



Roj: **STS 2609/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2609**

Id Cendoj: **28079120012019100445**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/07/2019**

Nº de Recurso: **1127/2018**

Nº de Resolución: **388/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LE 817/2017,**
STS 2609/2019

RECURSO CASACION núm.: 1127/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Diaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 388/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Alberto Jorge Barreiro

D.^a. Susana Polo Garcia

D.^a. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 24 de julio de 2019.

Esta sala ha visto con el número 1127/2018, los recursos de casación interpuestos por: **Don Guillermo** , representado por la procuradora Doña Paula María Guhl Millán, bajo la dirección letrada de Don Carlos María de la Cadiniere Fernández y por **Don Humberto** , representado por la procuradora Doña María Isabel Torres Coello, bajo la dirección letrada de Don Fernando Abascal Fraile; contra la sentencia n.º 353/2017 dictada, el 10 de julio de 2017, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León , que les condeno como autores de un delito de estafa agravada. Es parte el Ministerio Fiscal. y como parte recurrida la acusación particular **Suministros Ricardo Chao S.L.**

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Diaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 3 de León, incoó Diligencias Previas con el número 1011/2013, por delito de estafa agravada contra Don Guillermo y contra Don Humberto y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de León cuya Sección Tercera dictó, en el Rollo n.º 39/2016, sentencia el 10 de Julio de 2017 , con los siguientes hechos probados:



<< **ÚNICO.-** Ha quedado probado Que los acusados Guillermo Y Humberto , mayores de edad, crearon en 2005 la empresa C.A. FONTANERÍA Y CALEFACCIÓN S.L., de la que eran administradores solidarios, a través de la cual compraban material de saneamiento y calefacción a la empresa RICARDO CHAO S.L., empresa de la que ya era cliente con anterioridad a 2005 el acusado Guillermo . Con dicha empresa y, en concreto, contratando con el administrador y responsable de ventas Carlos José , hicieron compras y llegaron a adeudar a la empresa Ricardo Chao S.L. la cantidad de 335.365,25 euros por facturas impagadas.

El 22 de mayo de 2009 los acusados, como administradores de C.A. FONTANERÍA Y CALEFACCIÓN S.L., emiten siete pagarés por importe de 50.000 euros cada uno de ellos, salvo el último de 35.365,25 euros, a pagar desde el 14 de noviembre de 2009 hasta el 15 de mayo de 2011. Las fechas de vencimiento eran 14-11-2009, 15-2-2010, 15-5-2010, 15-8-2010, 15-11-2010, 15-2-2011 y 15-5-2011. Los acusados como administradores de la empresa C.A. FONTANERÍA Y CALEFACCIÓN S.L. no pagaron ninguno de ellos dando lugar a siete Juicios cambiarios ante los Juzgados de Primera Instancia de León (n° 1923/2009 JPI 3, 497/2010 JPI 4, 776/2010 JPI 1, 779/2010 JPI 5, 1890/2011 JPI 6, 205/2011 JPI 7 y 570/2011 JPI 3 de León).

Los acusados, al tiempo que emitían los pagarés procedieron a vaciar de actividad la empresa a fin de continuar su actividad evitando que sus ingresos pudieran ser embargados por el denunciante y el 1 de enero de 2009 crea ROCHE MANTENIMIENTO S.L. y el 30 de marzo de 2009 NORLEON DE GESTIÓN S.L., ambas administradas por el acusado Guillermo , con el mismo domicilio y objeto social que la empresa C.A. - FONTANERÍA Y CALEFACCIÓN S.L., sito en calle La Serna n° 66 bajo de León, local comercial propiedad de esta empresa. Todo ello con la finalidad de no pagar a Ricardo Chao S.L. el dinero que le debían y que le habían prometido abonar, con una serie de obras por cuya realización se constituyó tales sociedades. Y, aunque en 2009 la empresa C.A. FONTANERÍA Y CALEFACCIÓN S.L. facturó cerca de 600.000 euros, no pagó nada a la empresa Ricardo Chao S.L. Y también la empresa Norleón de Gestión S.L. tuvo importantes beneficios en los años 2009, 2010 y 2011.

Los únicos bienes sobre los que se ha podido trabar embargo ha sido el saldo de una cuenta de la empresa por importe de 1.014,28 euros y un vehículo valorado en 1.650 euros (adjudicado al querellante en Decreto de 8-11-2012 en Ejecución de Títulos Judiciales 83/2011)".

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

<<Que debemos condenar y condenamos a Guillermo y Humberto , como autores responsables de un delito de estafa agravada del art. 250.1.6° del C.P . (en la redacción existente al tiempo de los hechos) sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para Guillermo de dos años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y nueve meses de multa con cuota diarias de seis euros, y a Humberto , a las penas de un año y seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y siete meses de multa en cuota diaria de seis euros.

El impago de la multa llevará aparejada una responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas.

Los condenados abonarán por mitad las costas causadas, incluidas las de la acusación particular, y deberán indemnizar, conjunta y solidariamente, a SUMINISTROS RICARDO CHAO S.L. 335.365,25 euros. La anterior indemnización devengará el interés establecido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta resolución.>>

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por los acusados: D. Guillermo y D. Humberto , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación procesal del recurrente Don Guillermo , basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Renunciamos al motivo anunciado y formulado al amparo del art. 849.2° LECrim , por error en la apreciación de las pruebas, basado en documentos que obran en autos, y que no resultan contradichos por otras pruebas.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en el art. 849.1° LECrim , por pura infracción de ley, por indebida aplicación de los arts. 248 y 250.1.6° del C.P .

QUINTO.- La representación procesal del recurrente Don Humberto , basa su recurso de casación en los siguientes motivos:



Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del punto 4º del Art. 5 de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocida en el art. 24.2 de la Constitución Española .

Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del número 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los arts. 248 y 250.1 61 del Código Penal .

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del número 2 del artículo 849 de la LECrim , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

SEXTO. - Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la acusación particular, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 17 de julio de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Guillermo y Don Humberto han sido condenados en sentencia núm. 353/2017, de 10 de julio, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, en el Rollo de Sala 39/2016 , dimanante de la causa de Procedimiento Abreviado núm. 1011/2013, instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de León, como autores responsables de un delito de estafa agravada del artículo 250.1.6º del Código Penal (en la redacción existente al tiempo de los hechos), sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

Don Guillermo : dos años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y nueve meses de multa, con cuota diaria de seis euros.

Don Humberto : un año y seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y siete meses de multa, con cuota diaria de seis euros.

Ambos han sido condenados también a abonar por mitad las costas causadas, incluidas las de la acusación particular, y a indemnizar, conjunta y solidariamente, a Suministros Ricardo Chao S.L. en la cantidad de 335.365,25 euros, cantidad que devengará el interés establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso formulado Don Humberto se deduce por infracción de precepto constitucional al amparo del punto 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución Española .

En desarrollo de este motivo, señala el recurrente que, tal y como señala la propia sentencia que impugna, no todo incumplimiento contractual significa la vulneración de la ley penal, siendo preciso para su relevancia penal que el autor simule un propósito serio de contratar y, además, quiera aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento. Estima que, en su caso, no ha quedado suficientemente acreditada la existencia de un dolo inicial susceptible de ser considerado desde el punto de vista penal, sino que el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, por lo que estaríamos ante un "dolo subsequens" propio del mero incumplimiento contractual, cuya resolución debería efectuarse en vía civil.

Explica que en el supuesto de autos no hubo cese ni vacío de actividad pues la empresa de los acusados (C.A. Fontanería y Calefacción, S.L.) facturó en 2009 cerca de 600.000 euros, cantidad con la que habría podido saldar holgadamente la deuda que tenía con la querellante, aunque finalmente no lo hiciese. Añade que las empresas creadas en 2009 por Don Guillermo tuvieron también importantes beneficios durante los ejercicios 2009, 2010 y 2011, según se desprende asimismo de la sentencia recurrida. Por ello, entiende que no puede colegirse sin más que estuviera en el ánimo de los acusados generar una situación deliberada de insolvencia con el fin de frustrar las expectativas de cobro de la querellante.

El segundo motivo del recurso formulado por Don Humberto coincide con el único motivo que mantiene el también recurrente Don Guillermo , remitiéndose aquel expresamente al desarrollo del motivo realizado por éste. De esta forma, a través del cauce previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , ambos denuncian la indebida aplicación de los artículos 248 y 250.1.6º del Código Penal .

Reiteran en desarrollo de este motivo que no ha quedado acreditada la concurrencia de un engaño precedente, adecuado y suficiente para producir un error esencial en el sujeto pasivo determinante del desplazamiento patrimonial y en relación de causalidad con el engaño. Defienden que lo que se produjo fue un supuesto de dolo sobrevenido no apto para originar el delito de estafa, es decir un dolo "subsequens" característico de los ilícitos



civiles. No consideran acreditado que al tiempo de generarse la deuda tuvieran una intención premeditada de engañar a la perjudicada.

Destacan nuevamente que C.A. Fontanería y Calefacción, SL no tenía pérdidas al tiempo de generarse la deuda. Por el contrario, tenía un importante volumen de negocio (600.000 euros en 2009) y un inmueble en propiedad, por lo que no es pensable que los acusados, en principio, tuviesen dificultades para hacer frente a la deuda contraída. Cuestión diferente es que, llegados los vencimientos de los pagarés, los acusados decidiesen no hacer frente a los mismos y procediesen a descapitalizar la sociedad deudora y desviar sus ingresos a otra sociedad a fin de evitar los posibles embargos, circunstancia ésta que es la que determina un dolo "subsequens" que no puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. Estiman así que sólo existió un posterior ánimo defraudatorio a fin de frustrar las futuras ejecuciones, característico del delito de insolvencia punible tipificado en el art. 257.1.1º del Código Penal, delito del que nunca han sido acusados.

Siendo el fundamento de ambos motivos el mismo, esto es, inexistencia de prueba bastante para estimar acreditado la concurrencia de dolo inicial en los acusados determinante del desplazamiento patrimonial como elemento esencial del tipo de estafa, procederemos a analizarlos conjuntamente.

1. Conforme venimos señalando en las sentencias núm. 635/2018, de 12 de diciembre ; 470/2018, de 16 de octubre ; y 77/2019, de 12 de febrero, entre otras, la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Conforme se expone en el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

En consonancia con ello, el artículo 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el artículo 24.2 de la Constitución Española ("Todos tienen derecho...a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho delictivo y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento, hasta la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria en relación a aquellas



sentencias dictadas en procedimientos tramitados al amparo de la legislación anterior, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la intermediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, lo que comprende el examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y el proceso de formación y obtención de la prueba. Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (artículo 9.1 CE); o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio nemo tenetur (STS 1030/2006, de 25 de octubre).

No se trata de que este Tribunal compare la valoración probatoria efectuada por la Audiencia y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo. Además, no es posible valorar nuevamente las pruebas personales, respecto de las cuales esta Sala carece de intermediación.

2. En el caso de autos, la Audiencia Provincial declara probado:

" Guillermo y Humberto ,..., crearon en 2005 la empresa C.A. FONTANERIA Y CALEFACCION S.L., de la que eran administradores solidarios, a través de la cual compraban material de saneamiento y calefacción a la empresa RICARDO CHAO S.L., empresa de la que ya era cliente con anterioridad a 2005 el acusado Guillermo . Con dicha empresa y, en concreto, contratando con el administrador y responsable de ventas Carlos José , hicieron compras y llegaron a adeudar a la empresa Ricardo Chao S.L. la cantidad de 335.365,25 euros por facturas impagadas.

El 22 de mayo de 2009 los acusados, como administradores de C.A. FONTANERIA Y CALEFACCION S.L., emiten siete pagarés por importe de 50.000 euros cada uno de ellos, salvo el último de 35.365,25 euros, a pagar desde el 14 de noviembre de 2009 hasta el 15 de mayo de 2011. Las fechas de vencimiento eran 14-11-2009, 15-2-2010, 15-5-2010, 15-8-2010, 15-11-2010, 15-2-2011 y 15-5-2011. Los acusados como administradores de la empresa C.A. FONTANERIA Y CALEFACCION S.L. no pagaron ninguno de ellos dando lugar a siete Juicios cambiarios ante los Juzgados de Primera Instancia de León

Los acusados, al tiempo que emitían los pagarés procedieron a vaciar de actividad la empresa a fin de continuar su actividad evitando que sus ingresos pudieran ser embargados por el denunciante y el 1 de enero de 2009 crea ROCHE MANTENIMIENTO S.L. y el 30 de marzo de 2009 NORLEON DE GESTION S.L., ambas administradas por el acusado Guillermo , con el mismo domicilio y objeto social que la empresa C.A. FONTANERIA Y CALEFACCION S.L., sito en calle La Serna nº 66 bajo de León, local comercial propiedad de esta empresa. Todo ello con la finalidad de no pagar a Ricardo Chao S.L. el dinero que le debían y que le habían prometido abonar, con una serie de obras por cuya realización se constituyó tales sociedades. Y, aunque en 2009 la empresa C.A. FONTANERIA Y CALEFACCION S.L. facturó cerca de 600.000 euros, no pagó nada a la empresa Ricardo Chao S.L. Y también la empresa Norleón de Gestión S.L. tuvo importantes beneficios en los años 2009, 2010 y 2011.

Los únicos bienes sobre los que se ha podido trabar embargo ha sido el saldo de una cuenta de la empresa por importe de 1.014,28 euros y un vehículo valorado en 1.650 euros"

Este relato fáctico no se refiere en momento alguno al dolo inicial, esto es, a que al tiempo de generarse la deuda los acusados tuvieran una intención premeditada de engañar a la perjudicada. Lejos de ello se refiere una relación comercial en la que C.A. Fontanería y Calefacción S.L. adquirió material de saneamiento y calefacción a la empresa Ricardo Chao S.L.. Esta relación se mantuvo durante cuatro años, e incluso, como expresamente se declara probado, el acusado Don Guillermo ya era cliente de Ricardo Chao S.L. con anterioridad a 2005. Y durante todo ese extenso periodo de tiempo no se expresa que existiera algún tipo de problema o discrepancia entre las partes en sus relaciones comerciales. Tampoco el relato de hechos probados indica qué tipo de acechanzas fueron realizadas por los acusados para generar engaño en el Sr. Carlos José determinante de la entrega de los materiales. Lejos de ello, lo que se desprende del contenido de la sentencia es que durante cuatro años se realizaron suministros de material de saneamiento y calefacción a los acusados quienes fueron pagando, aunque mantenían un saldo deudor con la empresa suministradora, Ricardo Chao S.L.

Y según se recoge también en la resultancia fáctica de la sentencia, no es hasta el año 2009 cuando los acusados despatrimonializan C.A. Fontanería y Calefacción S.L. después de haber firmado los pagarés para saldar la deuda que tenían pendiente con Ricardo Chao S.L. Tal deuda ascendía en mayo de 2009 a 335.365'25 euros, pero la sentencia no indica las operaciones de las que surge la deuda, desconociéndose cuál fue el volumen de negocio entre las partes durante los cuatro años que duraron las relaciones comerciales y cuál fue la proporción del saldo negativo en relación al importe total de las transacciones que tuvieron lugar entre



ellas. El relato de hechos no concreta la antigüedad de la deuda y las cantidades abonadas por C.A Fontanería y Calefacción S.L. a lo largo de tan dilatado periodo de tiempo. Únicamente se expresa en la fundamentación jurídica que, según el denunciante, los acusados dejaron de pagar una tercera parte de las ventas.

El único ilícito que se describe en el apartado de hechos probados se refiere a los hechos acaecidos a partir de mayo de 2009, cuando los acusados decidieron no satisfacer la deuda que mantenían con Ricardo Chao S.L. procediendo "a vaciar de actividad la empresa a fin de continuar su actividad evitando que sus ingresos pudieran ser embargados por el denunciante". Pero tal actuar, como ahora razonaremos, no es constitutivo de un delito de estafa, sino que, estando dirigido, como expresa la propia sentencia, a frustrar futuras ejecuciones que pudieran ser promovidas por Ricardo Chao S.L., podría ser constitutivo de un delito de alzamiento de bienes por el que no se ha formulado acusación ni por el Ministerio Fiscal ni por la Acusación Particular.

En consonancia con lo relatado en el apartado de hechos probados, en el fundamento de derecho segundo de la sentencia se expresa que debe determinarse si cuando los acusados libraron los pagarés conocían que "C.A. CALEFACCION Y S.L. no la podía pagar, y si dicha actuación integraría un delito de estafa, es decir, si en la falsa promesa de abono de los pagarés al tiempo de su emisión cabe inferir un comportamiento penalmente punible ya que los procesados actuaron con la certeza de que finalmente no cumplirán sus obligaciones, de modo que el engaño consistió precisamente en aparentar frente a la contraparte una voluntad real de cumplimiento que, sin embargo no existía, aprovechándose la confianza y buena fe del perjudicado." Reitera en el último párrafo del mismo fundamento que "la cuestión estriba en si podemos considerar que la constitución de la nueva sociedad NORLEON DE GESTION (dedicada a la construcción) se realizó con el único objetivo de que los acusados siguieran trabajando en el sector, evitando así que el denunciante pudiera reclamar los ingresos generados por dicha entidad para el pago de sus deudas (negocio jurídico criminalizado), o, por el contrario, como señalan los acusados en su escrito de defensa, la constitución de esa nueva empresa "se enmarca dentro del legítimo derecho a gestionar sus negocios a través de las empresas y sociedades que estime convenientes", y simplemente se ha producido un ilícito civil".

Y, en concordancia con ello, en el fundamento jurídico tercero, los indicios que relaciona el Tribunal llevan racionalmente a la conclusión de que la actuación de los acusados firmando los pagarés y procediendo a continuación a descapitalizar C.A Fontanería y Calefacción S.L. tenía por único objeto no hacer efectiva la deuda pese a poseer bienes suficientes para atender su pago. Ninguna inferencia puede realizarse de tales indicios en relación a cuál fuera el ánimo de los acusados al contratar desde 2005 con el denunciante el suministro del material, o cuales fueran las artimañas utilizadas para obtener de la sociedad denunciante determinado material que desde un principio no pensaban abonar al menos en su totalidad.

Conforme señala la sentencia de esta Sala núm. 386/2014, de 14 de octubre, con cita expresa de la sentencia núm. 802/2007, de 16 de octubre, "la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles... En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira.

Consecuentemente esta modalidad de estafa, aparece -vid STS. 1998/2001 de 29.10 - cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SSTS. de 12 de mayo de 1.998, 2 de marzo y 2 de noviembre de 2.000, entre otras).

De otra manera, como dice la STS. 628/2005 de 13.5 EDJ 2005/90201: "Por tanto, para que concurra la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de esa relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación. ... Añadiendo la jurisprudencia que si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el



ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe -S. 1045/94 de 13.5 -. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo "subsequens" del mero incumplimiento contractual (sentencias por todas de 16.8.91 , 24.3.92 , 5.3.93 y 16.7.96)."

En el supuesto de autos, conforme antes se exponía, no aparece acreditado, pues no se expresa en la sentencia, que los acusados desde un principio tuvieran intención sería de contratar, y que su objetivo fuera crear una apariencia de solvencia y realidad contractual para que la empresa Ricardo Chao S.L. les suministrase productos de fontanería que no iban a pagar. Únicamente consta la voluntad renuente de los acusados a partir de 2009 al pago de la deuda contraída, por lo que asiste la razón a los recurrentes cuando afirman que únicamente existió un dolo "subsequens", ya que incluso al tiempo de generarse la deuda C.A. Fontanería y Calefacción S.L. no tenía pérdidas y tenía activos suficientes para proceder a su pago, habiendo atendido efectivamente parte de sus obligaciones y destinado el material adquirido al objeto que constituía la actividad propia de su industria.

De esta forma, no se observa en la conducta de los acusados actividad propia del delito de estafa llevada a cabo para generar engaño previo en Ricardo Chao S.L., a través de su administrador Sr. Carlos José , determinante del desplazamiento patrimonial. La confianza que pueda depositarse en la otra parte contratante no determina, sin más, en caso de que ésta no cumpla con las obligaciones contraídas, que haya existido ya desde la firma del convenio esa intención inicial de engañar y de no cumplir lo pactado, como elemento esencial integrante del delito de estafa por el que vienen siendo acusados los Sres. Guillermo y Humberto , lo que no excluye el reproche de la conducta y la reparación del perjuicio derivado del impago en el orden jurisdiccional civil.

En definitiva no se observa en el actuar de los querellados, ni tampoco se recoge en el apartado de hechos probados de la sentencia de instancia, la existencia de argucias, asechanzas o engaños iniciales o previos, y bastantes, como elemento esencial del delito de estafa, encaminados a captar la voluntad de Ricardo Chao S.L. para suministrar material de saneamiento y calefacción que se sabía que no iba a ser abonado

En atención a lo expuesto, procede estimar el recurso y emitir un pronunciamiento absolutorio respecto a los acusados por delito de estafa por el que venían siendo acusados.

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 **Don Guillermo y Don Humberto** contra la sentencia de 10 de julio de dos mil diecisiete, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León , que les condenó por delito de estafa. En consecuencia se anula esa resolución que se casa y se sustituye por la que a continuación se dicta.

2) Declarar de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

3) Comuníquese ambas resoluciones a la mencionada Audiencia Provincial de León, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1127/2018

Ponente: Excmo. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Alberto Jorge Barreiro



D^a. Susana Polo Garcia

D^a. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 24 de julio de 2019.

Esta sala ha visto en la causa Rollo de Sala número 39/2016, seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 1011/2013, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de los de León, por delito de estafa, contra los recurrentes Don Guillermo , con D.N.I. n.º NUM000 , nacido en León, hijo de Cosme y de Salome y Don Humberto , con D.N.I. n.º NUM001 , nacido en Mieres, hijo de Eduardo y de Tomasa ; se dictó sentencia condenatoria por la mencionada Audiencia el 10 de julio de 2017 , 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 la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Diaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra sentencia de casación procede absolver a los acusados del delito por el que venían condenados, declarando de oficio las costas de la instancia.

F A L L O

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

1º. Absolver a los acusados Don Guillermo y Don Humberto del delito de estafa, debiendo dejarse sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra ellos.

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

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Alberto Jorge Barreiro Susana Polo Garcia

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina