



Roj: **STS 1361/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1361**

Id Cendoj: **28079120012021100302**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/04/2021**

Nº de Recurso: **2623/2019**

Nº de Resolución: **287/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 287/2021

Fecha de sentencia: 07/04/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2623/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2623/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 287/2021

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 7 de abril de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y por vulneración de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado don Carmelo y SOLUCIONES EMPRESARIALES TECNICAS DE ASESORAMIENTO S.L. (**SOLVENTA**) contra la sentencia nº 169/2019, de 25 de marzo, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Procedimiento Abreviado [PAB] 99/2018 dimanante del PA 1905/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Massamagrell, por la que se condenó a los recurrentes como autores de un delito de estafa en cantidad de notoria importancia sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Los Magistrados 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.

Han sido partes en el presente procedimiento el acusado don Carmelo y SOLUCIONES EMPRESARIALES TECNICAS DE ASESORAMIENTO S.L. (**SOLVENTA**) representados por el Procurador de los Tribunales don Jesús Mora Vicente y defendidos por la Letrada doña María Ángeles Martínez París y como acusación particular don **David**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Helena Margarita Leal Mora y bajo la dirección letrada de don Manuel Gabriel Izquierdo Sancho.

Ha sido parte el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Massamagrell incoó procedimiento abreviado núm. 1905/2014 por delito de estafa en cantidad de notoria importancia contra Carmelo y contra Soluciones empresariales técnicas de asesoramiento S.L.. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia que incoó PA 99/2018 y con fecha 25 de marzo de 2019 dictó Sentencia núm. 169 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Primero. Se declara probado que el acusado Carmelo, mayor de edad y cuyos antecedentes penales no han sido aportados, debido a su relación de amistad con David estuvo hablando con éste sobre la posibilidad de intervenir en un negocio consistente en la compra de tres equipos médicos de screening de salud para el Sr. David, y con tal fin buscó financiación valiéndose de su relación comercial con las financieras al ser administrador y único socio de la mercantil Soluciones Empresariales Técnicas de Asesoramiento, S.L. (Solventa).

Segundo. El acusado negoció con Cajamar un préstamo personal por importe de 60.000 euros que fue firmado el día 26 de noviembre de 2013 por David como prestatario y por su esposa Carina como fiadora. Ingresados en la cuenta de David los 60.000 euros del préstamo, éste ordenó una transferencia por importe de 55.230 euros a la cuenta Solventa en la entidad bancaria Bantierra para la compra de los equipos.

Tercero. El mismo día 26, de noviembre de 2013 y con la intermediación del acusado fue suscrito un contrato de renting o arrendamiento financiero entre la entidad Cast Info S.A. y David en virtud del cual aquélla dio en arriendo a éste tres equipos médicos de screening, obligándose a pagar el arrendatario Sr. David 61 cuotas de 3.218,40 euros cada una, lo que totalizaba un importe de 196.322 euros. El acusado, que recibió de Cast Info S.A. en la cuenta bancaria de Solventa la cantidad de 188.760 euros, correspondientes al importe de las tres máquinas más el IVA correspondiente, se comprometió a gestionar la compra de los tres equipos médicos para entregárselos a David, y a cambio de la recepción de ese dinero emitió una factura de venta por importe de 156.000 euros a razón de 52.000 euros por cada equipo, lo que daba un total de 188,760 euros al aplicar el IVA.

Cuarto. El acusado, pese haber recibido tanto el dinero del préstamo personal como el del renting para la adquisición de las tres máquinas en los términos que han quedado expuestos, tan sólo adquirió una de esas máquinas cuyo precio pagó mediante dos entregas efectuadas en diciembre de 2013 (29.200 euros) y en marzo de 2014 (25.600 euros), totalizando el precio de esa máquina la cantidad de 54.800, sin que exista ninguna constancia sobre la adquisición de las otras 'dos' máquinas. Debido a las constantes reclamaciones que el Sr. David le vino haciendo sobre la devolución del dinero que indebidamente retenía el acusado, éste devolvió a lo largo de los últimos meses de 2013 y primeros meses de 2014 un total de 79.962 euros, que el Sr. David admite haber recuperado. El resto del dinero recibido por el acusado y no devuelto ni invertido en la compra de la única máquina adquirida sigue en poder del acusado, quien se ha quedado definitivamente ese dinero para sí.

Quinto. El crédito derivado del renting fue cedido por la entidad Cast Info S.A. al Banco de Santander el mismo día en que se firmó dicho renting, y esta entidad bancaria remitió una carta al querellante perjudicado indicándole que el total adeudado por razón del renting ascendía a la suma de 209.367 euros. El total dispuesto al efectuar la mencionada transferencia de 55.200 euros fue la cantidad de 55.230 euros".



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

"Primero.- Condenar a Carmelo como autor de un delito de estafa en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y a la pena de ocho meses de multa con una cuota diaria de doce euros, con el pago de la mitad de las costas de la acusación particular. Además, indemnizará a David en la cantidad de 129.687,63 euros más los intereses legales.

Segundo.- Condenar a la entidad Soluciones Empresariales Técnicas de Asesoramiento, S.L. (Solventa) a la pena de multa de 327.594 euros y al pago de las mismas costas impuestas a Carmelo .

Tercero. Absolver a Carmelo del delito de apropiación indebida de que ha sido acusado por la acusación particular, declarándose de oficio la mitad de las costas procesales de la acusación particular.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo prevenido en el artículo 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el plazo prevenido en el artículo 856 de dicha Ley.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Carmelo y Soluciones empresariales técnicas de asesoramiento S.L. (SOLVENTA) anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, por vulneración de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma, 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 de casación formalizado por el aquí recurrente en casación se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim. por indebida aplicación del art. 248 del CP, en relación con el art. 250.1.5º del mismo texto legal.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos auténticos obrantes en la causa y que según el sr. Carmelo se contradicen con el factum de la sentencia recurrida.

Motivo tercero.- Este motivo se interpone al amparo del art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ por vulneración de precepto constitucional. Se alega violación del art. 24 de la CE: en concreto del derecho a la presunción de inocencia. Manifiesta el representante legal del acusado que no se ha practicado prueba de cargo de suficiente entidad que justifique la autoría de su representado respecto al delito de estafa.

QUINTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión a trámite del recurso y subsidiariamente su desestimación, en base a las consideraciones expuestas en su informe de fecha 10 de octubre de 2019.

SEXTO.- Doña Helena Margarita Leal Mora, Procuradora de los Tribunales y de don David , se OPONE al recurso planteado de contrario en escrito de 22 de octubre de 2019, alegando, en síntesis, que la sentencia recurrida es ajustada a derecho y solicita entre otras consideraciones la condena en costas del recurrente.

SEPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 24 de octubre siguiente se tienen por incorporados los anteriores escritos y se da traslado a la representación del recurrente por plazo de tres días conforme al artículo 882.2º Lecrim. El recurrente en escrito de 29 de octubre solicita que tras los trámites legales oportunos se dicte sentencia por la que se estime el recurso de casación interpuesto.

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 26 de febrero de 2021 se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 6 de abril de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- El presente recurso de casación se estructura sobre la base de tres motivos. Prescindiendo ahora del segundo de ellos, –interpuesto al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativo a la pretendida existencia de un error en la valoración de la prueba que resultaría de documentos, obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba–, el primero y el último aparecen, en cierto modo, entrelazados y, desde luego, participan de un vínculo o raíz común. Así, se denuncia, inicialmente,



conforme a las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la indebida aplicación de los artículos 248 (y 250.1.5º) del Código Penal, al considerar, en síntesis, quien ahora recurre que el relato de hechos probados de la sentencia impugnada no contiene los elementos indispensables para que, a su luz, pueda construirse el delito de estafa. En particular, censura el recurrente que en el mencionado relato se omite cualquier referencia al engaño, nervio central de dicha figura delictiva, sin que se señale en ninguno de sus pasajes en qué podría haber consistido la conducta falaz supuestamente desplegada por Carmelo. En el tercero de los motivos de impugnación, enfrenta quien ahora recurre las consideraciones que, ya en el marco de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, se realizan con relación a los medios probatorios que vendrían a justificar la existencia del engaño, cuya descripción, sin embargo, en el relato de hechos probados se omite por entero. Por esa razón, ambos motivos, estrechamente vinculados entre sí, deberán ser ahora analizados de manera sucesiva.

PRIMERO.- Ciertamente, el factum de la resolución impugnada no resulta ni especialmente completo ni particularmente claro tampoco en su redacción. Se conforma por la descripción lacónica de los siguientes hitos:

1.- El acusado, *"debido a su relación de amistad con David"*, y como quiera que éste estaba interesado en la adquisición de tres equipos médicos de screening (suponemos que quiere decirse: screening), acordó con aquél obtener la financiación necesaria para dicho propósito *"valiéndose de su relación comercial con las financieras al ser, el acusado, administrador y único socio de Solventa"*, así como *"intervenir"* en dicho negocio.

2.- Conforme al referido acuerdo, el acusado negoció con Cajamarca un préstamo personal por importe de 60.000 €, firmado el 26 de noviembre de 2013, en el que aparecía como prestatario el Sr. David y como fiadora su esposa. El capital prestado se ingresó en una cuenta bancaria del Sr. David quien, a su vez, transfirió la suma de 55.230 € a la cuenta de Solventa *"para la compra de los equipos"*. Así pues, y a partir de lo hasta aquí descrito, se consideró probado que el acusado convino con el Sr. David no sólo realizar gestiones para procurar la mejor financiación para la adquisición proyectada, sino que también habría asumido la obligación de adquirir los tres equipos médicos y entregárselos después al Sr. David. Nada se dice acerca del beneficio económico que, si existía, podría obtener de ello el acusado; o si, contrariamente, el compromiso que asumió se realizaba a título gratuito.

3.- Ese mismo día, 26 de noviembre de 2013, *"y con la intermediación del acusado"*, se suscribió también un contrato de renting o arrendamiento financiero entre la entidad Cast Info, S.A. y el Sr. David. Por su virtud, la mercantil *"daba en arriendo"* al Sr. David los tres equipos médicos, obligándose éste a pagar 61 cuotas por importe cada una de 3218,40 € (196.322 € en total). Sin solución de continuidad, se añade que el acusado recibió de Cast Info, S.A. en la cuenta bancaria de la que era titular Solventa, la cantidad de 188.760 €, *"correspondientes al importe de las tres máquinas más el IVA"*. Y se dice también que el acusado se comprometió a gestionar la compra de los tres equipos médicos para entregárselos al Sr. David, *"emitiendo una factura de venta por importe de 156.000 €, a razón de 52.000 € por cada equipo, lo que daba un total de 188.760 € al aplicar el IVA"*.

Es en la redacción de este concreto pasaje en el que se advierte una mayor oscuridad. El mismo no permite conocer el momento en el cual la mercantil Cast Info, S.A. habría puesto a disposición del acusado la cantidad de 188.760 €, aunque, pareciera, que pudiera haber sido, tal y como se describe al inicio de ese párrafo, el día 26 de noviembre de 2013, es decir, de manera simultánea a la firma del contrato de renting o arrendamiento financiero. Fuera en ese momento, o con posterioridad, parece claro que la expresión *"daba en arrendamiento"*, debe entenderse en el sentido de que Cast Info, S.A. no procedió, sin embargo, a poner en posesión del arrendatario la maquinaria objeto del convenio. Y, desde luego, no es posible conocer, a partir de la redacción de este párrafo, el origen de los mencionados 188.760 € que la mercantil había entregado a Carmelo. Por supuesto, dicha cantidad no podía ser el resultado del pago de las cuotas (61), que el arrendatario se había comprometido a abonar. Parece, pero sólo es una de entre las interpretaciones posibles, que lo que ha querido decirse es que Cast Info, S.A. entregó, de su propio patrimonio, al acusado la cantidad necesaria para adquirir las máquinas por su encargo y hacer entrega de las mismas al arrendatario financiero (así parece deducirse de la firma de la factura de venta a la que también se alude). Nada se observa, sin embargo, en el relato de hechos probados acerca de que, a sus respectivos vencimientos, el arrendatario satisficiera el importe de las mencionadas cuotas, aunque, parece que resulta obligado suponerlo, si se tiene en cuenta que, en el ámbito de la responsabilidad civil, se condena al acusado a satisfacer al Sr. David, con matices que ahora no son del caso, el importe de las máquinas no entregadas (y no a Cast Info, S.A. ni a quien después adquirió el crédito). Tampoco se hace referencia, si es que existió, al establecimiento de plazo alguno para la adquisición y entrega de los equipos médicos por parte del acusado.

4.- Se considera probado también que el acusado *"pese a haber recibido tanto el dinero del préstamo"* (55.230 €), que le había entregado el Sr. David, *"como el del renting"* (188.760 €), es decir, un total de 243.990 €, *"para*



la adquisición de las tres máquinas", tan sólo compró una de ellas, por un precio de 54.800 euros, máquina que, es también de suponer, entregaría al Sr. David . Y nuevamente sin solución de continuidad se añade que: *"Debido a las constantes reclamaciones del Sr. David ... sobre la devolución del dinero que indebidamente retenía el acusado, este devolvió a lo largo de los últimos meses de 2013 y primeros de 2014 un total de 79.962 €"* . Este pasaje del relato de hechos probados concluye señalando: *"El resto del dinero recibido por el acusado y no devuelto ni invertido en la compra de la única máquina adquirida sigue en poder del acusado, quien se ha quedado definitivamente ese dinero para sí"*.

Nada se afirma, --aunque nuevamente cabe suponerlo--, en el relato de hechos probados acerca de que la máquina que efectivamente adquirió el acusado fuera entregada, ni en qué momento, al Sr. David . Tampoco se precisa en el relato de hechos probados cuál pudiera ser el destino final acordado respecto del posible sobrante del dinero que se afirma recibido por el acusado para la adquisición de los tres equipos (243.990 €), teniendo en cuenta que la única máquina que se asegura comprada de las tres comprometidas, se adquirió por un importe de 54.800 euros (la adquisición de los tres equipos, a ese mismo precio, habría importado 164.400 €, es decir, 79.590 € menos de los que le fueron entregados al acusado con el fin, se dice, de adquirir las máquinas). Y si el dinero entregado, en parte procedía de la aportación del Sr. David (a través del préstamo que obtuvo) y en parte de la realizada por Cast Info, S.A., tampoco se precisa nada en el relato de hechos probados que se contiene en la resolución recurrida, acerca de en qué proporción debería reintegrarse aquel exceso a cada uno de los financiadores y/o si todo o parte del mismo debería quedar en poder del acusado por cualquier concepto.

5.- Finalmente, en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada se afirma que *"el crédito derivado del renting fue cedido por la entidad Cast Info, S.A. al Banco de Santander el mismo día en que se firmó dicho renting, y esa entidad bancaria remitió una carta al querellante perjudicado indicándole que el total adeudado por razón del renting ascendía a la suma de 209.367 €. El total dispuesto al efectuar la mencionada transferencia de 55.200 € fue la cantidad de 55.230 € (sic)"*. Este último inciso, con el que se cierra el relato de hechos probados, resulta de particularmente difícil inteligencia. En cualquier caso, parece confirmarse, a partir de lo aquí expresado, que el dinero que se entregó por la financiadora al acusado para la adquisición de las máquinas, 188.760 €, era propiedad de ésta, cediendo después su crédito al Banco de Santander, quien se lo reclamó al deudor (que no consta si lo ha abonado total o parcialmente), lo que determinó que en la sentencia impugnada se declarase la responsabilidad civil derivada del delito, en favor del Sr. David .

Así pues, y a partir del mencionado relato, puede concluirse que el acusado convino con el Sr. David , en procurarle financiación para adquirir unos equipos médicos (tres), que el propio acusado, una vez obtenido el dinero necesario para ello, compraría y entregaría para su uso al Sr. David quien, por su parte, satisfaría un precio, o la mayor parte del mismo, a través de un arrendamiento financiero, que se concretaba en el pago de sesenta y una cuotas. Sin embargo, el acusado, pese a haber recibido una cantidad de dinero más que suficiente para dicha finalidad, sólo adquirió uno de los equipos (que, hemos de suponer, entregó al Sr. David). Y, además, como consecuencia de las reclamaciones de éste, le entregó también un total de 79.962 euros, conservando, en su poder, el resto del dinero recibido.

SEGUNDO.- Fácilmente se comprenderá, partiendo del anterior relato de hechos probados, que deba estimarse ahora el primer motivo de queja deducido por la parte recurrente. El delito de estafa, como este Tribunal ha tenido oportunidad de destacar de forma invariable en numerosas resoluciones, y de acuerdo también con la, ya clásica, doctrina al respecto, presenta como nervio central, como núcleo de la actividad típica, la realización de un engaño suficiente, bastante, para provocar un error en otro que le conduzca a efectuar un acto de disposición en su perjuicio o en perjuicio de tercero. De este modo, han de concatenarse, para que el delito se perfeccione, un primer elemento generador (el engaño), bastante para producir una percepción equivocada en otra persona (el error), que a su vez será la causa que provoca el efecto buscado por el autor (el desplazamiento patrimonial), actuando éste con ánimo de lucro y en perjuicio de la persona engañada o de un tercero. Así, por todas, en nuestra reciente sentencia número 146/2021, de 18 de febrero, tuvimos oportunidad de señalar: <<La jurisprudencia de esta Sala ha proclamado la construcción del reproche penal por estafa desde la exigencia de un engaño que el sujeto activo despliega de manera adecuada para que despierte en el sujeto pasivo una convicción equivocada de la realidad existente, de modo que el destinatario del engaño, impulsado precisamente por esa incorrecta e inducida persuasión, realice voluntariamente un acto de disposición patrimonial que no se hubiera abordado de otro modo y que le perjudica.

Del mismo modo, hemos destacado que el delito de estafa puede surgir con ocasión de los negocios jurídicos bilaterales, consistiendo el engaño en el empleo por uno de los contratantes de artificios o maniobras falaces que hagan creer a la contraparte en ciertas cualidades de la prestación que va a recibir que son realmente inexistentes, o que le convenzan de que recibirá la prestación comprometida, ocultando el verdadero propósito de no atenderla y de enriquecerse con lo recibido a cambio>>.



1.- En el caso, es claro que en el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada, ninguna referencia se efectúa a que el acusado en este procedimiento, Carmelo, protagonizara engaño alguno, desplegara ninguna clase de conducta mendaz, de maniobra o artificio, hábil para provocar en el sujeto pasivo del delito una errónea representación de la realidad. Dicho de otra forma: en ninguno de los pasajes que conforman el *factum* de la resolución impugnada, es posible identificar nada distinto de la existencia de un mero incumplimiento contractual, siendo que, pese a lo comprometido, Carmelo, no hizo entrega de los equipos médicos (incumplió su prestación), pese a haber recibido de la contraparte el íntegro cumplimiento de la suya. Por otro lado, si hemos dicho que el engaño ha de ser el factor que provoca la existencia de un error en el sujeto pasivo que resulta, a su vez, causa del desplazamiento patrimonial, es claro que el mencionado engaño, para que pueda hablarse con precisión de la presencia de un delito de estafa, ha de resultar anterior a la existencia de dicho desplazamiento. En el caso, Carmelo, a través de alguna conducta o maniobra falaz (de la que no existe rastro en el relato de hechos probados de la resolución impugnada), debería haber provocado un error en el Sr. David, haciendo creer a éste que le entregaría los equipos médicos, pese a tener resuelto aquel, ya desde entonces (dolo inicial), que no lo haría e incorporaría el dinero entregado con ese fin a su patrimonio. Otro entendimiento, naturalmente, conduciría a considerar que cualquier incumplimiento en el ámbito de las obligaciones civiles bilaterales, satisfecha su prestación por una de las partes y omitida o cumplida incompleta o indebidamente por la otra la suya (que es lo que, en realidad, se describe en el *factum*), comportaría un soporte fáctico bastante para colmar las exigencias del delito de estafa.

2.- Ciertamente es que, en el primero de sus fundamentos jurídicos, la sentencia recurrida trata de salvar esa, ya incorregible, omisión, cuando señala: "*Es claro, en consecuencia, que el acusado pagó la cantidad de 54.800 € para la compra de la máquina, y que además ha devuelto al querellante la cantidad de 79.962 €, lo que este ha admitido. Si se parte de que lo recibido por el acusado fueron 243.960 € (que es la cantidad resultante de sumar los 55.200 € del préstamo personal y la cantidad de 188.760 € del renting), y de esa suma se detrae la cantidad de 134.762 € (que son los pagos y devoluciones hechos por el acusado), resta por justificar la cantidad de 109.198 €, cuyo destino no ha justificado el acusado, por lo que se considera que éste se ha apropiado de dicha suma valiéndose del engaño de hacerle creer que destinaría el dinero recibido a la realización de esa compra, cosa que desde un principio no estaba dispuesto a hacer, como se evidencia de su propio comportamiento*". Seguidamente, ese comportamiento del acusado se describe del siguiente modo: "*Se estima cometido un delito de estafa porque el acusado, tras haber gestionado la obtención de dinero a crédito por dos vías (préstamo personal y renting), hizo que ese dinero fuera transferido a su cuenta, haciendo creer al perjudicado que se encargaría de la compra de los tres aparatos médicos convenidos y sin embargo no hizo más que comprar uno de ellos, sin haber dado la menor explicación acerca de por qué no compró los otros dos aparatos, lo que permite pensar que ya había decidido quedarse con el dinero desde un principio. Y esto se afirma así aun cuando a requerimiento del perjudicado fuese devolviendo pequeñas cantidades de dinero a lo largo de los meses posteriores*".

Sin embargo, resulta obligado concluir que dichas consideraciones no colman la laguna advertida en el relato de hechos probados. Muchas veces hemos tenido ya la oportunidad de recordar que la totalidad del sustrato fáctico relevante de la conducta enjuiciada ha de contenerse en el apartado que la sentencia destina a proclamar cuáles han sido, a partir de la valoración de la prueba practicada en el juicio, los hechos que definitivamente se consideran acreditados, sin que aquellos elementos puedan aparecer dispersos a lo largo de la fundamentación jurídica de la resolución. Ello obedece a la necesidad de que, de manera firme e inconcusa, proporcione la sentencia, con claridad sistemática y expresiva, el relato de los hechos que definitivamente se consideran probados, con el fin, no único pero sí relevante, de facilitar (o incluso de posibilitar), el debate jurídico, el juicio de subsunción, que requiere, como elemento previo indispensable, la existencia de unos hechos estables y definitivamente fijados en todos sus elementos esenciales. Recordábamos esto mismo, por ejemplo, en nuestra reciente sentencia número 40/2021, de 21 de enero, en la que puede leerse: <<En las sentencias deben constar los hechos en el apartado correspondiente descritos *con todos los elementos que resulten relevantes para la subsunción*, sin que sea correcto añadir otros hechos relevantes en la fundamentación jurídica, aun cuando se admite que un determinado hecho probado pueda ser complementado o explicado con afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación, siempre que sus elementos esenciales en relación con la descripción típica aparezcan en el apartado fáctico (SSTS. 201/2003, de 12.2, 302/2003, de 27.2, 1369/2003, de 1.07, 945/2004, de 23.7)". Lo explica, más recientemente, nuestra sentencia núm. 292/2020, de 10 de junio, con razonamientos que, también parcialmente, se transcriben a continuación: "...los hechos probados, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, pueden ser integrados por fragmentos de la fundamentación jurídica *cuando favorezcan al acusado*. Hemos admitido la posibilidad de que los hechos probados sean complementados por constataciones de hecho formuladas de forma terminante en la fundamentación jurídica, pero hemos negado que el relato fáctico, en los elementos esenciales del delito que motiva la condena, pueda configurarse mediante afirmaciones fácticas surgidas de procesos argumentativos contenidos en la fundamentación jurídica (cfr. SSTS 21/2010, 26 de enero



y 520/2012, 19 de junio y 862/2012, 31 de octubre, entre otras)>>. Basta con ello para comprender que este primer motivo de impugnación, interpuesto a la luz de lo prevenido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe ser estimado.

3.- A mayor abundamiento, –y ello entronca con el último de los motivos de queja sostenidos por el recurrente–, también el juicio de inferencia que se efectúa en la resolución impugnada, respecto de la necesaria existencia de un engaño previo supuestamente protagonizado por el acusado, provocando un error en el Sr. David que le habría determinado a realizar en favor de aquél un desplazamiento patrimonial, descansa, a nuestro parecer, en consideraciones excesivamente abiertas, inconcluyentes, meras hipótesis, que coexisten con otras, igual o parecidamente probables desde el punto de vista epistemológico.

En efecto, la sentencia recurrida afirma, como ya se ha señalado, que el acusado gestionó, –tal y como, por cierto, se había comprometido, conforme resulta del relato de hechos probados–, la obtención de sendas vías de financiación para la compra de los equipos médicos y, una vez este dinero en su poder, –conforme también se había acordado, pues a él se encomendaba la compra de las maquinarias–, únicamente adquirió uno de dichos equipos, sin haber dado la menor explicación acerca de las razones por las que no adquirió los otros dos aparatos. De aquí, concluye la Audiencia Provincial que ello *"permite pensar que ya había decidido quedarse con el dinero desde un principio"*. Y es verdad, desde luego, que todo lo anterior describe la existencia de un inequívoco incumplimiento contractual, habida cuenta de que el ahora acusado dejó de atender la obligación asumida por él de adquirir los, tan citados, tres equipos médicos (dos, puesto que uno sí llegó a adquirirlo). Y es igualmente cierto que la circunstancia de que no ofreciera una explicación convincente al Tribunal acerca de los motivos por los cuales incumplió esta obligación, *"permite pensar"* que estuviera ya inicialmente, desde un principio, resuelto a desatender la referida obligación. Pero *"permite pensar"* también que, acaso, esa decisión, la de no adquirir dos de los tres equipos médicos comprometidos (¿por qué no todos ellos?), pudiera haber sido adoptada con posterioridad, una vez ya en su poder el dinero que le fue entregado con dicho fin, por cualesquiera razones concurrentes. Y no excluye tampoco sólidamente la existencia, por múltiples hipótesis concebibles, de otros motivos que le impidieran o dificultasen la asunción de sus obligaciones. En definitiva, consideramos que el juicio de inferencia efectuado por el Tribunal de instancia, por albergar conclusiones excesivamente abiertas y descansando sobre las lacónicas referencias que en la resolución impugnada se efectúan, resulta excesivamente abierto, insuficiente, para que pudiera desvirtuarse sobre su base el derecho constitucional a la presunción de inocencia del acusado. En realidad, la inferencia obtenida (partiendo del incuestionable incumplimiento contractual referido), descansa exclusivamente en la insuficiente explicación por parte del acusado, a juicio de la Audiencia Provincial, relativa a los motivos por los cuales dejó de adquirir las otras dos máquinas o equipos médicos comprometidos.

TERCERO.- Sentado lo anterior, no puede desconocerse que la Audiencia Provincial, inmediatamente después de las consideraciones que acaban de ser transcritas, añade (y en ello pone también el acento el Ministerio Público al tiempo de oponerse al recurso interpuesto), al parecer no enteramente convencida de la existencia del engaño previo que acababa de proclamar: *<<En todo caso, si se llegase a la conclusión de que la estafa no ha quedado bien perfilada, sería indudable que habría cometido un delito de apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal, ya que decidió quedarse para sí un dinero que había recibido en administración, sin haberlo destinado al fin inicialmente previsto. Esto no obstante, como sea que los hechos enjuiciados son considerados en su totalidad, y la petición de condena formulada por la acusación particular se ha referido a que fueron cometidos dos delitos al mismo tiempo, uno de estafa y otro de apropiación indebida, o bien uno después del otro, sin que esa petición se realizase con carácter subsidiario o alternativo, es inevitable tener que absolver por razón del delito de apropiación indebida, ya que no pueden reputarse conjuntamente cometidos esos dos delitos. Esto tendrá su repercusión también en lo tocante a la condena al pago de las costas causadas por la acusación particular"*.

Dichas consideraciones determinan que debemos enfrentarnos ahora con la cuestión relativa a si, aun estimando parcialmente el recurso del acusado y absolviendo al mismo del delito de estafa por las razones que hasta aquí se han explicado, sería dable, sin embargo, condenarle ahora como autor de un delito de apropiación indebida, teniendo en cuenta, además, que ambas infracciones tienen asociada idéntica pena. No será posible, ya lo anticipamos, tanto por razones de naturaleza material como procesal. Empezaremos nuestra exposición por estas segundas.

1.- Como recuerda, por ejemplo, nuestra reciente sentencia número 119/2021, de 11 de febrero: *<<estafa y apropiación indebida son delitos heterogéneos pues en el primero el ataque patrimonial se lleva a cabo mediante un engaño con el consiguiente desplazamiento en el patrimonio, mientras que en el segundo el desplazamiento no tiene origen en aquel engaño motor, sino en el abuso de confianza ya depositado en el sujeto activo. Ambas infracciones tienen como elemento común la quiebra de la lealtad en las relaciones económicas. En la estafa la quiebra es anterior al acto de disposición efectuado por la víctima y causante del*



mismo: es el engaño antecedente, bastante y causante. En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y solo después, el receptor del dinero, no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición.

Por ello, estafa y apropiación indebida son heterogéneos en cuanto sus hechos son distintos y *el principio acusatorio exige que la defensa del imputado tenga cabal conocimiento de los hechos de la imputación, de manera que no es posible que el acusado por estafa, es decir, por actuar una disposición económica mediante engaño, sea condenado por hechos distintos, la concurrencia de abuso de confianza para la apropiación o distracción de fondos o efectos, pues con independencia de los distintos elementos de ambas figuras delictivas, lo principal es que los hechos son distintos*. De ahí la conveniencia -como hizo el Ministerio Fiscal- de formular conclusiones alternativas postulando la condena por uno y otro delito>>.

En semejante sentido, nuestra sentencia número 375/2020, de 8 de julio, observa también que: <<El punto de debate consiste en determinar si con los antecedentes que se citan en el apartado anterior ha existido o no vulneración del principio acusatorio, ya que es evidente que el recurrente fue condenado por un delito de apropiación indebida, cuando solamente se le imputa un delito de estafa.

A pesar de ciertas discrepancias jurisprudenciales en orden a la homogeneidad o no de los delitos de estafa y apropiación indebida, no se discute que su estructura jurídica es radicalmente distinta. En el supuesto de la apropiación indebida el desplazamiento patrimonial tiene su causa en una relación jurídica reconocida válidamente por el derecho. La acción típica punible consiste en el incumplimiento de las obligaciones prometidas y el apoderamiento ilícito de las cosas, bienes o dinero entregado.

En la estafa, el titular de la cosa realiza la entrega en virtud de las falsas promesas vertidas por el sujeto activo que consigue convencerle de la existencia de un hecho o de un negocio que justifica la transmisión confiada de los bienes, con los que fraudulentamente se queda el autor.

El único nexo común es el resultado final apropiatorio, pero el mecanismo típico es totalmente diferente. Los elementos normativos del tipo también son distintos, por lo que es prácticamente imposible establecer homogeneidad entre ambas figuras delictivas.

Se trata, pues, de delitos heterogéneos y con diferencias claras de planteamiento. En cualquier caso, para evitar estas situaciones es preciso que las acusaciones formulen peticiones de condena alternativas, porque en ese caso no habría vulneración del acusatorio, o que si el Tribunal entiende que la prueba practicada le lleva a otro delito que haga el planteamiento de la tesis del art. 733 LECRIM, que para ello está regulado en el texto.

Aun respetando la identidad sustancial del hecho objeto de acusación, la modificación del título jurídico de la condena puede acarrear vulneración del derecho de defensa porque ésta aconsejara articularse en el caso con una estrategia diversa, en lo que respecta a las tesis jurídicas, a la que el acusado no acude por falta de aviso de la eventual aplicación de ese otro título jurídico. De ahí que para tal condena el planteamiento de la tesis sea exigible. Porque el mismo abre un nuevo debate y correlativa posibilidad de acudir a otro título jurídico de condena>> (STS número 28/2017, de 25 de enero).

En el supuesto que ahora enfrentamos, lo cierto es que el Ministerio Público formuló acusación considerando los hechos como exclusivamente constitutivos de un delito de estafa, de los previstos en los artículos 248 y 250.1.5 y 6 del Código Penal. Por su parte, la acusación particular califica los hechos por ella descritos como constitutivos de sendos delitos (en relación de concurso real) de estafa y apropiación indebida, interesando para el acusado, como autor de cada uno de ellos, las correspondientes penas. La Audiencia Provincial, por las razones que se han dejado explicadas, acuerda condenar al acusado como autor del delito de estafa y absolverle, en cambio, por el de apropiación indebida que también se le imputaba, excluyendo, en coherencia con ello, la mitad de las costas causadas en el procedimiento, que se declaran de oficio.

Así las cosas, no se formuló pretensión alternativa o subsidiaria (entre los delitos de estafa y apropiación indebida) por ninguna de las acusaciones, ni suscitó el Tribunal la cuestión por la vía del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (también en coherencia con su decisión de condenar por el delito de estafa y porque la imputación por apropiación indebida, de la que después absolvió al acusado, ya se estaba sosteniendo por la acusación particular). Ciertamente, si las pretensiones articuladas en el procedimiento por la acusación particular se hubieran planteado en términos de alternatividad o subsidiariedad, la absolución del acusado como autor de un delito de estafa podría no excluir, en ciertos casos, -y hay precedentes de ello en algunas resoluciones de este Tribunal-, que no considerándose justificada la existencia de un engaño previo y absolviendo, en consecuencia, por el delito de estafa (pretensión principal o alternativa), pudiéramos plantearnos ahora si el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada se alcanza para configurar, sin embargo, la apropiación indebida (pretensión subsidiaria o alternativa). No fue así. La acusación particular consideraba que los hechos cuya comisión imputaba a Carmelo resultaban ser constitutivos, en



relación de concurso real, de un delito de estafa y de otro de apropiación indebida, solicitando para el mismo la imposición de las penas correspondientes por cada uno de ellos. La Audiencia Provincial le absolvió del delito de apropiación indebida. Frente a dicho pronunciamiento se aquietó la acusación particular, habiendo ganado firmeza. Y por eso, en ningún caso resultaría posible que ahora este Tribunal Supremo, descartada por las razones que ya se han explicado la comisión del delito de estafa, viniera a condenar por un ilícito penal del que el acusado resultó explícitamente absuelto y del que, en consecuencia, habiendo sido únicamente él quien interpuso recurso de casación contra la sentencia recaída en la instancia, ninguna alegación o defensa tuvo oportunidad (¿qué sentido habría tenido hacerlo?) de articular aquí.

2.- A mayor abundamiento, lo cierto es que entendemos que el magro relato de hechos probados que se contiene en la resolución impugnada, tampoco permitiría construir, más allá de toda duda razonable, la efectiva existencia de un delito de apropiación indebida. Lo cierto es que en el *factum* se afirma que el acusado se comprometió a conseguir financiación para un negocio, proyectado por el Sr. David, con el que mantenía, se dice, una relación de amistad; negocio en el que el acusado se proponía también "*intervenir*", --por más que en el relato de hechos probados no se concrete en modo alguno en qué consistiría esa afirmada intervención--. Se deja sentado después que Carmelo, conforme a lo comprometido, negoció con una entidad financiera un préstamo personal por importe de 60.000 € que le fueron entregados al Sr. David, apareciendo su esposa como fiadora. El Sr. David, una vez el dinero en su poder, lo ingresó en una cuenta bancaria del acusado (no en su totalidad, pero sí una parte muy sustancial del mismo: 55.230 €). Paralelamente, también con la comprometida gestión del acusado, el Sr. David concertó un contrato de arrendamiento financiero, por cuya virtud Cast Info, S.A. "*dio en arriendo*" a aquél tres equipos médicos de screening. Parece resultar, sin embargo, del relato de hechos probados de la sentencia recurrida, que dichos equipos, "*dados en arriendo*", no fueron entregados materialmente al Sr. David, toda vez que Cast Info, S.A., ingresó en la cuenta de Solventa (mercantil de la que era único propietario y administrador el acusado), la cantidad de 188.160 € "*correspondientes al importe de las tres máquinas más el IVA correspondiente*", parece razonable entender que con la finalidad de que fuera éste quien adquiriese los equipos y se los entregara al Sr. David. A cambio, el Sr. David debería abonar sesenta y una cuotas periódicas (no llega tampoco a concretarse en el *factum* con qué concretos vencimientos: mensuales, trimestrales, semestrales...) por importe, cada una de ellas, de 3218,40 €, lo que totalizaba un importe final de 196.322 €.

Según también se afirma en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, las cantidades que recibió el acusado de Cast Info, S.A., tras comprometerse a la adquisición de la maquinaria, se justificaban en un importe de 52.000 € para cada uno de los tres equipos que habían de adquirirse (156.000 € en total), a la que se añadía la cuota correspondiente al IVA hasta totalizar los 188.760 euros que recibió. Por otro lado, y ya en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada, se observa que el vendedor de la maquinaria señaló en el acto del juicio que el precio de cada uno de los equipos estaba, en esas fechas, entre 40.000 y 50.000 €, más la cuota correspondiente al IVA.

En este contexto, no termina de comprenderse, si el valor de los tres equipos, su precio final, alcanzaba la suma de 188.760 € (toda ella facilitada por Cast Info, S.A. al ahora acusado para la adquisición de la maquinaria), y si la compra de dichos equipos era lo único para lo que el acusado se había comprometido a buscar financiación en beneficio del Sr. David, en cuyo negocio, de una manera imprecisa, el acusado había decidido "*intervenir*", cuál pudo ser entonces el motivo por el que, además de dicha cantidad, se procuró también la obtención de un crédito personal en favor del Sr. David, gran parte de cuya cantidad fue entregada también al acusado, según parece colegirse del relato de hechos probados, para la adquisición de dichas máquinas. En definitiva, creemos que la falta de complitud y precisión en el relato de los hechos que la Audiencia Provincial ha considerado acreditados, no permite tampoco construir, más allá de toda duda razonable, la eventual existencia de un delito de apropiación indebida. Se ignora en qué sentido, si en alguno, la "*intervención*" del acusado en el negocio que proyectaba el Sr. David iba, como parece deducirse de la redacción del *factum*, más allá (y, si así fuera, en qué pudiera concretarse) de la mera búsqueda de financiación para la adquisición de la maquinaria y la compra efectiva de ésta. Por otro lado, lo cierto es que el acusado adquirió uno de los equipos (por un importe total de 54.800 €) y realizó después sucesivas entregas al Sr. David por importe de hasta 79.962 euros, en los primeros meses del año 2014 (el contrato entre el Sr. David y Cast Info, S.A. se celebró el 26 de noviembre de 2013), cifra superior a la que, según lo establecido, hubiera costado adquirir un segundo equipo. Todo ello sin que, además, se haga la menor referencia en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada a la existencia de algún plazo convenido, o no, para adquirir la maquinaria. Sobre la base de un relato tan incompleto, y con espacios umbríos o imprecisos tan significativos, no resultaría tampoco posible, materialmente, sostener la existencia de un delito de apropiación indebida.

CUARTO.- De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas de este recurso.



FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Carmelo y Soluciones Empresariales Técnicas de Asesoramiento, S.L., contra la sentencia número 169/2019, de 25 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª), que se casa y anula.

2.- Declarar de oficio las costas devengadas como consecuencia de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2623/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 7 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de Carmelo y Soluciones Empresariales Técnicas de Asesoramiento, S.L., contra la sentencia núm. 169/2019, de 25 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª), sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se aceptan los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en la fundamentación de nuestra sentencia casacional, estimando el recurso interpuesto por la representación procesal de Carmelo y Soluciones Empresariales Técnicas de Asesoramiento, procede absolverles del delito de estafa por el que resultaron condenados en la instancia.

FALLO

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

1.- Absolver a Carmelo y a Soluciones Empresariales Técnicas de Asesoramiento, S.L. de los delitos que se les imputaban en este procedimiento, debiendo dejarse sin efecto cuantas medidas cautelares se hubieren acordado.

2.- Declarar de oficio las costas de la instancia.

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



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ