



Roj: **STS 2097/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2097**

Id Cendoj: **28079120012020100373**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2020**

Nº de Recurso: **3155/2018**

Nº de Resolución: **310/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPII, Alcorcón, núm. 6, 20-09-2011,**
SAP M 11359/2018,
STS 2097/2020

RECURSO CASACION núm.: 3155/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 310/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 15 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 3155/2018 interpuesto por **Abelardo**, representado por el procurador DON EMILIO MARTÍNEZ BENITEZ bajo la dirección letrada de Don MIGUEL ANTEL MAJADAS MARTÍNEZ, contra la sentencia dictada el 25 de junio de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 903/2017, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de estafa, de los artículos 248, 249, 250.1.40 y 50 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL y Rebeca, representada por la Procuradora DOÑA MARÍA ISABEL RAMOS CERVANTES, bajo la dirección letrada de DON JOSÉ MANUEL ROMAN NUÑEZ

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Instrucción número 42 de los de Madrid incoó Diligencias Previas que posteriormente se transformaron en Procedimiento Abreviado 5031/2012 por delito de estafa, contra Abelardo, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima.





Incoado el Procedimiento Abreviado 903/2017, con fecha 25 de junio de 2018, dictó sentencia número 506/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Examinada la prueba practicada se declaran como HECHOS PROBADOS:

a) Rebeca, a la sazón propietaria de una vivienda sita en la c/ DIRECCION000 NUM000, de Alcorcón (Madrid), tenía la misma gravada por una hipoteca, suscrita como garantía de un préstamo por importe de 62.000 euros, formalizado con la entidad "GENERAL ELECTRIC CAPITAL BANK, S.A.". Al tiempo de ocurrir los hechos la Sra. Rebeca acumulaba una deuda por impago de cuotas de amortización de 7.956'44 euros, quedando pendiente de amortizar del préstamo la cantidad de 53.000 euros.

Ante el impago de varios plazos mensuales de amortización del préstamo, y con la intención de buscar financiación para hacer frente a dicho impago, habiendo recibido previamente respuesta negativa en el BBVA, acudió en el año 2010 a la entidad "AC CREDIT, S.L.", cuyo único socio y administrador Constantino le indicó la imposibilidad por su parte de ofrecerle financiación, facilitándole, no obstante, un teléfono de una persona, llamada Africa, cuyos demás datos identificativos no han sido posible ser obtenidos, con la que la Sra. Rebeca se puso en contacto.

b) Dicha Africa le ofreció la posibilidad de obtener financiación particular, intermediando al efecto con el acusado Abelardo, mayor de edad, con antecedentes penales no computables en la presente causa y cuyos demás datos constan en el encabezamiento, quien aprovechándose de los escasos conocimientos financieros y de la situación de necesidad de la Sra. Rebeca, le ofreció financiación mediante la suscripción de un contrato de compra de su vivienda a favor del acusado, por importe de 79.000 euros. Contrato que se formalizó ante Notario el 21 de diciembre de 2010.

En dicho contrato se incluyó un pacto de retracto convencional, en los siguientes términos: "CUARTO.- PACTO DE RETRO.- La presente venta queda condicionada a los siguientes pactos:

1) El vendedor podrá recobrar mediante el ejercicio de la acción de retracto la finca descrito durante el plazo previsto de SEIS MESES a contar desde la firma de la presente, previo reembolso a los compradores de la cantidad de (127.000 euros) CIENTO VEINTISIETE MIL EUROS, más los honorarios, gastos e impuestos devengados y satisfechos con motivo de la presente escritura pública y más los gastos que determina el artículo 1518 del Código Civil, que, por voluntad de las partes será de aplicación a este contrato.

2) Transcurrido el indicado plazo caducará el derecho a retraer que se reserva a la parte vendedor y quedará otorgada esta venta perpetuidad en cuyo momento se realizará el cambio de llaves y la toma de posesión de finca mediante cambio de cerradura.

3) La redención (o el ejercicio de derecho de recobrar) deberá ejercitarse precisamente en esta ciudad [Madrid], libre de todo impuesto, deducción y gastos, que será de la exclusiva cuenta de Doña Rebeca con entera indemnidad del comprador.

4) Los honorarios, gastos e impuestos que se devenguen o se originen con motivo de la presente escritura pública hasta quedar inscrita en el registro de la Propiedad serán de cuenta de los compradores, con derecho de reembolso si el vendedor hiciere uso del derecho de recobrar.

5) A consecuencia de lo anteriormente establecido, el vendedor transmite al comprador el dominio revocable y posición libre de la finca descrita, quedando obligado a estarles de evicción y saneamiento."

De la cantidad fijada como precio de compra para el acusado (79.000 euros), éste retuvo 9.000 euros para hacer frente a la deuda por impago de cuotas del

De la cantidad fijada como precio de comprar para el acusado (79.000 euros), ese retuvo 9.000 euros para hacer frente a la deuda por impago de cuotas del préstamo en la fecha de contrato, 53.000 euros para amortización de préstamo hipotecario, entregando a la Sra. Rebeca 16.400 euros mediante entrega de un cheque bancario y otros 600 euros en efectivo.

A pesar de retener el acusado la cantidad de 53.000 euros para amortizar el préstamo hipotecario, se insertó en el contrato la siguiente cláusula:

"TERCERO.- Sin perjuicio de cuanto disponen las leyes en cuanto al derecho de los acreedores como terceros no partícipes en este acto, las partes convienen y consienten, en especial la vendedora, en que no obstante la compraventa que se contiene en este instrumento, sea exclusivamente a cargo de la parte vendedora el pago de la hipoteca referida en el epígrafe cargas de la presente, liberando en cuanto fuere menester a la otra parte de cualquier responsabilidad sobre la misma."

En consecuencia la Sra. Rebeca siguió pagando las cuotas del préstamo.





De conformidad con la cláusula sexta, el comprador (acusado) tomó posesión del bien adquirido, no obstante lo cual, en la misma fecha de suscripción del contrato (21-12-2010), el acusado y la Sra. Rebeca suscribieron un contrato de arrendamiento de la citada vendida vivienda, por un plazo de 11 meses y una renta de 950 euros mensuales, si bien el acusado pactó con la Sra. Rebeca que no tenía que abonar las rentas, no obstante lo cual, transcurridos seis meses presentó demanda de juicio verbal de desahucio por impago de rentas, habiéndose dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 6 de Alcorcón (Juicio Verbal 445/11), sentencia de fecha 20 de septiembre de 2011, acordando la resolución del contrato de arrendamiento y condenando a Rebeca a pagar al acusado la cantidad de 8.550 euros, por las rentas impagadas y acordando el abandono de la vivienda, habiéndose fijado el lanzamiento para el día 6 de octubre de 2011.

La Sra. Rebeca ha tenido que alquilar una vivienda, para satisfacer sus necesidades habitacionales.

Por otra parte el acusado ha dejado de abonar las cuotas del préstamo hipotecario, por 10 que la entidad "GENERAL ELECTRIC CAPITAL BANK, S.A." por sí o por el cesionario del crédito D. Leovigildo, se ha presentado demanda de ejecución hipotecaria, de la que está conociendo el Juzgado de primera Instancia e Instrucción número 3 de Alcorcón (autos 207/2014)

Rebeca, como pensionista ganaba entre 500 y 600 euros y como limpiadora otros 500 - 600 euros"

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

" QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Abelardo, como autor responsable criminalmente de un delito de estafa, precedentemente calificado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SEIS AÑOS de prisión, multa de DOCE MESES, con una cuota diaria de 20 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 C. Penal, en caso de impago y accesoria legal de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se imponen al acusado las costas causadas en este juicio, incluidas las de la Acusación particular.

Asimismo, en vía de responsabilidad civil, se establecen los siguientes pronunciamientos:

- a) La declaración de nulidad de los contratos de compraventa, de 21 de diciembre de 2010 y de arrendamiento urbano de igual fecha, obrantes en las actuaciones, con los efectos señalados en nuestro fundamento jurídico cuarto.
- b) La nulidad tanto de la transmisión de la propiedad de la vivienda objeto del mismo al acusado, como posteriores transmisiones, a salvo, no obstante los derechos de terceros de buena fe.
- c) En el caso de que no pudiera retrotraerse la propiedad a Rebeca, deberá ser sustituida por una indemnización en metálico, que se cifra en la cantidad de 62.000 euros

Dicha cantidad devengará el interés legal previsto en el art. 576. I L.E.C."

TERCERO. - Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Abelardo, anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. - El recurso formalizado por Abelardo, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero. - Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del Tribunal sentenciador, así como vulneración del principio de presunción de inocencia en dicha apreciación, señalando a estos efectos los siguientes documentos y con cita de las siguientes expresiones particulares: el Contrato de intermediación de productos financieros (folios 20 a 21), la escritura de compraventa (folios 28 a 36) y el requerimiento de la Entidad General Electric (folio 14)

Segundo. - Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con relación a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución en su variante de tutela judicial efectiva, por incongruencia extensiva en los fundamentos jurídicos que no han sido recogidos en la relación de hechos probados.

Tercero. - Por Infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 116 y siguientes Código Penal relativo a la responsabilidad civil que le ha sido impuesta al recurrente por generar una situación de enriquecimiento injusto, y ello a la vista de lo dispuesto no solo en los documentos aportados en la causa sino a la vista de lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.





Cuarto. - Por Infracción de ley, al amparo del artículo. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida de los artículos 250.1-5ª del Código Penal por entender que no existe el quebranto económico que se indica en la sentencia como existente.

Quinto. - Por Infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida de los artículos 250.1-4ª del Código Penal por entender que no existe especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en la que se deja a la víctima.

Sexto. - Por Infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida de los artículos 248 y 249 del Código Penal por cuanto no existe perjuicio para la víctima en el sentido en que ha sido expuesto en la sentencia, por lo que no existe delito de estafa por el que ha sido condenado el recurrente.

Séptimo. - Por Infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 66.6 del Código Penal por no existir la existencia de las dos agravantes que se indican en la sentencia recurrida.

Octavo. - Por Infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 123 del Código Penal relativo a la condena en costas por la que mi representado ha sido condenado.

QUINTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 20 de diciembre de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. La representación de Rebeca, como la acusación particular, en escrito de 11 de diciembre de 2018, impugna de fondo todos los motivos del recurso. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 26 de mayo de 2020 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. - En la sentencia número 506/2018, de 25 de junio de 2018, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, se ha condenado al recurrente por la comisión de un delito agravado de estafa y frente a tal pronunciamiento la representación procesal del condenado ha interpuesto recurso de casación, impugnando la sentencia de instancia a través de ocho motivos.

Por razones metodológicas y para una mejor comprensión de nuestra respuesta, daremos contestación en primer lugar y de forma conjunta a los motivos sexto y cuarto del recurso, ya que ambos se articulan por el cauce de la infracción de ley y se refieren a la misma cuestión, la existencia o no de engaño y de perjuicio patrimonial. Seguidamente se dará contestación a los motivos primero, segundo y tercero, que también versan sobre el perjuicio patrimonial causado, aunque la censura se realiza utilizando otras vías impugnativas, como el error en la valoración de la prueba basada en documentos, la incongruencia extensiva del fallo y la incorrecta determinación de las responsabilidades civiles. Después se continuará con el quinto motivo, por infracción de ley y relativo a la indebida aplicación de la agravación del artículo 250.1 4º CP y con el motivo séptimo, que versa sobre la determinación de la pena, finalizando con el motivo octavo, referente a la condena en costas causadas por la acusación particular.

PRIMERO. - 1. Tanto en el motivo sexto como en el motivo cuarto del recurso se condensa, a nuestro juicio, el reproche fundamental que se hace de la sentencia de la Audiencia Provincial. Se afirma que a partir de su relato fáctico se constata que no hubo nada ilícito en la operación concertada entre las partes, que no hubo engaño y que tampoco hubo perjuicio alguno para la denunciante, llegándose a afirmar que quien resultó perjudicado fue el propio condenado.

Los hechos probados, que en su casi totalidad son admitidos por el recurrente, son los siguientes:

a) Ante la difícil situación económica que atravesaba la Sra. Rebeca, porque no podía hacer frente a los vencimientos del préstamo hipotecario que gravaba su vivienda, acudió a la empresa regentada por el recurrente, con quien pactó la siguiente solución: Vendió su vivienda por el precio de 70.000 euros, recibiendo en el momento de la venta la cantidad de 17.000 euros y reteniendo el comprador la cantidad restante para cobertura de las cuotas pendientes del préstamo hipotecario que pesaba sobre la vivienda (53.000 euros) y las cuotas ya vencidas y no satisfechas (7.956,55 euros).

b) En ese mismo contrato y, a pesar de que el comprador se reservó parte del precio para hacer frente a la carga hipotecaria, se pactó al mismo tiempo que la vendedora vendría obligada al pago del préstamo hipotecario.





c) En el contrato se convino un pacto de retroventa con un plazo de ejercicio de seis meses por precio de 127.000 euros, de forma que si la vendedora entregaba esa cantidad recuperaba el dominio del inmueble y si no lo hacía se consumaba definitivamente la venta.

d) Además se pactó un contrato de arrendamiento sobre la vivienda en cuestión para que la vendedora siguiera ocupando el inmueble por plazo de 11 meses y por una renta mensual de 950 euros. En la sentencia se declara probado que el comprador en su condición de arrendatario se comprometió a no cobrar la renta, pero no respetó ese acuerdo y, ante el impago, ejerció acción de desahucio, que culminó con el desalojo de la vivienda, dando lugar a que la vendedora se viera obligada a buscar nueva vivienda.

e) Las cuotas del préstamo no fueron pagadas, lo que dio lugar también al inicio de acciones judiciales por el acreedor hipotecario que se tramitan ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 3 de Alcorcón (autos 207/2014).

2. En el motivo sexto del recurso se argumenta que la operación convenida por las partes fue lícita, que no hubo engaño y que, dado que el inmueble estaba hipotecado, el recurrente asumió al comprarlo la posición de hacer frente a una deuda ajena por lo que difícilmente se puede hablar de apropiación. Se aduce que la denunciante, de no haber hecho esta operación por la que percibió 17.000 euros, no hubiera percibido cantidad alguna por su vivienda ante la inminencia de la acción hipotecaria por el impago de las cuotas del préstamo que gravaba la vivienda; que no hubo un lucro ilícito a favor del recurrente y que la operación fue beneficiosa para la vendedora. El inmueble vendido por la Sra. Rebeca tenía una carga hipotecaria con varios meses de cuotas impagadas y, por tanto, susceptible de ejecución, como así sucedió. Mediante el contrato de compraventa el vendedor ayudó a la compradora a que se pusiera al día con la hipoteca, pero de nuevo la compradora dejó de pagarla por lo que el 2014 se inició el proceso de ejecución hipotecaria, momento en el que el vendedor hubo de aplicar el precio de la compra para alzar la hipoteca. Según se proclama en el recurso, ni hubo engaño, ni hubo perjuicio, y los hechos enjuiciados carecen de relevancia penal.

En el motivo cuarto del recurso se desarrolla un argumento similar para afirmar que en ningún caso hubo un perjuicio superior a los 50.000 euros, razón por la que no es aplicable el subtipo agravado de estafa, tipificado en el artículo 250.1 5º C.P. Se aduce que la denunciante recibió por la compra 17.000 euros de modo directo y que se comprometió a seguir pagando la hipoteca para poder recibir la parte del precio retenido, una vez cancelado el préstamo hipotecario, por lo que si se suman las cantidades entregadas por el comprador en el momento de la venta (17.000 euros) y la cantidad retenida mientras se hacía frente al pago de la hipoteca (60.956,44 euros), la diferencia entre precio de venta y precio pagado por el comprador no superaría la cifra de 1.000 euros, es decir, se habría pagado la totalidad del precio de la compraventa, sin perjuicio alguno para la vendedora o con un perjuicio irrelevante, inferior a los 1.000 euros.

3. Ambos motivos son improsperables.

En relación con el elemento de engaño, característico del delito de estafa, la sentencia de instancia declara su existencia del engaño al señalar que toda la operativa se hizo "aprovechándose de los escasos conocimientos financieros y de la situación de necesidad de la Sra. Rebeca", y que se le ofreció financiación para hacer frente a sus obligaciones hipotecarias sin perder la posesión de su vivienda y, sin embargo, lo que finalmente se llevó a cabo fue algo totalmente diferente a lo ofertado. No hubo financiación sino que el resultado final fue que la denunciante no se liberó de sus obligaciones hipotecarias, a pesar de lo cual perdió la vivienda, recibiendo menos del 20% del precio convenido.

El recurrente discrepa de esa interpretación de los hechos y considera que las partes convinieron una operación lícita. Sin embargo, su análisis no es acertado porque valora los hechos de forma aislada sin tomar en consideración la globalidad de la operación, que es lo que permite afirmar la existencia del engaño y el claro perjuicio irrogado a la vendedora. Sólo desde la situación angustiosa de la denunciante y desde el aprovechamiento de su falta de conocimientos, en definitiva, desde el engaño, se puede explicar que la Sra. Rebeca, que tenía unos ingresos mensuales de unos 500 o 600 euros y que no podía hacer frente al pago del préstamo hipotecario que pesaba sobre su vivienda, se prestara a hacer la siguiente operación: Vendió su vivienda por un precio de 79.000 euros, recibiendo únicamente 17.000 euros, porque la parte restante del precio la retuvo el comprador para hacer frente a la hipoteca. Sin embargo, en vez de pagar la hipoteca con el dinero recibido, se pactó que la vendedora siguiera haciendo frente al pago de la hipoteca. A la vez, se convino un pacto de retroventa por importe de 127.000 euros a pagar en 6 meses, pago de todo punto imposible porque si la razón de la venta era que tenía dificultades para pagar la hipoteca, más problemático sería seguir pagando la hipoteca y conseguir dinero para hacer frente al compromiso de retroventa. También de forma simultánea se convino un contrato de arrendamiento por 900 euros mensuales, haciéndole creer que no perdería su vivienda habitual porque no tendría que pagar esa renta, pero actuando de forma contraria, exigiendo su pago a los





seis meses y ejercitando una acción de desahucio. La sentencia de instancia, explica con absoluta claridad la existencia del engaño en los siguientes términos, que hacemos nuestros:

"(...)conforme a la valoración de la prueba que realizaremos más adelante, que el acusado se aprovechó, mediante engaño, de Rebeca, para obtener un lucro ilícito, al ofrecerle una financiación, envuelta en un forma contractual, en la que aparentemente existía una confluencia de voluntades válidamente conformadas entre la víctima y el acusado, del que se deriva directamente el perjuicio sufrido por la Sra. Rebeca. Hay que partir de la situación complicada y cabe afirmar que angustiada, en la que se encontraba Rebeca respecto de la que era su vivienda, al tener suscrita una hipoteca, como garantía de un préstamo por importe de 62.000 euros, formalizado con la entidad "GENERAL ELECTRIC CAPITAL BANK, S.A." y respecto de la que al tiempo de ocurrir los hechos, la Sra. Rebeca acumulaba una deuda por impago de cuotas de amortización de 7.956'44 euros, quedando pendiente de amortizar del préstamo la cantidad de 53.000 euros, habiéndole reclamado la entidad financiera el pago de lo adeudado, con el evidente riesgo de ejecución si no lo hacía. Ante la falta de concesión de financiación por las vías habituales, esto es, a través del mismo o de otros bancos - habló con el BBVA-, y tras acudir a una agencia de financiación que no fuera un banco ("AC CREDIT, S.L."), se le facilita, sin mayor compromiso, el contacto con una intermediaria, que le pone en contacto con el acusado. Como forma de obtener financiación le ofrecen a Rebeca la fórmula de vender su casa, aun cuando ésta no quería vender, sino sólo obtener el dinero para resolver su problema con el Banco. Para captar su voluntad y aprovechándose de su falta de conocimientos jurídicos, asegurándole que recobraría la vivienda, se crea el artificio jurídico del contrato de compraventa con pacto de retro, en unas condiciones que, a la vista de la situación económica de la víctima, era impensable pudiera hacerse efectiva dicha recuperación de la vivienda. Dicho instrumento o ardid se acompaña, para reforzarlo con la suscripción coetánea de un contrato de arrendamiento, destinado a hacerle creer que seguiría en posesión de su casa, pactándose una renta (950 euros mensuales), que en modo alguno podía pagar Rebeca - como así le dijo al acusado, ante lo cual le indicó que no era necesario que abonase la renta. El engaño, por tanto está ínsito en los dos contratos suscritos, a la vista de la irrealización de los fines para los que se configuran, salvo para el acusado. Ni se iba a posibilitar la recuperación de la vivienda vendida ni el pacífico disfrute del uso de la vivienda mediante con contrato locativo viciado desde inicio (...)"

4. En cuanto a la existencia o no de perjuicio patrimonial debemos recordar que el delito de estafa que se describe en el artículo 248 del Código Penal exige como elemento típico la producción de un perjuicio al sujeto pasivo o a un tercero. Además, la gravedad de la estafa, que determina la penalidad, se contempla en función de la "cuantía de lo defraudado", según el artículo 249 CP o del "valor de la defraudación", según la dicción que emplea el artículo 250.1.5ºCP. Por tal motivo la doctrina viene distinguiendo entre valor de la defraudado o perjuicio típico y perjuicio civilmente indemnizable, que son conceptos diferentes.

El valor de la defraudación es el valor del acto de disposición realizado por el sujeto activo, el montante del desplazamiento neto patrimonial (STS 469/2008, de 11 de febrero), la diferencia entre el valor de lo que se recibe en virtud del acto de disposición y lo que se recibe como contraprestación. Y es el parámetro a utilizar para calibrar la cuantía de la estafa a los efectos de determinar la distinción entre delito leve y grave y para aplicar el subtipo agravado del artículo 250.1.5ª CP. La STS 166/2013, de 8 de marzo y la STS 173/2013, de 28 de febrero coinciden en afirmar que el valor de lo defraudado se identifica con el del desplazamiento patrimonial causado por el acto de disposición ejecutado por el error derivado del engaño.

Distinto es el perjuicio civilmente indemnizable por el delito, que es la disminución patrimonial que el sujeto pasivo soporta por consecuencia del delito y que no tiene que coincidir necesariamente con el parámetro anterior, ni tampoco con el enriquecimiento del sujeto activo (STS 1016/2013, de 23 de diciembre). En el perjuicio causado debe incluirse no sólo el valor económico del patrimonio afectado sino también los derechos patrimoniales del titular del patrimonio así como la finalidad patrimonial pretendida por el titular, lo que permite incluir en el ámbito de los perjuicios conceptos como el lucro cesante, las expectativas frustradas (STS 1232/2002, de 2 de julio) o el daño moral (STS 1/2007, de 2 de enero y 918/2008, de 3 de diciembre).

Aplicando estas categorías al caso que centra nuestra atención, el valor de la defraudación se ha calculado correctamente en la cifra de 62.000 euros, que deriva de la diferencia entre el valor de venta (79.000 euros) y la contraprestación recibida (17.000 euros) por el comprador. No puede afirmarse, como se indica en el recurso, que la vendedora recibió por la venta 17.000 euros en el momento de la firma de la escritura y 60.956,55 euros de modo diferido que se entregarían cuando pagara los plazos de la hipoteca. La vendedora recibió exclusivamente 17.000 euros y el comprador retuvo la cantidad restante para cancelar la hipoteca pero, a la vez, se pactó que la vendedora debía continuar pagando las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario, por lo que la vendedora sólo recibió realmente los 17.000 euros, debiéndose añadir, además, que las acciones derivadas de la retención del precio restante por el comprador eran ilusorias ya que, como consecuencia de la operativa seguida para engañarla, no era posible que hiciera frente al pago de las cuotas del préstamo





hipotecario para poder recuperar las cantidades retenidas, haciendo uso de las posibilidades subrogatorias del artículo 118 de la Ley Hipotecaria o ejercitando una acción de reintegro.

La consecuencia final ha sido que la vendedora, en vez de solucionar su problema de solvencia, que era lo que pretendía, vendió la vivienda recibiendo como única contraprestación la cantidad de 17.000 euros, sin liberarse siquiera de su obligación hipotecaria. Por tanto, el valor de la defraudación ha sido correctamente fijado en la diferencia entre el valor de venta del inmueble y la cantidad realmente percibida por la venta.

Se desestiman los dos motivos.

SEGUNDO. - En el primer motivo del recurso y por el cauce del artículo 849.2 de la LECrim se denuncia un error en la valoración de la prueba, citando como documentos acreditativos del error el contrato de intermediación, el contrato de compraventa celebrado entre las partes y el requerimiento de la mercantil General Electric, acreditativo de la situación económica de la víctima.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECrim, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones, el error que se denuncia y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario (STS núm. 126/2015, de 12 de mayo y STS 207/2017, de 28 de marzo, entre otras muchas).

En efecto, la doctrina de esta sala (SSTS 936/2006 y 778/2007, entre otras muchas) viene exigiendo para la prosperabilidad de este motivo de casación los siguientes elementos: 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim; 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

A la vista de los presupuestos que exige este motivo casacional la queja del recurrente no puede ser admitida. De un lado, ya hemos argumentado en el fundamento jurídico anterior que los razonamientos de la sentencia de instancia son acertados a la hora de valorar los hechos y apreciar su tipicidad penal. De otro lado, el error de valoración probatoria que se predica en el motivo no puede deducirse de los documentos señalados por el recurrente. Los documentos en cuestión acreditan lo convenido entre las partes desde una perspectiva formal, pero para determinar si existe o no delito, para determinar si la valoración de la prueba es correcta o no, no basta con analizar formalmente lo convenido entre las partes sino valorar todas las pruebas a fin de determinar si la vendedora fue o no objeto de engaño y si concurren los restantes elementos configuradores del delito de estafa. Por tanto, los documentos señalados no son literosuficientes, no acreditan el error invocado y lo que se pretende a través del motivo es una completa valoración de la prueba, lo que excede notoriamente los estrechos límites de esta vía casacional.

El motivo es inviable.

TERCERO. - En el segundo motivo y con invocación de los artículos 852 de la LECrim y 24 de la Constitución se alega que la sentencia de instancia incurre en el vicio de incongruencia extensiva por dos motivos:

Se alega que si bien es cierto que la acusación particular interesó una indemnización de 127.000 euros, lo hizo por unos fundamentos radicalmente distintos de los establecidos en la sentencia, por lo que no cabe conceder la indemnización por un fundamento jurídico distinto del solicitado.

El alegato es improsperable. La incongruencia *extra petitum* es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso.

La incongruencia extensiva constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de parte, que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse o decidir sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que en su calidad de verdaderos "domini litis" conforman el objeto del debate o *thema decidendi* y el alcance del pronunciamiento judicial.





Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos por los sujetos del mismo (partes) por lo pedido (petitum) y por los hechos o la realidad histórica que sirve como razón o causa de pedir (causa petendi) todo lo cual no comporta que el juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo.

En efecto, el principio "iura novit curia" permite al juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que son de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados. El juez debe resolver atendiendo a la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no a la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el juez o tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia necesaria o imprescindible de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.

En el caso que centra nuestra atención la acusación particular interesó una indemnización de 127.000 euros para el caso de que no pudiera llevarse a efecto la retroacción de la propiedad de la vivienda vendida, calculada en función del precio de retroventa pactado por las partes. La sentencia, si bien ha admitido ese concepto indemnizatorio, lo ha calculado de forma diferente, en función de la diferencia entre el precio pactado y la cantidad efectivamente recibida por la vendedora. Por tanto, el concepto indemnizatorio, que no es otro que la indemnización de daños y perjuicios derivada del delito, es el mismo pero el criterio de determinación ha sido distinto, de ahí que no puede afirmarse, como se pretende en el recurso, que se haya dado algo diferente de lo solicitado. La sentencia se ha pronunciado sobre la pretensión de la acusación particular y el hecho de que no la haya estimado en su totalidad no supone cambio de pretensión.

CUARTO. - 1. Tanto en el segundo motivo del recurso, al que se le acaba de dar una contestación parcial, como en el motivo tercero se reprocha a la sentencia la fijación de una indemnización de daños y perjuicios para el caso de que no pueda llevarse a efecto la nulidad de la compraventa.

Este reproche se sustenta, de un lado, en que la acción de nulidad que acoge la sentencia, regulada en los artículos 1305 y siguientes del Código Civil, prevé para el supuesto de que no pueda restituirse el bien, no una indemnización de daños y perjuicios, sino la restitución de "los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió con los intereses desde la misma fecha", por lo que la indemnización fijada, según el recurrente, carece de fundamento legal. De otro lado, se sostiene que la sentencia da lugar a una situación de enriquecimiento injusto porque el recurrente pagó al contratar 17.000 euros y después ha pagado la hipoteca, de forma que la vendedora ha recibido por la compraventa la totalidad de su valor, descontadas las cargas existentes. Se insiste una vez más en que no ha habido perjuicio alguno.

2. Si bien es cierto que la responsabilidad civil derivada de un delito tiene la misma naturaleza que la que derivada de otras fuentes, su regulación se encuentra en el propio Código Penal, conforme al artículo 1.092 del Código Civil, en el que se dispone que "*las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal*".

Esta singular regulación parece que tiene su origen en raíces históricas, ya que el Código Civil se promulgó después del Código Penal y la doctrina ha puesto de manifiesto que esta duplicidad normativa origina ciertos desajustes interpretativos. En cualquier caso, esta Sala ha declarado que "[...] las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Penal pueden integrarse con lo que el Derecho Civil dedica a las distintas formas de responsabilidad civil, las cuales tendrán así carácter supletorio respecto de los artículos 109 y siguientes Código Penal, supletoriedad que no se refiere única y exclusivamente a las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, sino a todas las disposiciones civiles reguladoras de las distintas modalidades de responsabilidad, y por supuesto, a la responsabilidad contractual [...]" (STS 646/2005, de 19 de mayo).

Pues bien, proyectando esta doctrina a este caso, la regla básica que debe seguir la jurisdicción penal es que la comisión de cualquier delito dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo previsto en el artículo 109 del Código Penal, afirmación que no es incompatible con determinadas prescripciones del Código Civil, referentes a acciones específicas. Es el caso de la acción de nulidad de los contratos regulado en capítulo VI, Título II del Libro IV del Código Civil.

La sentencia ha optado por la declaración de nulidad de la compraventa, lo que supone una forma de restitución del bien. Ha dado así cumplimiento al mandato contenido en el artículo 101.1 del Código Penal. Conviene recordar a este respecto que la restitución de bien a través de la nulidad del negocio por el que fue transmitido es un mecanismo habitual, cuya corrección ha sido puesto de relieve por esta Sala y así en la STS 685/2005, de 2 de junio, en un delito de estafa instrumentado a través de un contrato de compraventa, como en este caso, esta Sala acordó su nulidad como forma de restitución y dispuso, en caso de no ser posible, una indemnización de daños y perjuicios, conforme al artículo 109 del Código Penal.





3. En el motivo tercero del recurso se alega que, habiéndose ejercido la acción de nulidad de los contratos por causa de delito imputable a uno de los contratantes, los artículos 1305 a 1307 del Código Civil no confieren acción a la víctima para reclamar daños y perjuicios.

No compartimos esa afirmación. Ya hemos señalado que no faltan pronunciamientos de esta Sala que han declarado que ante la imposibilidad de hacer efectiva la acción de nulidad por haber pasado el bien a terceros de buena fe, es correcto fijar una indemnización de daños y perjuicios, como reparación sustitutiva a la restitución del bien, que es lo que ha hecho la sentencia impugnada.

No obstante lo anterior, no podemos ocultar que el Código Civil contiene una previsión para este supuesto que es incluso más onerosa para el recurrente que la solución por la que se ha optado en la sentencia. Nos referimos al artículo 1307 CC, precepto que no puede ser entendido de forma aislada sino en conexión con los artículos precedentes. En el citado precepto se regulan exclusivamente las consecuencias para el contratante que no pueda devolver la cosa por consecuencia de la declaración de nulidad. En tal supuesto el Código Civil obliga a ese contratante a devolver el valor de la cosa con los frutos percibidos. El contratante que no haya cometido el delito no tiene obligación de devolución conforme al artículo 1.306.2 CC por lo que no tiene la carga de realizar ninguna prestación. Para él la declaración de nulidad supone recibir el bien o su valor con sus frutos, sin que venga obligado a devolver lo recibido. Siguiendo este criterio, el comprador debería devolver el valor del bien (79.000 euros) con sus frutos y el vendedor, por el contrario, seguiría eximido de devolver lo recibido en virtud del contrato.

Por lo tanto y frente a lo que se indica en el recurso, la aplicación estricta de las reglas del Código Civil hubiera dado lugar a una indemnización incluso superior a la establecida en la sentencia.

4. Por último, el recurrente discrepa de la indemnización fijada para el supuesto de no restitución del bien.

La sentencia fija el perjuicio en 62.000 euros, calculado por la diferencia entre el valor del bien fijado en el contrato (79.000 euros) y la contraprestación recibida por él (17.000 euros). Se afirma, y es cierto, que el bien estaba gravado con una hipoteca equivalente al valor de la indemnización y que el comprador ha pagado esa hipoteca por lo que, si se confirma la indemnización, se produciría una situación de enriquecimiento injusto ya que la vendedora percibiría el valor total del bien a pesar de que éste tenía una carga hipotecaria que ha sido costeada en su beneficio por el condenado. Se sostiene que, en realidad, el valor de lo vendido no era su precio de venta, sino ese precio, minorado por el montante de la hipoteca que pesaba sobre el inmueble.

No compartimos el planteamiento del recurso. Para el caso de que la restitución del bien no sea posible se ha fijado una indemnización de 62.000 euros que, sumados a los 17.000 euros que la denunciante recibió a la firma del contrato de compraventa, equivalen al valor total del bien perdido como consecuencia del delito. Ciertamente es que la vivienda estaba gravada con una hipoteca pero la consecuencia del delito ha privado a la víctima de buscar alguna otra alternativa para solventar su problema de liquidez y, en último término, le ha privado del bien que constituía su domicilio por lo que la restitución de su valor íntegro repara a la víctima del perjuicio sufrido. En realidad la sentencia ha fijado un criterio de reparación inferior incluso al establecido en el artículo 1.307 CC, según hemos razonado anteriormente.

El motivo se desestima.

QUINTO. - 1. En el quinto motivo del recurso y también por infracción de ley y con apoyo en el artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la aplicación indebida del subtipo agravado de especial gravedad a que se refiere el artículo 250.1. 4º del Código Penal. Resumiendo brevemente los argumentos del motivo, se viene a decir que la situación de penuria de la víctima era previa al delito por lo que no hay razón que justifique la agravación.

2. El subtipo agravado previsto en el artículo 250.1.4º del Código Penal contiene dos agravaciones: Una objetiva que tiene por referencia el importe apropiado -especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación y a la entidad del perjuicio, pues vienen a ser equivalentes-, y otro de naturaleza subjetiva que tiene en cuenta la situación económica en que deje a la víctima o a su familia, conceptos similares a los que se encuentran en los números 3 y 4 del artículo 235 CP, relativos al delito de hurto (STS 635/2006, de 14 de junio y 1169/2006, de 30 de noviembre). En estas sentencias se declaró que, a pesar de que el precepto utiliza la conjunción copulativa "y", las circunstancias a que alude el precepto no deben ser exigidas de forma conjunta, bastando, para la apreciación de la agravante, que concurren aisladamente.

En la citada STS 1169/2006, de 30 de noviembre, se dijo que "(...) el fundamento de la agravación estriba en el desvalor del resultado, es decir, la precariedad de la situación en que se deja a la víctima como consecuencia del daño patrimonial. Y la gravedad del resultado mencionado se contempla desde una perspectiva personal y subjetiva, en consideración a la situación patrimonial de la víctima y de los deberes económicos que tenga consigo mismo y con su familia (...). No significa que el perjudicado deba quedar en la indigencia y penuria económica absoluta, bastando la realidad de una situación patrimonial difícil o insegura, debiendo





abarcar el dolo del sujeto activo el desamparo económico en que va a quedar el ofendido como consecuencia de su actuación.(...)” En el caso allí contemplado se desestimó la apreciación de la agravante porque por consecuencia de la estafa a un pensionista, su esposa hubo de buscar un trabajo para satisfacer sus necesidades, lo que se consideró insuficiente para sancionar más gravemente el hecho.

En la misma dirección la sentencia 698/1994, de 26 de mayo, afirmó que la agravante que comentamos no ha de entenderse necesariamente en el sentido de que el perjudicado directo por la acción criminal (o su familia, añadimos nosotros) ha quedado en la penuria o indigencia más absoluta, rayana en la miseria, sino en el de que, tras el quebranto de la relación de confianza y distracción causada por el agente, la víctima se vea abocada en una situación patrimonial difícil, de cierto agobio o inseguridad, fundándose la especial agravación...siempre en apreciación relativa a la vista de las condiciones patrimoniales del sujeto pasivo y de las cargas o atenciones económicas a que haya de proveer (vid. SS 3 octubre 1985, 9 octubre 1986 y 18 octubre 1990). En aquel caso se apreció la agravante porque por consecuencia de la estafa el perjudicado hubo de solicitar un préstamo para hacer frente a la situación creada lo que acentuó su difícil situación financiera.

En la STS 1625/2002, de 30 de octubre, se aplicó la agravación porque a causa de la estafa "la modesta situación del perjudicado se deterioró gravemente y traspasó el umbral de la pobreza". Y en la STS 1030/1996, de 17 de diciembre se estimó el subtipo agravado porque "las cantidades entregadas por los perjudicados constituían los ahorros de toda su vida lo que les ha hecho subsistir en una situación de gran precariedad".

3. En este caso se ha justificado la agravación en el hecho de que la vivienda objeto de la compraventa era el principal bien, en términos económicos, de la víctima y era el único que podía ofrecer para hacer frente a las cuotas impagadas del préstamo hipotecario que ascendían a 7.956,44 euros.

Es cierto que la consecuencia final de la operativa seguida por las partes fue la pérdida de la vivienda pero esa consecuencia no puede descontextualizarse. También debe tenerse en cuenta que la víctima no estaba haciendo frente al préstamo hipotecario y debía una cantidad relevante que no podía hacer frente con sus ingresos ordinarios (1.110 euros mensuales), por lo que estaba abocada a una ejecución hipotecaria. El engaño de que fue víctima le causó un perjuicio pero no fue la causa exclusiva, ni siquiera más relevante de su penuria económica, que ya existía cuando fue víctima del fraude enjuiciado.

El motivo, en consecuencia, debe ser estimado, lo que tendrá su reflejo en una nueva individualización de la pena.

SEXTO. - En el séptimo motivo y también por infracción de ley se cuestiona la individualización de la pena realizada en la sentencia impugnada, considerando que no procede la apreciación de ninguno de los subtipos agravados que han sido contemplados por el tribunal de instancia, la pena a imponer sería la correspondiente al artículo 249 CP en su mitad inferior, por no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, interesando la imposición de una pena de 12 meses de prisión.

El motivo es tributario de los anteriores y habiéndose declarado la improcedencia del subtipo agravado tipificado en el artículo 250.1, apartado 4º del Código Penal, procede efectuar una nueva individualización de la pena, lo que se efectuará en la segunda sentencia, que dictamos a continuación.

El motivo se estima parcialmente.

SÉPTIMO. - El último alegato del recurso, referido en el motivo de impugnación octavo, censura la sentencia por haber condenado al recurrente al pago de las costas procesales de la acusación particular y justifica su pretensión en el hecho de que no debe declararse responsabilidad civil alguna y en que de las cuatro agravaciones pretendidas sólo se han estimado dos y, además, esas dos también deberían ser excluidas del fallo, como consecuencia de la estimación del recurso de casación.

La regla general y la posición de principio es que en la condena en costas deben incluirse las causadas por la acusación particular salvo cuando ésta haya formulado peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del Ministerio Fiscal, de modo que se ponga en evidencia que esas peticiones fueron inviables, extrañas o perturbadoras (SSTS 147/2009, de 12 de febrero; 381/2009, de 14 de abril; 716/2009, de 2 de julio; y 773/2009, de 12 de julio). O dicho de otra forma, la no inclusión de estas costas debe ser excepcional sólo cuando las pretensiones de esa parte sean abiertamente extrañas o desproporcionadas a las particularidades de los hechos (SSTS 531/2002, de 20 de marzo; 2015/2002, de 7 de diciembre; 1034/2007 de 19 de diciembre; y 383/2008, de 25 de junio). En un segundo plano también debe atenderse al criterio de la utilidad de forma que no será procedente la condena en costas cuando la intervención de la acusación particular resulte superflua o inútil (SSTS 37/2006, de 25 de enero ; 1034/2007, de 19 de diciembre ; 147/2009, de 12 de febrero ; y 567/2009, de 25 de mayo).





En este caso, el pronunciamiento de la sentencia que ha acogido en lo sustancial las pretensiones de las acusaciones evidencia que las peticiones de ambas, incluidas las de la acusación particular, no pueden ser calificadas de inviables, extrañas o perturbadoras. Por otro lado, la acusación particular ha coadyuvado en el ejercicio de las acciones penales y civiles derivadas del delito, en el lícito ejercicio de los derechos que la ley le atribuye y, además, ha formulado pretensiones de resarcimiento que han sido estimadas y que no fueron formuladas por la acusación pública, lo que revela la utilidad de su participación procesal.

El motivo se rechaza.

OCTAVO. - De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben declararse de oficio las costas procesales derivadas del recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Abelardo contra la sentencia número 506/2018, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de junio de 2018, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2º. DECLARAR de oficio las costas procesales causadas por este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no se podrá interponer recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3155/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 15 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación número 3155/2018, por delito de estafa, contra la sentencia 506/2018, de 25 de junio de 2018, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, por delito de estafa, contra Abelardo, natural de Barcelona, nacido el NUM001 de 1979, hijo de Juan Pablo y de Zaira, con domicilio en la CALLE000 número NUM002 de Barcelona, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa. La citada sentencia ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. -Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO





ÚNICO. - De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, procede dejar sin efecto la aplicación del subtipo agravado del artículo 250.1. 4ª del Código Penal que sanciona la estafa con mayor pena ateniendo a la especial gravedad del fraude en función de la situación en que se deja a la víctima.

Consideramos que los hechos son legalmente constitutivos de un delito de estafa agravada, conforme a los artículos 248, 249 y 250.1.5ª del Código Penal, que permite la imposición de la pena de uno a seis años de prisión y de la pena de multa de seis a doce meses. Concurriendo un subtipo agravado y en consideración al perjuicio causado a la víctima estimamos procedente la imposición de la pena en su mitad inferior pero por encima de su límite mínimo al concurrir un factor de agravación, por lo que estimamos proporcionado imponer la sanción de DOS AÑOS DE PRISIÓN y multa de SEIS MESES, con la misma cuota diaria de multa impuesta en la sentencia impugnada (VEINTE EUROS POR DÍA DE MULTA), confirmando los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

PRIMERO.- CONDENAR a Abelardo como autor responsable de un delito de estafa agravada, tipificada en los artículos 248, 249 y 250.1.5ª del Código Penal a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de SEIS MESES DE MULTA, con una cuota por día de sanción de VEINTE EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de la multa prevista en el artículo 53 del Código Penal.

SEGUNDO -Mantenemos los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada.

Notifíquese esta resolución a las partes que contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

