

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA**

**Sección nº 001**

**Rollo: PA 56/13**

**Órgano procedencia: Juzgado de Instrucción número 8 de Palma.**

**Procedimiento de origen: DPPA Nº 1291/11**

**SENTENCIA Nº 25/2015**

**ILMOS/AS SR./SRAS MAGISTRADOS:**

**DOÑA FRANCISCA MARÍA RAMIS ROSSELLÓ**

**DOÑA GEMMA ROBLES MORATO**

**DON MARIO S. MARTÍNEZ ÁLVAREZ**

En PALMA DE MALLORCA, a 25 de febrero de 2015

VISTA en juicio oral y público, ante la Sección Primera de esta Audiencia Provincial la causa instruida con el número DPA número 1291/11, procedente del Juzgado de Instrucción número 8 de Palma y seguida por el trámite de PROCEDIMIENTO ABREVIADO, ROLLO NÚM. PA 56/13, por un delito continuado de estafa; un delito continuado de falsedad en documento público; un delito continuado de falsedad en documento oficial y alternativamente un delito de falsedad de certificados en concurso medial el delito de estafa con los otros dos, contra [REDACTED] con DNI número 41.402.917-L, nacido en Valdepeñas el 25/08/1970, cuyos antecedentes penales no constan, y en libertad provisional de la que ha estado privado desde el día 31 de octubre de 2012 hasta el 26 de julio de 2013, representado por la Procuradora [REDACTED] y defendido por el Letrado [REDACTED] contra [REDACTED] con DNI número [REDACTED] nacido en Chiclana de la Frontera el 17/02/1970, cuyos antecedentes no constan, y en libertad provisional de la que no ha estado privado por esta causa, representado por el Procurador [REDACTED] y defendido por el Letrado [REDACTED] contra [REDACTED] con DNI número [REDACTED] nacido en Guadalajara el 27/02/1956, cuyos antecedentes penales no constan y en libertad provisional de la que no ha estado privado por esta causa, representado

por la Procuradora [REDACTED] y defendido por el Letrado [REDACTED]. Siendo partes acusadoras, [REDACTED] representada por el Procurador [REDACTED] y defendida por el letrado [REDACTED]; [REDACTED] representada por la Procuradora [REDACTED] y defendida por el Letrado [REDACTED]; [REDACTED] representado por el Procurador [REDACTED] y defendido por el Letrado [REDACTED]; [REDACTED] representado por el Procurador [REDACTED] y defendido por el Letrado [REDACTED]; [REDACTED] representada por el Procurador [REDACTED] y defendida por el Letrado [REDACTED]; [REDACTED] representado por la Procuradora [REDACTED] y defendida por el letrado [REDACTED] y el Ministerio Fiscal representado por el Imso. Sr. Don [REDACTED] y como ponente, que expresa el parecer del Tribunal la Ilma Sra. Magistrada DOÑA GEMMA ROBLES MORATO.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que la presente causa se inició en virtud de querrela de fecha 05 de enero de 2011, con ampliación de querrela de fecha 5 de abril de 2011 que, presentada ante el Juzgado de Instrucción de esta capital a instancia de [REDACTED] y [REDACTED] determinó la incoación por el Juzgado de tal clase número 8 de las correspondientes Diligencias Previas, transformándose posteriormente en Procedimiento Abreviado y acordándose la apertura del juicio oral a instancia del Ministerio Fiscal y de las Acusaciones Particulares integradas por los referidos y por las de [REDACTED] y [REDACTED]; acusaciones –pública y particular- que presentaron los oportunos escritos de acusación, y remitiéndose posteriormente las actuaciones, una vez que las defensas de los acusados, [REDACTED] y [REDACTED] hubieron presentado sus respectivos escritos de defensa, a la Ilma. Audiencia Provincial, turnándose a esta Sección Primera, donde se formó el Rollo correspondiente y se señaló día y hora para la celebración del acto del juicio, con declaración de pertinencia de las pruebas propuestas por sus respectivas representaciones.

**SEGUNDO.-** En fechas 18 y 19 de diciembre de 2014 y continuación los días 4 y 5 de febrero de 2015 se celebraron las sesiones correspondientes del juicio oral, en la que se



practicaron todas las pruebas admitidas y declaradas pertinentes, se formularon las respectivas conclusiones definitivas por las representaciones de todas las partes, se emitieron los correspondientes informes y, tras la última palabra de los acusados, quedaron las actuaciones concluidas para dictar sentencia.

**TERCERO.-** En sus conclusiones definitivas, el **Ministerio Fiscal** calificó los hechos como constitutivos de: 1) un delito de estafa de los artículos 248, 249 y 250.1 números 1º, 4º y 5º y 2 del CP; 2) un delito continuado de falsedad en documento público del artículo 390.1 números 2º y 4º y 74 del CP; 3) un delito continuado de falsedad en documento oficial de los artículos 392.1 2º y 4º del CP y alternativamente un delito continuado de falsedad de certificados del artículo 399 y 74 del CP y todo ello en concurso medial el delito del nº 1 con los números 2 y 3 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 del CP.

Consideraba responsable en concepto de autor a [REDACTED] del delito de estafa y como inductor de la letra a) del artículo 28 del CP de los delitos continuados de falsedad en documento público y de falsedad en documento oficial. Concurría la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del CP solicitando para él la pena de SIETE AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE 20 MESES CON CUOTA DIARIA DE 50 EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria ex artículo 53.1 salvo concurrencia a sensu contrario del artículo 53.3) e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Consideraba responsable en concepto de cómplice a [REDACTED] del delito de estafa y autor del delito continuado de falsedad en documento público e interesaba para él la pena de CUATRO AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, MULTA DE QUINCE MESES CON CUOTA DIARIA DE 40 EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria ex artículo 53.1 del CP y CUATRO AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Consideraba responsable en concepto de autor a [REDACTED] del delito continuado de falsedad en documento oficial y alternativamente un delito continuado de falsedad de certificados e interesaba para él la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE DOCE MESES CON CUOTA DIARIA DE 40 EUROS (con responsabilidad personal



subsidiaria ex artículo 53.1 CP) e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por vía de responsabilidad civil solicitaba la condena del acusado [REDACTED] a indemnizar a cada uno de los perjudicados en las cantidades defraudadas respectivas, así como en los gastos derivados de la adquisición de las viviendas, con responsabilidad civil subsidiaria del acusado [REDACTED] ex artículo 116.2 del CP.

**CUARTO.-** La acusación particular de [REDACTED], en igual trámite, se adhirió a las conclusiones del Ministerio Fiscal, fijando la responsabilidad civil en la cantidad de 180.169,66 euros más los intereses, interesando la nulidad de la compraventa.

La acusación particular de [REDACTED] se adhirió a las conclusiones del Ministerio Fiscal, fijando la responsabilidad civil en la cantidad de 179.745,57 euros más intereses del artículo 576 de la LEC y la imposición de costas, incluidas las de la acusación particular.

La acusación particular de [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED] en conclusiones definitivas calificó los hechos constitutivos de: A) un delito de estafa continuado, agravado por recaer sobre vivienda y por el valor de la defraudación previsto y penado en los artículos 249, 250 1º y 6º en relación con el artículo 77; B) un delito continuado de falsedad en documento público cometido por funcionario público previsto y penado en el artículo 390.1.4º y 74 en relación con el 77 del CP; C) un delito continuado de falsedad en documento público cometido por particular previsto y penado en el artículo 392.1 y 74. Consideraba que entre el delito A y los delitos B y C existe concurso medial al amparo del artículo 77 del CP.

Consideraba que los acusados son responsables en concepto de: 1) [REDACTED] responde en concepto de autor del delito de estafa y en calidad de inductor del delito continuado de falsedad en documento público y del delito continuado de falsedad en documento público cometido por particular; 2) [REDACTED] responde en concepto de cooperador necesario del delito de estafa y en concepto de autor del

delito continuado de falsedad en documento público; 3) [REDACTED]  
responde en calidad de autor del delito continuado de falsedad en documento público cometido por particular.

Interesaba la imposición de las siguientes penas: 1) al acusado [REDACTED]  
[REDACTED] la pena de 8 AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE 24 MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE 50 EUROS, sin responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago salvo que la pena de prisión impuesta finalmente fuere menor a cinco años, en cuyo caso se solicitaba la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 12 meses de duración, así como la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de constructor y promotor inmobiliario por tiempo de 10 años y pago de las costas, incluidas las de la acusación particular, 2) al acusado [REDACTED] la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE 12 MESES CON CUOTA DIARIA DE 30 EUROS, sin responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago salvo que la pena de prisión impuesta finalmente fuere menor a cinco años, en cuyo caso se solicitaba la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 12 meses de duración, así como la inhabilitación especial para el ejercicio del de Notario por tiempo de 3 años, con comunicación de la condena a la Dirección General del Registro y el Notariado, pago de las costas incluidas las de la acusación particular; 3) al acusado [REDACTED] la pena de 2 años de prisión e inhabilitación para el desempeño de la actividad profesional de arquitectura técnica por tiempo de 3 años, con comunicación de la condena al Colegio de Aparejadores de las Islas Baleares así como al Consejo General de la Arquitectura técnica y pago de las costas incluidas las de la acusación particular.

Por vía de responsabilidad civil solicitó con fundamento en los artículos 1.261 y ss del CC se declarase la nulidad radical del contrato de compraventa de vivienda suscrito entre las partes y que como consecuencia de dicha declaración de nulidad, se condene a: 1) los acusados [REDACTED] y [REDACTED] a que conjunta y solidariamente restituyan el precio por el cual se adquirió la vivienda, ( artículo 1303 CC) con los intereses que se determinen en fase de ejecución de sentencia; 2) se condene a los 3 acusados a que conjunta y solidariamente indemnicen por los daños y perjuicios padecidos y cuyos conceptos y bases se detallan: a) gastos de reparación de desperfectos derivados de las obras realizadas por el promotor acusado sin contar con proyecto alguno visado por técnico cualificado y sin solicitar la licencia oportuna, en las cantidades que sean acreditadas y determinadas en ejecución de sentencia; b) intereses,

seguros, comisiones y demás gastos derivados de los préstamos suscritos para la adquisición de la vivienda; c) gastos que se ocasionen y acrediten para el levantamiento de la hipoteca de la vivienda; d) daños morales que se estiman en la cantidad de 70.000 euros; e) costes que se pudieran devengar con la ejecución forzosa de las órdenes de demolición que pesa sobre la vivienda en cuestión.

La acusación particular de [REDACTED] entendía que los hechos eran constitutivos de: a) un delito de estafa 248.1, 250. 1. 1º y 6º del CP; 2) un delito continuado de falsedad en documento público del artículo 390.1.2º y 4º y 77 del CP; 3) un delito continuado de falsedad en documento oficial 392.1.2º y 4º y 74 del CP y alternativamente un delito continuado de falsedad de certificados del artículo 399 y 74 CP.

Consideraba responsables a: 1) [REDACTED] en concepto de autor del delito de estafa y como inductor en los otros dos delitos de falsedad; 2) [REDACTED] como cooperador necesario del delito de estafa y como autor del delito continuado de falsedad en documento público; 3) [REDACTED] como cooperador necesario del delito de estafa y autor del delito continuado de falsedad en documento oficial y alternativamente del delito de falsedad en certificados.

Procedía imponer las siguientes penas: 1) a [REDACTED] las penas de OCHO AÑOS DE PRISIÓN Y VEINTICUATRO MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE 5 EUROS, accesorias y pago de costas incluidas las de la acusación particular; 2) a [REDACTED] la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN Y 12 MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE 25 EUROS, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL CARGO DURANTE 6 AÑOS, accesorias y pago de las costas incluidas las de la acusación particular; 3) a [REDACTED] la pena de 4 AÑOS DE PRISIÓN Y 12 MESES DE MULTA CON CUOTA DIRIA DE 25 EUROS, accesorias y pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Por vía de responsabilidad civil solicita que indemnizasen solidariamente a [REDACTED] en las siguientes cantidades: 1) el precio abonado por la vivienda, 108.820 euros; 2) los gastos en que incurrió el perjudicado para la compra del inmueble, 9.224,98 euros; 3) la cantidad abonada en concepto de intereses del préstamo hipotecario contratado; 4) 60.000 euros en concepto de daños morales.

**QUINTO.-** La defensa de [REDACTED] consideraba que los hechos son constitutivos de un delito de estafa de los artículos 248, 249 y 250.1 números 1º y 6º y 2 del CP vigente a fecha de la comisión, siendo responsable en concepto de autor y concurriendo las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: 1) atenuante simple de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del CP; 2) atenuante muy cualificada de reparación del daño causado del artículo 21.5 CP; 3) atenuante simple analógica de confesión del artículo 21.6 en relación con el artículo 21.4 del CP.

Interesaba se le impusiera la pena de prisión de UN AÑO DE PRISIÓN Y TRES MESES DE MULTA A RAZÓN DE 6 EUROS y a que en concepto de responsabilidad civil el acusado, descontando las cantidades ya abonadas, deberá resarcir a los perjudicados abonando el precio pagado, descontando el 50 % del mismo por el uso durante más de 10 años de las viviendas y por la depreciación general del mercado inmobiliario.

La defensa del resto de acusados interesó la libre absolución de sus respectivos patrocinados, con todos los pronunciamientos favorables y declaración de oficio de las costas procesales causadas.

### HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** En fecha 21 de mayo de 2004, el acusado [REDACTED] [REDACTED] adquirió mediante escritura pública otorgada ante el también acusado, Notario de [REDACTED] en aquella fecha, [REDACTED] una casa de planta baja con corral de más de cien años de antigüedad sita en la esquina de las calles Vivero nº 35 y Bujosa nº 3 de Palma, siendo los vendedores [REDACTED]. Dicho inmueble había estado dedicado a obrador de panadería y contaba con una vivienda de varias habitaciones.

En fecha 24 de mayo de 2004, ante el Notario también acusado [REDACTED] [REDACTED] procedió a otorgar escritura de ampliación de obra nueva y división horizontal. En dicha escritura por un lado se declaraba un exceso de cabida y de otro



lado, conforme a lo declarado por el Sr. [REDACTED] se describían nueve viviendas en el edificio, todo ello sin que se correspondiere a su situación real, sin que conste que el Notario actuante tuviere conocimiento de ello o noticia del estado concreto del edificio. Se hizo constar la descripción de la finca tal y cómo aparecía en el Registro de la Propiedad, esto es casa de planta baja con corral y la referencia catastral, junto con las cargas. Figura que el propietario, Sr. [REDACTED] EXPONE II “Que la construcción existente en la finca descrita de su propiedad, en realidad, tiene una cabida superior a la escriturada, y tal y como se indicará a continuación, y se halla levantada en planta baja y planta piso, en la que se delimitan distintas partes determinadas, y cuya constitución en régimen de propiedad horizontal, se formaliza en esta escritura”. Asimismo, se describe la obra nueva y se expresa la superficie total construida de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS METROS CUADRADOS (cincuenta metros más de los que constan en el título previo) más sesenta ocho metros cuadrados en planta piso. Se expresa que en planta baja, mide DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE METROS CUADRADOS construidos, y en planta piso mide CINCUENTA Y SEIS METROS CUADRADOS construidos, más SESENTA Y OCHO METROS CUADRADOS de terraza. A continuación se describe la propiedad horizontal de que se compone el edificio, en concreto 9 viviendas.

Al folio 13 de la escritura en el punto tercero de la disposición cuarta se hizo constar que “ NO SE ACREDITA NI LICENCIA NI CERTIFICACIÓN TÉCNICA, POR HABER SIDO CONSTRUIDA LA EDIFICACIÓN EN FECHA ANTERIOR AL PLAZO PARA LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN EN QUE HUBIERE PODIDO INCURRIR EL EDIFICANTE: De conformidad con lo dispuesto en la Ley 9/1998, de 13 de abril, SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES, y en el RD 1093/1997 de 4 de julio, por el que se aprueban LAS NORMAS COMPLEMENTARIAS AL REGLAMENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA SOBRE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA, y habiendo sido terminada la edificación declarada como obra nueva con anterioridad a la fecha que dicho precepto legal establece, se acredita tal extremo mediante la aportación de Certificado expedido por la Gerencia Territorial del Catastro de Baleares-Provincia, expedido el 8 de marzo de 2004, en el que consta la fecha de terminación de las obras ( 1900), y su descripción coincidente con la de este título. Dicho documento acreditativo se me entrega en este acto y queda protocolizado al final de la presente. Yo el Notario hago constar, que a mi juicio queda suficientemente acreditada la antigüedad de la edificación”.

Posteriormente, se realizó una rectificación el 10 de agosto de 2004 haciendo constar que “en realidad, en dicha edificación, se delimitan diez partes determinadas, y no nueve como consta en la misma, ya que en la planta piso, se ubican tres departamentos sin terrazas, y no dos con terrazas, como por error se describieron en dicha escritura.”; “3.- Que a día de hoy, el compareciente es el único propietario de todo el edificio, por tanto, el compareciente, rectifica la citada escritura de ampliación de obra y división horizontal, sin alteración de superficie construida, y modificando las partes determinadas número ocho y nueve de orden, constituyendo como nuevo elemento la parte determinada número diez de orden, las cuales tendrán la siguiente descripción: ...Por ello, el compareciente rectifica la citada escritura, en los términos antes indicados, solicitando su inscripción en el Registro correspondiente”

Se protocolizó el certificado de catastro que constaba de 3 hojas, folios 140 a 142 de la causa. En la primera consta la planta baja de 239 m<sup>2</sup> con las siglas CDM y descripción “comercio uso propio”. En la segunda hoja, 141, superficie de parcela: 239 m<sup>2</sup>; superficie construida. Sobre Rasante: 295,93 m<sup>2</sup>. Bajo rasante: 0. Total: 295,93 m<sup>2</sup>. En la tercera hoja, folio 142, consta planta piso 1 y la superficie según usos: código C superficie en m<sup>2</sup> 56 comercio uso propio. V 68m<sup>2</sup>. Residencial uso propio, total 124 m<sup>2</sup>. Conforme a dicho catastro y a diferencia de lo que se indicaba en el Registro (casa con corral) a fecha de otorgamiento de la escritura de ampliación de obra, la edificación contaba con planta baja y planta piso. Esa descripción se mantuvo en la escritura de ampliación de obra nueva: planta baja y planta piso.

La suma total de la superficie construida, suma de todas las viviendas, asciende a 367 m<sup>2</sup> conforme a la certificación nueva del catastro obrante a los folios 808 y 813 de la causa. Sumados los m<sup>2</sup> de superficie obrantes a los folios 141 y 142 de la certificación del catastro resulta una cantidad de  $239 + 124 (56 + 68) = 363$  m<sup>2</sup>, por tanto en esencia las modificaciones se ajustaban a lo indicado en el catastro, no superando la superficie construida.

Para la realización de estas escrituras el acusado Sr. ██████████ Notario de profesión, se amparó en lo dispuesto en el artículo 52 RD 1993/97 letra a) y realizó la división horizontal sobre las manifestaciones del otorgante, no siendo necesaria licencia para dicha operación en obras antiguas, e incluso en obra nueva cuando no lo exige la normativa autonómica, este era el caso en el año 2004 en la CCAA de Baleares.



El notario, acusado en esta causa, en ningún momento dio fe de la veracidad de las manifestaciones del otorgante, por este motivo le advirtió de la trascendencia de la inexactitud de los hechos. La cabida que hay en el catastro es lo que se declaró en la obra. El plano catastral se utilizó para la distribución en metros, ya que la distribución de las diferentes estancias o viviendas se hizo en base a lo que declaró el otorgante. Sr. [REDACTED]

**SEGUNDO.-** El Sr. [REDACTED] había obtenido de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Palma en fecha 10 de noviembre de 2004 una licencia de obras para realizar una nueva construcción en la esquina de las calles Vivero nº 35 y Bujosa nº 3, para la edificación de un edificio entre medianeras destinado a siete locales y despachos según proyecto elaborado por el arquitecto [REDACTED]. Dicho proyecto incluía originalmente nueve locales y comprendía la demolición del edificio existente.

Partiendo de dicha licencia concedida, el acusado Sr. [REDACTED] abandonó el proyecto de construcción de locales y despachos y procedió, sin cambiar la licencia y sin contar con proyecto visado por técnico cualificado, a realizar un edificio de nueva planta hasta construir diez viviendas, modificando su estructura original y adaptando el inmueble a la apariencia que él mismo había creado mediante las escrituras de 10 de mayo de 2004 y 10 de agosto de 2004. El acusado era conocedor de que conforme al índice de edificabilidad aplicable a la zona donde se ubicaba el edificio originario sólo se podían construir seis viviendas. Todo lo anterior lo realizó el acusado sin intervención de personal técnico en la dirección de las obras, durante los años 2004 y 2005, siendo además el promotor y vendedor de las viviendas..

**TERCERO.-** El acusado Sr. [REDACTED] actuando con el propósito exclusivo de obtener beneficio económico, vendió los pisos entre los meses de octubre de 2005 y febrero de 2006, conociendo que los compradores iban a destinarlos a su vivienda habitual. En concreto vendió a las siguientes personas, conforme a las notas registrales (contenidas en el expediente de demolición) obrantes en los autos a los folios 537 a 540:

1.- [REDACTED] que adquirió la parte diez de orden en planta primera, identificada como C del plano, de 41 m<sup>2</sup> en escritura pública de fecha 17 de octubre de 2005

por 120.000 euros, no siendo su vivienda habitual pero habitando la misma cuando reside en Palma.

2.- [REDACTED] y [REDACTED] la ocho de orden, en planta primera, identificada como A del plano, de 42 m<sup>2</sup> de superficie construida, en escritura pública de 21 de diciembre de 2005 por 102.000 euros siendo su vivienda habitual.

3.- [REDACTED] la nueve de orden, planta primera, identificada como B del plano, de 41 m<sup>2</sup> útiles, en escritura pública de 9 de febrero de 2006 por precio de 106.600 euros, siendo su vivienda habitual.

4.- [REDACTED] la tres de orden, en planta baja, identificada como C del plano, con superficie construida de 36,60 m<sup>2</sup>, en escritura pública de 27 de enero de 2005 por precio de 84.141,69 euros y siendo su vivienda habitual.

5.- [REDACTED] la siete de orden, en planta baja, identificada como B del plano, de 26 m<sup>2</sup>, en escritura pública de 12 de diciembre de 2005 por 73.000 euros, siendo su vivienda habitual.

6.- [REDACTED] la número de orden, en planta baja, identificada como A en el plano de 36,60 metros cuadrados, en escritura pública de 16 de marzo de 2005 por precio de 94.200 euros, no siendo su vivienda habitual, si bien vivió en ella durante 5 años.

7.- [REDACTED] la vivienda Bajos B el 5 de enero de 2005 por precio de 93.156,88 euros, no siendo su vivienda habitual si bien vivió en ella durante dos años.

8.- [REDACTED] la bajos puerta E el 16 de diciembre de 2005 con superficie de 36 m<sup>2</sup>, folio 542, por precio recogido en escritura de 60.000 euros, siendo su vivienda habitual.

9.- [REDACTED] sita en planta baja identificada como D del plano y con una superficie de 31 m<sup>2</sup> adquirida por escritura pública de compraventa de 3 de junio de 2005 donde se recoge un precio de 66.000 euros, posteriormente vendida a [REDACTED]

██████████ por escritura pública de fecha 23 de diciembre 2008, al folio 541, por precio que no consta, tampoco se conoce si es su vivienda habitual.

10.- ██████████ vivienda en planta baja, identificada como A del plano y con una superficie de 26,90 m<sup>2</sup> adquirida por escritura de fecha 14/11/2006, al folio 543, por precio en escritura de 60.000 euros, desconociéndose si constituye su vivienda habitual.

Las viviendas a causa de defectos de la construcción padecen diferentes daños de humedades, filtraciones, goteras, fisuras en paredes y techos, habiendo sido peritada su reparación en algunas de ellas, en concreto: 29.934,71 euros la vivienda de ██████████ en 24.831,31 euros la de ██████████ en 29.443,66 euros la de ██████████ y en 1.918 euros las zonas comunes. Para dichas obras es necesario obtener los oportunos permisos, cosa imposible en el caso de estas viviendas puesto que se encuentran en situación de “fuera de ordenación”.

A consecuencia de la ausencia de licencia, proyecto de ejecución y demás contravenciones urbanísticas realizadas en la construcción de las viviendas, por parte del Ayuntamiento de Palma se iniciaron diferentes expedientes de infracción urbanística, uno por cada vivienda o piso habiendo recaído en todos ellos orden de retirada o demolición de las obras ejecutadas sin licencia, resoluciones que han sido comunicadas a los propietarios.

**CUARTO.-** Con posterioridad a la venta de las viviendas, y estando ya ocupadas tres de ellas, el acusado Sr. ██████████ sin haber puesto de manifiesto a los compradores la ausencia de cédulas de habitabilidad de las viviendas, gestionó las mismas “por renovación” para lo que contrató al arquitecto técnico ██████████ quién realizó los certificados de habitabilidad de las viviendas previa visita y previa entrega por parte del acusado Sr. ██████████ de una factura de luz por cada vivienda. Así se procedió a su solicitud ante el Consell. Los propietarios de las viviendas no autorizaron al Sr. ██████████ para que solicitara las cédulas en sus respectivos nombres, desconociendo cuando entraron a vivir que dichas viviendas carecían de la preceptiva cédula. El acusado, Sr. ██████████ certificó que en la finca no se habían efectuado obras de nueva planta o de ampliación, así como otras que afectasen a su distribución, en un porcentaje de superficie útil o superior al 60%, tramitando las cédulas por renovación, esto es renovación de cédula



anterior y caducada y no como primera ocupación. No consta acreditado que el acusado Sr. [REDACTED] tuviera conocimiento del estado del inmueble cuando fue comprado por el Sr. [REDACTED]

El acusado, Sr. [REDACTED] emitió el último certificado de habitabilidad el día 19 de abril de 2006. La ampliación de la querrela dirigida en su contra no fue formalmente admitida mediante resolución motivada. Se le tomó declaración como imputado el día 15 abril de 2012.

**QUINTO.-** El acusado [REDACTED] estuvo en prisión provisional por esta causa desde 31 de octubre de 2012 hasta el 26 de julio de 2013. Se dictó auto acordando la prisión eludible bajo el pago de fianza de 95.000 euros de fecha 26 de julio de 2013 y posteriormente, con anterioridad al juicio, por acuerdo de las partes se levantó dicha fianza personal y se acordó que la cantidad depositada se dirigiera al pago de la responsabilidad civil derivada del delito por auto de cinco de febrero de 2015. Asimismo, el acusado ha consignado 3.000 euros más para idéntico fin.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los hechos que, tras valorar en su conjunto y del modo ordenado por el artículo 741 LECrim la prueba practicada en el acto del juicio oral, han sido relatados con la cualidad de probados son legalmente constitutivos de **un delito continuado de estafa, modalidad agravada de recaer sobre vivienda y especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación de los arts. 248 y 250.1.1º y 6º del Código Penal** en su redacción anterior al LO5/2010 y en relación con el art. 74 del mismo cuerpo legal.

Dicho delito, en su modalidad básica, se configura como es sabido por la concurrencia de los siguientes elementos (en palabras de la S TS 31 de octubre de 2006): “primero, la existencia de un engaño precedente o concurrente que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error del sujeto pasivo; segundo, dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente o proporcional para la consumación del fin propuesto, valorándose dicha idoneidad



tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso, debiendo revestir la maniobra defraudatoria apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia; tercero, el sujeto pasivo actúa por ello bajo una falsa presuposición por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial; cuarto, el acto de disposición patrimonial con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, que tiene su causa en el error señalado y, en definitiva, en el engaño desencadenante del mismo; quinto, el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el art. 248 CP; y sexto, la relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, lo que implica que el dolo del agente tiene que ser antecedente o ser concurrente en la dinámica defraudatoria. Con relación a esto último, la figura del contrato criminalizado estará presente siempre que antes o en el momento del otorgamiento del negocio la voluntad del sujeto pasivo se obtenga mediante la puesta en escena del engaño bastante, produciéndose un error en el mismo que determine su voluntad en el sentido apetecido por el sujeto activo, que de otra forma no habría tenido lugar, obteniendo aquél la prestación correspondiente al contrato mediante el desplazamiento patrimonial referido más arriba (SSTS 1589/2005 y 78/2006)".

El primero de los referidos elementos (el engaño -precedente o concurrente-) constituye sin duda el núcleo de la estafa. Sin él resulta técnicamente imposible fundar el juicio de tipicidad. El engaño se identifica como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendicidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro. Su concepto legal es extensivo a "cualquier falta de verdad o simulación", cualquiera que sea su modalidad; a la apariencia de verdad que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación *que de otra manera no hubiese realizado* (STS 27.1.2000), o hacer creer a otro algo que no es verdad (STS de 04 de Febrero de 2001). Por ello –dicen las SS TS 17.1.98, 26.7.2000 y 2.3.2000- el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del engaño humano y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece y puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida que no responda a la verdad, y por consiguiente, constituye un dolo antecedente.

Del engaño se exige que sea "bastante" para producir error en otro, es decir, que sea "capaz" en un doble sentido: primero, para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la



ilicitud penal; y, en segundo lugar, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan (S TS 02.02.02). Bastante significa, pues, suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, debiendo apreciarse su idoneidad atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo desconocedor, o con un deformado conocimiento de la realidad, por causa de la insidia o mendacidad del agente. A ello debe añadirse que la jurisprudencia admite la posibilidad del "engaño omisivo" como elemento generador de la estafa (si bien en ocasiones resultará dificultoso distinguir claramente entre acción y omisión, pues hay supuestas omisiones que en rigor son acciones positivas, al ir precedidas de un acto concluyente que equivale a una afirmación engañosa determinante del error), particularmente cuando no se declaran circunstancias existentes en el momento de contratar que, de ser conocidas, hubieran impedido la contratación (posición que se basa en el deber de declararlas en virtud de los principios de lealtad y buena fe que debe regir entre los contratantes); cuestión que entronca con otra no menos importante, cual es la relativa al alcance del deber de autoprotección de la víctima cuando ésta ha actuado lícitamente y de buena fe, no desconfiando en las reglas de mercado y creyendo que los datos que le facilita el agente son ciertos, representándose (erróneamente) que aquél está cumpliendo con los deberes de información (deber de exponer todos los datos de interés que afecten a la operación y/o bien, incluso sin que se haya preguntado sobre el particular, por parte de quien la ofrece) y veracidad (deber de no mentir al otro contratante) propias de su profesión (cuando en realidad está omitiendo deliberadamente la información a la que viene obligado o, incluso, hace afirmaciones que



contradicen sus deberes de veracidad), lo que le lleva a no realizar ningún tipo de comprobación especial.

**SEGUNDO.-** El examen de la prueba practicada, que ha consistido en las declaraciones de los tres acusados; declaraciones testificales de los compradores, del arquitecto que firmó el proyecto básico de despachos y locales que dio lugar a la licencia, del testigo vendedor de la finca originaria, del Notario que informó sobre la queja interpuesta ante el Colegio Notarial, de la técnico que ha llevado el expediente de disciplina urbanística, del Secretario del Colegio de Aparejadores; periciales de arquitectos que han emitido informes unidos a los autos y documental, expedientes urbanísticos abiertos a los actuales propietarios en los que consta el estado actual de los mismos, escrituras públicas objeto de debate, notas registrales, entre otras, producida toda ella con observancia de los principios de inmediación, oralidad, publicidad, contradicción efectiva, igualdad de partes y asistencia letrada, conduciéndonos a efectuar la declaración de hechos probados que se ha dejado expuesta más arriba, toma como punto de partida la declaración del principal acusado, [REDACTED] [REDACTED] (principal por serlo en concepto de autor directo del art. 28 CP según se ha interesado y abordaremos más adelante ) que vino a reconocer los hechos en forma solo parcial como explicaremos.

Indicó que es pintor de profesión, que adquirió la finca, un edificio de bajos y primera planta, en el año 2004, que su intención siempre fue comprarlo como inversión para venderlo, no como estaba sino tras realizar una división horizontal. Declaró que consultó con el Oficial de la Notaría para saber si se podía hacer la división horizontal y que le dijo que sí. Reconoció que solicitó la licencia con otro objeto, despachos y locales, contando con el proyecto



básico del arquitecto [REDACTED] pero que después cambió de idea y por eso abandonó ese proyecto. Su nueva intención era dividir horizontalmente en viviendas. Consideraba que como lo que finalmente hizo fue una reforma interior y tenía licencia de obra mayor estaría "cubierto" con la licencia conseguida. Explicó que en la Notaría se le requirió un certificado del catastro y una nota simple del Registro. Indicó que para hacer la división horizontal se aportó un croquis en el que se delimitaban los lindes y superficies de cada vivienda y a partir de dicho croquis se describió la división horizontal. Lo importante era que la superficie que delimitaba el croquis no superase en m<sup>2</sup> lo que determinaba el certificado del catastro. Afirmó que las obras empezaron en el 2004 después de las firmas de las escrituras públicas. Insistió en la cuestión de que no era necesaria una licencia nueva, en tanto que contaba con una licencia de obra mayor y que se trata de una simple reforma interior, que interiormente lo que se hizo fue hacer las divisiones y crear viviendas, por lo que con licencia menor era suficiente. Preguntado por el motivo por el que finalmente se hicieron 10 viviendas, explicó que se presentó en el Registro de la Propiedad la escritura de división horizontal y la Registradora lo devolvió porque había dos certificados del catastro, y dijo que había que utilizar el segundo y que utilizando el certificado de catastro que dijo la Registradora salían 10 viviendas.

Preguntado si cumplió los requisitos técnicos de licencia, proyecto de ejecución, etc, dijo que no, que como las viviendas estaban inscritas pensaba que con eso era suficiente. Interrogado acerca de las cédulas de habitabilidad y cómo se gestionaron, explicó que se le requirió la documentación del Consell y que fue aportada, se puso en contacto con el Sr. [REDACTED] quién le comentó la documentación que necesitaba, quien visitó las viviendas y firmó los certificados de habitabilidad que se llevaron al Consell.



Apuntó que cuando el Sr. [REDACTED] visitó las obras ya estaban terminadas las casas, pero no como obra nueva, que las casas se veían nuevas por dentro pero por fuera era un edificio antiguo, por eso se hizo la renovación de las cédulas y que se dejó asesorar por él.

El acusado hizo hincapié durante su declaración sobre la realidad de una reforma interior para la que, según él, no necesitaba supervisión de técnicos. Explicó que en la Notaría salían menos metros que en el certificado del catastro y para que esos m<sup>2</sup> salieran a la luz debía hacerse la escritura de ampliación de obra, que a través del certificado del catastro se podía actualizar la superficie correcta. Primero preguntó si lo podía dividir horizontalmente, después le pidieron el croquis con los lindes de cada parte determinada.

Se le mostraron las fotos a los folios 363 y 367, foto antigua y actual, se le preguntó si se había elevado una planta e indicó que no es una elevación de planta sino que es un retranqueo. Sostuvo que se hizo un chaflán de esta parte que constaba en el edificio del catastro. Se le hizo ver que el edificio es más alto en la actualidad, a lo que contestó afirmativamente. Ante la pregunta de si consideraba que esto también era una obra interior que no necesitaba licencia, indicó que no, y que ciertamente para esto no se solicitó licencia.

Explicó las discrepancias entre lo que él consideraba dos certificados de catastro: en uno aparecen las terrazas (con éste salían 9 viviendas) y en el otro aparecen esos metros como construidos (con éste salían 10 viviendas). Se le hizo saber que no se trataba de dos certificados distintos sino 3 hojas del mismo certificado. Explicó que la registradora le dijo que tenía que utilizar la hoja del folio 142, porque ella consideró que el folio 141 no era el correcto y esa es la rectificación que se hizo, que la primera hoja marca 239 m<sup>2</sup> y



la tercera 124 m<sup>2</sup> y eso es lo que la Registradora le advirtió. Declaró que lo que se dibujó en el croquis venía en el certificado del catastro y después se modificó el croquis según lo indicado por la Registradora. Indicar aquí que el acusado se refiere a los m<sup>2</sup> que constan en el catastro porque es evidente que la división horizontal no aparece en dicho certificado.

Preguntado por la participación del Sr. [REDACTED] indicó que dicho técnico le pidió la nota simple, las facturas de electricidad y realizó visitas para los certificados de habitabilidad, que ya existían contadores en las viviendas y que por eso presentó facturas. Preguntado sobre si había inducido al notario o al aparejador dijo que no, que se había realizado todo de la manera habitual. Respecto de la falsedad de la cédula, declaró que el aparejador certificó que lo construido es habitable y se fue al Consell. Preguntado indicó que nunca sugirió al notario hacer las cosas de una determinada forma, que nunca hablaba con el notario sino con el oficial.

A preguntas de la Presidenta sobre si ejecutó las casas sin proyecto y sin avisar al Ayuntamiento de lo que realmente se iba a construir, indicó que se equivocó, que es cierto que construyó las casas utilizando un proyecto que no se correspondía con el que se presentó, que no tenía proyecto de ejecución de las 10 viviendas y que utilizó la licencia de los despachos y locales.

Bajo estos parámetros sostener que ha habido una confesión del acusado es un tanto aventurado, aún cuando finalmente y con su beneplácito, su defensa modificó las conclusiones provisionales y en las definitivas se recoge un relato de hechos que reconoce la comisión del delito de estafa. En relación a la prueba de confesión del imputado, el Tribunal Constitucional, ya en la sentencia 86/95, declaró "la aptitud de tal declaración, una vez verificado que se prestó con



respeto a las garantías de todo imputado, declarando que la validez de tal confesión y su aptitud como prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo(...)”. Idéntica doctrina se reitera, entre otras, en las SSTC 81/1998, 49/1999, 8/2000, 136/2000, 299/2000, 14/2001 y 138/2001. Por su parte, el Tribunal Supremo, ha mantenido idéntica posición, entre otras, en STS 1989/2002 o la STS 498/2003 de 24 de abril. La confesión del acusado que, pudiendo negarse a declarar o limitarse a negar los hechos, admite paladinamente haber realizado los mismos, no puede ser desoída por el Tribunal, sin que la validez de la confesión pueda hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención, sobre todo que la haya prestado libremente, en presencia de su abogado, siendo informado de sus derechos.

En cualquier caso, en resumen sí se puede sostener un reconocimiento sobre que la obra se realizó utilizando una licencia que no se correspondía con la que finalmente se hizo, que no contaba con proyecto de ejecución y que la misma se hizo sin dirección facultativa alguna. Bajo dichos parámetros querer sostener que se trataba de una obra menor, en concreto una simple obra de reforma interior, resulta del todo sorprendente atendiendo a la simple visión de las fotos antes referenciadas, a la construcción de un chaflán completamente nuevo y al hecho reconocido de que el edificio ganó en altura. Es por ello que el perito arquitecto Sr. [REDACTED] hace calificación de obra nueva. A la vista de dichas fotografías contenidas en su informe a los folios 365 a 367 es evidente que la obra no puede calificarse de obra menor, ni de reforma interior y para ello no es necesario ser un experto en construcción, cosa que parece ser el acusado a pesar de su formación de pintor, atendiendo a sus actuaciones



previas, a su gestión, a la elección de su inversión y a la forma que tuvo de revestir de legalidad toda la operación.

Todas estas cuestiones eran plenamente conocidas por el acusado, de hecho las desavenencias y la renuncia del arquitecto Sr. [REDACTED] vinieron tanto por el cambio de proyecto, como por la necesidad indicada por dicho técnico de realizar una serie de refuerzos en la edificación antigua. En el acto de la vista el perito explicó que renunció al proyecto por cuestiones técnicas, en tanto que no se ponía de acuerdo con el promotor sobre cómo ejecutar algunos elementos del proyecto sobre el edificio antiguo. Declaró que en dicho solar solo se podían construir 6 viviendas, atendiendo a la normativa urbanística y al coeficiente de edificabilidad aplicable a la zona, que contando tanto la planta baja como la planta piso sólo se podían hacer 6 viviendas y que se lo explicó al acusado. En el mismo sentido el perito Sr. [REDACTED] en su informe al folio 1110 concluye que la edificación no se ajusta a las determinaciones del Plan General de Ordenación de Palma, vigente en el momento de la construcción, por cuanto incumple para la zona B 2ª en que se ubica, el parámetro correspondiente al índice de intensidad de uso residencial, resultando que para el solar en cuestión se podrían construir como máximo 6 viviendas.

Por tanto, la conducta realizada por el acusado (que hemos de valorar en orden a realizar el juicio de tipicidad) parte de su conocimiento de todas estas circunstancias y sobre todo de la más importante, el hecho de que sólo se podían construir 6 viviendas en dicho solar; el solo hecho de que acometiera las obras sin contar con una dirección técnica nos dice todo de su absoluto desprecio por el cumplimiento de la normativa, exprimiendo hasta el último metro cuadrado, con el propósito firme de ahorrar costes en todas las vertientes, sobre todo en las administrativas y técnicas y con burla y desatención hacia los intereses de futuros compradores que



adquirirían algo que podría llegar a ser ilegal e inidóneo, como finalmente así ocurrió.

Todo lo anterior fue ocultado a los futuros compradores, quienes compraban viviendas recién reformadas y con una apariencia registral intachable. De hecho si no hubiera sido por el expediente urbanístico y por la existencia de humedades en las viviendas nunca hubieran tenido conocimiento de todos los incumplimientos a los que hemos hecho referencia, siendo que la situación real de sus viviendas es de "fuera de ordenación" y con un decreto de demolición a sus espaldas. Compraron viviendas en la creencia de recién reformadas y realizadas con todos los permisos, licencias y condiciones técnicas precisas, partiendo de una escritura que establecía la división horizontal del edificio y que había accedido al Registro de la Propiedad, tal y como accedieron sus propias viviendas con las respectivas cargas hipotecarias que constituyeron para su adquisición. Ocultación que ha trascendido a terceros, es el caso de los bancos que han concedido hipotecas partiendo de tasaciones realizadas por empresas externas. Es en este punto, pues, donde se halla el engaño antecedente y bastante por parte del acusado Sr. [REDACTED] en orden a la venta de las viviendas, ya que al ocultar a los compradores lo anterior produjo el error en los mismos y consecuente desplazamiento patrimonial (pago del precio) con evidente perjuicio (al adquirir un objeto inidóneo) y lucrándose aquél con ello; ninguno de los compradores las habría adquirido de haber conocido el destino final de las mismas que no es otro que su demolición, conforme a resolución aportada a los autos.

**TERCERO.**- La concurrencia en la conducta del acusado de los elementos propios del tipo básico del delito de estafa, según se ha indicado a partir de la valoración probatoria



expuesta debe completarse ahora con la referencia a la modalidad agravada y al delito continuado.

Sobre la aplicación de la modalidad del art. 250.1.1º CP, referida a que el objeto sobre el que recae la acción delictiva sea vivienda, ninguna duda ofrece el caso, ha sido reconocida por el propio letrado de la defensa en escrito de conclusiones definitivas; lo mismo cabe decir respecto del nº 6 en redacción anterior a la LO 5/2010 " revista especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia" , siendo que la jurisprudencia lo venía aplicando siempre que la cuantía de lo defraudado fuere superior a 36.000 euros y que en la actualidad con la reforma el propio Código sitúa en 50.000, cantidad que se rebasa con mucho atendiendo a que se trata de 10 viviendas, es más cada una de las operaciones de venta supera dicha cantidad.

El objeto de cada compraventa es un inmueble que, por sus características propias y destino dado por los adquirentes, constituye vivienda, siendo el acusado pleno conocedor de ello, así como de la circunstancia de que los compradores pensaban destinarla a su propia vivienda, excepto alguno de ellos, circunstancia que no tenía por qué conocer el promotor. La jurisprudencia al uso es clara en este aspecto, excluyendo de la agravación únicamente los casos de segundas residencias y de adquisiciones con el mero fin de inversión (SS TS 14.02.94, 05.10.95 y 07.01.98). En consecuencia, estimamos justificada la agravación, puesto que la mayoría de ellas se compraron para habitar y constituir el domicilio habitual de los perjudicados; a día de hoy sigue siendo la vivienda habitual de algunos de los compradores.

Y sobre la apreciación del delito continuado consideramos que la figura concurre en el caso, en razón a que la dinámica comisiva respecto a las operaciones realizadas respecto a las diez viviendas es la misma y se desenvuelve en un lapso



temporal que no supera cinco meses, entre los meses de octubre de 2005 y febrero de 2006. Así, el acusado compra en mayo de 2004, accede al Registro y realiza las obras en el período que va desde el 19/05/2004 al 01/10/2005 según certificado del Arquitecto Técnico Municipal al folio 551 y seguidamente las ofrece a la venta. Cinco meses tarda en venderlas todas, a diez compradores distintos, que sufrieron idéntico engaño e idéntico error. Algunas ventas se producen a través de gestión inmobiliaria, otras de manera directa constituyendo delito continuado de estafa conforme a lo establecido en el artículo 74 "aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza".

Consecuentemente a lo expuesto debemos considerarle autor del delito, por aplicación de lo previsto en el art. 28, párrafo primero, del Código Penal.

Por vía de informe, la defensa del acusado indicó que es atípica la falta de veracidad en la narración de los hechos para los particulares, si bien revisadas las conclusiones definitivas no se está acusando al Sr. [REDACTED] como autor de una falsedad documental, sino como inductor de las falsedad en documento público y en documento oficial, adelantando desde este momento que tales falsedades no han quedado acreditadas.

**CUARTO.-** Continuando con la **conurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal** afectantes al acusado Sr. [REDACTED] solo debe apreciarse la de reparación parcial del daño, no como muy cualificada sino como simple, tal y como ha sido admitido y conformado por las acusaciones y con base en lo establecido en el artículo 21. 5ª CP.



Pretende la defensa la aplicación de dos atenuantes más, la de dilaciones indebidas del 21.6 del CP y la atenuante simple analógica de confesión del artículo 21.6 en relación con el artículo 21.4 del CP.

Por lo que se refiere a la reparación del daño. Acreditado que se han depositado 98.000 euros para la reparación del daño. En concreto los 95.000 euros consignados en concepto de fianza personal, a petición de las partes tras comparecencia de todas ellas, y tras el dictado del oportuno auto se acordó que se dedicara al pago de la responsabilidad civil derivada del delito, junto con la cantidad de 3.000 euros consignada con anterioridad al inicio de la vista. Dicho esto, consta que el acusado tiene sus propiedades embargadas y existen prohibiciones de disponer. Igualmente se ha acreditado por la defensa que durante el tiempo que ha durado la instrucción no ha desatendido el pago de las hipotecas que sobre dichos bienes existen con el fin de poder, en su día, reparar el daño causado. Si bien ello es cierto, ha de atenderse a la situación a fecha de esta sentencia, y dicha situación es de una reparación parcial que dista mucho de alcanzar a todos los perjudicados, con dicha cantidad se podría devolver como mucho el precio de una de las viviendas. Además, ha de tenerse en cuenta que las medidas cautelares que se han venido adoptando en lo tocante a los bienes del acusado han venido causadas por su propio actuar y sobre todo tras la condena por delito de alzamiento de bienes, sentencia del juzgado de lo penal nº 3 de fecha 19 de junio de 2013 que obra al folio 26 y siguientes del rollo, remitiéndonos a los hechos probados de dicha sentencia que son suficientemente ilustrativos.

Según dispone la STS de 12.6.08 ( JUR 2008, 203502) , son atenuantes muy cualificadas aquellas en que el fundamento atenuatorio de la pena actúa con una especial intensidad, disminuyendo de modo relevante la necesidad de la pena, de tal modo que "el mero hecho de que concurren todos los elementos que legalmente son necesarios para la integración de la atenuante no implica más que la necesidad de estimarla, como se ha hecho correctamente por el Tribunal sentenciador, pero para que pueda ser apreciada como muy cualificada es necesario que concurren dichos elementos con una especial intensidad ( STS 24-10-05). Tiene indicado el TS que si de modo sistemático la reparación total se considerara como atenuante muy cualificada se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que se pretende ( STS 1156/2010, de 28-12 ).



Y también se ha argumentado que para la especial cualificación de esta circunstancia se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.), y del contexto global en que la acción se lleve a cabo ( STS 868/2009, de 20-7 ). Si bien se ha matizado que no es determinante la capacidad económica del sujeto reparator, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque si se considerara como un dato concluyente las personas insolventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de la víctima ( STS 20-10-2006 ).

En todo caso, debe quedar claro -advierte la jurisprudencia de esta Sala- que siempre que se opere con la atenuante muy cualificada ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante ( SSTS 50/2008, de 29-1; y 868/2009, de 20-7 ).

Ha de tenerse en cuenta que el pago parcial no es suficiente para que se aprecie la misma como muy cualificada, ni aún cuando se consigne la totalidad de las responsabilidades civiles, lo cual, como hemos señalado, no ha acontecido en este supuesto. Pero es que además en el caso de autos las circunstancias del caso concreto no pueden determinar dicha cualificación atendiendo a la comisión de un delito de alzamiento de bienes que tenía como único propósito y voluntad el de evitar que el patrimonio del acusado se viera afectado por el presente procedimiento, ni siquiera respetó las prohibiciones de disponer ya establecidas en instrucción, ello determina la comprobación de una actitud obstativa que no puede premiarse con la cualificación pretendida.

Por lo que se refiere a las dilaciones indebidas. En trámite de informe se indicó por parte de la defensa la sentencia nº 4/2015 de esta Sección, en la que se tuvo en cuenta un retraso de 11 meses en el señalamiento de la vista en la propia Audiencia. Revisada la misma, se observa una lectura parcial e interesada por parte de la defensa en tanto que dicha sentencia parte de una paralización de 8 meses en el señalamiento unido a otro plazo de 12 meses tras anterior suspensión, contabilizando un total de 20 meses. Como ya se indica en dicha sentencia, es criterio de esta Sala el apreciar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como simple cuando la dilación ha superado los 18 meses y como cualificada cuando ha sido superior a 36 meses.



La presente causa reviste complejidad, un total de 12 tomos y dos tomos más del rollo de la Audiencia con más de 3.000 folios. Se inicia mediante querrela de fecha 5 enero de 2011 y el juicio finalmente se celebró en diciembre de 2014, continuando en febrero de 2015. No se aprecia durante la instrucción que haya estado especialmente paralizada, es más la defensa no indica períodos a este respecto porque sin duda no los hay. Sólo refiere al tiempo que se ha tardado en señalar la vista, obviando un dato fundamental. Esta causa entró en septiembre de 2013 y se señaló la vista para mayo de 2014, lo que atendiendo al volumen de trabajo de esta Sección no es demasiado tiempo. El día previsto para el inicio del juicio 27 de mayo se presentó un escrito firmado por todas las partes solicitando un plazo de tres meses para poder proceder a la venta de viviendas del acusado y así tener liquidez para reparar a los perjudicados, unido lógicamente a la suspensión de la vista a lo que se accedió toda vez que el Ministerio Fiscal y resto de partes estuvieron de acuerdo. Posteriormente se señaló para los días 3, 4 y 5 de octubre de 2014 si bien finalmente por motivos de agenda no se pudo celebrar. Finalmente se inició el juicio en diciembre de 2014. Es decir que como mucho sería imputable a esta Sala un retraso de 9 meses que en ningún caso justifica la atenuante pretendida según constante jurisprudencia.

Por lo que se refiere a la atenuante analógica de confesión. Resulta bastante exótica esta petición cuando el acusado en su declaración ante el plenario repitió hasta la saciedad que lo realizado no había sido más que una reforma interior. Indica el letrado que la confesión de su cliente ha resultado beneficiosa al menos en lo que a la celebración del juicio se refiere. No está de acuerdo la Sala, el acusado ha confesado de manera muy parcial y desde luego ello no ha supuesto ninguna facilidad y solo la lectura de esta sentencia así lo corrobora. No se cumplen los requisitos de la atenuación, no colaboró durante la instrucción, faltó flagrantemente a la verdad en sus declaraciones, siempre tuvo lagunas importantes de memoria, cometió un delito de alzamiento de bienes durante la instrucción y a mayor abundamiento siguió afirmando en el plenario que la licencia le cubría, que quién puede lo más puede lo menos, y que la obra era una reforma interior. En fin, no sabríamos como justificar dicha circunstancia atendiendo a las particularidades de su declaración y ello con independencia de que finalmente, a preguntas de su letrado, y conociendo el escrito de modificación presentado, viniera a ratificarlo.

No existe ninguna razón jurídica ni de política criminal para que el imputado que confesó su participación en los hechos deba ver atenuada su responsabilidad criminal. Cosa distinta es que excepcionalmente, cuando la confesión extemporánea facilite de forma

singular el desenlace de una investigación ya iniciada, los efectos atenuatorios estén aconsejados por la vía de la atenuación analógica. Razones pragmáticas ligadas a la conveniencia de estimular una confesión relevante para el esclarecimiento de los hechos, hacen explicable que la ausencia del presupuesto cronológico no se erija en requisito excluyente, sobre todo, cuando entre la atenuante genérica u ordinaria y la analógica media la misma "ratio atenuatoria". Si bien no es posible pasar desapercibida, la nota de la veracidad de la confesión como presupuesto material asociado a su aplicación, aún analógica, de la atenuante. En el caso presente no se produjo la confesión durante la instrucción, no se ha facilitado la investigación del delito y el supuesto reconocimiento realizado en el acto del juicio desde luego no es equiparable al supuesto atenuatorio pretendido por las circunstancias antes mencionadas.

**QUINTO:** En orden a establecer la pena adecuada a la culpabilidad del acusado [REDACTED] [REDACTED] ha de partirse del marco punitivo previsto para el delito que nos ocupa, cual es de 4 a 8 años de prisión y multa de 12 a 24 meses (art. 250.1.1º, 6º y 2 CP en su redacción anterior a la LO 5/2010 ( las penas no variaron con dicha modificación) y, apreciando la continuidad delictiva, tratándose de delito contra el patrimonio, atender al perjuicio total causado ( 74.2 CP ), entendiéndose que éste determina en el caso, en razón al número de actos ( diez ventas ) y personas perjudicadas (10), que debamos estar en la mitad superior, esto es, de 6 a 8 años de prisión y multa de 18 a 24 meses. Apreciada la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de reparación parcial como simple y por aplicación de lo previsto en el artículo 66.1.1ª CP, procede fijar la pena en la mitad inferior de la ya señalada ( de 6 a 7 años de prisión y multa de 18 a 21 meses) que concretamos en la mínima dentro de dicho marco: 6 años de prisión y multa de 18 meses, estableciendo la cuota diaria en la cantidad de 10 euros, habida cuenta que no se ha practicado prueba sobre la actual capacidad económica del acusado, a que consta que su patrimonio está embargado en la presente causa y que no consta situación de indigencia, y la cuota en cuestión no requiere especial motivación, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente (así, STS 320/2012 de 3 de mayo ). Se acuerda ese mínimo en atención a la rectificación producida en la actuación del acusado, tras la condena por alzamiento de bienes, en orden a intentar reparar los cuantiosos perjuicios causados y sin abandonar el pago de las hipotecas que pesan sobre los inmuebles que forman parte de su patrimonio y al hecho de que prestara su conformidad en aquél juicio y facilitara de alguna manera que los bienes volvieran a su



patrimonio mediante la presentación de demanda civil declarativa de la nulidad de las compraventas.

**SEXTO.-** Procede ahora examinar la participación delictiva que el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares atribuyen al Notario, **acusado** [REDACTED]

La petición acusatoria se planteaba inicialmente, por lo que se refiere al Ministerio Fiscal sobre la afirmación de la participación delictiva del mismo en calidad de cómplice en la estafa y por lo que se refiere a lo peticionado por las acusaciones particulares en su condición de cooperador necesario, coincidiendo todas las acusación en la imputación como autor por falsedad en documento público, en las escrituras referenciadas en los hechos probados.

Por lo que se refiere a la estafa, el Ministerio Fiscal y las acusaciones basan dicha imputación en que el notario no “cogió” la certificación catastral sino los planos interiores para cooperar en la actuación fraudulenta del Sr. [REDACTED] haciendo prevalecer de manera torticera la superficie residencial sobre el uso comercial general, cambiando dicho uso sin la licencia pertinente y procediendo a la división horizontal de la misma manera. Con ello facilitaba o posibilitaba la creación de una aparente legalidad que permitió posteriormente el engaño y la venta de las viviendas.

La Sala no considera, en primer lugar, que de la prueba practicada pueda deducirse que por parte del Notario actuante se llevara a cabo actuación alguna fuera de la legalidad notarial, partiendo de este presupuesto no podemos llegar a una conclusión de facilitación o de cooperación necesaria, ni de falsedad en documento público, ello desde el momento en que la legislación aplicable en el año 2004 no exigía mayor celo que el desarrollado en el caso de autos. Por mucho que dicha legislación laxa pueda resultarnos chocante por su inconcreción y por ser, en el caso concreto, utilizada por el otro acusado para favorecer lo que se ha venido en denominar el pelotazo urbanístico, lo cierto es que, en cuanto a los deberes del Notario, nunca se tradujo normativamente hablando en un deber de investigación, de comprobación, de verificación de errores de registros públicos o de ratificación de la realidad física de las cosas o de exigencia de documentación complementaria. El tantas veces nombrado artículo 52 del RD 1903/1997 permitía el

mecanismo utilizado y no está configurado como un procedimiento excepcional o subsidiario sino como un procedimiento perfectamente aplicable a edificaciones antiguas. Por tanto la cuestión referida a este acusado, se traduce en una cuestión jurídica y de legalidad ordinaria, lo que nos lleva a valorar si su actuación fue conforme a derecho.

Comenzando por lo que ha de entenderse por obra nueva, decir que por la declaración de obra nueva se refleja una modificación física en un terreno, tal como la construcción o modificación de un edificio. La declaración puede ser de finca terminada o de finca en construcción. En el caso de autos lo que se viene a declarar es una ampliación de la edificación ya existente, edificación que conforme al catastro era del año 1900. Examinando dicha escritura, comprobamos que en el Registro de la propiedad la edificación aparecía descrita como casa con corral mientras que en el catastro, en los planillos interiores, se describe como planta baja y planta piso. Es evidente que la realidad física del edificio había cambiado y con la declaración de ampliación de obra nueva se trataba de hacer concordar la realidad física y la jurídica.

Respecto de las sumas es claro que el notario, a petición del cliente ( principio de rogación), tuvo en cuenta las cifras que le daba el catastro a los folios 141 y 142, esto es planta baja de 239 m<sup>2</sup> y planta piso formada por 56 m<sup>2</sup> más 68 m<sup>2</sup> lo que le daba un total de 363 m<sup>2</sup>. Esas cifras se recogen tras la escritura de modificación, por tanto nunca se reflejó en la escritura una superficie superior a la que indicaba el catastro, ello con independencia de las contradicciones que puedan deducirse del mismo, si bien ha de tenerse en cuenta que no es función del fedatario público la responsabilidad de la veracidad de los datos del catastro ni la comprobación de su correspondencia con la realidad física del inmueble. El notario no actúa caprichosamente, de forma torticera, retorciendo o adaptando un procedimiento pensado para otro tipo de situaciones sino que utiliza el método que le permite la ley.

Conforme al artículo 52 RD 1093/1997, en el caso de autos, atendiendo a la antigüedad de la edificación, 1900, se optó por el apartado a) la certificación catastral para realizar la ampliación de obra nueva. A este respecto, hay que señalar que no existe obligación de proceder a dichas declaraciones (la ampliación de obra). El acceso al Registro, a través del instrumento notarial, es voluntario y depende del propietario. Cuando una persona compra algo no significa que lo que compra se corresponda con la descripción que obra en el Registro de la Propiedad en tanto que es posible que los anteriores propietarios hayan variado o ampliado la edificación y no hayan llevado ese cambio al Registro, de ahí que aún cuando



pueda parecer sospechoso el actuar del Sr. [REDACTED] lo cierto es que dicho actuar estaba perfectamente amparado y el notario no tenía obligación de hacer de policía. Aunque nos cause extrañeza la manera de acceder al Registro y que el notario no hubiera detectado nada al respecto, ni hubiera practicado diligencias para cerciorarse del motivo de las divergencias del catastro, lo cierto es que dentro de sus competencias notariales no entraba ninguna de estas actuaciones, y que desde el momento en que el propietario es quién decide en qué momento accede al “mundo registral” una determinada situación fáctica referida a un edificio, cabe la posibilidad que se produzcan situaciones como la que nos ocupa, en lo que al espacio temporal se refiere.

En su declaración, el Notario indicó que el objeto de la primera compraventa fue la finca tal y como aparece en la nota registral, esto es casa con corral. Respecto a la escritura de ampliación de obra, indicó que a veces la realidad registral no coincide con la realidad física real, y que el notario actúa conforme al principio de rogación. Explicó que utilizó el artículo 52 RD 1903/1997 porque era una obra antigua ya existente y el certificado del catastro se emplea para adecuar los m<sup>2</sup> porque ya existían, en esto consistió la ampliación de obra nueva, cosa diferente era la división horizontal. Señaló que para la ampliación de obra nueva solo necesitaba el catastro y el artículo 52 RD 1903/97. Preguntado por el uso, indicó que el uso de vivienda ya estaba en el Registro y que en el catastro en la zona superior también estaba la “V” de residencial uso propio.

Interrogado acerca de si no le resultó sospechoso nada de lo que estaba ocurriendo, dijo literalmente “a mi no me hizo sospechar nada porque es que según la certificación catastral había más metros y compruebo que no lo ha edificado, miro el plano, sumo y veo que tiene amparo su petición”.

Respecto de la diligencia de rectificación, indicó que “los 68 m<sup>2</sup> no son terraza sino construidos de ahí que salgan los 363 resultado de sumar 239 mas 124”. Explicó que primero puso 296 m<sup>2</sup> porque miró la primera hoja y en la rectificación se dio cuenta de que había tres hojas y que la suma eran 363 m<sup>2</sup>, esta era la rectificación que le pedía el acusado, Sr. [REDACTED] indicando que lo que hizo en agosto lo podía haber solicitado igual en mayo.

Expuso que no le manifestaron nada sobre un cambio de uso y que en el Registro de la Propiedad consta que su uso es el de vivienda y que el certificado del catastro se hace



constar parte residencial y parte comercial. Preguntado sobre si habían asesorado al Sr. [REDACTED] en la Notaría contestó que sí. Expresó que el Sr. [REDACTED] no le manifestó que las viviendas no existían “claro que no, ¿si me dice que no existen como voy a decir yo que existen?”. Respecto de la rectificación, indicó que el otorgante podía haberse equivocado en el croquis que lo único que él tenía que comprobar era que no se alterase la superficie.

Visto lo anterior destacamos en este punto **la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado núm. 998/2014 de 16 diciembre “FUNDAMENTO CUARTO:** *Partiendo de la necesaria calificación o control registral como presupuesto necesario para la inscripción de esas obras antiguas, procede primeramente aclarar si tanto el artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, como el artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, establecen algún orden de jerarquía entre los cuatro medios probatorios de la existencia de la obra, de su descripción y de la fecha determinada de terminación de la obra o antigüedad de la misma, pues caso de que así fuera se habría de estar al medio considerado preferente.*

Ahora bien, la Ley no establece ninguna jerarquía o preferencia de medios de acreditación, **por lo que el interesado puede optar por cualquiera de los cuatro medios que establecen dichos preceptos**, puesto que no se señala ningún medio preferente, sino que se emplean fórmulas disyuntivas o alternativas, al decir en el párrafo a) del apartado 4 del artículo 20 del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo que «se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva (de las antiguas a que se refiere) que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título». El legislador hace una enumeración sin establecer ninguna preferencia ni jerarquía, por lo que basta que cualquiera de esos medios probatorios cumpla los requisitos acreditativos que se exigen. Pero en realidad, no es esa la cuestión planteada en la nota calificadora ya que ésta no parte de que



de las certificaciones incorporadas a la escritura haya que atenderse con preferencia a una de ellas y no a la otra. La calificación registral no se refiere a eso sino a las discordancias existentes respecto a la descripción y a la terminación de las obras.

QUINTO: En principio, la Notaria recurrente incorpora la certificación catastral, descriptiva y gráfica, que es uno de los medios que permite el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997. En la citada certificación catastral, coinciden la antigüedad, la extensión superficial y descripción de la construcción con los que se declaran en la escritura y así se reconoce en la nota de calificación. El marco legal en el que debe encuadrarse dicho precepto ha variado mucho desde su inicial entrada en vigor, como consecuencia de las sucesivas modificaciones de la Ley de Suelo; y sus dudas interpretativas han sido resueltas en numerosas ocasiones por este Centro Directivo. Recoge el precepto las exigencias de la Ley a las obras nuevas ya construidas con antigüedad suficiente para no incurrir en actos de disciplina urbanística: «Artículo 52. Reglas aplicables a otras construcciones. Podrán inscribirse por el Registrador de la Propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurren los siguientes requisitos: a) Que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. b) Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante. c) Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación».

Las dudas interpretativas sobre este precepto quedaron solventadas por la Resolución de 25 de agosto de 2008, que



causa la doctrina reiterada por este Centro Directivo (vid. «Vistos») y que recoge la de 10 de noviembre de 2011, en las que se determinó de forma definitiva la posibilidad de inscripción por la vía de este artículo 52, de una obra nueva iniciada y terminada con posterioridad incluso a la entrada en vigor de la Ley de Suelo de 1990, amparando así la legalidad de las obras que pudieran declararse en lo sucesivo.

Es claro que las formas de acreditar la antigüedad de la obra construida -certificación del Catastro, certificación del Ayuntamiento, certificación técnica y acta notarial- constituyen una lista cerrada conforme se deduce de reiterada doctrina de este Centro Directivo, pero no hay mención en la norma citada sobre la existencia de una jerarquía entre estas formas de acreditar antigüedad y descripción coincidente con el título. Así pues, como ha dicho este Centro Directivo (Resolución de 10 de noviembre de 2011) ante el silencio de la Ley, deben entenderse todas en el mismo orden de categoría sin que deban prevalecer unas sobre otras y basta una de ellas en la que concurren los requisitos para que proceda la inscripción de la construcción.

SEXTO.- Pues bien, en el supuesto de este expediente, se reúnen todos los requisitos expresados en el citado artículo 52 del Real Decreto 1093/1997: se prueba mediante la certificación catastral que la antigüedad de la terminación de la obra y su descripción es coincidente con el título, dicha fecha es anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante y no consta en el Registro, anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que ha sido objeto de edificación. En consecuencia no hay obstáculos para su inscripción.

Además, la obra que se declara está situada, tanto en la escritura como en la certificación catastral, en el mismo número de calle; según se manifiesta en la escritura: «dentro



del perímetro de la finca»; y así resulta del plano (gráfica) que se incorpora a la certificación catastral, que identifica con el mismo número la parcela de ubicación y la descripción que se hace de la edificación en la «Descriptiva», por lo que es evidente que está ubicada en la misma.”

En el mismo sentido **la resolución de 25 de agosto de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado** en un supuesto similar al que nos ocupa en lo que a la declaración de obra nueva se refiere “ Se trata por tanto de una vivienda que registralmente tiene 140 metros cuadrados totales construidos (más 6,88 metros cuadrados de pérgola y 10 metros cuadrados de patio tendadero), a la que se quiere incorporar la declaración de una ampliación de obra nueva de una planta sótano de 131 metros cuadrados. Para acreditar la finalización de la obra y que han prescrito las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, se acompaña certificación catastral acreditativa de que el inmueble, con la superficie total de 285 metros cuadrados, fue construida en 1999. Esos 285 metros cuadrados son suma de los 131 correspondientes a la vivienda, 23 metros cuadrados correspondientes al porche y de los 131 metros cuadrados del sótano aparcamiento que ahora se pretende inscribir por vez primera. La descripción de la finca resultante, según el título, quedaría con una superficie total construida de 271 metros cuadrados, incluyendo el aparcamiento, más 6,88 metros cuadrados de pérgola y 10 metros cuadrados de patio tendadero que no se modifican.

TERCERO.-En la resolución de este recurso deben distinguirse dos cuestiones distintas: la ampliación de la obra nueva (planta sótano destinada a aparcamiento) y la descripción de la vivienda resultante, cuya inscripción también se pretende.

CUARTO.- Respecto de la primera cuestión, deberán respetarse las superficies inscritas en el Registro, dado la



presunción de exactitud de los asientos registrales (artículo 38 LH [ RCL 1946, 886] ) y la salvaguarda judicial de los mismos (artículo 1 LH). En definitiva, sólo se debe analizar si la ampliación de la obra se ajusta o no a la certificación catastral, a los efectos de entenderse o no cumplido el requisito del artículo 52 a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio ( RCL 1997, 1861) . Y en este aspecto debe darse la razón al recurrente, pues la identidad es completa, coincidiendo los 131 metros cuadrados de planta sótano tanto en el título como en la certificación catastral. En este sentido, el propio registrador admite la coincidencia entre la descripción en el título de la ampliación de obra que se pretende inscribir, con la descripción de la misma en la certificación catastral y gráfica que se testimonia en la escritura. Es este el único extremo que debería tener en cuenta, si fuera lo único que pretendiera inscribir.

QUINTO.-Ahora bien, en el título calificado no sólo hay una ampliación de declaración de obra nueva, sino una nueva descripción de la totalidad del inmueble, resultante de aquélla ampliación, y aquí tampoco hay contradicción que impida la inscripción, entre la certificación descriptiva y gráfica y el título calificado. En la escritura se pretende que la superficie total registral de la vivienda pase de 140 metros cuadrados a 271 metros cuadrados, exceso que equivale a la suma con los nuevos 131 metros cuadrados inscritos destinados a sótano y que en la escritura se describen como parte de la vivienda. Y aunque en la certificación catastral figuran un total de 285 metros cuadrados suma de las diversos componentes de inmueble, es muy similar a la suma de los mismos tal como se pretende reflejar en el Registro, que sumando los 271 de vivienda a los 16,88 de pérgola y patio (porches) dan 287,88 metros cuadrados. Es cierto que no es una total coincidencia, pero no estamos ante supuestos (como las inmatriculaciones) en que haya una exigencia legal de coincidencia total, sino que lo que las normas complementarias



al Reglamento Hipotecario exigen en materia de obra nueva es que se acredite la realidad de la obra, que el proyecto se ajuste a licencia o en su defecto que hayan prescrito las medidas de restablecimiento de legalidad urbanística; y que no haya duda de la identidad de la finca entre el título y el documento justificativo de aquéllos extremos, cuestiones todas que han quedado acreditadas sobradamente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador en los términos resultantes de los anteriores pronunciamientos.”.

Por tanto y conforme a las anteriores resoluciones y en lo tocante a la ampliación de obra nueva y posterior rectificación no existe irregularidad alguna achacable al notario quien actuó dentro de sus competencias. Ninguna falsedad se puede deducir de su actuar ni por tanto facilitación o cooperación en el delito de estafa cometido por el Sr. [REDACTED] previamente valorado.

Se ha insistido en el plenario sobre la existencia de un cambio irregular de uso, queriendo hacer valer por encima del propio Registro de la propiedad (casa con corral) las manifestaciones de un catastro contradictorio en el que consta dos usos distintos, comercial y residencial. Es evidente que sobre la base de unas contradicciones que no le son imputables al notario y que no tenía obligación de controlar y partiendo de un uso residencial constante en el Registro de la propiedad, no puede deducirse actuar ilícito, ni se puede afirmar la existencia de un cambio de uso, y sobre todo, las dudas que todo ello provoca no pueden servir de base a una sentencia condenatoria, menos en el caso de autos cuando ni tan siquiera se ha demostrado que se llegara a realizar dicho cambio. Resulta jurídicamente discutible que el cambio de uso se haya llevado a cabo atendiendo de un lado a la descripción originaria del Registro de la Propiedad, casa



con corral, de otro al certificado del catastro que tanto indica el uso comercial como el residencial, y por último con la declaración del anterior propietario que expresó que él había vivido en dicho edificio e hizo una descripción de la vivienda existente, indicando que también había un obrador. Desconocemos si ello se produce por error en el catastro pero lo cierto es que en su origen la edificación era una casa, de ahí que no se pueda pretender una condena sobre la base de lo que en definitiva puede llegar a ser una cuestión jurídica discutible.

Seguiremos ahora con **la cuestión referida a la división horizontal** y si era o no de aplicación el artículo 53 del RD 1903/1197, es decir si era o no necesario licencia para proceder a dicha división.

Analizaremos en primer lugar la declaración del acusado a este respecto: indicó que la división horizontal es un acto voluntario y que el notario tiene que comprobar que la suma de las partes determinadas no exceda de la suma de los planos del catastro, que la descripción la realiza el otorgante y es totalmente libre. Expresó que para esta operación no hacía falta licencia, solo necesaria para el supuesto del artículo 45 RD. Abundó expresando que incluso en aquellos supuestos en que hace falta licencia, solo sería necesaria cuando la ley autonómica lo exigiera y en el año 2004 la CCAA de Baleares no exigía nada a este respecto, ello partiendo además de que no era necesaria la licencia.

Explicó que para la división horizontal no se exigía final de obra, que no había incumplido ni sus obligaciones notariales ni tampoco la ley; que el único control al que estaba obligado conforme al artículo 52 RD 1903/97 y al certificado catastral era el de los m<sup>2</sup>. Se trataba de una obra antigua en la que ya habían prescrito las posibles sanciones y en donde se comprobaba que había más m<sup>2</sup> que los que decía el Registro de la Propiedad. La ampliación de obra se hizo para recoger que había más m<sup>2</sup> y la división horizontal es una división jurídica y los m<sup>2</sup> sumados de las partes determinadas o divididas no excedían de los



declarados o concedidos. Indicó que si hubiere tenido constancia de que no había 9 viviendas no lo habría otorgado.

Al respecto de la necesidad de licencia, destacamos la resolución núm. 13621/12 de 15 octubre de la Dirección General de los Registros y del Notariado: “ *La legislación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas (vid. « ad exemplum » artículo 66.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre [LAN 2002, 588 y LAN 2003, 96] , de Ordenación Urbanística de Andalucía; disposición adicional segunda, apartado tercero, de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre [LCV 2004, 411] , de la Generalitat, del Suelo no Urbanizable de la Comunidad Valenciana), no sujeta la división horizontal, como operación específica, a licencia de forma expresa. Por su parte, el artículo 17.3 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido estatal de la Ley de Suelo, dispone que «la constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de ésta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal a que se refiere la letra a del apartado 1 del artículo anterior», como se ha señalado, el artículo 2.16 de Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística de las Islas Baleares, exige licencia para toda parcelación urbanística, y el artículo 13 de la Ley 6/1997, de 8 de julio, del suelo rústico de las Islas Baleares, prohíbe que en suelo rústico se realicen actos que tengan por objeto o consecuencia la «parcelación, segregación o división de terrenos o fincas» cuando no sean conformes con lo dispuesto en la citada Ley y en la legislación agraria propia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, prohibición de la que se exceptúa tan sólo aquellos actos que sean consecuencia de la ejecución de determinaciones del planeamiento o de las infraestructuras públicas, o aquellas otras que se puedan establecer reglamentariamente. La infracción de estas normas se sanciona con la nulidad del acto infractor”.*

Es evidente que no estamos ante un supuesto de segregación de parcelas por lo que ciertamente para realizar la división horizontal no era necesaria licencia alguna.

Conforme a lo anterior las partes en que está dividido el edificio no tienen por qué deducirse de la certificación catastral, porque es el propietario el que declara las partes en las que se encuentra dividido el edificio. A este respecto el notario no tiene obligación de



comprobar dicha realidad, a través por ejemplo de un acta, sino que se limita a recoger lo declarado por el otorgante, no le es exigible realizar comprobaciones que la ley no impone. El notario no da fe de la existencia de 10 viviendas, no puede dar fe de algo que no ha comprobado, se limita a recoger la declaración del otorgante referida al número de viviendas en que se divide horizontalmente el edificio.

Destacamos la resolución de 28 de octubre de 2003 de la Dirección General de los Registros y del Notariado a la que hizo referencia el acusado en su declaración: *“Se debate en el presente recurso acerca de si es inscribible la división horizontal de una «vivienda unifamiliar». El Registrador considera que es necesario acreditar la obtención de la oportuna licencia. Además, como ulterior defecto, observa el Registrador en su calificación que, en uno de los elementos privativos no se expresa que tenga salida a la vía pública o a un elemento común.*

*En cuanto al primer defecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo ( RTC 1997, 61) anuló buena parte del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992 ( RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485) . Se fundaba en que se habían invadido las competencias que, en materia de urbanismo, se hallan transferidas a las Comunidades Autónomas. Esta misma sentencia dejaba a salvo aquellos preceptos que, por regular materias que son competencia exclusiva del Estado, eran perfectamente conformes con la Constitución Española ( RCL 1978, 2836). . Así ocurrió con aquellas normas que se referían al Registro de la Propiedad (cfr. artículo 149.1.8ª de la Constitución Española). Así pues, corresponde a las Comunidades Autónomas (en este caso, a la de las Islas Baleares) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que éstas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por éstas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo. Ésta es la solución a la que llega la Resolución de 16 de octubre de 2002 ( RJ 2002, 10790) para un caso muy similar al del presente recurso. Allí, la calificación del Registrador se fundaba exclusivamente en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio ( RCL 1997, 1861) y la Resolución decía que «había que concluirse que el precepto invocado para suspender la inscripción ahora cuestionada, sólo puede tener operatividad en territorio de*



*aquellas Comunidades Autónomas cuyas Leyes hayan establecido expresamente la necesidad de licencia municipal».*

*En el caso ahora debatido, el Registrador funda su calificación en la legislación autonómica, al referirse al artículo 1 de la Ley 10/1990, de 23 de octubre (RCL 1990, 2574 y LIB 1990, 138), de Disciplina Urbanística. En el informe en defensa de su nota, relaciona el precepto con el número 10 del artículo 2 de la misma Ley, con lo que, al menos formalmente, se cumple el requisito previo que entendía la Resolución de 16 de octubre de 2002 debía darse (sin perjuicio de que el fundamento debiera haberse basado también en la norma estatal ya que ambas son necesarias para que el Registrador deba suspender la inscripción). Así pues, el problema se limita a determinar si la constitución del régimen de propiedad horizontal sobre un edificio levantado con una licencia que autorizaba la obra de una vivienda unifamiliar es acto que, de acuerdo con la legislación autonómica aplicable, en este caso, la de las Islas Baleares, se halla sujeto a licencia. El artículo 1º de la Ley de Disciplina Urbanística balear, que cita el Registrador en su nota, se limita a definir qué se entiende por licencia. El artículo 2 enumera qué actos están sujetos a ésta y, entre ellos, no se encuentra aquel al que se refiere el presente recurso. El número 10 del artículo 2, al que recurre el Registrador en su informe, se refiere a «la modificación del uso de los edificios a las instalaciones en general» y, en el presente caso, la constitución de un régimen de propiedad horizontal no implica ninguna modificación de uso desde el momento en que residencial era y residencial sigue siendo y mucho menos puede implicar una modificación de las instalaciones en general ya que la constitución de un tal régimen no implica, por sí mismo, alteración física alguna.»*

La rectificación fue igualmente solicitada por el Sr. [REDACTED] quién manifiesta un error u omisión respecto de la anterior declaración debiendo tan solo comprobar que ello no determinaba un aumento de superficie construida, todo ello conforme a la certificación del catastro.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que la prueba practicada no acredita que el acusado actuara fuera de la legalidad notarial, ni que con las escrituras examinadas se hiciera una interpretación torticera, alejada de la realidad jurídica que el catastro reflejaba, ni que se utilizara un procedimiento no permitido, se obviara documentación exigible o se tuviera conocimiento de cuál era la situación real del edificio en cuestión. Ha quedado acreditado que los procedimientos se siguieron, que no estaba obligado a comprobaciones

previas y que su función no consiste en dar fe de la veracidad de lo declarado por el otorgante. Lo contrario se traduciría en una ilegítima intromisión en funciones típicas y genuinamente administrativas, que en modo alguno corresponde asumir al notario, en lo que a las contradicciones del catastro se refiere a título de ejemplo. El Sr. [REDACTED] era consciente que lo que declaraba no existía, que la construcción no estaba realizada, esto es que no existían las diez viviendas, y también era consciente porque se lo había indicado el Arquitecto Sr. [REDACTED] que sólo se podían construir 6 viviendas, si bien actuando bajo su propio riesgo decidió la construcción de 10.

Por lo que se refiere a las pruebas periciales. Las consideraciones que hacen los peritos a este respecto no tienen validez probatoria alguna, no podemos olvidar que son cuestiones jurídicas y que los arquitectos no conocen la legislación notarial o registral por lo que no cabe duda que nada pueden aportar sobre los procedimientos a seguir a la hora de proceder a la inscripción o sobre las funciones que corresponden al notario o la extensión de la fe pública notarial.

No existe prueba de que el Sr. [REDACTED] (pleno conocedor del estado real del edificio) pusiera en conocimiento del notario acusado la situación anteriormente descrita. Se ha hablado mucho del papel del oficial de la Notaría pero ninguna de las partes lo ha propuesto como prueba, cuando su nombre consta en la declaración del acusado. Sr. [REDACTED] en instrucción, al folio 351, [REDACTED]. La sola declaración del acusado [REDACTED] sobre que dicho oficial le asesoró no es prueba del concierto de voluntades con el notario actuante, ni de que el acusado le indicara la situación real del edificio, y por tanto de que estaba declarando una realidad inexistente. En idéntico sentido, tampoco consta que, si la hubo, dicha información fuera trasladada del oficial al notario actuante y, desde luego, no consta por cuanto nunca se ha tomado declaración al oficial, ni en comisaría, ni ante el juzgado de instrucción, ni en el plenario por lo que la prueba sobre el dicho concierto previo es inexistente. El sólo hecho de que el Sr. [REDACTED] hubiera acudido anteriormente o con posterioridad a dicha Notaría no es más que el reflejo de la voluntad del acusado, pudiendo responder al buen trato recibido, a la cercanía o a cualquier motivación subjetiva o interior de la que nada puede deducirse; el hombre es un ser de costumbres, esta también puede ser la explicación a tal actuación.

Por todo lo anterior procede un pronunciamiento absolutorio respecto de los delitos que se le imputan con todos los pronunciamientos favorables.

**SEXTO.-** Procede ahora examinar la participación delictiva que el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares atribuyen al Arquitecto Técnico, **acusado** [REDACTED]

Sólo la acusación particular de [REDACTED] le acusa como cooperador necesario del delito de estafa, si bien en el relato fáctico no encontramos referencia alguna al concierto previo entre los acusados, se habla de connivencia y de trama preconcebida entre los tres acusados pero ni tan siquiera se describe dicho proceso y desde luego no ha quedado el mismo acreditado. Conforme a los hechos probados la actuación de este acusado se ha producido con posterioridad a la venta de los pisos, en concreto cuando tres de esos pisos estaban ya siendo ocupados por sus titulares, de ahí que falte el elemento del engaño precedente necesario en la comisión del delito de estafa lo que lleva a un pronunciamiento absolutorio. La participación de dicho acusado se produce cuando la estafa ya ha sido consumada con la venta de todos los pisos y se ha producido el desplazamiento patrimonial.

Dicho esto, en trámite de informe el letrado de la defensa planteó la prescripción del delito de falsedad en documento oficial, alternativamente falsedad en certificación. Abundaba además en la inexistencia de actuación irregular por parte de su cliente en tanto que su actuación se ajustó a la legalidad, puesto que el acusado Sr. [REDACTED] le aseguró que no se habían hecho obras superiores al 60% de lo construido y le entregó facturas de luz de cada una de las viviendas, procediendo a la visita para emitir los certificados de habitabilidad a fin de procurar la renovación de las cédulas en tanto que si existía factura era porque en algún momento había existido un contador.

Entrando en el tema de la prescripción. En primer lugar decir que el plazo de prescripción a fecha de los hechos (año 2006) era de 3 años, conforme al artículo 131. 1 del CP en la redacción introducida por la ley 15/2003, vigente en aquél momento, “a los 3 años los restantes delitos menos graves” que es precisamente nuestro caso. El último certificado es de 19 de abril de 2006, la ampliación de la querrela frente al acusado Sr. [REDACTED] se presenta el 5 de abril de 2011, folio 269, y se dicta un auto de 5 de mayo de 2011 en el que se acuerda admitir la querrela originaria, esto es la de 05/01/2011, ninguna referencia en este auto se hace sobre la admisión de la ampliación de la querrela.



Posteriormente por providencia de fecha 26/01/2012, folio 375, y visto que la parte querellante no se ha ratificado en la ampliación de la querrela ni ha aportado poder especial se le requiere para ratificación. Se procede a dicha ratificación los días 2 y 3 de febrero de 2012 y por providencia de 13 de febrero de 2012, folio 379, se cita a declarar a los 3 imputados, todo ello sin dictar auto expreso de admisión de la querrela y sin que dicha providencia aparezca suficientemente motivada a los efectos previstos en el artículo 132. 2.1º del CP simplemente se indica “cítese a los querrellados para ser oídos en declaración”. Finalmente la declaración del querrellado se produce el 25 de abril del 2012. Conforme a lo anterior es claro que han transcurrido más de 3 años desde que se emitió la última certificación de habitabilidad hasta que el procedimiento se dirige formalmente contra el acusado Sr. Blanco, por lo que el delito estaría prescrito, no siendo necesario por tanto entrar en la valoración de la prueba ni en la tipicidad de su conducta, debiendo procederse a su absolución.

**SÉPTIMO.- Responsabilidad civil.** El art. 742, apartado segundo, de la LECRIM establece que en la sentencia también se resolverán todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio.

El contenido de la responsabilidad civil nacida de hechos tipificados en la ley como delito está regulado en el art. 110 del C.P y comprende, como es sabido, la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales.

Ese triple contenido aparece desarrollado normativamente en los arts. 111 a 115 de la predicha Ley Rituaria Penal, estableciéndose en éste último que, los Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o bien posponerla, diferirla, para el momento de su ejecución, cuya exigencia ,por lo demás, viene irradiada del mandato constitucional contenido en el art. 24.1



de la CE y ello se alinea con la finalidad restaurativa del orden jurídico perturbado, de tal suerte que es muy conocida en la praxis la antigua doctrina jurisprudencial a tenor de la cual el juez de lo penal, en una serie de delitos, por antonomasia, en materia de derecho patrimonial, paradigmáticamente, en el delito de alzamiento de bienes, tiene atribuida competencia para declarar en la misma sentencia condenatoria la nulidad o ineficacia de los negocios jurídicos efectuados en fraude de acreedores y que han dado lugar a la conducta delictiva en aras a restablecer el orden jurídico perturbado y la plena satisfacción del perjudicado mediante la restauración económica que la sentencia lleve a cabo con la declaración de nulidad de los actos de transmisión logrados la viciar la voluntad con el objetivo de defraudar las legítimas aspiraciones de los acreedores y a fin de que con tal pronunciamiento judicial se consiga reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente extraídos del mismo, mediante el artificio del negocio simulado que se declara nulo.

Esa doctrina, alumbrada normalmente alrededor del delito de alzamiento de bienes, resulta extrapolable a otros supuestos de negocios jurídicos constitutivos de delito, tales como estafa a través de contratos simulados, extorsión, préstamos usurarios, "ad exemplum", si bien su traslación no siempre se ofrece viable en función de la naturaleza y características de la relación jurídica comprometida.

Naturalmente, tal pronunciamiento en sede penal, atinente a la responsabilidad civil, vendrá precedido de petición de parte, pues está sujeta al principio de rogación y de congruencia imperantes en materia civil. Igualmente se requiere, como señala la STS de 25 de febrero de 1993 que sean traídos al proceso todas aquellos terceros que puedan verse afectados, directa o indirectamente, de forma media o refleja, por la declaración de ineficacia, y singularmente,



aquellos que hayan podido ser partes contratantes, aun cuando no se hallen imputadas en el proceso penal.

Es decir, para que la declaración de nulidad e ineficacia pueda hacerse en la sentencia penal, es menester que se ejercite la acción correspondiente en debida forma, esto es, de acuerdo y con acomodo a los principios procesales que regulen el ejercicio de estas acciones de carácter civil, siendo uno de tales principios ineludibles el respeto a los derechos de defensa, de modo que no cabe hacer en la sentencia ningún pronunciamiento que pueda perjudicar a quien no fue parte en el correspondiente proceso, dado que las acciones civiles no pierden su naturaleza específica y, por ende, las características inherentes al ámbito civil, por el simple hecho de que sean instrumentadas y ejercitadas por la vía procesal penal por razones de economía procesal y de ahí que tengan pleno predicamento en el campo de la acción civil "ex delicto" el principio de derecho acuñado por la jurisprudencia civil, en méritos del cual "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio", principio que ha adquirido el rango constitucional, ex art. 24 de la C.E .

Con arreglo a dicha doctrina, de ineluctable observancia, resulta patente que toda declaración de nulidad e ineficacia de un negocio jurídico solo puede efectuarse en el marco procesal en el que se haya constituido correctamente la relación jurídico material controvertida, pues de lo contrario a tal pronunciamiento de índole civil obstará la defectuosa constitución de la relación jurídico procesal cuando alguno de los que pudieren verse afectados por la decisión judicial no hayan sido traídos debidamente al proceso, por cuanto no puede dictarse una resolución sin haber sido oídos.

Un supuesto paradigmático es cuando se hace imposible la declaración de nulidad por mor de la normativa hipotecaria que convierte en inatacable la posición del tercero de buena fe, ex arts. 34 y 37 de la Lh .



Así las cosas, la pretensión articulada por las acusaciones particulares enderezada a obtener un pronunciamiento judicial declaratorio de la nulidad de las compraventas, tropieza con el insalvable obstáculo de que para ello es indispensable que en este marco procesal en que se actúa tal solicitud se halle bien constituida la relación jurídica procesal, de tal suerte que todas las partes implicadas puedan haber tenido la oportunidad, la posibilidad real y efectiva, de ser oídas y de defenderse, dándose el caso de que al haberse financiado el pago del precio de los pisos, cuya nulidad se solicita, mediante préstamos hipotecarios concedidos por Caja Madrid, Unión de Crédito Inmobiliario SA EFC, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares y BBVA respectivamente, registralmente inscritos, folios 537 y ss, entidades que no figuran personadas en este proceso, como parte, no es dable efectuar declaración de nulidad, so pena de preterir a quien intervino en la operación, como tercero de buena fe y que además goza de la protección registral que le brinda nuestro ordenamiento jurídico. No debe olvidarse que la declaración de nulidad conlleva la restitución de prestaciones y para el caso de que se iniciara la ejecución hipotecaria y la vivienda, en el supuesto improbable de que se pudiera subastar, no fuera suficiente para cubrir cantidades, determinaría un cambio de deudor, al volver la propiedad a las manos del Sr. [REDACTED] si devolviera el precio, sin que los respectivos bancos hayan tenido ni siquiera noticia de esta circunstancia. Por tanto no se procederá a dicha declaración.

Dicho esto, en cualquier caso el Ministerio Fiscal actúa en representación de los perjudicados, en concreto de 8 de ellos, puesto que faltan dos a los que no se incluye en el escrito y a los que no consta se les haya hecho ofrecimiento de acciones. El ministerio público ha solicitado en conclusiones definitivas que "[REDACTED]" indemnizará a cada uno de los perjudicados en las cantidades



defraudadas respectivas, así como en los gastos derivados de la adquisición de las respectivas viviendas, con responsabilidad civil subsidiaria del acusado [REDACTED] [REDACTED], por lo que por dicha vía se procederá a la indemnización de los perjudicados a los que se ha referido la acusación pública, respecto de los dos restantes se les reserva las acciones que les corresponda en la vía civil.

Respecto a las cantidades a indemnizar, es claro que en el caso de autos nos encontramos ante un supuesto de objeto inidóneo, en tanto que sobre cada uno de los pisos existe una orden de demolición. Ello determina un incumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa por parte del vendedor, Sr. [REDACTED], que dará lugar a una indemnización de daños y perjuicios consistente en el precio que cada uno de los compradores abonaron, en concreto el reflejado en las escrituras de compraventa que es el que consta realmente acreditado ( consta dicho precio en los hechos probados), junto con los gastos notariales, registrales y gastos de constitución y gestión de préstamos hipotecarios que se acrediten en ejecución de sentencia, junto con los intereses previstos en el artículo 576 de la LEC.

Respecto las compensaciones pretendidas por la defensa no proceden en tanto que el objeto es absolutamente inidóneo y no se acredita la depreciación pretendida. En todo caso dicha depreciación deriva del propio actuar del condenado que vendió pisos que estaban "fuera de ordenación" y si durante este tiempo los perjudicados han vivido allí ha sido por la sencilla razón de que no les ha quedado otro remedio ante la urgencia y la necesidad de no tener otra vivienda y estar obligados a hacer frente a unos préstamos hipotecarios que adquirieron para comprar "algo" que al final no puede ser calificado como vivienda.



Por lo que se refiere a la petición de condena por los gastos de reparación o desperfectos en las viviendas realizada por la acusación particular de [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED] no se accede a dicha petición en tanto que ni siquiera consta acreditado que dichas reparaciones puedan llegar a realizarse atendiendo a lo declarado por el perito sobre la imposibilidad de proceder a su acometimiento al estar el edificio en situación de "fuera de ordenación". Por este mismo motivo no se incluirá las cantidades solicitadas por los informes periciales, en tanto que la anterior cantidad no será objeto de condena.

Por lo que se refiere al supuesto de gastos por demolición y para el caso de que los mismos lleguen a devengarse y abonarse por parte de los compradores originarios deberán ser repuestos en las cantidades que se acrediten en ejecución de sentencia.

Por último y en lo referente a los daños morales solicitados por algunos de los perjudicados, decir, en primer lugar, que conforme al principio de justicia rogada que rige en el ámbito civil, sólo se procederá a la indemnización de daños morales respecto de los perjudicados que lo han pedido, esto es [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED]. Ello no significa que no concurren dichos daños en el resto, sino que la estricta aplicación del mencionado principio impide dar más de lo que se pide.

Por lo que se refiere a la cuantía indemnizatoria, ha de tenerse en cuenta que la fijación prudencial de la indemnización en un tanto alzado es el único criterio posible cuando se trata de daño moral del tipo al que se refiere el litigio ya que no existen mecanismos para el establecimiento de cuantías más o menos automáticas y, por ello, es inevitable un cierto componente de subjetividad, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes, tales como la



persistencia de la situación que provoca el padecimiento y la actitud del causante.

La persistencia de la situación, partiendo de la interposición de la querrela en enero de 2011, es de cuatro años, si bien en atención a la fecha en que se detectaron las humedades y se "tiró de la manta" el conocimiento del incumplimiento de la legalidad urbanística fue anterior. Así se deduce de la presentación por tres de los compradores de demanda de nulidad de compraventa, a los folios 699 y siguientes, que es anterior a la querrela, es decir la angustia empezó antes de la fecha de presentación de la querrela. La actitud del acusado, Sr. [REDACTED] ha sido siempre obstativa, ni siquiera quiso en el inicio asumir la reparación de las deficiencias del edificio; deficiencias que eran evidentes y sólo a él imputables. Posteriormente cometió un delito de alzamiento de bienes para intentar sustraerse de sus obligaciones de pago frente a los compradores. A lo anterior debe unirse el desgaste sufrido por los compradores como consecuencia de la apertura de los expedientes urbanísticos y las gestiones administrativas realizadas por todos ellos, junto con el desalentador hecho de tratarse, en la mayoría de los casos, de su vivienda habitual. Estamos ante una situación gravísima, estresante y angustiosa: asumir día tras día que tu casa no sólo está llena de humedades (sabiendo que éstas no se pueden arreglar), sino que en cualquier momento la pueden demoler y todo ello con la obligación de seguir pagando la hipoteca, esto es, pagar por lo que a lo mejor mañana se convierte en nada.

El daño moral es el que no tiene carácter patrimonial, sino que es esencialmente personal, por afectar a bienes que no son susceptibles de directa e inmediata evaluación económica. Así las SSTs de 22 de mayo de 1995, 24 de septiembre de 1999, 31 de mayo de 2000 y 11 de noviembre de 2003, hablan de padecimiento o sufrimiento psíquico ó



espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc. Se trata, dice la STS de 22 de septiembre de 2004 (RJ 2004,5681), con cita de la de 22 de mayo de 1995, de toda aquella detracción que sufre el perjudicado y que no se refiere a los daños corporales, materiales o perjuicios, y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe integrar en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su "quantum" económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto. Como recuerdan las SSTS de 31 de mayo de 1983 y 25 de junio de 1984, la doctrina jurisprudencial ha arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. Llegados a este punto, conviene tener en cuenta que cuando el daño moral emana de un daño material (STS de 19 de octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, mientras que cuando, por el contrario, depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «in re ipsa loquitur», o cuando se da una situación de notoriedad (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000), no es exigible "a priori" una concreta actividad probatoria, lo que dependerá de las circunstancias concretas del caso. Por ello se ha dicho en ocasiones que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (STS 21 octubre 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (STSE 15 febrero 1994), o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (STSE 3 junio 1991). Como se dice en la STS de 14 de diciembre de 1996, la propia relatividad e imprecisión del concepto de daño moral impide una estricta y exacta traducción a lo económico,



que por ello se deja a la decisión de los tribunales de instancia.

Partiendo de la doctrina jurisprudencial expuesta acerca del concepto de daño moral, su prueba y la valoración de la indemnización adecuada, ha de admitirse que en el presente caso, se ha soportado un perjuicio de carácter y naturaleza estrictamente moral y diferenciable de los patrimoniales inherentes a la comisión del delito. Consistieron tales daños morales en el quebranto y las incomodidades inherentes a las reclamaciones continuas, a la falta de solución de los problemas, a la angustia de no saber en qué situación quedará el expediente administrativo, a la frustración y desolación de apreciar a diario que se ha sufrido un engaño, que la casa no se ajusta a lo que se compró. Por todo ello, se considera prudente señalar una cuantía indemnizatoria en la cantidad de 3.000 euros por este concepto para cada uno de los perjudicados que lo hayan solicitado.

**OCTAVO.-** Las costas procesales deben seguir el régimen que resulta de los arts. 123 CP y 239 y ss LECrim, por cuya aplicación estimamos que no procede condena en costas respecto a dos acusados que resultan absueltos (costas que, en su respectiva proporción, se declaran de oficio), limitándose el pronunciamiento condenatorio respecto al acusado [REDACTED] [REDACTED] en la proporción correspondiente y sin exclusión de las devengadas por las acusaciones Particulares, al no apreciarse superflua o improcedente su intervención.

**Vistos** los preceptos legales citados, y los demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**

1.-/ Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a [REDACTED] de los delitos de estafa (ya sea como cómplice o como cooperador necesario) y delito continuado de falsedad en documento público de los que venía acusado, con todos los pronunciamientos favorables y sin imposición de costas.

2.-/ Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a [REDACTED] de los delitos de estafa y delito continuado de falsedad en documento oficial de los que venía acusado, con todos los pronunciamientos favorables y sin imposición de costas.

3.-/ Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a [REDACTED] como autor responsable de un delito continuado de estafa, precedentemente definido, concurriendo la circunstancia atenuante simple de reparación del daño a las penas de **SEIS AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE 18 MESES**, estableciendo la cuota diaria en la cantidad de **10 euros**, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales causadas, incluidas las devengadas por las acusaciones particulares, declarándose de oficio las dos terceras partes restantes.

**En el orden civil,** [REDACTED] abonará en concepto de indemnización las cantidades que como precio se establecieron en las escrituras de compraventa indicadas en los hechos probados, concretamente:

1.- A [REDACTED] que adquirió la parte diez de orden en planta primera, identificada como C del plano, de 41 m<sup>2</sup> la cantidad de 120.000 euros.

2.- A [REDACTED] la ocho de orden, en planta primera, identificada como A del plano, de 42 m<sup>2</sup> de superficie construida, la cantidad de 102.000 euros.

3.- A [REDACTED] la nueve de orden, planta primera, identificada como B del plano, de 41 m<sup>2</sup> útiles, la cantidad de de 106.600 euros.

4.- A [REDACTED] la tres de orden, en planta baja, identificada como C del plano, con superficie construida de 36,60 m<sup>2</sup>, la cantidad de 84.141,69 euros.

5.- A [REDACTED] la siete de orden, en planta baja, identificada como B del plano, de 26 m<sup>2</sup>, la cantidad de 73.000 euros.

6.- A [REDACTED] la número de orden, en planta baja, identificada como A en el plano de 36,60 metros cuadrados, la cantidad de de 94.200 euros.

7.- A [REDACTED] la vivienda Bajos B el 5 de enero de 2005 la cantidad de 93.156,88 euros.

8.- A [REDACTED] la bajos puerta E el 16 de diciembre de 2005 con superficie de 36 m<sup>2</sup>, la cantidad de 60.000 euros.

Además deberá abonar los gastos notariales, registrales, gastos de constitución y gestión de préstamos hipotecarios e intereses derivados de las hipotecas que se acrediten por los perjudicados en ejecución de sentencia. Igualmente deberá abonar los gastos por demolición para el caso de que los mismos lleguen a devengarse y abonarse por parte de los perjudicados anteriormente indicados, siempre que queden acreditados en ejecución de sentencia.

Deberá abonar en concepto de daños morales a [REDACTED] y [REDACTED] la cantidad de 3.000 euros a cada uno de ellos.



Las cantidades indicadas en concepto de indemnización devengarán el interés previsto en el art. 576 LEC calculado desde la fecha de la presente resolución.

Lo anterior con reserva de las acciones civiles que puedan corresponder, por todos los conceptos, en su caso, a [REDACTED] a [REDACTED] y a [REDACTED]

Para el cumplimiento de las penas impuestas será de abono a [REDACTED] el tiempo durante estuvo preventivamente privado de libertad por esta causa.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles que la misma no es firme y contra ella podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, recurso que deberá ser preparado ante este Audiencia Provincial en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.