

Roj: STS 3177/2008  
Id Cendoj: 28079120012008100348  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2046/2007  
Nº de Resolución: 337/2008  
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO  
Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Junio de dos mil ocho.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal de la Acusación Particular Abelardo e Lucía , contra Sentencia núm. 50, de fecha 27 de Junio de 2007 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictada en el Rollo de Sala núm. 36/2007, dimanante de las Diligencias Previas núm . 741/2004 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Zaragoza seguido por delito de **estafa** contra Miguel , Benjamín y Rodolfo ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR; siendo partes: el Ministerio Fiscal, los recurrentes Abelardo e Lucía representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Maria Eva de Guinea y Ruenes y defendidos por el Letrado Don Juan Carlos de Francia Blázquez; y como recurridos Rodolfo representado por el Procurador de los Tribunales Don Luciano Rosch Nadal y defendido por el Letrado Don Javier Lacruz Sainz, Miguel representado por el Procurador de los Tribunales Don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa y defendido por el Letrado Don Guillermo Tena Fuster, y Benjamín representado por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Abelardo Moreiras Montalvo y defendido por la Letrada Doña Pilar Tortosa del Carpio.

## I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Zaragoza incoó D.P. núm. 741/2004 por delito de **estafa** contra Miguel , Benjamín y Rodolfo , y una vez concluidas las remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 27 de junio de 2007 dictó sentencia núm. 50/2007, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" Miguel , Benjamín y Rodolfo , mayores de edad y sin antecedentes penales, eran administradores solidarios de la Sociedad REFORMANITAS SL, con domicilio social en la carretera de Valencia, polígono Río Huerva, de Cuarte de Huerva (Zaragoza). Como su empresa estaba construyendo desde hacia unos años diferentes fases de unifamiliares en Cadrete entablaron relación con Abelardo e Lucía que eran propietarios de una vivienda al lado de dicha construcción.

Abelardo e Lucía eran copropietarios de una parcela edificable, sita en la CALLE000 , con una superficie de 3610,75 metros cuadrados, inscrita en el Registro de la Propiedad número NUM000 Tomo NUM001 , folio NUM002 , finca núm. NUM003 en la que se hallaba la vivienda anteriormente citada.

Como llegaron al acuerdo permutar dicha parcela entre Abelardo e Lucía y los acusados para su sociedad, previamente los primeros vendieron dos pisos que eran de Abelardo . El primero de ellos fue vendido a Miguel por el precio de 12 millones de pesetas en efectivo. El segundo a un tercero. Con dicha cantidad de dinero compraron Abelardo e Lucía al otro copropietario, José Luis, la parte de la parcela de la que aún no eran propietarios.

Una vez tuvieron la totalidad de la propiedad del solar, el 3 de agosto de 2001 otorgaron con los acusados, que actuaban para la sociedad Reformanitas SL, un contrato de legalización de obra nueva y permuta de la finca por una de las siete viviendas unifamiliares que los acusados prometieron construir, acordándose, dada la diferente de valoración, que además les debían pagar la cantidad de 30.050, 61 euros

entregándoles, a tal efecto, un pagaré con fecha de vencimiento del 20 de noviembre de 2001. El pagaré una vez llegado a su vencimiento no fue en principio pasado a cobro por acuerdo de las partes siendo intentado su cobro una vez que se conoció que la empresa había sido declarada en quiebra. De la misma manera, se comenzó la construcción de la vivienda que (sic) Miguel , Benjamín y Rodolfo pero no se pudo llegar a terminar y entregar por la declaración de quiebra que fue instada por un acreedor. La quiebra finalmente fue declarada fraudulenta."

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

"ABSOLVEMOS libremente y con todos los pronunciamientos favorables a Miguel , Benjamín , Rodolfo , del delito de **estafa** de los artículos 248.1, 249 y 250.6 del C. penal del que habían sido acusados, declarando de oficio las costas de esta instancia."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por la representación legal de la Acusación Particular Abelardo e Lucía , quer se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal de la Acusación Particular Abelardo e Lucía , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por quebrantamiento de forma y cauce del apartado 3º del art. 851 de la LECrim., al no haber resuelto al Sentencia el último punto de la conclusión definitiva primera de la Acusación Particular ni el extremo contenido en la misma donde, en síntesis, se dice que los acusados vendieron mediante contrato privado a terceros dos de las viviendas a construir.

2º.- Por infracción de Ley y cauce del apartado 2º del art. 849 de la LECrim., al incurrir la Sentencia impugnada en error de apreciación de la prueba, basado en documentos auténticos obrantes en autos, que demuestran la equivoación de la Sala de instancia, sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios.

3º.- Por infracción de Ley y por la vía del apartado 1º del mismo art. 849 de la LECrim., al no haber aplicado la Sentencia recurrida los arts. 248.1 249 y 250.1 apartados 1º, 3º y 6º y arts. 250.2 todos ellos del C. penal.

QUINTO.- Son recurridos en la presente causa los acusados absueltos Miguel , Rodolfo y Benjamín , que solicitaron la inadmisión del recurso.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista y solicitó la inadmisión del mismo, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el da 3 de junio de 2008.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, absolvió a Miguel , Benjamín y Rodolfo de un delito de **estafa**, frente a cuya resolución judicial se ha formalizado este recurso de casación por la representación procesal de la acusación particular, en tres motivos de contenido casacional, que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO.- El primer motivo se formaliza por quebrantamiento de forma, conforme a lo autorizado en el art. 851-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incongruencia omisiva, censura casacional que ha sido interpretada de forma tan reiterada y pacífica por la doctrina de esta Sala que es innecesaria la cita pormenorizada de resoluciones en que la misma ha sido recogida. De acuerdo con dicha doctrina, la falta de respuesta judicial en que este defecto de la sentencia se concreta y consiste ha de estar referida a pretensiones jurídicas formuladas temporáneamente por las partes, pero no a cuestiones de hecho que quedan automáticamente resueltas al hacerse constar la convicción del Tribunal sobre las mismas en la declaración de hechos probados.

Esto es lo que ocurre en el motivo articulado por los recurrentes, pues se refieren a cuestiones de hecho, como la atinente a la vivienda a entregar a aquéllos, que es precisamente el tema que centra la querrela de los censurantes, o el "significado y alcance" de la apropiación por los acusados del precio de venta de dos

de las siete viviendas a construir, una clara cuestión fáctica que se encuentra extramuros de un motivo como el ahora planteado.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- El motivo segundo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y cuyos particulares demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurran los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

De nuevo los recurrentes desnaturalizan el motivo, y lo convierten en una instancia revisora de la apreciación probatoria, juntamente con una crítica de la decisión tomada, sin enfocar el problema en términos de "error facti", que es como se ha articulado esta queja casacional.

En efecto, se invoca como documento a estos efectos casacionales, el obrante al folio 26, y dentro del mismo, la cláusula cuarta de la escritura de permuta, pero no para que sea incluida en los hechos probados, sino para censurar que dicha "cláusula no se respetó y los acusados vendieron con antelación dos de esas viviendas, sin que este incumplimiento haya sido debidamente apreciado, sino más bien, omitido, en la sentencia recurrida", así como se invoca que la devolución del pagaré, "tampoco ha sido valorada en la sentencia adecuadamente". Como es de ver, se trata de cuestiones fácticas nítidamente ligadas a la resolución de fondo, pero que no ponen de manifiesto una errónea apreciación probatoria.

Del propio modo, el Auto de declaración de quiebra necesaria (folios 38 a 40), y la sentencia dictada años más tarde, que declara la fraudulencia por falta de llevanza de libros obligatorios de contabilidad (folios 470 y 471, según cita el recurrente), "conduce a conclusiones distintas de las extraídas por la Audiencia, que también en este extremo sufre error probatorio", cuando lo que se denuncia no es tal error, sino el apreciativo de un delito de **estafa**, como analizaremos en el siguiente motivo.

Y lo mismo ocurre con el resto de los documentos invocados como causa del error. Significan una discrepancia con las argumentaciones jurídicas de la sentencia recurrida, pero no propiamente un error en los hechos, que han quedado relatados en el factum, y completados con lo expuesto en la fundamentación jurídica de aquélla. Obsérvese que los recurrentes también citan declaraciones de contenido personal, que no ostentan el carácter de documentos literosuficientes.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO.- Finalmente, queda por analizar el tercer motivo, formalizado por estricta infracción de ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por consiguiente, con pleno respeto a los hechos declarados probados.

El autor del recurso considera indebidamente faltos de aplicación los preceptos penales que cita, que tipifican el delito de **estafa**, por el que se acusaba en la instancia.

La cuestión gira en torno a si, en el momento que se contrata la permuta, los acusados conocían de antemano su situación de insolvencia patrimonial, y por consiguiente, que no podían cumplir con lo convenido, lo que convertía su actuación en constitutiva de delito de **estafa**, en función del engaño bastante desplegado en ese caso.

Los hechos probados nos dicen que, una vez que los querellantes tuvieron la propiedad de un solar, contiguo a otro, en donde los acusados construían diversas fases de una urbanización de viviendas unifamiliares, otorgaron con éstos, en fecha 3 de agosto de 2001, una contrato de obra nueva y permuta, de modo que aportaban la finca a los constructores, y éstos, se obligaban a entregar una de las siete viviendas unifamiliares (chalés) que construían, acordándose que, por la diferencia de valor entre ambas aportaciones, los acusados entregarían un pagaré por importe de 30.050,61 euros, con fecha de vencimiento de 20 de noviembre de 2001. Dicho pagaré no fue pasado al cobro en tal fecha, por acuerdo de las partes, si no que lo fue cuando conocieron la situación de quiebra de la empresa, habiéndose comenzado ya la construcción de la referida vivienda, que no pudo concluirse por tal declaración de quiebra, que fue calificada fraudulenta, según se expresa en la fundamentación jurídica, por no poner la situación "delicada" (sic) de la sociedad mercantil en comunicación del Juzgado y por no indicar "cuál era el domicilio, oficinas o documentación mercantil" (sic), junto al hecho de no llevar libros de contabilidad obligatorios. La declaración, teniendo por presentada la quiebra necesaria es de fecha 10 de mayo de 2002, y la sentencia declarando la calificación de fraudulenta es de cuatro años después, concretamente el día 10 de mayo de 2006 (folios 470 y 471), no formándose la pieza de calificación hasta el día 2 de febrero de 2006, según se lee en la misma.

Hemos declarado que el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar, pero, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a éste su decidida intención de incumplir sus propias observaciones contractuales para instrumentalizarlas 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 contraprestaciones previamente asumidas con regularidad negocial. Se trata de la defraudación de una expectativa contractual, otras veces denominada negocio jurídico criminalizado.

La sentencia recurrida analiza el estado de fondos en metálico en poder de los acusados, y llega a la conclusión de que mantenían dinerario suficiente para atender el pagaré. Y respecto a la declaración de la quiebra, no queda demostrado, fuera de toda duda razonable, que en el momento del concierto contractual existiera una situación de imposibilidad de cumplimiento previa, conocida por los acusados, de modo que aprovechándose de la misma, indujeran a contratar a los ahora recurrentes con objeto de quedarse con la propiedad de la finca, objeto de construcción de una de las fases de la urbanización. Siendo ello así, no puede estimarse el motivo, pues la esencia del engaño se encontraría en el conocimiento anterior de esa situación de imposibilidad de cumplimiento, lo que no se deduce de los hechos probados, sino que, por el contrario, la Sala sentenciadora de instancia analiza los restantes indicios que cita para llegar a la conclusión de que se trató de una insolvencia patrimonial sobrevenida al concierto contractual.

Por consiguiente, el motivo no puede prosperar.

QUINTO.- Al proceder la desestimación del recurso, se han de imponer las costas al recurrente, con pérdida del depósito, si lo hubieran constituido (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación legal de la Acusación Particular Abelardo e Lucía , contra Sentencia núm. 50, de fecha 27 de Junio de 2007 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso y a la pérdida del depósito legal si en su día lo hubieren constituido.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Enrique Bacigalupo Zapater Julián Sánchez Melgar Perfecto Andrés Ibáñez Francisco Monterde Ferrer Siro Francisco García Pérez

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