

{ la tribuna del yzquierdo }



MARIANO YZQUIERDO TOLSADA

Catedrático de Derecho civil (Universidad Complutense)
Consultor CMS Albiñana & Suárez de Lezo (Derecho civil y Propiedad Intelectual)

Vender, enajenar, transmitir, estafar (Cuando el legislador penal usa mal el lenguaje del Derecho común)

No se sabía que el testador había modificado su testamento otorgando con posterioridad otro en el que el favorecido era la hija menor. Ello no se sabía, pero se supo después, cuando el favorecido en el primer testamento ya había vendido y entregado a otro vecino de la aldea la finca rústica heredada. Descubierta el segundo testamento, logró la hija designada en él acreditar su condición, y exigió la entrega de la finca. El problema es que unos meses antes, ya cuando todo olía a chamusquina en aquel lugar, el comprador, consciente de que no era dueño de lo comprado porque su vendedor nunca lo había sido, había vendido a su vez la parcela a otro paisano.

Pero lo había hecho... en documento privado. Son cosas que continúan pasando en esos pueblos de la España profunda, donde un apretón de manos vale más que cualquier escritura notarial, donde la inscripción en el Registro de la Propiedad es un lujo de ricos (máxime si hay que reanudar la historia registral y remontarse hasta principios del siglo pasado) y donde la superficie se mide en fanegas, la vieja unidad que no mide lo mismo en Andalucía que en Castilla y que depende de que se esté hablando de parcelas de secano o de regadío.

Y a partir de ahí, me permitirá mi amable lector compartir con él una pregunta a la que he tenido que dar respuesta en estas fechas: ¿comete delito de estafa el que, sabiendo que no es dueño de la finca, la vende en documento privado y recibe por ella un precio? Suele decirse que la vieja polémica había sido zanjada por el Código penal de 1995, pero la verdad es que no lo ha sido del todo.

En concreto, el artículo 251 CP concreta tipos específicos de estafa, entre otros, para quien «atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare (...) a otro, en perjuicio de éste o de tercero» y para el que «dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente (...)».

La norma penal no habla de «vender» sino de «enajenar» a otro, y no está de más recordar que el sistema español en materia de transmisión de la propiedad no es el meramente consensual, como es el caso del modelo francés, sino el sistema romano: la venta no transmite por sí misma, sino que tiene que ir seguida de un modo de adquirir (la tradición) que es lo que propiamente convierte al comprador en propietario. No basta con el contrato de compraventa: para que la enajenación se efectúe —para que

exista, en fin, enajenación y cambio de titularidad— hace falta un signo más o menos visible de transmisión, algo que puede tener lugar por medio de la entrega real (art. 1462, pº 1º), la entrega de llaves (artículo 1463), el otorgamiento de escritura pública (artículo 1462, pº 2º), etc. El tipo penal exige enajenación. ¿Significaría ello que, al no haber propiamente enajenación sino mera compraventa privada, no habría delito de estafa?

De hecho, al amparo del Código penal de 1973 (que en este punto contenía un texto para la estafa común bien parecido al actualmente vigente) existió una línea jurisprudencial que entendía que quien vende un bien inmueble en documento privado sin tradición, no pierde el dominio de lo vendido, «al ser indispensable para tal pérdida que al acuerdo de voluntades subsiga la tradición de la cosa», con lo que el vendedor no puede ser incriminado como autor de un delito de estafa (STS 30 septiembre 1980, 18 octubre 1982, 10 marzo 1983, 22 junio 1984).

Donde el problema más se ha suscitado es con la venta de una misma finca a varios compradores, pero de manera que la primera venta se celebró en documento privado, o en la venta como libre de cosa que viene a ser gravada antes de la efectiva transmisión al adquirente. La reciente STS de 27 enero 2009 resume de modo impecable las dos posturas mantenidas por la jurisprudencia: «(...) una corriente jurisprudencial considera que habiendo un título traslativo como lo es un contrato privado de compraventa, aunque no exista la "traditio", real o ficticia (...), la constitución posterior del gravamen integra el tipo delictivo. (...) Con la celebración del contrato de compraventa se pierde la facultad dispositiva sobre el bien, y al vendedor de un inmueble en contrato privado, aunque la venta no fuese seguida de tradición real o ficticia, le queda rigurosamente prohibido disponer de lo ya vendido, con la trascendencia punitiva prevista (...). En definitiva, el primer contrato de compraventa realizado, aunque carezca de efectos reales, prohíbe al vendedor cualquier acto dispositivo posterior, bien fuera de enajenación o de gravamen, para así poder cumplir la obligación contraída de entregar la cosa en los términos convenidos».

«La segunda posición acude a las normas civiles pa-

ra entender que la falta de "traditio" impide que el contrato produzca la pérdida de la condición dominical del transmitente y, por lo tanto, no permite la aplicación del art. 531.2º CP [actual 251], pues quien no ha perdido la condición de dueño no puede incurrir en las modalidades típicas del precepto citado.»

El caso es que la reforma operada en 1983 se dictó en este punto precisamente para evitar la desprotección en que quedaban por esta razón numerosas víctimas de fraudes inmobiliarios, entendiendo comprendida en la estafa la venta sin tradición, o lo que es lo mismo, la venta sin enajenación. Aunque sea cierto que la venta celebrada en documento privado no transmite la propiedad, si quien la celebra recibe un precio y después viene a vender la misma finca a otro, pero ya con otorgamiento de escritura pública, habrá logrado transmitir al segundo comprador, con grave perjuicio para el primero, a quien no solamente se le debe dar el consuelo de demandar al vendedor para recuperar el dinero.

Hay estafa, pues, pese a la defectuosa redacción que continúa teniendo el art. 251, cuyo nº 1º no debería decir «la enajenare», sino «la vendiere» (o si se quiere, «vendiere o permutare», o «celebrare un contrato oneroso de finalidad traslativa»), y cuyo nº 2º no debería decir «la enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente», pues el que celebra la segunda venta no «enajena nuevamente». Cuando hay una primera venta en documento privado y una segunda en documento público, es la segunda la única que «transmite». Y si ambas se celebraron en escritura pública, el primer comprador ya ganó la propiedad, y otra cosa es que sea el segundo quien primero llegue al Registro a inscribir (art. 1473 CC), aunque en ese caso tampoco habrá propiamente enajenación al segundo: no hay adquisición derivativa, sino que es la propia ley quien prefiere proteger a quien, aun comprando de quien ya no era dueño (por haber transmitido al primero), quiso protegerse con la fe pública.

El ordenamiento en su conjunto tendría, en fin, otro aspecto, si el legislador hiciera sus deberes y no aguardase a que tenga que ser la jurisprudencia la que recuerde que es en el Derecho civil donde se encuentra el glosario elemental de conceptos de todas las restantes ramas del Derecho. Conceptos como el de venta, enajenación, pago, nulidad, anulabilidad, rescisión, revocación y resolución; cumplimiento e incumplimiento, subrogación, compensación, cesión, novación, condonación, delegación, cosa, patrimonio, deuda, responsabilidad, usufructo, hipoteca, etc., hacen del Derecho civil el auténtico sistema nervioso del ordenamiento jurídico.

¿Tanto trabajo cuesta?

¿Comete delito de estafa el que, sabiendo que no es dueño de la finca, la vende en documento privado y recibe por ella un precio?