



Roj: STS 1243/2014
Id Cendoj: 28079120012014100232
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1917/2013
Nº de Resolución: 262/2014
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JUAN SAAVEDRA RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Cesareo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, que condenó al acusado por un delito de falsificación; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Juan Saavedra Ruiz**, siendo para el Ministerio Fiscal, estando representado el recurrente por la Procuradora Doña Pilar Moliné López.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Chiclana de la Frontera (Cádiz), incoó diligencias previas 260/2005 contra Cesareo y otros, por delito contra la ordenación del territorio, falsedad y estafa y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, que con fecha diecisiete de octubre de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

" **I.-** Con fecha 24 de diciembre de 2002, Miriam vendió a Construcciones Pilema S.L., representada por el acusado Isidro, mayor de edad y sin antecedentes penales, la finca rústica núm. NUM000 de 19 áreas de extensión, sita en Chiclana, en Pago DIRECCION000, CAMINO000. En aquel momento, dicha finca constituía un terreno baldío, sin edificación ni vallado alguno. **II.-** Eran terrenos clasificados como suelo no urbanizable, especial protección integral subsector 7B "Pinares y otras formaciones subcosteras". Con fecha 24 de julio de 2003, Construcciones Pilema S.L. representada por Isidro realizó escritura pública de Obra Nueva, división horizontal y compraventa, procediendo a la venta a favor de Novo Chiclana S.L. representada por la también acusada Consuelo, mayor de edad y sin antecedentes penales.- Isidro y Consuelo, necesitados para elevar a escritura pública su operación, se concertaron con Artemio, mayor de edad y sin antecedentes penales, arquitecto técnico que sabedor de lo que certificaba y la finalidad perseguida el 21 de julio de 2003 certificó que se trataba de una parcela de 1.300 metros cuadrados y que en la citada finca había una construcción de unos cinco años de antigüedad destinada a viviendas distribuida en distintas habitaciones y servicios (en realidad no había nada). **III.-** Fruto de esa maniobra se hizo constar en la escritura pública que la finca contenía una casa de una sola planta con varias dependencias y que databa de 1998, que se procedía a la constitución de un régimen de propiedad horizontal afectante a los dos presuntos departamentos, letras A y B. A continuación y en la misma escritura se realizó la venta de la finca en su totalidad a Novo Chiclana S.L.. Se certificó que la finca tenía 1300 metros, cuando en realidad tenía 600 metros cuadrados más. Y para justificar la existencia de los otros metros cuadrados de la finca la Sra. Consuelo se concertó con Florentino y con el acusado Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales realizando dos escrituras de compraventa de igual fecha, 5 de agosto de 2003, en una Consuelo vendía la finca NUM001 de 712, 60 metros cuadrados sita en Chiclana, en Pago DIRECCION000, CAMINO000, adquirida de Miriam en virtud de contrato privado no escrito de fecha 5 de mayo de 1993 a Florentino, el cual la vendió a Manuel, venta documentada a través de la segunda escritura. En ambas se hacía constar que se trataba de un trozo de tierra.- Con la documentación convenientemente preparadas de las fincas, Consuelo concertó, con persona constructor, no identificada, la realización de obras de cerramiento y edificación de tres viviendas unifamiliares.- En la finca número NUM001 Manuel y una vez ejecutada vivienda, se concertó con Cesareo, mayor de edad y sin antecedentes penales,

Ingeniero Técnico Industrial, para lograr el otorgamiento de escritura de obra nueva de fecha 21 de abril de 2004, en la escritura levantada al efecto se hizo constar la existencia de una casa de una sola planta destinada a vivienda y con un período de construcción que databa de 1997 o 1998, extremo del todo incierto. Habiendo aceptado dicho encargo sabedor de su finalidad ilícita.- Con esas apariencias de legalidad Novo Chiclana representada por el Sr. Manuel vende el departamento A a Eleuterio y a Eloisa por 95.000 euros a través de la escritura de 7 de abril de 2004, como primera vivienda; el departamento B a Jeronimo y a Modesta por 84.000 euros a través de la escritura de 24 de marzo de 2004, igualmente como primera vivienda; y la tercera vivienda es vendida directamente por el Sr. Manuel a Santos y a Adoracion por 84.000 euros a través de la escritura de 21 de abril de 2004.- No ha resultado probado que el acusado Juan Alberto , mayor de edad y sin antecedentes penales actuase en calidad de constructor en la realización de las obras de cerramiento y edificación de las viviendas sitas en las reseñadas fincas. **IV.-** Manuel ha llegado a un acuerdo con Eleuterio y a Eloisa , con Jeronimo y a Modesta y con Santos por lo que han renunciado a través de sus representantes legales a la reclamación civil a la que tenían derecho. **V.-** El Pago DIRECCION000 es actualmente un núcleo de población absolutamente consolidado con sus suministros y servicios básicos en pleno funcionamiento (agua, luz, asfaltado, señalética, rotulación viaria, servicio de autobuses)".

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

" **FALLAMOS** : Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Consuelo : por un DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO a 6 meses de prisión; multa de 12 meses, a razón de 6 euros día con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal en caso de impago consistente en un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas y 6 meses de inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y por el DELITO DE FALSIFICACIÓN: 6 meses de prisión y multa de 6 meses a razón de 6 euros día con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal en caso de impago consistente en un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de 2 octavos de las costas causadas incluidas las de la acusación particular.- Igualmente condenamos a Artemio y Cesareo , por el DELITO DE FALSIFICACIÓN ya definido a las penas, para cada uno de, 8 meses de prisión y multa de 6 meses a razón de 6 euros día con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal en caso de impago consistente en un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago a cada uno de un octavo de las costas causadas incluidas las de la acusación particular.- Igualmente debemos condenar a Isidro , por el DELITO DE FALSIFICACIÓN a 6 meses de prisión y multa de 6 meses a razón de 6 euros día con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal en caso de impago consistente en un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de un octavo de las costas causadas incluidas las de la acusación particular. También debemos condenar a Manuel , por un DELITO DE FALSIFICACIÓN a 6 meses de prisión y multa de 6 meses a razón de 6 euros día con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal en caso de impago consistente en un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, y con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y por DELITO CONTINUADO DE ESTAFA a las penas de 1 año y 6 meses de prisión, y multa de 6 meses a razón de 6 euros día con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal en caso de impago consistente en un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de dos octavos de las costas causadas incluidas las de la acusación particular.- Debemos absolver a Juan Alberto del delito contra la ordenación del territorio que se le imputaba declarando de oficio un octavo de las costas causadas.- No procede la demolición de las viviendas ".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de Cesareo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución con fecha de entrada en el Registro de 04/10/2013, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, alegó los motivos siguientes: **PRIMERO** .- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. **SEGUNDO** .- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia infracción de ley por aplicación indebida de los artículos 392 en relación con el artículo 390, 1 y 2º Código Penal .

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 12 de marzo de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con evidente falta de rigor casacional formaliza el recurrente un primer motivo ex artículo 849.1 LECrim . (sic), " *por error de hecho en la apreciación de la prueba e indebida aplicación de las facultades que le competen a mi representado* ". En el fondo lo que niega es la suficiencia de su título profesional para situar en el terreno o localizar la finca objeto de la certificación, llegando a sostener que " *no era localizable, siendo su localización con sus datos registrales del todo punto imposible no teniendo facultades un ingeniero técnico industrial especializado en electricidad como para poder localizar por sí mismo, valiéndose de los datos registrales que le aporta el propietario y de la buena fe, lo que excluye el dolo falsario y por extensión el tipo penal* ".

Para justificar la evidencia del error, enumera ciertos documentos y testimonios, incorporados al acervo probatorio, pero sin especificar los concretos particulares que por sí solos determinarían la supresión o adición del hecho probado, condición necesaria para que pueda prosperar el error casacional invocado. La cualificación profesional del recurrente no suscita un error de hecho sino de apreciación o valoración del Tribunal de la aptitud técnica del perito, de la misma forma que la mayor o menor dificultad para localizar la finca es una cuestión valorativa a la luz de las circunstancias del terreno y los datos del registro. En todo caso, lo que no puede pretender el recurrente a la vista de lo que certificó (folio 116 de las diligencias del Juzgado) es poner en cuestión el contenido mismo de la certificación cuando se especifican en ella los linderos de la finca y los datos registrales conforme a las escrituras de compraventa, sin que conste reserva alguna de la localización controvertida en el recurso. Debemos recordar a este respecto el principio " *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* " (Digesto 12.5, a propósito de la condición por causa inmoral o injusta), es decir, nadie puede ser oído invocando su propia torpeza, pues es evidente que si no hubiese localizado la finca la certificación no sería posible.

En cuanto a la falta de competencia de un ingeniero técnico industrial para establecer el estado y antigüedad de la edificación, vale lo que acabamos de señalar, por cuanto el propio recurrente admite aquella en la medida que certificó los extremos interesados por el propietario, sin que " *a posteriori* " pueda utilizar esta singular vía de regreso para desdecirse de sus propios actos. El artículo 50 del RD 1093/1997 invocado, considera técnico competente a cualquier otro técnico autorizado por su colegio profesional respectivo que " *acredite que tiene <<facultades suficientes>>* ". El certificado lleva estampillado el sello del Colegio Oficial respectivo, que incluye el conocimiento de firma del colegiado, una vez presentado en el mismo, lo que autoriza a concluir las " *facultades suficientes* " a los solos efectos de la represión, conforme al artículo 3º LECrim ..

Por último, la Audiencia Provincial, fundamento jurídico segundo " *in fine* ", se ocupa de contradecir la versión exculpatoria del recurrente relativa a la confusión sobre las fincas y haber sido " *víctimas de engaños por los encargantes* ", argumentando sobre la base de la prueba testifical practicada a éstos y a los inspectores de urbanismo, lo que en todo caso excluye la apreciación del error pretendido por la existencia de prueba contradictoria llevada a cabo bajo la intermediación del Tribunal en el juicio oral. La alegación del recurrente sobre la imputación de otros funcionarios que no actuaron con la debida diligencia al objeto de prevenir las ilicitudes constatadas y su reflejo en los documentos públicos y en el propio Registro llevaría consigo en su caso la responsabilidad de los mismos pero no excluye la culpabilidad del acusado.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- Añade por ordinaria infracción de ley del artículo 849.1 LECrim ., como siguiente y último motivo de casación, la indebida aplicación del artículo 392 en relación con el 390, ambos CP . Se suscitan dos cuestiones jurídicas cuales son la naturaleza pública o privada de la certificación y si ésta excede de la simple falsedad ideológica impune en relación con los particulares.

Respecto de la primera, naturaleza del documento o calificación del mismo como público u oficial por destino o incorporación, la jurisprudencia de esta Sala desde hace ya muchos años establece un criterio restrictivo, consagrando como regla general que la naturaleza correspondiente al documento de que se trate será la que le corresponda en el momento de su confección o de la comisión de la maniobra mendaz. Admitiéndose como excepción la de aquellos documentos privados cuya única razón de ser es su

incorporación posterior a un documento, expediente o registro público de forma que deban producir efectos de esta naturaleza provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico.

La STS 656/2013 expone , con cita de la 163/2010 , que contiene la doctrina más reciente sobre el delito de falsedad en documento oficial por incorporación de documento privado, remitiéndose a las SSTS 386/2005 y 575/2007 , que " *de acuerdo con la doctrina de esta Sala, que ha eliminado la anterior categoría de "documentos públicos u oficiales por destino" (STS de 9 de febrero y 16 de mayo de 1990) , criterio del que ya se separan las SSTS de 11 y 25 de octubre del mismo año , y que hoy es doctrina consolidada de la Sala, hay que estar a la naturaleza del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz (SSTS de 10 de marzo de 1993 , 28 de mayo de 1994 , 10 de septiembre de 1997) , y de acuerdo con ello podría defenderse la naturaleza privada de dicho documento.- Tal doctrina tiene una importante matización en relación a aquellos documentos privados que tienen como única razón de ser el de su posterior incorporación a un expediente público y por tanto la de producirse efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico (SSTS de 19 de septiembre de 1996 , 4 de diciembre de 1998 , 3 de marzo de 2000 , 16 de junio de 2003 y 24 de enero de 2002) "* . En el mismo sentido STS 99/2012 , 1001/2012 o anteriores como la 165 o la 259/2010 .

Vamos a detenernos en esta última porque resolvió un caso similar al presente. En efecto, nos dice que " *los hechos probados, en relación al documento redactado por el recurrente, no se reducen a una "mutatio veritatis" consistente en una consciente inexactitud en la descripción de la finca, sino que consisten en la afirmación de existir una construcción inexistente, se trata en realidad en la creación ex novo de un documento que refleja una realidad inexistente, creación que tuvo como única finalidad la de su incorporación a un documento público tan pronto como fue creado --documento creado el 5 de Diciembre de 2004, y escritura pública a la que se incorporó otorgada en fecha 14 de Diciembre de 2004, folios 212 y 199 y siguientes respectivamente-- , documento que tuvo por consecuencia permitir el acceso al Registro de la Propiedad de la declaración de Obra Nueva relativa a la finca registral concernida, lo que en modo alguno es irrelevante y por otro lado, tal acción tiene su correcta subsunción en el art. 390 ap. 1º y 2º en relación con el art. 392 Cpenal , tal y como han sido calificados por el Tribunal sentenciador.- Se está ante un documento -- el redactado por el recurrente-- que en la medida en que su creación fue debida exclusivamente para su incorporación a una escritura pública, participa también de esa naturaleza.- No se ignora que en los años noventa existió un cambio en la doctrina de esta Sala en relación a la teoría del documento público "por destino" , restringiendo su concepto en el sentido de que había que atender exclusivamente al momento de creación de dicho documento.- Si en el momento de su creación, el documento era privado, tal naturaleza se mantenía inmutable cualesquiera fueran los avatares de dicho documento y por tanto aunque con posterioridad apareciese unido a un expediente público este hecho no mutaba la naturaleza privada del documento. En tal sentido, SSTS de 11 y 25 de Octubre de 1990 , las primeras que sostuvieron esta nueva doctrina, seguidas por la de 21 de Noviembre de 1991 ; 15 de Febrero y 10 de Marzo de 1993 ; 28 de Mayo de 1994 y 10 de Septiembre de 1997 , entre otras.- Sin embargo, esta doctrina tuvo pronto una excepción que sostuvo que cuando el documento concernido tuvo su origen y exclusiva finalidad en su incorporación a un expediente público para producir efectos en el tráfico jurídico o en el seno de la Administración Pública, entonces tal documento debe entenderse de naturaleza pública "* .

La certificación se realiza por el recurrente a instancia del propietario de la finca y desde luego no es objetable que en principio tenga la naturaleza propia de los documentos privados, pues ni se trata de un funcionario ni se levanta en el ámbito de un expediente administrativo. Por ello es preciso aplicar la doctrina precedente desde la perspectiva de su destino o incorporación a un documento público y por alcance indisociable a un Registro oficial cual es el de la Propiedad, verificando si se está en el caso de la excepción a la regla general de su naturaleza privada originaria. La respuesta debe ser afirmativa pues, como analizaremos al tratar la segunda cuestión, la finalidad del documento estaba preordenada exclusivamente para alcanzar efectos jurídicos directos mediante su incorporación a un documento público y al Registro mencionado.

En cuanto a la segunda cuestión, debemos señalar, siguiendo nuestra jurisprudencia más reciente (SSTS 331/2013 y 211/2014 y los abundantes precedentes incorporados a las mismas), que efectivamente el Código Penal vigente excluyó de las falsedades punibles las cometidas por particulares en documentos públicos, oficiales o mercantiles, cuando se ejecutaban faltando a la verdad en la narración de los hechos, pero ello no quiere decir que aún en estos casos si la conducta es subsumible en las previsiones del artículo 390.1.1º , 2º y 3º CP no pueda ser típica. Esta cuestión se suscitó en relación con los documentos creados íntegramente " *ex novo* " , suscritos por quienes figuran en ellos, y, por lo tanto, auténticos en este aspecto subjetivo, pero incorporando a los mismos, generalmente en su totalidad, una información que no respondía en modo alguno a ninguna operación negocial. A este respecto recuerdan las SS mencionadas la celebración

del Pleno no Jurisdiccional de 26/02/99, que rechazó la propuesta según la cual se debía considerar que estos supuestos estaban despenalizados al quedar incluidos en el número 4º del artículo 390.1, es decir, " *faltando a la verdad en la narración de los hechos* ", en relación con el artículo 392.1 referido a los particulares. Las sentencias mencionadas recogen pues la doctrina vigente de la Sala según la cual " *en términos generales, un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materialice. Y es genuino cuando procede íntegramente de la persona que figura como su autor. Pero no debe confundirse el documento <<genuino>> con el documento <<auténtico>>, pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como <<auténtico>> por el mero hecho que la persona que aparece suscribiéndolo coincida con su autor material* ".

Por ello, crear " *ex novo* " un documento, relativo a un negocio, operación o incluso situación absolutamente inexistente cuya realidad se simula o aparenta, porque no existe en modo alguno, conteniendo datos inveraces o inexactos, constituye una conducta subsumible en el artículo 390.1.2º CP (simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad). Si el documento se ha confeccionado para reflejar una realidad existente, la introducción de datos falsos o inexactos constituiría un supuesto de faltar a la verdad en la narración de los hechos, impune cuando el autor es un particular.

Pues bien, asumida la doctrina de esta Sala expuesta sintéticamente, la realidad que constata el hecho probado es que el recurrente aceptó el encargo de un coacusado propietario de una finca, concertándose con él, " *para lograr el otorgamiento de escritura de obra nueva de fecha 21 de abril de 2004. En la escritura levantada al efecto se hizo constar la existencia de una casa de una sola planta destinada a vivienda y con un periodo de construcción que databa de 1997 o 1998, extremo del todo incierto. Habiendo aceptado dicho encargo sabedor de su finalidad ilícita* ". Lo que se refleja en el certificado obrante al folio 116 mencionado más arriba. Pues bien, la función de este documento no era otra que su incorporación a una escritura pública al objeto de poder acceder al Registro de la Propiedad y conseguir la inscripción de la obra nueva, fijando como fecha de su construcción una anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante (artículo 52 de la RD 1093/1997), consolidando de esta forma una situación urbanísticamente irregular. Por lo tanto se hace constar en el certificado la existencia de una construcción en referencia a una fecha en que la misma no existía y por ello se crea mediante el documento una situación simulada cambiando absolutamente la realidad de los hechos, aspecto sustancial que constituye el objeto único y exclusivo de la confección del certificado, lo que es subsumible en el tipo penal cuya indebida aplicación se denuncia (artículos 392 y 390.1.2 CP .)

Por todo ello el segundo motivo también debe ser desestimado en su integridad.

TERCERO.- Ex artículo 901.2 LECrim . las costas del recurso deben ser impuestas al recurrente.

III. FALLO

Que debemos declarar **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de ley dirigido por **Cesareo** frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, en fecha 17/10/2012 , en causa seguida al mismo y otros por delitos contra la ordenación del territorio, falsedad y estafa, con imposición de las costas del recurso al recurrente.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

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