EDJ 2014/259183

AP Las Palmas, sec. 2ª, S 21-10-2014, nº 72/2014, rec. 46/2013
Pte: Verastegui Hernández, María del Pilar

Anulada parcialmente por STS Sala 2ª de 18 junio 2015 (J2015/111151)

Resumen

Delito de estafa. Negocio jurídico criminalizado. La AP condena a los acusados por un delito de estafa. En el caso de la variedad de estafa denominada "negocio jurídico criminalizado", el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuanto, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales (FJ 2).

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.248 , art.250.1 , art.252

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO 2
FUNDAMENTOS DE DERECHO 3
FALLO 8

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ESTAFA
- CUESTIONES GENERALES
  - Contratos privados criminalizados
- ELEMENTOS
  - Conducta engañosa: concepto
  - Ánimo de lucro
  - Perjuicio patrimonial
  - Relación de causalidad
- ENGAÑO; TIPOLOGÍA
  - Fingirse dueño de bien inmueble o mueble
- MODALIDADES AGRAVADAS
  - En materia de vivienda
  - Por el valor de lo defraudado
    - Supuestos diversos
- FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN
  - Grados de ejecución
    - Consumación
- PARTICIPACIÓN Y RESPONSABILIDAD
  - Partícipes
    - Autor
- PENALIDAD
  - En general

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Ministerio Fiscal,Acusación particular; Desfavorable a: Acusado
Procedimiento:Procedimiento penal oral ordinario

Legislación

Cita art.248, art.250.1, art.252 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Cita art.576.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.1, art.28, art.53, art.56, art.116, art.123 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.1 de Ley 57/1968 de 27 julio 1968. Anticipos en la Construcción y Venta de Viviendas
Cita art.855 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Anulada parcialmente por STS Sala 2ª de 18 junio 2015 (J2015/111151)

Versión de texto vigente Texto actualmente vigente

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente:

Dª Pilar Parejo Pablos

Magistrados:

Dª Yolanda Alcázar Montero

Dª María del Pilar Verástegui Hernández

En Las Palmas de Gran Canaria, a veintiuno de octubre de dos mil catorce.

Vistos en esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas en juicio oral y público los presentes autos de Procedimiento Abreviado 46/13 procedentes del Juzgado de Primera Instancia num. 3 de San Bartolomé de Tirajana (antiguo Juzgado mixto num. 3), que ha dado lugar al Rollo de Sala 46/13, contra Segundo, habiendo sido parte el acusado de anterior mención, representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Concepción Soto Ros y asistido por el Letrado D. Vicente Araña Rodríguez, D. Jesús María, Dª Belen, D. Apolonio, D. Constantino, Dª Fátima, Dª Margarita y D. Fructuoso, en calidad de acusación particular representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Raquel María Hidalgo Fernández y asistidos por el Letrado D. Mario Manuel Ramírez Molina y, también como acusación particular, D. Leovigildo y Dª Yolanda, representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Agustina de los Ángeles Martín Cardona y asistidos por el Letrado D. Francisco Javier Romero Medina, con intervención del Ministerio Fiscal, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª María del Pilar Verástegui Hernández, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las acusaciones particulares, en sus conclusiones definitivas, consideraron los hechos como constitutivos de un delito de estafa de los artículos 248 y 250.1.1 del Código Penal EDL 1995/16398 , o, alternativamente, de un delito de apropiación indebida de los artículos 252 y 250.1.1 del Código Penal EDL 1995/16398 , estimando como responsable criminal del expresado delito en concepto de autor, al acusado, Segundo, interesando la imposición de una pena de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias y costas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, así como una indemnización a abonar los perjudicados en los siguientes términos;

.- D. Jesús María, en la cantidad de 14.990,14 euros.

.- D. Apolonio y Dª Margarita, en la cantidad de 13.818,18 euros.

.- Dª Fátima y D. Ángel Daniel, en la cantiadd de 19.000 euros, más los intereses y gastos abonados a la entidad de crédito UCI por el préstamo concedido.

.-Dª Belen, la cantidad de 19.000 euros, más los intereses y gastos abonados a la entidad Banco de Santander.

.- D. Constantino en la cantidad de 9.618 euros.

.- D. Fructuoso en la cantidad de 16.000 euros más los intereses y gastos abonados por el préstamo a la entidad UCI.

.- D. Leovigildo y Dª Yolanda, en la cantidad de 18.685 euros más los intereses del Banco de Santander.

El Ministerio Fiscal interesó la libre absolución del acusado.

SEGUNDO.- La defensa del acusado interesó la libre absolución del mismo.

TERCERO.- Que señalado el juicio oral este se celebró en los términos que resultan del acta del plenario.

Son hechos probados, y así se declara expresamente, que el acusado Segundo, aparentando una solvencia de la que carecía y sin intención de cumplir las obligaciones que asumía, entre los meses de marzo y abril de 2004, puso a la venta, sobre plano, las viviendas de un edificio que decía que iba a promover y construir en un solar ubicado en la CALLE000, de Vecindario, cuya propiedad había obtenido mediante un contrato de permuta.

© Lefebvre-El Derecho, S.A.

A través de una agencia inmobiliaria el acusado formalizó un primer contrato de reserva, por el que los perjudicados entregaron, cada uno de ellos, la suma de 3.000 euros, formalizando con posterioridad los correspondientes contratos de compraventa, entregando los compradores, en el momento de la firma, las siguientes cantidades:

.- D. Jesús María, la cantidad de 11.990,14 euros.

.- D. Apolonio y Dª Margarita, la cantidad de 10.818,18 euros.

.- Dª Fátima y D. Ángel Daniel, la cantidad de 16.000 euros, mediante un préstamo suscrito con la entidad Banco de Santander, por el que ha tenido que abonar los correspondientes intereses y gastos.

.-Dª Belen, la cantidad de 16.000 euros, mediante un préstamo suscrito con la entidad Banco de Santander, por el que ha tenido que abonar los correspondientes intereses y gastos.

.- D. Constantino la cantidad de 6.000 euros.

.- D. Fructuoso en la cantidad de 15.000 euros a través de un préstamo suscrito con UCI, por el que ha tenido que abonar los correspondientes intereses y gastos.

.- D. Leovigildo y Dª Yolanda, en la cantidad de 15.685 euros mediante un crédito obtenido con el Banco de Santander, por el que ha tenido que abonar los correspondientes intereses y gastos.

El acusado hizo suyas dichas cantidades, sin destinarlas al fin para el que habían sido entregadas.

El acusado no inició las obras ni hizo gestión alguna para la construcción de las viviendas ni atendió a las llamadas y requerimientos de los compradores, y no es hasta el 6 de octubre de 2005, cuando solicita la licencia de obra, que finalmente obtuvo el 12 de enero de 2007, limitándose a ejecutar, tras la interposición de la querella, una mínima parte de la obra, pero sin constar que dicha ejecución se realizara bajo la supervisión técnica de la dirección facultativa de la obra, todo ello con la única finalidad de evitar el ejercicio de acciones penales en su contra.

También con esta finalidad, firmó el acusado nuevos contratos con los perjudicados, a través de una nueva sociedad, que asumía la obligación de ejecutar la obra contratada, haciéndoles creer que entonces iba a cumplir los mismos, pero sin que tampoco en este caso ejecutara la obra ni devolviera el dinero a los perjudicados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados en el relato fáctico de la presente resolución son legalmente constitutivos de un delito de estafa y así ha quedado acreditado mediante la prueba practicada en el juicio oral con arreglo a los principios de oralidad, inmediación y contradicción.

Los elementos que configuran el delito de estafa, según la STS de 3 de abril de 2001, reproducida en las SSTS de 8 de febrero y 18 de abril de 2002 y 9 de abril de 2003, son:

"1º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno.

2º) Dicho engaño ha de ser "bastante", es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto (la jurisprudencia moderna relativiza mucho, no obstante, esta idoneidad del engaño, objetivándola en todo caso, la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.

3º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohonesta la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurran en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

5º) Animo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del CP EDL 1995/16398 , entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia.

6º) Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el "dolo subsequens", es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa".

De la prueba practicada en el plenario resulta la concurrencia de los anteriores requisitos, y así ha quedado perfectamente acreditado a este Tribunal.

Como se ha expuesto, para la existencia de la estafa es precisa la concurrencia del engaño causal, antecedente o coetáneo y bastante que provoca el error, que a su vez motiva el desplazamiento patrimonial y posterior perjuicio. En este caso medió un engaño causal y antecedente que se concreta en la conducta del acusado, Segundo quien, aprovechando la confianza que los perjudicados habían depositado en el mismo, valiéndose de la credibilidad que ofrecía la utilización de una inmobiliaria que pusiera a la venta las viviendas y con completo conocimiento de la imposibilidad de hacer frente a la construcción de las mismas en los términos en los que se había obligado, contrató con los perjudicados la venta de las viviendas, a sabiendas de que no iba a poder construir las mismas para, de esta forma, obtener el dinero de aquellos y destinarlo a la financiación de otras obras que entonces se encontraba construyendo o para otros fines que no guardaban relación alguna con la obligación asumida con los querellantes.

Resulta así acreditado, con la documental obrante en autos, y lo reconoció además el propio acusado, que es el administrador único de Guayazabi. En dicha condición, firmó los contratos de compraventa con los perjudicados, aportados con la querella (folios 8 y siguientes), en virtud de los cuales se comprometía a entregar una serie de viviendas que se encontraban en construcción, recogiendo expresamente, en el referido contrato, que era propietario, mediante permuta, de una superficie de terreno en la CALLE000 de Vecindario, y que en dicha superficie la constructora en cuestión estaba desarrollando una obra consistente en la construcción de un edificio de dieciséis viviendas con plaza de garaje y cuarto lavadero, conviniendo, con los perjudicados, en la compra de una vivienda y una plaza de garaje para cada uno de ellos.

Lo cierto es que la prueba practicada únicamente ha permitido acreditar que, pese al compromiso adquirido por el acusado, existía una absoluta imposibilidad de llevarlo a cabo, extremo de sobra conocido por éste, ya que, con excepción de la titularidad del terreno, que había obtenido mediante un contrato de permuta firmado con el testigo, que cedía el terreno a cambio de cuatro pisos y cuatro plazas de garaje, el acusado no había llevado a cabo gestión alguna para la construcción de las viviendas, tal y como a continuación se expondrá.

En primer lugar, y pese a mantener el acusado en el Plenario lo contrario, lo cierto es que no había siquiera interesado la licencia de obra en el momento de la firma.

Afirmó el querellado en su declaración en el Juzgado de Instrucción, que el dinero de las reservas se utilizó para las escrituras, permutas, y que el restante se lo quedó el declarante, y empezó a tramitar la licencia, desmontes y después para construir sin licencia, afirmando que el Ayuntamiento le otorgó un permiso verbal para construir. Lo cierto es que lo que se acredita, con la documental aportada, que la licencia de obra no se solicita hasta el 6 de octubre de 2005, (folio 87), esto es, más de dieciocho meses después de hacer celebrado los primeros contratos.

Afirmaron los perjudicados que todos ellos contrataron en la creencia de que las obras ya se habían iniciado, así se recogía en el contrato y manifestaron además en el Plenario que si no, en modo alguno habrían entregado el dinero. Incluso algunos manifestaron que el acusado les habló de un plazo concreto, uno o dos años, comprobando que después de ese tiempo la obra seguía parada, así lo dijo D. Apolonio, el testigo D. Constantino declaró que el plazo de ejecución le había dicho el acusado que era de dieciocho meses y que tras dos años sin moverse nada tan solo hicieron un agujeron en el solar, Dª Yolanda, también perjudicada por la acción del acusado, declaró que le había dicho que las viviendas se terminaban en dieciocho meses, pasando frecuentemente la misma por el solar y comprobando que, pese a lo manifestado por el acusado, no había nada, haciendo al tiempo un hoyo y poniendo cuatro bloques. De esta forma, se desprendió de la testifical de los perjudicados que todos ellos entregaron el dinero en la creencia, como no podía ser de otra manera y además se estipulaba en el contrato, de que las viviendas ya se estaban construyendo y que se contaba con la financiación, los permisos y licencias necesarias o, en su caso, que se obtendrían de forma inmediata.

Relacionado con dicho incumplimiento, debe traerse a colación lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio EDL 1968/1807 que obliga imperativamente a garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el interés legal mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. Y a percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Y el artículo séptimo establece que los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables. En el presente caso el acusado, como profesional de la construcción, manifestó en el juicio que esa era su profesión y que había llevado a cabo varias obras, conocía por lo tanto perfectamente su obligación legal imperativa de ingresar las cantidades anticipadas en una cuenta especial y de garantizar su devolución mediante un seguro o aval, sin que tampoco en el presente caso tuviera intención alguna de cumplir dicha obligación, privando a la compradora de una garantía esencial para la recuperación de las cantidades anticipadas, siendo éste incumplimiento también determinante del perjuicio ocasionado.

© Lefebvre-El Derecho, S.A.

En un supuesto similar señalaba el Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de marzo de 2014 que; "Pues bien esta deliberada voluntad de incumplir obligaciones esenciales derivadas del contrato suscrito, implica que el autor simula un propósito serio de contratar mientras que, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales o legales, por lo que nos encontramos ante un negocio jurídico criminalizado. El promotor se aprovechó de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir las obligaciones que se derivan de lo acordado conforme a la normativa legal, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo de estafa.

En definitiva, conociendo el promotor las obligaciones que legalmente se derivaban del contrato en garantía de los derechos de la compradora, así como el carácter irrenunciable de dichos derechos, decidió deliberadamente incumplirlas desde el momento inicial, engañando a la compradora, pues constituye una norma elemental de la experiencia que la compradora no habría entregado las cantidades adelantadas en el caso de que hubiese conocido que el promotor no tenía intención alguna de cumplir las obligaciones establecidas legalmente en garantía de sus derechos, aun cuando no conociese específicamente dichas garantías legales.

En consecuencia, en esta modalidad contractual, puede apreciarse la concurrencia de un negocio jurídico criminalizado cuando el promotor contrata ocultando que no tiene intención alguna de cumplir las obligaciones que la norma legal establece imperativamente en garantía del derecho del comprador a asegurar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente para la compra de la vivienda".

No puede entenderse, como determinante de la voluntad de ejecutar la obra, la existencia de un proyecto cuya copia consta en autos, visado por el Colegio de Arquitectos el día 13 de mayo de 2004, también posterior, por lo tanto, a varios de los contratos celebrados, proyecto que, sin la pertinente licencia, de nada servía a los efectos que interesaba a los perjudicados, resultando absolutamente inverosímil que, como manifestó el acusado, el Ayuntamiento le otorgara una licencia verbal para construir o que tuviera licencia para construir los garajes, que, según manifestó, se tramitaba por separado a la licencia del inmueble, tampoco consta, en cualquier caso, licencia alguna, con lo que sus manifestaciones carecen, a juicio de la Sala, de credibilidad.

Tampoco acredita el acusado a qué destinó el dinero recibido por los perjudicados, se refirió de forma genérica a gastos de escrituras, movimientos de tierra..sin aportar facturas de ningún tipo, sí es cierto, como reconocieron los propios perjudicados, que unos dos años más tarde comenzó a construir, lo que solo puede entenderse como una forma de evitar las acciones judiciales que los compradores pretendían instar. Concretamente, se inicia la tramitación de la licencia de obra en el año 2005, abona la tasa en el mes de octubre, siendo éste uno de los pocos gastos que acredita, asciende a un total de 16.262,42 euros (folio 88), pero llama la atención que coincide dicho pago con la constitución de una hipoteca sobre la finca, por la que recibe el acusado 78.882,84 euros, el 23 de septiembre de 2005, coincidiendo la recepción de dicha suma, con la única inversión que, como se ha expuesto, se hizo en la finca de la CALLE000, esto es, la licencia de obra y el inicio de la construcción. Así, la prueba pericial obrante en autos, contiene la tasación de la finca en cuestión, al folio 213, y mantiene el Perito que tan solo se ha llevado a cabo el 13,32% de la realización del edificio, concretamente, movimientos de tierras y el 75% de la cimentación y saneamiento y un 5% de las estructuras, ascendiendo el valor de construcción a un total de 61.790,36 euros, (folio 219). Pero es que además, dicha construcción se habría llevado a cabo sin licencia de obra, ya que ésta no se concede hasta el 12 de enero de 2007, y tampoco constan en autos las correspondientes certificaciones de la dirección facultativa de la obra. Así se constata en el informe pericial obrante en autos, en relación al valor de tasación del inmueble, en el que expresamente se hace constar que falta documentación necesaria para la correcta valoración del bien, dicho informe se elabora el 5 de octubre de 2006, y se hace constar en el mismo que no se había aportado ni la licencia de obra ni la última certificación de obra emitida por la dirección facultativa, documento imprescindible ya que, como se señala; "ratifica el que la construcción se está realizando bajo su supervisión técnica y exprese la cantidad de obra ejecutada".

No consta, pese a mantenerse en el contrato que el acusado iba a solicitar un préstamo hipotecario para la financiación del edificio que se iba a construir, que éste hiciera gestión alguna en dicho sentido, particular que habría podido acreditar fácilmente, mediante prueba documental o testifical y, sin embargo, preguntado sobre dicha cuestión en el Plenario, mantuvo que pensaba financiar él la obra, sin que tampoco conste que tuviera dinero o bienes para tal fin, acreditándose tan solo la existencia de deudas que motivaron, según sus propias manifestaciones, el cambio en la titularidad del solar.

Cabe igualmente destacar que, lejos de atender el acusado las llamadas de los perjudicados al ver que la obra no avanzaba, no dio respuesta alguna a los mismos. Manifestó en el juicio D. Jesús María que al ver que la obra no se movía intentó ponerse en contacto con el acusado, pero no atendía sus llamadas y tampoco atendió a un burofax que le remitió, en el mismo sentido declaró D. Constantino, que el acusado no les cogía el teléfono, comportamiento que evidencia, junto a lo ya expuesto, su intención de no cumplir lo acordado desde un primer momento.

Insistió la defensa en la circunstancia de haber celebrado nuevos contratos con los perjudicados, que, efectivamente, obran en autos, y que además reconocieron aquellos, llegando a acordarse el sobreseimiento de las presentes actuaciones, ante el acuerdo al que habían llegado con el acusado, en la creencia los perjudicados de que su intención era construir las viviendas. Así lo afirman en un escrito que tiene entrada en el Juzgado el 10 de mayo de 2007, pero sin que, tampoco en dicha ocasión, el acusado ejecutara la obra en cuestión, subsistiendo, de esta forma, el engaño que concurría en el momento de contratar y sin que las escasas acciones llevadas revelen un propósito de cumplir con lo acordado,s ino la mera voluntad de evitar el ejercicio de acciones legales en su contra. Por todo ello, no existe duda alguna para la Sala de la concurrencia de engaño, que consistió tanto en ocultar que carecía de licencia de obra, que no se obtiene hasta tres años después de la firma de los contratos, como en omitir informar sobre circunstancias relevantes para la decisión

de la contraparte del contrato, como era la intención del promotor de incumplir absolutamente las obligaciones legales establecidas en garantía de la devolución de las cantidades anticipadas caso de no llegar a realizarse la edificación.

De lo expuesto se desprende también la concurrencia del resto de elementos definidores del delito de estafa. Concretamente, es la apariencia que el acusado muestra ante los perjudicados, utilizando para la venta una inmobiliaria, y mostrando a todos ellos fotos y planos de la vivienda a construir, la que provoca, por error, la voluntad y actuación de las víctimas determinando así el desplazamiento patrimonial que hicieron los perjudicados. Todos ellos manifestaron en el Plenario que hicieron entrega de las sumas acordadas en la creencia de que las viviendas ya se estaban llevando a cabo y que la entrega no se demoraría más allá de dos años, cuando lo cierto es que el acusado ni siquiera solicitó la licencia hasta el mes de octubre de 2005, obteniéndola finalmente más de tres años después de la firma de los contratos.

Se acredita con la documental aportada y así lo reconoce el propio acusado, que los perjudicados entregaron las sumas que se concretan en los contratos de compraventa, 3.000 euros por el contrato de reserva, más las cantidades que abonaron, una vez firmado el contrato de compraventa, algunos mediante pagarés y otros, Así declaró D. Jesús María, que le dijeron que la vivienda estaba empezada y lo creyó, que por eso entregó las cantidades, primero un contrato de reserva, por el que hizo entrega de 3.000 euros y a los pocos días un contrato de compraventa, entregando entonces 19 pagarés por un importe total de casi 10.000 euros. Dª Belen afirmó que dieron 3.000 euros y el resto de cantidades a través de un préstamo, que concertó primero con la UCI y luego con su banco. Así lo manifestaron todos los perjudicados, algunos recordaban las sumas concretas y otros no, dado el tiempo transcurrido, reconociendo el acusado haber recibido el dineor y constatándose su entrega con la documental obrante en autos. Todo ello provocó el enriquecimiento del acusado y el consiguiente perjuicio para los querellantes que, hasta la fecha, no han recuperado el dinero entregado.

SEGUNDO.- Los hechos son constitutivos, como se ha dicho, de un delito de estafa, de los artículos 248 y 250.1.1 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Conviene traer a colación la Sentencia de 16 de octubre de 2007 del Tribunal Supremo que marca, las características en las que se produce el engaño en las estafas que denominamos negocios criminalizados. ":La STS. 17.11.97 EDJ1997/8530, indica que:"la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles..." En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira;

En el caso de la variedad de estafa denominada "negocio jurídico criminalizado", dice la STS 20.1.20044 EDJ2004/2133, el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuanto, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante animo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SSTS 12.5.98 EDJ1998/2550, 23 EDJ2000/1113 y 2.11.2000 EDJ2000/36545 entre otras).

De suerte que, como decíamos en la sentencia de 26.2.01 EDJ2001/3244, cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia al otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado y todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado (SSTS 26.2.90 EDJ1990/2072, 2.6.99 EDJ1999/13510, 27.5.03 EDJ2003/30197).

Por ello, esta Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un "dolo subsequens" que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa (STS 8.5.96 EDJ1996/2417).

Añadiendo la jurisprudencia que si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe - s. 1045/94 de 13.5 EDJ1994/4312 -. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo "subsequens" del mero incumplimiento contractual (sentencias por todas de 16.8.91, 24.3.92 EDJ1992/2866, 5.3.93 y 16.7.96 EDJ1996/5255).

© Lefebvre-El Derecho, S.A.

Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo "subsequens", sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.".

Tal y como se ha expuesto, es ésto lo que sucede en el caso de autos y se acredita con la prueba anteriormente analizada, el acusado sabe, desde el momento en que celebra los contratos con los perjudicados, que no podrá llevar a cabo la obra, al carecer de licencia de obra, y ni siquiera solicitar la misma hasta más de un año después de celebrar los contratos, se ampara en la confianza que generaba la venta de los inmuebles mediante el uso de una inmobiliaria, enseñando a los perjudicados planos y fotos de los pisos, obteniendo de esta forma las cantidades que los mismos entregaron, a la firma del contrato, que en ningún momento fueron destinadas a la presunta construcción, llevándose tan solo a efecto, una mínima parte de la misma, años después de la firma de los contratos y con la clara finalidad de paralizar las acciones legales que ya se habían emprendido frente al mismo. Todo ello se distancia, de forma notable, de un incumplimiento contractual, al conocer el acusado la imposibilidad de llevar a cabo la obra desde el mismo momento de la firma de los contratos.

Resulta de aplicación el subtipo agravado previsto en el apartado 1º del artículo 250.1 del Código Penal EDL 1995/16398 , que interesaban las acusaciones, exigiendo el referido precepto que la estafa recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

En este caso, manifestaron los perjudicados que la suma defraudada estaba destinada a adquirir lo que iban a ser sus viviendas. Para apreciar esta modalidad agravada la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS viene exigiendo que la vivienda constituya el domicilio habitual del perjudicado o que lo fuera a ser, no dispensándose la protección reforzada a las denominadas segundas viviendas o a aquellas otras adquisiciones inmobiliarias concebidas como inversión (por todas STS de 31-5-2.012). Manifestó la testigo, Doña Belen, que iba a ser su primera vivienda, también D. Apolonio, que iba a ser su primera vivienda, porque la que tiene no es en propiedad, D. Constantino, que buscaba una casa que iba a ser su primera vivienda, Doña Fátima, que era su primera vivienda y que por este motivo no sabía nada de licencias ni de obras, D. Fructuoso, que era su primera vivienda, resultando ser la primera vivienda de D. Leovigildo, y así lo manifestó también éste en el Plenario.

TERCERO.- Del delito de estafa es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado Segundo, por haber realizado de forma voluntaria y directa los hechos que integran dicho ilícito penal, con arreglo a lo previsto en el artículo 28 del Código Penal EDL 1995/16398 .

CUARTO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En cuanto a la pena a imponer, se considera ajustada a derecho la pena de tres años de prisión y ocho meses multa, con una cuota diaria de cinco euros. Dichas penas se fijan en atención al elevado número de perjudicados y el importante perjuicio económico que se causó a cada uno de ellos, lo que justifica la imposición de la citada pena, en cualquier caso, dentro de la mitad inferior de la prevista por la ley para el delito. La cuota diaria de cinco euros se impone al haber manifestado el acusado que actualmente hace trabajos esporádicos, que vende fruta, sin que se acredite una situación de absoluta necesidad que determine la imposición de la cuota de dos euros, pero sí una cuota cercana al mínimo, como la impuesta. El impago de la multa determinará la responabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal EDL 1995/16398 , y procede imponer la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal EDL 1995/16398 .

QUINTO.- De conformidad con el artículo 116 del Código Penal EDL 1995/16398 toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, lo que implica que el acusado deba responder de las cantidades de las que se apropió, que ascienden, tal y como se detalla en el relato de hechos probados, a las sumas que los perjudicados entregaron al acusado, a las que hay que añadir los gastos derivados de los préstamos que algunos de los perjudicados tuvieron que concertar. Admitió el acusado haber recibido dichas sumas, y si bien señaló que los 3.000 euros que se entregaron con el contrato de reserva los recibió la inmobiliaria, entiende la Sala que debe también el acusado responder de dichas sumas, no sólo porque dicho extremo no ha quedado acreditado sino que todas las cantidades entregadas son consecuencia del engaño provocado por el acusado y debe éste responder de las mismas. Se desprende de los contratos aportados que firmanban en un primer momento un contrato de reserva, y abonaban 3.000 euros, recogiéndose en los contratos las sumas abonadas por los mismos, en el momento de la firma, varios perjudicados mediante pagarés, que fueron haciéndose efectivos, entregando otros la suma en efectivo, al haber contratado previamente un préstamo, tal y como a continuación se expondrá:

D. Jesús María, en la cantidad de 14.990,14 euros, que hizo efectivo mediante la entrega de 3.000 euros en efectivo y el resto en pagarés.

D. Apolonio y Margarita, en la suma de 13.818,18 euros, 3.000 euros en efectivo y 18 pagarés de 601,18 euros, ascendiendo el total a 13.818,18 euros, con arreglo a la documental obrante a los folios 28 a 42.

Dª Fátima y D. Ángel Daniel, habrían abonado los 3.000 euros del contrato de reserva, concertando un contrato de préstamo por un total de 16.000 euros, para el abono de las sumas entregadas, con lo que el total a indemnizar ascendería a 19.000 euros, más los intereses y gastos abonados a la entidad de crédito UCI por el préstamo concedido, particular que deberá determinarse en ejecución de sentencia.

Belen, habría abonado 3.000 euros del contrato de reserva, concertando un contrato de préstamo por un total de 16.000 euros, para el abono de las sumas entregadas, con lo que el total a indemnizar ascendería a 19.000 euros más los intereses y gastos abonados a Banco Santander, particular que deberá determinarse en ejecución de sentencia.

D. Constantino, en la cantidad de 9.618 euros. En relación a dicho perjudicado, insistió la defensa en que varios de los pagarés entregados por el mismo fueron devueltos, admitió D. Constantino dicho extremo, explicando que al ver que la obra no avanzaba no autorizó el abono de los pagarés, reduciéndose el importe de la indemnización solicitada a los efectivamente abonados, más los 6.000 euros que entregó en efectivo al acusado (folio 62), lo que hace un total de 9.618 euros.

D. Fructuoso; se desprende de la documental obrante en autos que habría abonado 13.921,58 euros en el momento de la firma, (folios 90 y 93, incluido IGIC), a lo que habría que sumar los 3.000 euros del contrato de reserva, si bien, la suma a indemnizar debe limitarse a la cantidad de 16.000 euros que se interesa en el escrito de acusación, con arreglo al principio dispositivo, más los intereses y gastos abonados por el préstamo a la entidad UCI.

D. Leovigildo y Doña Yolanda, hicieron efectivo un total de 18.685 euros, (folio 109 y siguientes), concretamente 3.000 del contrato de reserva y el resto mediante un crédito bancario, lo que debe determinar también el abono de los intereses y gastos abonados a Banco Santander, que deberán ser fijados en ejecución de sentencia.

Dichos importes devengarán los intereses del art. 576.1 de la LEC EDL 2000/77463 desde la fecha de esta resolución hasta su completo pago.

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 123 del Código Penal EDL 1995/16398 procede imponer al acusado las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española EDL 1978/3879 ,

FALLO

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Segundo como autor de un delito de estafa de los artículos 248 y 250.1.1 del Código Penal EDL 1995/16398 , a la pena de tres años de prisión y multa de ocho meses con una cuota diaria de cinco euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar a los perjudicados en las siguientes cantidades, importes que devengarán los intereses del art. 576.1 de la LEC EDL 2000/77463 desde la fecha de esta resolución hasta su completo pago:

A D. Jesús María, en la cantidad de 14.990,14 euros.

A D. Apolonio y Margarita, en la suma de 13.818,18 euros.

A Dª Fátima y D. Ángel Daniel, en la suma de 19.000 euros, más los intereses y gastos abonados a la entidad de crédito UCI por el préstamo concedido, particular que deberá determinarse en ejecución de sentencia.

A Belen, en la suma de 19.000 euros, más los intereses y gastos abonados a la entidad de crédito UCI por el préstamo concedido, particular que deberá determinarse en ejecución de sentencia.

A D. Constantino, en la cantidad de 9.618 euros.

A D. Fructuoso; en la cantidad de 16.000 euros, más los intereses y gastos abonados por el préstamo a la entidad UCI, que deberán determinarse en ejecución de sentencia.

A D. Leovigildo y Doña Yolanda, en la suma de 18.865 euros, más los intereses y gastos abonados a Banco Santander, que deberán determinarse en ejecución de sentencia.

Se condena al acusado al pago de las costas procesales del presente procedimiento, incluidas las causadas a instancia de la acusación particular.

Notifíquese esta resolución a las partes a las que se hará saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación de la sentencia, con los requisitos previstos en los art. 855 y concordantes de la LECRIM. EDL 1882/1

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando en la instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 35016370022014100491

 © Lefebvre-El Derecho, S.A.