicación cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental, tal como, en este sentido, pone de manifiesto la STC 40/2004, de 22 de marzo (RTC 2004\40) (F. 5) cuando afirma que «existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal (en el mismo sentido, SSTC 198/2002, de 26 de octubre [2002\198] , F. 5 ; 230/2002, de 9 de diciembre [2002 \230] , F. 8; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, 3 ; 80/2003, de 10 de marzo [2003 \80 AUTO] , F. 1) como

consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el juez a quo cuando procedió a su valoración.

En relación con la prueba pericial atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC 143/2005, de 6 de junio [RTC 2005\143] , F. 6), esto es, cuando el tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que lo documenta (STC. 75/2006 de 13.3). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio, con el fin de explicar, aclarar y ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba (SSTC. 10/2004, de 9.2 ; 360/2006 de 18.12 ; y 21/2009 de 26.1).

Por lo que se refiere a la valoración de pruebas indiciarias, hemos declarado que cuando el órgano de apelación se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación. Si bien, también hemos reiterado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando, sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo" sin celebrar nueva vista, ni haber procedido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas (SSTC 127/2010, de 29.11 , 36/2008 de 25.2 , 24/2009 de 26.1).

En las SSTC. 15/2007 y 54/2009 de 23.2 , se precisa que "es preciso enfatizar que, incluso cuando la credibilidad del testimonio se pondera por el órgano judicial ad quem a partir de la concurrencia de elementos objetivos, será necesaria la garantía de inmediación si con ello se revisa la valoración de tal prueba efectuada en primera instancia. Ello es así porque de la consideración crítica sobre los argumentos utilizados por el órgano a quo para concluir que el testimonio no ofrecía el grado de credibilidad necesario para fundar la condena, no se infiere directamente la veracidad del mismo, sino que para ello es preciso efectuar una valoración específicamente dirigida a afirmar o negar dicha credibilidad, y esta segunda fase del enjuiciamiento habrá de verse necesariamente apoyada sobre elementos de juicio necesitados de la inmediación ... Expresado en otros términos, que las razones por las que un Juez considera que la declaración de un testigo no ostenta credibilidad sean ilógicas o irrazonables no implica que tal declaración sea veraz, de igual modo que considerar como irrazonables o ilógicas las razones que avalan un veredicto de inocencia no puede dar lugar a una atribución de culpabilidad. En suma, para la valoración de la credibilidad de un testimonio será precisa siempre la concurrencia de la inmediación, so pena de vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24.2 CE , como de hecho acontece en el presente caso".

Además esta doctrina ha sido matizada en otras sentencias como las 142/2011 de 26.9 y 126/2012 de 18.6 , en el sentido de que la naturaleza de otras pruebas, singularmente la documental, permite su valoración en fase de recurso, sin que sea precisa la reproducción del debate oral, por lo que la condena por el tribunal Superior basada en tal medio de prueba, sin celebración de vista pública, no infringiría aquel derecho (por todas, SSTC 40/2004, de 22.3 ; 214/2009, de 30.11 ; 46/2011 de 11-4) pero dicha sentencia 145/2011 contiene una importante advertencia sobre la necesidad de que por el órgano de apelación debió efectuarse la audiencia de los acusados como exigencia del derecho de defensa (art. 24.2 CE). Así concluyó: "...por la Audiencia Provincial para alcanzar la convicción condenatoria puede calificarse como estrictamente documental. Ahora bien, en la STC 184/2009, de 7 de septiembre , se enfatizó la trascendencia que, desde la perspectiva del derecho de defensa pueden alcanzar aquellas declaraciones. En el mismo sentido, en la reciente STC 45/2011, de 11 de abril , FJ 2, se afirma que cuando en el juicio de apelación el debate no sea estrictamente jurídico, esto es, cuando en el mismo se ventilen cuestiones de hecho que afecten a la declaración de inocencia o culpabilidad, la posibilidad de comparecencia del acusado en el mismo es una expresión del derecho de defensa, de manera que ha de darse a éste la oportunidad de que pueda exponer, ante el Tribunal encargado de revisar la decisión impugnada, su personal versión acerca de su participación en los hechos que se le imputan, lo que ha de concretarse en su citación para ser oído.- Pues bien, en el supuesto que aquí se examina, si bien los recurrentes no invocan en su escrito de demanda formalmente el derecho de defensa (art. 24.2 CE), sí hacen explícita mención a la circunstancia de que no fueron oídos por el órgano de apelación que, en el juicio de inferencia que realizó, concluyó que aquéllos participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. No tratándose, por tanto, de una cuestión de estricta calificación jurídica en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto -al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se reputaron simulados- la Audiencia Provincial debió citar al juicio de apelación a quienes, habiendo negado su culpabilidad -dado que refutaron

la finalidad simulatoria en la instancia- resultaron a la postre condenados para que, de estimarlo oportuno, ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos. Es decir, el órgano de apelación debió conceder la oportunidad a los acusados de ser oídos a fin de que, apreciando de forma directa sus explicaciones, pudiera formar adecuadamente su convicción.- Constatada así la infracción del derecho de defensa (art. 24.2 CE) en su concreción relativa a la posibilidad de ser oído cuando se debaten cuestiones de hecho y de Derecho por el Tribunal que dictó el pronunciamiento condenatorio, ha de otorgarse el amparo solicitado sin que sea necesario, en consecuencia, continuar con el análisis del resto de los motivos alegados por los demandantes."

Por último conviene destacar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22-11-2011, caso Cadena Calero contra España que reitera la doctrina de dicho tribunal, en relación con el alcance de celebrar una vista y examinar con inmediación determinadas pruebas en aquellos casos en los que se procede a condenar al acusado en segunda instancia o en casación, tras una sentencia absolutoria.

En este caso el TEDH se pronuncia específicamente sobre el alcance de dicha obligación en casación, realizado las siguientes consideraciones:

"46 (...) el tribunal Supremo, para llegar a nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de éste último, en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo eventual) en relación con las personas afectadas. Ahora bien, el TS concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos.

En opinión del tribunal, el TS se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, es obligado constatar que, cuando la inferencia de este tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual) no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado en relación a los hechos que se le imputan". A partir de este razonamiento, la sentencia concluye que ha existido una violación del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos :

"49. Como consecuencia, el tribunal considera que las cuestiones que debía examinar el tribunal Supremo, requerían la valoración directa del testimonio del acusado o incluso del de otros testigos (ver Botten c. Noruega 19.2.96; Ekabatani c. Suecia precitada y los asuntos españoles arriba mencionados).

50. En definitiva, el tribunal recuerda que se celebró una vista oral ante el Tribunal Supremo, durante la cual aunque el representante del acusado tuvo ocasión de exponer sus alegaciones, entre ellas, las relativas a la valoración jurídica de los hechos del caso, el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad".

No siendo ocioso recordar que en el reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19.12.2012, en orden a la posibilidad de celebración de vista en casación con citación del acusado, se adoptó el acuerdo de que **"la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso, ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la Ley"**.

Razonamientos los anteriores que deberán ser tenidos en cuenta en orden a la inviabilidad de los motivos -en particular los articulados por error en la valoración de la prueba-.

SEGUNDO: El motivo primero al amparo del art. 849.2 LECrim , infracción de Ley por estimar que la Sala sentenciadora ha incurrido en error en la apreciación de la prueba, al considerar que el acusado Jacinto en la representación en la que actuó Encoba SL -Ingeniería I Construcción Barcelona 2003 SL- no cometió el delito de estafa impropia por el que venía siendo acusado al no haber vendido nada en la transmisión judicial en que se produjo la transmisión de las naves de Auto Jacre SL, pues al haber renunciado a sus derechos permitió que el primitivo propietario Promociones Aralpe SL. Si lo vendiese a un tercero Duncan Faye SL. considera el motivo que de los documentos obrantes a los folios 5 a 8, folio 44 y folios 462 a 465, se deduce que el suelo objeto de transacción en el procedimiento civil, era propiedad de Auto Jacre SL, atribuyéndose falsamente una facultad de disposición sobre el mismo el acusado, que evidentemente no tenía, enajenándose el mismo a un tercero.

El motivo deviene improsperable.

Como hemos dicho en SSTs. 316/2013 de 17.4 , 176/2013 de 13.3 , 569/2012 de 27.6 , por la vía del art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que, a su vez, 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 previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECrim . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta Sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10 , viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim .;

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto 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.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001 de 19-7 , 1390/2011 de 27.12 - el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos.

No otra cosa ha acontecido en el caso presente, el vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos: 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiente, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error; y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial.

Así la STS 1952/2002, de 26.11 , recuerda que el error de hecho sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominado "literosuficientes" o "autosuficientes" se acredite de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba, siempre y cuando el supuesto no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim .

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con expresa designación de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilita una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

En definitiva, este motivo de casación, por error en la apreciación de la prueba previsto en el art. 849.2 LECrim , no autoriza a una revaloración de la prueba documental, sino que permite rectificar el hecho probado en tanto se acredita un error del tribunal al declarar o al omitir declarar probado un hecho relevante para el fallo, del que no existan otras pruebas, cuando su inexistencia o su existencia resulte de forma incontrovertible del particular de un documento.

En el caso presente considera el recurrente que el acusado no podía renunciar a un derecho que no tenía, de forma que se atribuyó en la transacción una facultad de disposición de la que carecía, omitiendo el contrato de compraventa que había suscrito con Auto Jacre SL, lo que le sirvió para materializar el acuerdo transaccional que como parte alcanzó en el procedimiento civil.

Así los folios 5 a 8, documento privado de compraventa por Auto Jacre SL, a Endosa SL, acreditan que no tenían facultad de disposición sobre dicho suelo. Y la comisión del hecho delictivo se deduce de los folios 462 a 465, transacción judicial entre las partes el 5 junio 2007 (aprobada por auto 12 diciembre 2007), y de la escritura publica entre Promociones Avalpe SL, como vendedora, y Duncan Farje SL, como compradora de 7 junio 2007.

Los documentos designados no acreditan el error denunciado su contenido ha sido incorporado literalmente al hecho probado, por lo que no conllevan modificación alguna del factum, siendo la interpretación que de los hechos realiza el recurrente para inferir la comisión del delito de estafa impropia, propia del motivo por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim .

TERCERO: El motivo segundo al amparo del art. 849.1. LECrim , infracción de precepto penal de carácter sustantivo, por inaplicación del art. 251.1 CP .

Se argumenta en el motivo que el querellado Jacinto , en su condición de representante legal de Encoba SL, habría perdido su facultad de disposición sobre las parcelas transmitidas a Auto Jacre SL, por haber

ejercitado ya la misma en virtud del contrato suscrito entre el acusado y Avalpe, dicha facultad de disposición la había ejercitado al vender, a su vez, a Auto Jacre SL, dichas parcelas, por lo que carecía de facultad de disposición para realizar la transacción, finalmente homologada judicialmente en el procedimiento civil y a favor de un tercero, Duncan Faye. Si ya había dispuesto de dicha facultad, no podía disponer nuevamente a través de dicha transacción, consumiéndose el delito el 7.6.2007, al otorgarse la escritura de compraventa sobre dicho inmueble entre Promociones Avalpe SL, y Duncan Faye SL, siendo autor el querellado por haber llevado a cabo una conducta típicamente antijurídica con dominio de la acción en la transacción a través de un tercero que se utiliza como instrumento - Promociones Avalpe SL- y habiendo realizado el hecho, por autoría mediata por medio de otro del que se ha servido el acusado, por lo que la sentencia ha infringido el art. 251.1 CP .

El primer problema que plantea el art. 251.1 es el de la colisión de este precepto con la Ley Civil , puesto que aquel precepto tipifica ilícitos civiles criminalizados y como es bien sabido, la Ley civil admite la validez de la doble venta, puesto que la compraventa constituye únicamente el "título" para la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, exigiendo la "traditio" o "modo" para que el comprador adquiera la propiedad.

En efecto, la entrega de la cosa vendida constituye la obligación principal del vendedor (arts. 1445 y 146.1 del Código Civil) entendiéndose entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador y solo cuando la venta se haga mediante escritura pública el otorgamiento de ésta equivaldría a la entrega de la cosa objeto del contrato si de la misma escritura no resultase o se dedujese claramente lo contrario (art. 1462 Código Civil), ahora bien la Ley civil admite expresamente como queda dicho, la validez de la doble venta al establecer que "si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad, se transmitirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuese mueble. Si fuese inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya suscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea el primero en la posesión y faltando esta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe (art. 1473 del Código Civil).

Enfrentada la jurisprudencia de la Sala Segunda Tribunal Supremo, a esta colisión entre la norma civil y lo dispuesto por el art. 251 CP , no se ha seguido un criterio uniforme. Por una parte, está el criterio rigurosamente civilista según el cual la transmisión de la propiedad exige la concurrencia del título y el modo (artículos 609 , 1095 , 1462 C.C .) de forma que no consumándose la venta con la " *traditio* " el vendedor seguiría siendo dueño de la cosa y en consecuencia no realizaría ningún acto fraudulento mediante la segunda venta, tratándose en todo caso de un ilícito civil a resolver por las normas de dicho Código. Por otra parte, la Jurisprudencia que ha dado cabida a la doble enajenación en supuestos de enajenación sin " *traditio* " y venta a un segundo comprador, por cuanto en estos casos el vendedor común se finge dueño de un bien que ya no le pertenece, como parece desprenderse de los artículos 1450 y 1473, ambos C.C . (S.S.T.S. 203/2006 de 28.2, 1329/2009 de 18.10). Postura ésta por la que se ha decantado la jurisprudencia al considerar suficiente la venta en documento privado sin "traditio" posterior para estimar consumada la estafa en su modalidad de "doble venta": La existencia de doble venta punible exige que el vendedor mantenga la disposición y la titularidad de los bienes vendidos de tal manera que, cuando realiza la segunda venta sepa y conozca la realización de la anterior, aunque haya sido en documento privado y no haya transmitido la disposición exteriorizando de esta manera su propósito defraudatorio. Por el contrario, si el vendedor, además de otorgar el documento privado de venta, cumpliéndose el perfeccionamiento del contrato como dispone el art. 1450 Código Civil , hubiese entregado la cosa vendida, aunque hubiese sido simbólica o instrumentalmente, lo que hubiese determinado la consumación de la compraventa, la segunda venta no sería tal sino que el sujeto fingiría ser dueño de algo que ya no es suyo, y esta conducta está prevista en el art. 251.1 relativa al que vende fingiendo ser dueño de la cosa vendida.

En síntesis esta Sala (SSTS. 203/2006 de 28.2 , 780/2010 de 16.9 , 209/2012 de 23.3) 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 C.C .

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.

CUARTO: En el caso presente del relato fáctico -cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional elegida- se desprende:

1º) Que la entidad mercantil Promociones Avalpe SL, era propietaria, desde el 28.8.2002, de una parcela de terreno urbanizable con una superficie aproximada de 10.000 m², ubicada dentro del Polígono al que afecta el PGOU de Aldeamayor de San Martín (Valladolid).

2º) Que referida entidad el 28.4.2005 vendió en contrato privado de compraventa con arras a la entidad Ingeniería I Construcción Barcelona 2003 SL (Encoba), representada por su administrador único, el hoy acusado Jacinto, tres parcelas sitas en el Polígono Industrial "El Brizo" nº 77, 78, 79 del plan parcial sector ind. Nº 13 "El Brizo 2", sito en Aldeamayor de San Martín. Destacándose entre las condiciones del contrato: que el precio de venta era de 132,2 Euros m², entregando en dicho acto, en concepto de arras 12.000 E y el resto en 18 meses en el momento de otorgar la escritura pública antes del 22.10.2006, a favor de la compradora o cualesquiera otra persona física y/o jurídica que ésta designase.

3º) Que la entidad Encoba tenía previsto proceder a la construcción de diversas naves industriales en aquellas parcelas para proceder a su venta y el 9.11.2005, representada por el acusado, celebró un contrato privado de compraventa vendiendo a la sociedad Auto Jacre SL, sobre plano la nave industrial nº 6, de 409,20 m², con un patio delantero y otro trasero de 27,8 m² cada uno, siendo el precio de la nave 187.524,79E, y 5.355,00 el de los patios más el IVA, pagándose el 20% a la firma del contrato, en total 38.579,96 E no incluido el IVA, mediante la entrega de 6 vehículos cuyos modelos, matriculas y valor se especifican y un pagaré al vencimiento de 90 días de 6.775,96 E, abonándose el resto del precio, 154.303,83 E más el IVA a la firma de la escritura de compraventa -sin que señale fecha para tal otorgamiento-, salvo la fecha tope de un mes después de la concesión de la primera ocupación, y estableciéndose que si la parte compradora desistiera de la presente compraventa, perdería la cantidad del 50%, entregada en este acto y si fuese la parte vendedora quien decidiera o no pudiera otorgar la correspondiente escritura por cualquier causa no imputable a la parte compradora, deberá devolver la cantidad recibida.

4º) Que Encoba SL. comenzó a realizar las actividades destinadas a la construcción de las naves industriales. Así encargó a un Ingeniero técnico industrial el proyecto de ejecución de un conjunto de naves para usos polivalentes -dentro del cual estaba incluida la nave vendida a Auto Jacre SL, proyecto que fue visado el 1.9.2005; solicitó y obtuvo la licencia de obras del Ayuntamiento de Aldeamayor de San Martín por Decreto de 2.1.2006, celebró con la entidad Esma Control dedicada a la fabricación y montaje de naves industriales confeccionados en prefabricado de hormigón, presupuesto y ulterior contrato para la fabricación y montaje de las naves, abonando el 5.6.2006, las cantidades de 106.798,22 E y 116.361 E; procedió al abono del Impuesto reconstrucciones e Instalaciones y Obras por importe de 12.840,10E, la Franja de Reposición de Aceras y Firmes por importe de 5.900 E, el 11.8.2006, abonó a Thinsa la tasación pericial realizada con el objeto de solicitar un crédito hipotecario para la compraventa en escritura pública que debía otorgarse antes del 22.10.2006; y por último procedió a pagar a diversos proveedores por la realización de obras de explanación y preparación del terreno y suministrar de hormigón y ávidos para proceder así a la construcción de las naves industriales, por un total de 60.106,82 E.

-Que el 25.9.2006, la entidad Encoba SL, a través de Letrado requirió a Promociones Avalpe SL, para la elevación de escritura pública del contrato privado de 28.4.2005, la fecha límite era el 22.10.2006, y ante la negativa expresa de ésta, presentó demanda de juicio ordinario contra la misma el 19.10.2006, procedimiento 1127/2006, Juzgado 1ª Instancia 7 de Valladolid, interesando la condena de Promociones Avalpe SL, a que otorgara escritura pública sobre los terrenos vendidos en documento privado y de no ser posible se procediera a la resolución del contrato firmado en un día, con la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la demandante que se detallaban.

6º) Que dicho litigio finalizó por una transacción judicial entre las partes el 5.6.2007, aprobada por auto de 12.12.2007, por la que se acordaba que Promociones Avalpe SL, se comprometía a otorgar escritura pública de compraventa de las parcelas que constituía el objeto del procedimiento a favor de la mercantil Duncan Faye, en cuyo acto esta entregaría a la vendedora dos talones por la suma total de 454.415 E, que junto con la cantidad recibida por la vendedora con anterioridad, constituían la totalidad del precio de los inmuebles, IVA incluido.

Escritura publica que se otorgó entre Promociones Avalpe SL, como vendedora y Duncan Faye SL, como compradora, el 7.6.2007.

7º) Que con fecha 28.8.2007 se entregó por Encoba SL, a la representación de Auto Jacre SL, un documento borrador de resolución del contrato de 9.11.2005, por el que la compradora Auto Jacre SL desistía y daba por resuelto el contrato de compraventa en documento privado referido conforme a su pacto V, y Encoba SL, aceptaba tal desistimiento y, en consecuencia, la resolución de aquel contrato y el pago de la cantidad reseñada en dicho pacto (50% de la cantidad recibida, que se haría efectivo por parte de Encoba antes del 7.9.2007).

Documento que no fue aceptado por Auto Jacre SL, quien el 22.5.2008, procedió a la interposición de la querrela origen de la presente causa.

-De tales presupuestos fácticos no se desprende actuación subsumible en el tipo del art. 251.1 CP, por parte del querrellado en representación de Encoba SL.

En efecto esta entidad habría adquirido por contrato privado de compraventa celebrado el 28.4.2005, con Promociones Avalpe, un terreno urbanizable compuesto por tres parcelas con el compromiso de elevarlo a escritura antes del 22.10.2006, con la finalidad de construir en las mismas diversas naves industriales, y procedió, a su vez, a vender en documento privado el 9.11.2005, sobre plano, es decir aun no construida, una de las naves, la nº 6, a la entidad querellantes Auto Jacre SL, quien abonó en ese momento el 22% del precio y sin que se fijara plazo para el otorgamiento de la escritura publica y el pago del resto del precio.

Encoba comenzó a cumplir con sus obligaciones realizando diversas actuaciones encaminadas a la construcción en las parcelas adquiridas de una serie de naves industriales entre ellas la nº 6 vendida a Auto Jacre SL.

Asimismo como el propietario inicial de las parcelas, Promociones Avalpe SL, al ser requeridos para el otorgamiento de escritura publica sobre los terrenos vendidos en documento privado por Encoba, se negase a ello procedió en vía civil a instar dicho cumplimiento o de no ser posible la resolución con indemnización de daños y perjuicios.

Es cierto que este procedimiento civil finalizó por una transacción por la que el demandado Promociones Avalpe SL, se comprometía a otorgar escritura publica a todos los terrenos a un tercero que no era parte en el proceso -lo que se llevó a cabo el 7.6.2007, sin intervención alguna de Encoba SL, quien por tanto, no realizó una segunda venta, sino que en aquella transacción renunció implícitamente a que el documento privado de 28.4.2005, se elevase a escritura publica, permitiendo que el demandado transmitiera por escritura publica todas las parcelas a un tercero -posibilidad prevista en la condición segunda del contrato privado-, incumpliendo con ello el contrato privado de 9.11.2005, celebrado con la querellante, no sobre la totalidad de las parcelas, sino solo sobre una de las naves, pero tal contrato que no supuso transmisión de la propiedad de la nave, que aun no estaba construida ni, por tanto, entregada a la compradora, y en el que no se fijaba fecha para el otorgamiento de escritura publica y pago del resto del precio -solo se había satisfecho el 22%-preveía la posibilidad de desistimiento a favor de cualquiera de las partes, sin tener que justificar causa alguna-devolviendo el vendedor la suma recibida si fuese a su instancia, y perdiendo el comprador el 50% de la entregada si fuese a la suya, lo que el querrellado intentó con el borrador de fecha 28.8.2007, que no fue aceptado por Auto Jacre, en cuanto suponía que era dicha sociedad quien postulaba la resolución del contrato con la consiguiente pérdida del 50%, presentando la querrela al inicio del presente procedimiento.

Consecuentemente si en la venta en escritura pública de 7.6.2007 realizada por el inicial propietario a un tercero, no intervino Encoba, quien intentó resolver el contrato privado celebrado con la querellante, sin acuerdo entre las partes, no se dan los presupuestos típicos de la estafa, art. 251.1 CP, encontrándonos ante un incumplimiento de un contrato privado de compraventa, a resolver en cuanto a sus consecuencias económicas en dicha jurisdicción.

QUINTO: Desestimándose el recurso las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **AUTO JACRE SL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, que absolvió al acusado Jacinto como autor penalmente responsable de un delito de estafa; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.



Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Jose Ramon Soriano Soriano **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro** D. Carlos Granados Perez

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ