

Estimados API's:

Tres asuntos de interés vamos a tratar en el presente Boletín:

- 1) Las conclusiones del informe elaborado por el Consejo sobre la regulación de la actividad inmobiliaria y el control colegial para la defensa de consumidores y usuarios.
- 2) La Sentencia del TS de 18 de enero de 2016 poniendo en "jaque" los valores de la Administración en los expedientes de comprobación.
- 3) Una sentencia, también del TS, que trata del delito de estafa en la actividad de intermediación inmobiliaria.

Seguimos este orden:

- 1) **Estas son las conclusiones que llevan a los API a las propuestas de regulación de la actividad de intermediación:**
 - i. El mercado inmobiliario es un mercado complejo, opaco, asimétrico, especulativo e informal.
 - ii. En el año 2000 se adoptaron medidas de liberalización del suelo y del ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria para fomentar la competencia y abaratar el precio de la vivienda.
 - iii. A partir de la liberalización afloran multitud de inmobiliarias que desarrollan la actividad de intermediación al margen de su consideración de actividad profesional y con las miras puestas en la actividad negocial (compra para revender) y en parámetros comerciales cuantitativos (políticas agresivas en operaciones de captación de clientes para la intermediación al margen de una adecuada información y transparencia) muy perjudiciales para el consumidor.
 - iv. Debido a la tensión especulativa, propiciada por los operadores inmobiliarios (promotores en el mercado primario e inmobiliarias en el secundario) con efecto contagio en la propia sociedad y con la contribución de las entidades financieras por la facilidad de acceso al crédito, el precio en la compraventa de viviendas durante ese período ha sufrido una constante, escandalosa y artificiosa subida hasta su culminación con la llamada explosión de la burbuja inmobiliaria.
 - v. La compraventa de vivienda, en la década que va desde 1998 hasta 2007, batió records de quejas en las asociaciones de consumidores y usuarios por las numerosas prácticas abusivas de los operadores inmobiliarios.
 - vi. La seguridad jurídica preventiva no abarca, en la actualidad, el período de formación de los contratos inmobiliarios, sino que ésta tiene lugar a partir del contrato ya formado y pendiente de formalización.
 - vii. El Derecho para la protección al consumidor es poco preventivo, sobre todo si atendemos a la importancia de la vivienda que merece el tratamiento de bien social que repercute no solo en el patrimonio de los ciudadanos sino que, en cuanto espacio de convivencia, protección y seguridad frente al exterior, es elemento fundamental para el desarrollo de una vida digna de toda persona.
 - viii. Los déficits de seguridad en el ámbito precontractual podrían ser resueltos por profesionales autorizados al efecto que podrían ser los intermediarios que intervienen en la formación de los contratos inmobiliarios u otros profesionales (auditores inmobiliarios....) creados con la función específica de aportar seguridad al mercado inmobiliario.

- ix. Los Colegios profesionales son instituciones de ordenación y control de las profesiones que no solo se justifican para la autoprotección de la actividad profesional, sino que obedecen a un interés general y, en la actualidad, a un deber legal de protección de consumidores y usuarios.
- x. La vivienda, en cuanto bien social, merece una protección de primera magnitud y en todas sus facetas. El Estado debe aportar los medios de seguridad jurídica preventiva para la vivienda habitual de todo ciudadano en toda la vida del contrato, desde su generación hasta su cumplimiento.
- xi. La opción de intervención para la seguridad del mercado inmobiliario de los profesionales de la intermediación, en cuanto ámbito en que puede resultar afectada la seguridad jurídica e incluso la salud de la persona, requeriría el restablecimiento de la colegiación obligatoria al menos en el ámbito de tutela del Estado respecto al derecho a una vivienda digna que se contrae a esa vivienda habitual de todo ciudadano.
- xii. El contrato de mediación, por el que se contrata al intermediario profesional, tal y como está concebido en la actualidad tiene escaso contenido prestacional por parte del intermediario y prácticamente genera responsabilidad ya que ésta no suele ir más allá de la pérdida de los honorarios pretendidos.
- xiii. Los Códigos deontológicos podrían dar solución a la falta de contenido prestacional del contrato de mediación como aportación de garantía o seguridad para el consumidor.
- xiv. Las experiencias de la década de expansión inmobiliaria hacen necesario poner fin a las políticas de absoluta liberalización del mercado inmobiliario, condescendiente con una desprofesionalización paralela de los operadores inmobiliarios (promotores e intermediarios) que ha tenido un efecto “rebote” en sus previsiones de reducción de precio de la vivienda y que han ocasionado tantísimo daño a la sociedad víctima de empobrecimiento y masivas ejecuciones hipotecarias.

2) **En cuanto a la Sentencia del TS de 18 de enero de 2016, dada su extensión, nos limitamos a reproducir solo su fundamento jurídico cuarto que deja patente como deben ser las valoraciones periciales a efectos de los impuestos sobre TPAJD y SD. Esta Sentencia es aludida por otra del TSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2016 QUE ANULA EL MÉTODO DE COMPROBACIÓN DE VALORES POR EL SISTEMA DE APLICACIÓN DE COEFICIENTES CORRECTORES AL ALZA SOBRE EL VALOR CATASTRAL.**

“CUARTO: Sentado lo anterior, no cabe cuestionar la concurrencia de las identidades determinantes de la contradicción alegada al encontrarnos ante un mismo litigante, que impugna el resultado de dos comprobaciones de valores de los mismos bienes en proindiviso que pertenecían a dos hermanas, tras una primera anulación, habiendo recibido la recurrente, como consecuencia de las nuevas valoraciones, una liquidación referida a doña Noelia por la herencia de doña Cristina y otra por la herencia de doña Noelia, que finalmente tuvieron distinto resultado, al considerarse en el primer caso nula también la motivación de la nueva comprobación, y válida la recaída en el otro expediente.

En efecto, siendo el objeto de ambos procesos las resoluciones del TEARA, de 25 de marzo de 2010, que en lo que afecta al tema de la comprobación contenían idéntica fundamentación, y ante motivos idénticos (falta de motivación de la valoración de las fincas; no aplicación del coeficiente por antigüedad en la valoración de los dos locales comerciales; y aplicación incorrecta del coeficiente 0,84 por antigüedad a las dos viviendas plurifamiliares, por considerar una antigüedad de entre 26 y 30 años, cuando la antigüedad era superior). en la sentencia recurrida, rec. 1059/2010 se argumenta de la siguiente forma:

Expuesto lo anterior ha de destacarse a mayor abundamiento que en el expediente resulta que efectivamente existe un informe pericial emitido por Dña. Mariola en el que en el que se especifica el origen del valor unitario dado al

metro cuadrado por referencia a los módulos aprobados por el Colegio de Arquitectos así como los concretos coeficientes de ponderación aplicados y de las razones de su aplicación debiendo destacarse una vez llegados a este punto que por esta misma Sala se ha entendido en ocasiones similares a la que nos ocupa como, entre otras, en la Sentencia dictada con fecha 20 de septiembre de 2.010 : "Pues bien, la pretensión de la parte demandante no puede ser acogida y ello por cuanto que sustentándose en una falta de motivación de la no comprobación de valores, la cual reposa en el informe pericial practicado por Dña. Mariola , y teniendo en cuenta que dicha persona tiene la cualificación necesaria para emitir el informe así como en él se hacen constar con detalle los diversos parámetros en base a los cuales concluye la valoración, como son en orden a la valoración de la construcción y del suelo, los establecidos para la construcción por el Colegio de Arquitectos con los coeficientes de corrección de honorarios facultativos, beneficio industrial del contratista, derechos de acometida, licencias, tasas y otros gastos de la obra, y para el suelo las condiciones urbanísticas del mismo (edificabilidad, parcela mínima, uso, ocupación) todo lo cual se completa para la construcción con la aplicación de los correspondientes coeficientes de estado de conservación y calidad de la edificación), no puede concluirse si no lo anunciado, sin que por tanto sea admisible la alegación relativa a una falta de motivación, pues nada mas lejos de la realidad, cuestión distinta al hecho de que la parte pueda discrepar bien con la valoración de algunos particulares, bien con algunos datos de hecho pues ello, sin entrar a conocer sobre su certeza, debió hacerlo a través del trámite de la tasación pericial contradictoria establecido en el [art. 52](#) de la [Ley General Tributaria](#) 230/63 en relación con el art. 46 1 y 2 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y no ante la Jurisdicción, pues esta ve constreñida su función revisora a la falta de motivación, por todo lo cual procede desestimar el recurso" , por lo que siendo plenamente aplicable al caso que nos ocupa lo anteriormente expuesto hay que decir que en modo alguno puede apreciarse la falta de motivación alegada ya que la actora pudo conocer los criterios tenidos en cuenta por la Administración para realizar la comprobación habiendo tenido la oportunidad de promover la tasación pericial contradictoria lo que no hizo en su momento por lo que no puede entenderse irrogada indefensión alguna a la recurrente por todo lo cual resulta deberá prevalecer la presunción de exactitud y de veracidad de las comprobaciones realizadas por los técnicos de la Administración procediendo en consecuencia de todo lo anteriormente expuesto desestimar sin más el presente recurso y declarar la conformidad a derecho de la resolución impugnada

En cambio, en la sentencia de 25 de noviembre de 2013, rec. 1060/2010, el fallo estimatorio se fundamenta, señalando que:

SEGUNDO.- Entrando a conocer del primero de los motivos alegados por la parte, recurrente por el que se denuncia la falta de motivación de la comprobación de valores, en tanto en cuanto el valor referencial a que se alude son los estudios de mercado, ha de ser acogido y ello por las siguientes consideraciones: En primer lugar porque la referencia in genere a los estudios de mercado, cuando de una comprobación de valores se trata no cubre suficientemente el requisito de la motivación pues aun cuando es lo cierto que no es exigible que dichos estudios se hayan de hacer constar en su totalidad en la comprobación, si es exigible que al menos se haga constar un resumen de los mismos a fin de que el particular pueda , una vez examinados, mostrar o no su conformidad, y en segundo lugar, porque una vez que consta que en la resolución de 28 de junio de 2007 el TEARA estimó el recurso inicialmente interpuesto contra la comprobación de valores y la liquidación derivada de ello, por entender concurrente una falta de motivación al no poderse concretar como se ha fijado el modulo unitario, y visto que en la segunda comprobación de valores, que es la impugnada en la actualidad, efectuada en trámite de ejecución de dicha resolución anulatoria, subsisten los mismos motivos que llevaron a dicho tribunal administrativo a anular la liquidación, hasta el punto de que las liquidaciones llevadas a cabo en el año 2007, vienen a reproducir literalmente las llevadas a cabo en el año 2003, no cabe , por coherencia con lo resuelto por el TEARA en la resolución antes mencionada, sino concluir lo anunciado y en consecuencia, no habiéndose purgado los defectos que en su día condujeron a estimar el recurso, anular la liquidación practicadas sin necesidad de entrar a conocer del resto de los motivos alegados por la recurrente.

En esta situación, ha de estarse a lo declarado en la primera sentencia de 25 de noviembre de 2013, por ser la primera, y que debió seguir la misma Sala en la impugnada, máxime cuando no argumenta nada sobre el cambio de criterio respecto del primer pronunciamiento, que además se atiene a la doctrina de esta Sala.

Así conviene recordar que en la reciente sentencia de 26 de noviembre de 2015, cas. 3369/2014, declaramos:

2. Las valoraciones practicadas por la Administración (además de ser emitidas por funcionario idóneo) deben ser fundadas, lo que equivale a expresar los criterios, elementos de juicio o datos tenidos en cuenta para determinar el valor a que se refieren, pues en otro caso se produce una situación de indefensión para el sujeto pasivo que carece de medios para combatirlas.

Pues bien, el valor comprobado administrativamente estará motivado cuando la valoración efectuada sea "singular", por contraposición a "genérica" u "objetiva". No caben las valoraciones generalizadas, sino que han de determinarse las circunstancias físicas y jurídicas que individualmente concurren en el objeto de comprobación, dando así lugar a una individualización en la valoración.

La valoración de los inmuebles ha de tomar como referencia una serie de elementos individualizados del inmueble transmitido y no unos criterios genéricos que se refieren a circunstancias como antigüedad, calidad de la construcción, conservación o precio de adquisiciones similares. Para que la valoración sea eficaz la Administración ha de expresar los criterios seguidos, los datos fácticos tenidos en cuenta, los procedimientos concretos de aplicación, ponderación, actualización, extrapolación o individualización, todo ello glosado de un modo sucinto, pero suficiente, completo y adecuado para poder tomar cabal conocimiento de las operaciones realizadas por el perito de la Administración y poder verificar su corrección.

Esta Sala se ha pronunciado en numerosísimas sentencias acerca de los requisitos que debe cumplir un informe pericial, en materia de comprobación de valores, para considerarlo debidamente motivado; así, se ha sentado la doctrina de que los informes periciales que han de servir de base a la comprobación de valores deben ser fundados; que la justificación de la comprobación es una garantía tributaria ineludible; que por muy lacónica y sucinta que se interprete la obligación administrativa de concretar los hechos y elementos adicionales motivadores de la determinación de la base, no puede entenderse cumplida dicha obligación si se guarda silencio o si se consignan meras generalizaciones sobre los criterios de valoración o sólo referencias genéricas a los elementos tenidos en cuenta mediante fórmulas repetitivas que podrían servir y de hecho sirven, para cualquier bien. Por el contrario la comprobación de valores debe ser individualizada Y su resultado concretarse de manera que el contribuyente, al que se notifica el que la Administración considera valor real, pueda conocer sus fundamentos técnicos y prácticos y así aceptarlo, si llega a la convicción de que son razonables o imposibles de combatir o rechazarlos porque los reputa equivocados o discutibles y en tal caso, sólo entonces, proponer la tasación pericial contradictoria a la que también tiene derecho. Obligar al contribuyente a acudir a la referida tasación pericial, de costoso e incierto resultado, para discutir la comprobación de valores, cuando ni siquiera se conocen las razones de la valoración propuesta por la Hacienda, colocaría a los ciudadanos en una evidente situación de indefensión frente a posibles arbitrariedades o errores de los peritos de la Administración, a cuyas tasaciones no alcanza la presunción de legalidad de los actos administrativos porque las peritaciones, aunque las practique un funcionario, son dictámenes, sin que el sujeto tributario venga obligado, por su parte, a acreditar el error o la desviación posibles de la Hacienda Pública cuando no conoce una justificación bastante de aquellos nuevos valores, pues en esta materia la carga de la prueba rige igualmente tanto para los contribuyentes como para la Administración, tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

No se entenderá que el valor está debidamente motivado si la valoración no se refiere al momento exacto del devengo, si el perito carece de la titulación adecuada al objeto a valorar ([STS de 20 de julio de 1990](#)) o si no existe identidad entre el objeto de la transmisión y el de la comprobación, p.ej. se transmite una casa y se valora, atendido su estado de conservación, como solar ([SSTS de 11 y 19 de enero de 1996](#)).

Acerca de este requisito de la debida motivación de los actos de comprobación de valores, el artículo 160.3 e) del RD 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Gestión e Inspección (RGGI) exige, cuando el medio de comprobación elegido ha sido el dictamen de perito de la Administración, que se exprese "de forma concreta los elementos de hecho que justifican la modificación del valor declarado, así como la valoración asignada. Cuando se trate de bienes inmuebles se hará constar expresamente el módulo unitario básico aplicado, con expresión de su procedencia y modo de determinación, y todas las circunstancias relevantes, tales como superficie, antigüedad u otras, que hayan sido tomadas en consideración para la determinación del valor comprobado, con expresión concreta de su incidencia en el valor final y la fuente de su procedencia"; además, es preceptivo, según el apartado 2 del mismo precepto, "el reconocimiento personal del bien valorado por el perito cuando se trate de bienes singulares o de aquellos de los que no puedan obtenerse todas sus circunstancias relevantes en fuentes documentales contrastadas".

3. En definitiva, cuando la Administración tributaria recurre, como método de valoración, al dictamen de perito de la Administración, si bien amparado en precios medios de mercado, los cuales proceden, a su vez, de la utilización de diversos métodos (comparación en el mercado; valores medios extraídos de estudios de mercado efectuados por la propia Administración tributaria, por citar los más comunes), debe cumplir las condiciones exigidas al informe pericial.

Y ello porque no se trata de la utilización del medio de comprobación referido en la letra e) del [artículo 57.1](#) de la [LGT](#) (precios medios de mercado) para determinar el valor, sino que el medio seleccionado ha sido el dictamen de perito de la Administración, aunque la Administración Tributaria utilice una "simbiosis" o "hibridación" de medios valorativos. Estos servirán sólo para fundamentar el informe del perito, pero no cabe la sustitución del valor "real" a que se refiere el [artículo 9](#) de la [Ley 29/1987](#), de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ([LISD](#)) por el que resulta de la aplicación automática de dichos medios. La calificación definitiva del método de comprobación de valores ha de ser el regulado en el [artículo 57.1.e\)](#) de la [LGT](#): dictamen de peritos de la Administración, no pudiéndose confundir el medio empleado con los elementos tenidos en consideración.

No es ocioso recordar que no se trata de tener una idea del valor de un inmueble, sino de determinar su valor cierto. En efecto, la base imponible del ISD está constituida por el valor neto de la adquisición individual de cada causahabiente, entendiéndose como tal "el valor real de los bienes y derechos minorado por las cargas y deudas que fueren deducibles".

Dicho valor "real", que no medio, ni por aproximación al de mercado, es el que podrá ser comprobado por la Administración "por los medios de comprobación establecidos en el [artículo 52](#) (actualmente 57) de la [Ley General Tributaria](#)", tal y como establece el [artículo 18](#) de la [LISD](#).

Así pues, la reiterada exigencia de que las valoraciones administrativas han de estar debidamente motivadas se ha traducido, en los casos en que se emplean medios combinados de comprobación (esto es, dictamen de perito, amparado en precios medios de mercado) en el ineludible cumplimiento de ciertas condiciones. Así se exige una valoración individualizada, en contraposición a la naturaleza del precio medio, de carácter objetivo y general, por lo que se exige que el perito razone la aplicación de dichos precios medios, lo que en la mayoría de las ocasiones obligará a una inspección personal del bien a comprobar.

No basta pues manifestar que se han tenido en cuenta determinadas circunstancias, sino que ha de justificarse individualmente su apreciación, probándose la circunstancia de la que resulta la aplicación de un coeficiente corrector y no otro.

La motivación por remisión del contribuyente a estudios de mercado realizados por la propia Administración tributaria deben reunir una serie de requisitos. En todo caso, la necesidad de justificar el modo de ponderación, actualización, extrapolación e individualización de los datos obtenidos de los estudios de mercado.”

- 3) Finalmente, en el presente Boletín aportamos los comentarios que se hacen en el Diario la Ley, nº 8731 (Editorial La Ley), de 30 de marzo de 2016 a una sentencia del TS sobre un supuesto de estafa cometido por Intermediarios inmobiliarios y su posible extensión a la Sociedad para la que trabajaban. Las conclusiones son importantes: Se considera estafa el hecho de querer cobrar por partida doble los honorarios devengados por la actividad de intermediación, por supuesto que no es el caso en que por contrato (nota de encargo) o uso establecido se cobra la mitad de dichos honorarios a cada una de las partes; y se aclara que por el hecho de cometer delito los intermediarios no se puede imputar responsabilidad penal a la Sociedad de intermediación, pues es necesario probar, y sin que se produzca supuesto de indefensión, que ésta haya cometido el delito corporativo que le es propio, es decir, el incumplimiento grave de sus deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de los intermediarios.

Estos son los comentarios sobre la referida Sentencia:

[TS, Sala Segunda de lo Penal, S 221/2016, 16 Marz. Ponente: Marchena Gómez, Manuel \(LA LEY 11281/2016\)](#)

La AP Cáceres condenó a dos representantes de la sociedad xxx S.L, dedicada a la actividad de agencia inmobiliaria, como autores de un delito de estafa agravada derivada del cobro de dos comisiones, primero al vendedor y después al comprador, por la intermediación en la misma compraventa. Los acusados ocultaron deliberadamente el sobrepago y fijaron condiciones económicas distintas en los documentos suscritos con anterioridad a la formalización de la venta.

El factum relata el engaño al vendedor, que sabía que debía pagar unos honorarios por una cuantía de 5.000 euros a la agencia, pero que sin embargo desconocía que el precio que los compradores habían abonado por el piso eran 113.000 euros, y no los 110.000 que a él le habían hecho creer, así como de que a su vez, a los compradores también se les habían retenido 3.000 euros en concepto de honorarios, cuando estos suponían un importe de 5.000 euros conforme a lo pactado con este vendedor.

Por estos hechos el tribunal de instancia impuso a los coacusados la pena de 2 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de actividades de intermediación y gestión de viviendas y multa de 8 meses con una cuota diaria de 10 euros.

También resultó condenada la propia sociedad, ex [art. 31 bis CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), por el mismo delito, a la pena de multa de 24.000 euros, así como a la clausura y cierre del local en que se encontraba la oficina, que operaba bajo el nombre "Comercial xxxx", con el consiguiente cese de la actividad en ese local por un plazo de 6 meses.

En concepto de responsabilidad civil, las dos personas físicas y la persona jurídica resultaron obligadas a abonar conjunta y solidariamente la cantidad de 3.000 euros al comprador y 5.000 euros al vendedor.

Pues bien, interpuesto recurso de casación, el TS lo ha estimado revocando los siguientes pronunciamientos de instancia:

1º) **Se absuelve a la empresa inmobiliaria del delito imputado**, por vulneración de los derechos irrenunciables que informan el derecho penal, derivados de su estatuto procesal de parte pasiva, **por no haber sido objeto de imputación formal, causándole indefensión**.

2º) El delito de estafa lo es en su **modalidad básica -art. 248 CP (LA LEY 3996/1995)- y no agravada** del **art. 205.1.6 CP (LA LEY 3996/1995)**- aprovechamiento de credibilidad empresarial o profesional- por lo que **se reduce la pena impuesta a las dos personas físicas**, fijándose ahora la de 1 año de prisión más las accesorias, con supresión de la multa.

3º) En materia de responsabilidad ex delicto, se limita la indemnización debida, condenándose a la dos personas físicas a **indemnizar únicamente el perjuicio patrimonial del comprador**, que como consecuencia del engaño abonó 3.000 euros por encima del importe pactado por los acusados.

Sin duda el primer motivo, la **RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**, es el más destacable de la resolución, que sigue la estela de la reciente **STS 154/2016 (LA LEY 6573/2016)**, la primera condenatoria dictada por el Alto Tribunal en materia de responsabilidad de los entes colectivos tras la modificación del **art. 31 bis CP (LA LEY 3996/1995)** operado por la **LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015)**, que introdujo la regulación de los programas de cumplimiento normativo. En este sentido la Sala trata de avanzar en la construcción de un cuerpo de doctrina que dote de **criterios válidos la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas**, aún abierto a problemas con soluciones dogmáticas muy variadas, como lo demuestran los votos particulares de la citada sentencia y diversos artículos doctrinales publicados sobre la cuestión.

Así, se reiteran ahora algunas de las precisiones de aquella pionera sentencia (la responsabilidad de las personas jurídicas sólo puede declararse después de un **proceso penal con todas las garantías**, y que su fundamento parte del hecho delictivo cometido por sus representantes o dependientes pero siendo necesario además el incumplimiento de los mecanismos de prevención exigibles -ausencia de una **cultura de respeto al Derecho**-). No obstante, avanza y matiza otras consideraciones, en concreto:

- El conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. La posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad.

- El juicio de autoría de la persona jurídica exigirá la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el **art. 31 bis (LA LEY 3996/1995)** 1 CP pero habrá de acreditarse además que ese delito, fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica. No hay responsabilidad penal sin delito precedente, pero no existe tampoco una responsabilidad puramente objetiva. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio.

- La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso. Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos.

- No existe presunción iuris tantum de defecto organizativo, incumbiendo la carga de la prueba del incumplimiento sobre la acusación, sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios

probatorios que estime oportunos para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

- La imposición de penas a las personas exige el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física. El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica.

En el caso, la Sala no aprecia colisión de intereses por la representación y defensa de ambos sujetos –persona física y jurídica- por los mismos profesionales, ahora bien, sí constata la **indefensión padecida por la falta de una imputación en forma dirigida a la persona jurídica** que luego resultó condenada.

Recuerda la Sala que la entidad xxx, S.L "no ha sido imputada en la presente causa, conociéndose su participación a través del escrito de conclusiones provisionales de la representación del coacusado". Y añade que tampoco se instó por las acusaciones ni por la Jueza instructora medida de ninguna clase para considerar imputada a tal mercantil. De hecho, su representante legal no fue escuchado durante la instrucción de la causa, por lo que en estas condiciones **la sociedad recurrente ha sufrido indefensión**.

A modo de conclusión sobre este apartado, cabe sintetizar que **la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva**. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que **sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad**, y todo ello acreditado en un **proceso penal respetuoso con los derechos y garantías** constitucionalmente garantizados.

En relación con el segundo y tercer motivo, la Sala coincide con el tribunal de instancia respecto a la concurrencia del engaño y el resto de los **ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE ESTAFA** . En el caso, el engaño no sólo consistió en imposibilitar la reciprocidad en el intercambio de información, sino en la **ocultación de un dato decisivo en el proceso de formación de voluntad de ambos contratantes**, en la manipulación interesada del quién y del cuánto de la comisión que iba a embolsarse la agencia mediadora.

Fue la acción desplegada por ambos intermediarios –asevera- fijando condiciones económicas distintas en los documentos suscritos con anterioridad a la formalización de la venta, la que generó ese estado de desconocimiento, que condujo al comprador a desprenderse de un sobreprecio (3.000 euros), que nunca llegó a manos del vendedor. Y en este sentido, la sentencia del TS corrige y realiza la puntualización de que en estrictos términos, **sólo sufrió un perjuicio patrimonial el comprador**, que como consecuencia del engaño abono 3.000 euros por encima del importe pactado por los acusados con el comprador. A ese importe, por tanto, se limita la indemnización debida en concepto de responsabilidad civil.

La Sala revoca también la aplicación del **art. 250.1.6 CP (LA LEY 3996/1995)**, ya que no se acredita la existencia de circunstancias objetivas que demuestren que el **aprovechamiento de la credibilidad profesional** trascienda de la quiebra de confianza que es propia de toda estafa. El TS afirma que no basta constatar una intervención profesional de intermediación u ofertar los servicios profesionales al público a través de una o varias oficinas para que concurra la agravación de forma automática, sino que se requiere, para su aplicación, que un sujeto en el que concurre esa condición empresarial o profesional se valga de las ventajas asociadas a ese estatus para debilitar las habituales prevenciones de toda hipotética víctima. Y en el caso, la parquedad descriptiva del factum opera a favor del reo.

Finalmente, y en relación a la **pena de inhabilitación especial** impuesta del art. 56.3 CP referida al "*...desempeño de cualquier actividad relacionada con la gestión de viviendas, incluida la intermediación por sí o por tercero o por persona jurídica en su nombre*", la Sala justifica su escueta pero suficiente motivación en la instancia. El delito se comete –argumenta- en el genuino ejercicio de una actividad de intermediación inmobiliaria por lo que encierra toda la lógica que sea en ese espacio funcional en el que haya de operar la pena accesoria.